



TESIS DE MAESTRÍA.

TEMA:

“PLANIFICACIÓN DE UN CASO PENAL EN UN SISTEMA ADVERSARIAL”

Maestría en Derecho, con orientación en Derecho Penal.

Maestrando:

Gonzalo RUA.

D.N.I. 22.824.320

Director de Tesis:

Doctor ALBERTO BINDER.

RESUMEN.

En los últimos treinta años hemos sido testigos de una verdadera transformación de los postulados del sistema de justicia penal en la región. Casi todos los países han sustituido sus códigos procesales mixtos o inquisitivos por otros de corte adversarial. Nuestro país no fue la excepción y casi todos los estados provinciales han ingresado en esa nueva ola reformista que busca establecer un sistema de justicia democrático y republicano, acorde a sus postulados constitucionales.

Uno de los postulados de este cambio radica en el establecimiento de la oralidad, a través del litigio en audiencias, y la asunción de las partes como protagonistas principales en la determinación de los hechos y la producción probatoria. El juez deja de gestionar los intereses de las partes y le exigirá al acusador la verdad sobre cada uno de los hechos que componen la acusación.

La presentación de los hechos requiere de una adecuada planificación y argumentación. Lejos de contar con insumos adecuados, a los abogados les ha costado mucho esfuerzo encontrar la manera de presentar los hechos y producir la prueba de manera profesional.

A través de este trabajo presentamos una modalidad de planificación de la información a través de diversas guías analíticas que permitirán al litigante posicionarse de cara a los valores que representa, teniendo una mirada estratégica en la identificación de los hechos relevantes, su adecuación o no a la teoría jurídica y teniendo presente los límites del derecho probatorio. La utilización del listado maestro de hechos, el método de esquemas y un formato de filtros son vitales para la tarea de planificación de un caso penal en un sistema adversarial.

TABLA DE CONTENIDOS.

Introducción	1
Primera parte.	
¿Por qué nos cuesta tanto esfuerzo establecer un litigio adversarial en la región?.	8
Capítulo 1.	
Las bases políticas del proceso penal latinoamericano.	8
1.1. La dificultad de establecer en la práctica un modelo de justicia republicano.	8
1.2. Las nuevas reglas del litigio y la reubicación de la verdad en el proceso.	17
1.3. La construcción de una matriz adversarial.	23
Capítulo 2.	
Inmersión en la teoría del caso.	29
2.1. ¿Un manejo amateur de los asuntos penales?	29
2.2. Qué es la teoría del caso. Una primera aproximación.	39
2.3. Momento de su elaboración.	49
2.4. Características.	53
a. Única.	53
b. Simple y sencilla.	55
c. Lógica y creíble.	55
d. Contemplativa de todas las evidencias.	57
e. Direcciona toda nuestra actividad probatoria.	58
2.5. Teoría del caso y acusación.	59
a. Probabilidad de obtener las evidencias.	59
b. Manejo de varias hipótesis.	61
c. Orden de la investigación.	61
d. Decisión estratégica y negociación.	62
2.6. Teoría del caso y defensa.	62
a. Posibilidad de anticiparse.	62
b. Facultades autónomas de investigación.	64
c. Cómo elaborar la teoría del caso de la defensa.	66
d. En qué momento se elabora la teoría del caso.	67
Segunda Parte.	

Los elementos de la teoría del caso.	71
Capítulo 3.	
Cómo se construye la teoría del caso.	71
3.1. Componentes.	71
3.2. La narración de los hechos.	77
a. La construcción provisoria del relato.	77
b. Lo jurídico no forma parte de los hechos.	80
c. Respondiendo a las preguntas clave.	84
d. La selección provisoria de los hechos.	89
Capítulo 4.	
La teoría jurídica.	92
4.1. La comprensión de la dogmática penal como un límite al poder punitivo.	92
4.2. La teoría jurídica desde la mirada de la acusación y la defensa.	99
4.3. Una nueva visión de la dogmática penal. Su enseñanza desde la mirada del litigio. ...	109
4.4. La teoría jurídica y los hechos bajo la mirada de un caso hipotético.	112
Capítulo 5.	
Las proposiciones fácticas.	118
5.1. Introducción.	118
5.2. Las proposiciones fácticas: un nexo entre la teoría jurídica y la prueba.	119
5.3. Las primeras dificultades.	122
5.4. Clasificación de las proposiciones fácticas.	129
5.5. Una aproximación desde un caso.	137
5.6. Defensas positivas y negativas.	144
5.7. Los hechos favorables de la defensa.	145
5.8. Análisis previo del caso Falcon Crest.	148
Capítulo 6.	
La teoría probatoria.	154
6.1. Introducción.	154
6.2. El avance de la teoría probatoria en los sistemas penales latinoamericanos.	155
a. Por qué un juicio oral.	155
b. Función de la prueba.	157

6.3. Dimensiones de la teoría probatoria.	162
a. Introducción.	162
b. Medios y filtros.	164
6.4. Los filtros de la prueba y los estadios procesales.	170
a. Admisibilidad de la prueba.	171
a.1. Pertinencia y relevancia.	171
a.2. Legalidad.	177
b. Producción probatoria.	185
c. Filtros de credibilidad de la prueba.	189
6.5. El litigio y la teoría probatoria.	197
Capítulo 7.	
La construcción final del relato y el peso probatorio del caso.	203
7.1. Los puntos ciegos de la versión tradicional de la teoría del caso.	203
7.2. Centrar el caso en la categoría jurídica por donde pasa el litigio.	206
a. El listado de hechos.	207
b. Identificar los hechos incontrovertibles.	212
c. Agrupar los hechos en escenas cronológicas y ejes temáticos.	214
d. Identificar los hechos y escenas más favorables.	215
e. Los puntos de inclinación del caso.	220
f. Los hechos y el razonamiento jurídico.	221
g. La utilización del método de esquema como herramienta final para planificar un caso.	227
h. El esquema final.	238
Capítulo 8.	
Conclusiones.	240
Apéndice.	
Casos utilizados.	243
Bibliografía consultada.	247
Hoja de vida.	251

PLANIFICACIÓN DE UN CASO EN UN SISTEMA ADVERSARIAL.

INTRODUCCIÓN.

OBJETIVOS.

En los últimos veinte años gran parte de mi actividad profesional estuvo centrada en la implementación de sistemas de justicia penal adversarial en toda Latinoamérica. En ese tiempo he sido designado juez penal en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde rige un sistema de justicia oral y acusatorio, focalizando mi estudio en comprender los nuevos roles de las partes y de los jueces en el nuevo diseño acusatorio. Asimismo durante más de diez años he estado en la Dirección del Área de Reformas Penales del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP¹), cargo gracias al cual tuve la oportunidad de trabajar en la mayoría de los países de la región en todo lo atinente a la coordinación e implementación de procesos de transformación de los viejos modelos de justicia inquisitivos a sistemas penales adversariales.

El punto medular de mis estudios, en consonancia con los objetivos institucionales del INECIP, se centró en procurar desterrar la forma inquisitiva de ejercer el poder penal en toda la región, en pos de una justicia penal democrática y republicana. A lo largo de estos veinte años he trabajado en muchos de esos procesos², donde pude constatar las dificultades que aún se observan al intentar abandonar esos viejos esquemas conceptuales que continúan rigiendo, en buena medida, en la praxis judicial y que responden a una epistemología

¹ El INECIP es una organización no gubernamental con más de 30 años de trabajo en la implementación de sistemas de justicia penal en toda la región. Su finalidad radica en procurar la instauración de un sistema de justicia democrático y republicano en los países que conforman la región.

² Entre otros he trabajado en la implementación de los sistemas acusatorios de las provincias de Entre Ríos (2009/2016), Santiago del Estero (2009/2012), Tucumán (2012/2018), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007), Río Negro (2014/2016), Salta (2015), Neuquén (2015). A nivel regional he participado en la evaluación de las reformas procesal penales de Chile (2014/2017) y Panamá (2014), y en capacitaciones, estudios y observaciones a los sistemas de justicia penal en la mayoría de los países de la región.

inquisitiva de construcción del poder penal. No basta con trazar modificaciones normativas. El abandono de un sistema inquisitivo y el diseño e implementación de uno de corte adversarial, va mucho más allá de una simple reforma normativa, no se trata pues, tan solo, de sustituir un código por otro.

A pesar de los innegables avances y enormes esfuerzos realizados en esa línea, lejos estamos aún de contar en la región con un sistema consolidado de justicia democrática y republicana, lo que se observa no solo a nivel macro en todo lo atinente al ejercicio de la acción penal y la selectividad del sistema³ -que no ha sufrido mayores modificaciones (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000)-, sino también a nivel micro, en todo lo relativo a la planificación de los asuntos individuales y a su litigación en audiencias orales. En la gran cantidad de visitas que realicé a los sistemas de justicia en la región, pude comprobar que es difícil aún encontrar un litigio de calidad (Fuchs, Fandiño y González, 2018). Tanto los estudios efectuados como los trabajos y visitas realizadas, me llevan a los mismos interrogantes: ¿Cómo es posible que, después de más de 25 años de implementado el primer código adversarial en la región⁴, los valores de un sistema de justicia democrático y republicano no estén consolidados? ¿Por qué nos cuesta tanto esfuerzo dejar atrás esos viejos paradigmas de la justicia inquisitiva? y ¿por qué a los abogados se les dificulta planificar adecuadamente y de manera profesional un asunto penal? Este será el marco de trabajo de esta tesis.

El objetivo principal de la tesis consiste en demostrar que los procesos inquisitivos, que rigieron en nuestra región desde la conquista española, han dejado una profunda huella cultural que repercute hoy día en todo el funcionamiento del sistema de justicia latinoamericano y, sobre todo, en cómo los abogados, tanto desde el rol de la acusación como la defensa, preparan sus casos y planifican la información con la que cuentan siguiendo un diseño inquisitorial y sin una guía analítica que les permita posicionarse mejor en la defensa de los valores que representan.

³ Con algunas salvedades. Muchos Ministerios Públicos de la región, como por ejemplo, Guatemala y Chile, han reorganizado sus unidades fiscales para re direccionar el ejercicio de la acción penal y trazar una política criminal estratégica.

⁴ Nos referimos al Código Procesal Penal de la provincia de Tucumán (1991) y al Código Procesal Penal de Guatemala (1994), pioneros en instaurar un sistema acusatorio en la región.

METODOLOGÍA.

Para el logro de los objetivos propuestos se realizará, fundamentalmente, una investigación de tipo teórico. Se iniciará con el análisis de las investigaciones y demás textos teóricos vinculados al movimiento reformista del sistema penal, tratando de identificar cuáles fueron los motivos por los que se planteó la transformación del sistema penal. Luego trabajaré en la identificación de las causas que provocan que, aún hoy día, no se ha logrado un litigio de calidad en la región.

Una vez identificados esos puntos, me centraré en la construcción de una matriz de trabajo que permita al abogado planificar adecuadamente un caso.

La tesis tendrá, como se advierte, dos partes bien delimitadas. En la primera etapa abordaré -en forma breve- la constitución de las bases políticas del proceso penal latinoamericano, remarcando que a pesar de los claros y sólidos postulados político-constitucionales de nuestras jóvenes naciones que, en materia de justicia anclaron su pensamiento en un modelo acusatorio y republicano –tomando como fuente la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica-, las prácticas judiciales tomaron un rumbo diametralmente opuesto.

Demostraré que la legislación heredada de España –me refiero a la Nueva Recopilación donde se acordó la vigencia de las Siete Partidas como derecho común para la América hispana- sumado al peso cultural inevitable originado por la vigencia durante varios siglos de procesos inquisitivos, fueron un gran escollo al intentar torcer el rumbo con la aprobación de ordenamientos procesales que respondiesen a otro modelo teórico y político (Binder, 2012, p. 218). Intentaré remarcar la importancia que tuvo la vuelta a la democracia en la región para cumplir con el sueño de nuestros constituyentes y establecer finalmente en la práctica un sistema de justicia que se acerque, al menos, a valores más democráticos y republicanos.

A pesar de la vigencia desde hace más de cincuenta años del Juicio oral en Latinoamérica -el que fue establecido a través de los procesos mixtos⁵-, y que hace más de treinta años nos encontramos trabajando en la regulación e implementación de sistemas de justicia orales y adversariales, aún nos cuesta mucho esfuerzo abandonar esa vieja epistemología inquisitiva. En esta primera parte procuraré identificar cuáles son las causas o

⁵ Entre otros contamos con el Código Cordobés de 1939, el Código Procesal de Perú de 1940, entre otros.

motivos por los que, hoy día, a los abogados latinoamericanos, aun trabajando en los nuevos sistemas de justicia de base adversarial, les resulta complejo planificar y litigar un caso, a través de la utilización de métodos o guías analíticas adecuadas.

En la segunda parte de la tesis –que constituye el núcleo de este estudio- me ocuparé de trabajar en la construcción de un diseño moderno y novedoso que permita a los abogados planificar de manera más adecuada sus casos. La epistemología adversarial, al concebir al proceso penal como un conflicto de partes (conflicto primario) en oposición a la visión del delito como una infracción a la ley (conflicto secundario), deja en poder de aquéllas toda la actividad probatoria y la construcción de una narración persuasiva de los hechos. Esta circunstancia, sumado a que el rol del juez en los procesos adversariales será la de exigir la verdad al acusador en cada uno de los hechos que componen la acusación (Binder, 2012, p. 223) -sin entrometerse en la actividad probatoria de las partes-, ubica a los abogados litigantes (acusador y defensor) en un sitial protagónico en la presentación y acreditación de los hechos más relevantes del caso. Para cumplir adecuadamente esta nueva función los abogados litigantes deberán tener un sólido conocimiento del derecho probatorio, reconocer cuáles son los hechos centrales y encontrar los puntos de inclinación del caso, esto es, los puntos centrales del litigio.

El nuevo rol de los litigantes desnuda en la práctica tres grandes problemas en lo que es necesario profundizar nuestros estudios. En primer lugar, se observa una deficiente capacitación sobre los nuevos sistemas adversariales. En líneas generales las escuelas de derecho no han acompañado este proceso de transformación de los sistemas de justicia y no ha habido, salvo honrosas excepciones, mayores modificaciones en los planes de estudio que permitan preparar a los nuevos abogados con las destrezas y herramientas necesarias para planificar un caso y litigarlo en juicio (Binder y Obando, 2004, p. 556). En segundo lugar, la enorme modificación operada en el plano normativo sobre la teoría probatoria ha generado la necesidad de contar con nuevas destrezas y conocimientos. A diferencia de los códigos denominados mixtos, como así también de los primeros códigos acusatorios (códigos acusatorios de primera generación), los nuevos ordenamientos procesales ya no reposan los filtros de la prueba –casi exclusivamente- en la valoración. Al contrario, uno de sus principales límites está en la admisión probatoria, lo que genera en los abogados la necesidad de contar con un conocimiento acabado de cómo operan esos nuevos filtros de pertinencia y

relevancia en la admisibilidad de la prueba. El principio de amplitud probatoria cederá frente a nuevos criterios de pertinencia y relevancia (Taruffo, 2011, p. 358). Y en tercer lugar, los abogados no cuentan con guías analíticas o métodos adecuados para procesar toda la información de un caso. En líneas generales, aún no se guían bajo el formato de lo que se denomina teoría del caso y que, en los últimos años, ha tenido singular repercusión en América Latina⁶.

Es sobre este último aspecto donde centraré la mayor parte de mi tesis, concluyendo sobre la importancia de trabajar en base a una guía analítica que permita al abogado procesar toda la información y planificar adecuadamente su trabajo. Para ello, será preciso identificar las tres grandes dimensiones de un caso. Concretamente me refiero a la dimensión jurídica, dimensión fáctica y dimensión probatoria.

La teoría del caso, tal como se la ha estudiado, se ha mostrado como un insumo útil pero a la vez insuficiente a la hora de analizar y planificar un caso penal. La teoría del caso, entendida como una metodología destinada a presentar nuestra versión sobre los hechos, ha abierto un canal de análisis del cuadro fáctico que antes, en el sistema inquisitivo, se encontraba escondido detrás de la prueba. Sin embargo, creemos que es preciso profundizar su estudio a través de técnicas analíticas más sofisticadas como lo son el método de listado de hechos y el método de esquema, propios del mundo anglosajón (Anderson, Schum y Twining, 2015). Sobre este punto me enfocaré en cinco grandes áreas.

En primer lugar trabajaré en un método analítico de construcción de los hechos que resultan ser la base fáctica de una eventual acusación. Intentaré detectar los errores más frecuentes en la selección de los hechos que deben sostenerse en la acusación, partiendo de la acusación como garantía, pero también como mecanismo para planificar un caso. La identificación de la acusación cobra singular importancia en ambos sentidos. Sobre el plano de los límites al poder punitivo, en cuanto fija el soporte fáctico sobre el cual el litigio se centrará. Y sobre la planificación de un caso en cuanto a que una correcta identificación de la acusación es vital para organizar los hechos que se derivan de la prueba. Sobre este plano trabajaremos fuertemente con los estudios realizados por Taruffo.

En segundo lugar, trabajaré sobre la dimensión jurídica en el plano del litigio. Entendiendo que el estudio de la dogmática penal no ha puesto énfasis en la importancia de

⁶ Desde el trabajo de Baytelman y Duce (2004), el que tuvo amplia repercusión en América latina.

los hechos para acreditar cada uno de los elementos que componen el delito, intentaré encontrar un vínculo entre el mundo de la dogmática penal y el litigio. Para ello partiré desde la función acotante del poder punitivo, como modo de fortalecer el marco de garantías y comprender que la teoría del delito debe ser entendida bajo esa misma óptica, esto es, como un arsenal de instrumentos y argumentos para la defensa de un caso (Binder, 2004, p. 75). Es preciso que los litigantes comprendan que la teoría del delito no es otra cosa que una construcción dogmática que limita el poder punitivo y que requiere de hechos para acreditar cada una de las salidas de no punibilidad (inexistencia de delito) que dicho estudio nos proporciona. Para ello utilizaremos como base los trabajos y estudios de Ferrajoli⁷ y de Binder⁸.

En tercer lugar, elaboraré una metodología de clasificación y construcción de proposiciones fácticas. Sostendré que los casos se ganan o pierden en base a los hechos que podamos acreditar, los que se derivan de la prueba. Para esta finalidad será preciso trabajar fuertemente en una adecuada clasificación. Como bien señala la doctrina anglosajona existen hechos relevantes, no relevantes, afirmativos, negativos, de refutación, de contra refutación, de credibilidad, explicativos, emocionales, etc. Los hechos son el soporte que permite acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. De allí la importancia de identificar cuáles son los más sólidos, que no permitirán a la contraparte presentar un caso basándose en la negación de ese elemento jurídico (por ejemplo, autoría, dolo, acción, etc.). Es precisamente sobre los aspectos más débiles donde se centrará el litigio y se fijará el punto de inclinación del caso. Es allí donde habrá que trabajar en procesos inferenciales y credibilidad de la prueba.

En cuarto lugar, trabajaré sobre la moderna teoría probatoria de los sistemas adversariales latinoamericanos. Contrariamente a lo sostenido por Bentham (Ferrer Beltrán, 2010, p. 3), la prueba no se define por su libertad, sino porque resulta ser un límite (prueba como garantía). No cualquier información puede ingresar al juicio; será preciso verificar que la información supere los criterios de pertinencia y relevancia propios del diseño anglosajón, que han sido incorporados a los nuevos códigos procesales penales adversariales. Los límites de la prueba serán un punto central al momento de planificar un caso y operan como un

⁷ En particular una de sus obras más influyentes en América Latina: Derecho y razón.

⁸ Siendo mi maestro y director de tesis, me posicionaré mucho en sus estudios.

sistema de garantías. Solo la información que supere cierto estándar de calidad, que no afecte garantías constitucionales y que pueda ser controvertida podrá ser admitida a juicio.

Por último será preciso construir un método que permita al abogado litigante (acusador o defensor) trabajar con toda esta información. Sin una adecuada guía analítica, el análisis del caso se vuelve un trabajo sumamente dificultoso, casi una utopía. Es por ello que utilizaré los métodos de listado de hechos y de esquema, propios del mundo anglosajón para brindar claridad en la preparación del caso. Para medir el impacto de esta construcción trabajaré a través del estudio de dos casos que permitirán al lector verificar cómo se comporta un método de planificación de un caso.

PRIMERA PARTE.

Por qué cuesta tanto esfuerzo establecer un litigio adversarial en la región.

Capítulo 1.

Las bases políticas del proceso penal latinoamericano.

1.1. La dificultad de establecer en la práctica un modelo de justicia republicano.

No se puede hablar de estrategias en casos penales, herramientas de litigio ni ninguna otra habilidad propia de un proceso adversarial, sin tener presente el contexto político y cultural del espacio territorial donde se focaliza el estudio. Todo documento que pretenda hacer pie e impactar y transformar la práctica judicial logrando una mejora en el litigio debe comenzar, mínimamente, por comprender el proceso histórico de conformación de las bases político-constitucionales del proceso penal, bucear las causas que provocan que se litigue de una u otra manera, para luego generar los mecanismos de cambio.

Si miramos un poco la historia del sistema penal en la región, no sería atinado afirmar que por estas tierras ha entrado en crisis el sistema de justicia. No sería correcto sencillamente porque para que un sistema de justicia entre en crisis es preciso que, en alguna oportunidad, haya sido eficaz y respetuoso de los derechos de los involucrados. Al contrario, el sistema de justicia en nuestra región fue pensado y elaborado a espaldas de las partes, procurando el interés del poder, el que quedó oculto tras las mil y una formas procesales complejas elaboradas a tal fin, como antídotos sofisticados contra los derechos del pueblo, observado éste no como soberano sino como súbdito del rey. De la mano de esa finalidad oculta, se procuró acentuar un marco teórico conceptual encriptado –bien alejado del saber del lego–, sobre el modo de funcionamiento de la justicia, como si se tratase de una ciencia o estudio aséptico. Así, la práctica ha quedado muy lejana de la teoría constitucional, fracasando todo intento por fortalecer valores y principios de minorías, y por ende, dificultando la construcción de una nueva conformación social.

No hay dudas que el proceso penal es una expresión de poder (Andrés Ibañez, 2015, p. 307). La selectividad del sistema, la forma en que éste opera, las reglas para arribar a la verdad y la forma de adquirir conocimiento son algunas de las herramientas de que se vale el poder para direccionar el sistema penal y la violencia institucional. Como bien señala Ferrajoli, el juicio penal es un “saber-poder” (1998, p. 45), ya que conjuga conocimiento y decisión para legitimar (o no) el ejercicio de esa violencia. La forma de arribar a la verdad, que legitima la aplicación de violencia, es parte importante de ese poder. El sistema inquisitivo imperante por estas tierras tenía clara consciencia de ello. Enraizado en estas tierras luego de cinco siglos de vigencia tuvo el suficiente poder de fuego para dificultar la tarea de desterrar esas prácticas.

En nuestro caso, sentar las bases dogmáticas del litigio penal en América Latina no ha sido una tarea sencilla y, mucho menos lo es, afianzar ese soporte dogmático en la práctica del sistema judicial. El establecimiento de un sistema penal democrático y republicano en la praxis, acorde con los firmes postulados constitucionales de nuestras jóvenes naciones, sigue siendo una preocupación abordada pero, a su vez, un trabajo inconcluso, lleno de marchas y contra marchas que dificultan su rumbo. El modelo inquisitivo, hegemónico en Europa desde comienzos del siglo XIII (Maier, 1996)⁹, heredado por imposición en las colonias americanas, dejó una profunda huella cultural (aunque, más que una huella, diría un estrago cultural), que aún hoy cuesta borrar, que impacta fuertemente en las prácticas sociales y judiciales, ya sea sobre los primeros modelos procesales “mixtos” de la región¹⁰ que aún

⁹ Maier expone que en el año 1567, a través de la Nueva Recopilación, se acordó la vigencia de las Siete Partidas como derecho común para la América hispana, que habían sido sancionadas promediando el siglo XIII por Alfonso X. Con esa ley, España recibía del derecho romano canónico el modelo inquisitivo en la persecución penal (1996, p. 300 y 302), el que continuó vigente en estas tierras incluso varias décadas después de obtenida la independencia de España (ídem., p. 460). Independientemente de la vigencia de las Siete Partidas, el modelo cultural impuesto desde la conquista de América fue el inquisitivo, no quedando vestigio alguno de la legislación indígena anterior a la conquista (ídem., 1996, p. 328).

¹⁰ Hacemos mención a los Códigos Procesales Peruanos de 1920 y 1940, donde se estableció un primer atisbo de oralidad en el juicio, pero manteniendo una investigación secreta (Neyra Flores, 2015, p. 90; y San Martín Castro, 2014, p. 40 y 41), al Código Procesal Penal Cordobés de 1939, luego seguido por varios estados argentinos, y al Código Procesal Penal Venezolano de 1962 (Duce y Riesgo, 2007, p. 49 y Maier, 1996, p. 421).

mantienen vigencia¹¹, o los nuevos sistemas adversariales latinoamericanos, sean éstos de primera¹² o de segunda generación¹³.

No fueron suficientes los claros y sólidos postulados político constitucionales de nuestras jóvenes naciones que, en materia de justicia, anclaron su pensamiento en un modelo acusatorio y republicano -tomando como unas de sus principales fuentes la Carta Magna de los Estados Unidos de Norteamérica y el pensamiento ilustrado de la Revolución Francesa (Maier, 1996, p. 776)-, dejando a un lado el sistema de justicia monárquico español, para que las prácticas judiciales tomaron ese rumbo. No se trató de un cambio menor o poco significativo. Mucho menos de una decisión arbitraria o poco meditada. Representó una ferviente oposición al pensamiento inquisitivo vigente en estas tierras¹⁴, que fue aplicado desde la conquista española a través de la vigencia de las Siete Partidas y que aún hoy mantiene, de algún modo (prácticas mediante) cierta presencia¹⁵. Implicó la discusión sobre dos modelos antagónicos de justicia. Mientras que el modelo anglosajón –a través del sistema acusatorio- abrazaba los valores e ideología republicana (propias del pensamiento ilustrado de aquella época), adoptando la oralidad como forma de transparentar el sistema judicial y

¹¹ Algunos estados de Perú, algunas provincias argentinas (Tierra del Fuego, Santa Cruz, San Luis, Formosa y Misiones) y Brasil mantienen aún modelos mixtos o inquisitivos atenuados.

¹² Nos referimos a los primeros códigos acusatorios en la región (códigos acusatorios de primera generación), entre ellos el Código de Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1997), Paraguay (1998), Venezuela (1998) y Bolivia (1999). Estos primeros códigos acusatorios tuvieron que soportar las enormes dificultades de implementar un modelo adversarial frente a un cuadro cultural arraigado en el viejo molde inquisitivo y organizaciones judiciales poco propensas a una apertura. La implementación de esos primeros códigos nos enseñó que transformar un sistema de justicia no es una tarea limitada a un mero cambio normativo. No se trata tan solo de un cambio de leyes, sino antes bien, requiere de una implementación planificada que aborde la transformación de las organizaciones y del cambio cultural necesario para los operadores del sistema de justicia, acostumbrados a tramitar expedientes antes que solucionar conflictos. Sobre la evolución de los códigos, ver Langer (2004, p. 16).

Por ello, los códigos acusatorios aprobados en el presente siglo (de segunda generación) procuraron establecer una investigación más dinámica, un nuevo diseño organizacional y un mayor peso a la oralidad, como metodología para la toma de toda decisión en el caso, colocando mayor énfasis en los procesos de implementación, como forma de romper con la lógica inquisitiva, culturalmente arraigada (Ledesma, 2005, p. 29).

¹³ Sobre la evolución de los procesos de reforma ver, Benavides, Binder y Villadiego (2016); y Rua (2018, p. 13).

¹⁴ Como bien señala Anitua, la reacción contra la administración de justicia y el ejercicio del poder punitivo fu un elemento evidente del éxito revolucionario en América Latina. Y que mejor prueba de ello que las primeras medidas adoptadas en estas tierras aboliendo la inquisición, quemando los instrumentos de tortura y eliminando las penas crueles (2005, p. 92).

¹⁵ Aunque cada vez con menor espacio. Todavía a las organizaciones que componen el sector justicia les cuesta mucho esfuerzo salir de un modelo inquisitivo que solo alienta la producción de trámites, y la aplicación de violencia estatal para cada conflicto, poniendo el eje en la infracción a la ley (al Estado), olvidándose del conflicto primario e intereses de los verdaderos involucrados en el conflicto (víctima e imputado).

como mecanismo para que las partes pudieran tener un duelo dialéctico e igualitario para resolver sus conflictos y controvertir las pruebas de cargo de la contraria, el modelo del Civil Law, en la vieja España y en Europa Continental, era su antítesis. Éste se inclinaba por un sistema de justicia de corte inquisitivo, con todo lo que ello implica: un modelo oscuro, plagado de ritos que coloca los intereses estatales por sobre los de los involucrados en el conflicto¹⁶.

Es preciso comprender que cuando hablamos de modelo inquisitivo no estamos haciendo referencia pura y exclusivamente a un sistema procesal o normativo, sino antes bien a una forma de aplicar el poder, a una forma de dimensionar el Estado por sobre los intereses de los ciudadanos, que aún pervive entre los pliegues de los aparatos estatales de poder¹⁷. Se trata de una concepción del poder del Estado por encima de los ciudadanos, el que no guarda racionalidad ni igualdad en su violenta aplicación, ni rinde cuentas en su utilización. En ese sentido, el ordenamiento procesal –de base inquisitiva- no es más que un fiel reflejo de la concepción política, es un instrumento hacia los fines del Estado, que se ve reflejado luego en una forma de ejercer el poder que traspasa las normas. Es esta concepción teórica la que, a pesar de los cambios realizados recientemente, aún mantiene cierta vigencia práctica. En algún sentido, el bloque teórico propio de los sistemas adversariales no logra aún desterrar las prácticas propias de los sistemas inquisitivos.

Claro que iban a pasar muchos años hasta que los parlamentos de cada uno de los estados en la región pudieran adecuar su legislación al modelo abrazado en nuestras constituciones¹⁸. Pero no por falta de vocación republicana ni mucho menos por una cuestión de idiosincrasia o costumbres locales o regionales –como se quiere hacer creer¹⁹, sino por la

¹⁶ Nada más representativo que la obra "El proceso" de Kafka, donde el protagonista es imputado de un hecho, del que desconoce todo detalle y sin que nadie le informe nada, siendo así el proceso mismo su propia condena. Es bueno remarcar que Kafka describe allí como pocos el funcionamiento de las burocracias judiciales, ya que trabajó como jurista a comienzos del siglo XX en Praga, Como bien remarca Salas, analizando la obra de Kafka, "bajo el imperio de una ley que se ha vuelto indiscifrable, reinan el caos, la injusticia, la arbitrariedad: olvidada por los hombres, la ley ha sido entregada a las manos más viles y a la ambición de poder" (Salas, 2013, p. 14).

¹⁷ Como bien remarca Damaska, los regímenes políticos se legitiman a través de la administración de justicia, y de allí la sintonía entre sistemas jurídicos, formas de Estado y poder (2000, p. 18).

¹⁸ El modelo constitucional de los estados latinoamericanos, en su gran mayoría, fue delineado a comienzos del siglo XIX, mientras que recién en los últimos 30 años se observa un afianzamiento de esos principios en los códigos procesales.

¹⁹ En sentido contrario y con una visión utópica de la reforma (Pásara, 2015). No compartimos las conclusiones de dicho autor. Al contrario, creemos que mucho se ha avanzado en los últimos 30 años en el proceso de transformación de la justicia penal latinoamericana. La organización de las Defensas Públicas, la creación de un

enorme dificultad que implicó -y que aún cuesta singular esfuerzo- disolver el entramado normativo de un estado indiano autoritario plagado de beneficios para la clase social dominante²⁰.

Como bien señala Binder,

"más titánicos son los esfuerzos por construir una justicia republicana y más estrepitosos los fracasos. Lo que es claro es que la generación republicana de América, al igual que los ilustrados, tenía claro el papel de una reforma total de la administración de justicia, que dejara atrás para siempre las prácticas inquisitoriales. Tenía claro también que esa tarea no era solo una tarea jurídica, sino que era una de las mayores contribuciones a la fundación de repúblicas" (2012, p. 22).

La falta de una legislación procesal que conformara al molde acusatorio y republicano que se deriva de nuestras Constituciones Latinoamericanas²¹ implicó en la praxis judicial no solo el mantenimiento de un sistema autoritario, ineficaz, ritual, secreto y escrito, sino antes bien, una merma en la efectiva vigencia de las garantías allí consagradas y, como consecuencia de ello, un menor protagonismo de las partes en el litigio. Bajo el sofisma del principio de legalidad –que pretende hacernos creer que es posible la persecución de todos los hechos y que ello es exigible bajo el principio de igualdad²²-, se arrojó una oscura selectividad de los hechos más toscos y burdos, afianzando así la persecución de los sectores más vulnerables de la sociedad (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, p. 7), dejando por fuera la persecución de hechos vinculados al poder. Por el lado de las libertades públicas, la consagración de la garantía del “juicio previo”, establecida por nuestro constituyente²³ como

Ministerio Público Fiscal moderno, la regulación del juicio oral, el restablecimiento en muchos estados del Juicio por Jurados, el afianzamiento de las garantías, la redefinición de la teoría probatoria, los controles sobre el sistema de justicia son solo algunos de los capítulos donde se observan singulares avances.

²⁰ En palabras de Binder: "Nuestra cultura jurídica es, en gran medida, un reservorio autoritario que se reproduce a través de otras prácticas de enseñanza formal e informal, que todavía no hemos aprendido a criticar en profundidad y menos aún a modificar" (Binder, 2012, p. 15.)

²¹ Que en su gran mayoría abrazaron el juicio por jurados, aunque luego les costará construir ese modelo republicano en la práctica y en las leyes que regulan ese modelo de justicia. En igual sentido (Binder, 2014, p. 13).

²² No solo no es materialmente posible, sino que además es una pésima elección desde un punto de vista de persecución penal. Una política criminal democrática nos exige evitar toda aplicación del poder punitivo (que es un ejercicio de violencia) cuando con ella no se logra disminuir la violencia social. Solo debiera estar reservada para los conflictos más graves que no admiten la gestión del conflicto desde otro enfoque.

²³ Así, la Constitución Argentina de 1853 no solo estableció la garantía del juicio previo en su art. 18 ("Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"), sino que también expresó que ese juicio debía llevarse a cabo ante un jurado popular (art. 24). La conexión entre ambas garantías (juicio previo y jurados populares) implica un reconocimiento de que no cualquier procedimiento es suficiente para abrazar la garantía del juicio previo, sino que se requiere de un juicio adversarial, público y contradictorio, frente a un tribunal imparcial.

un requisito de legitimidad en la aplicación del poder punitivo, no tomó su real dimensión hasta, diría yo, apenas comenzado el presente siglo. Históricamente se ha observado a esa garantía fundamental o de primer orden, con cierta superficialidad o liviandad²⁴. Como si cualquier proceso de producción de información -ya sea oral, o a través de modelos que promueven el ingreso de información por escrito, sin importar el mecanismo a través del cual fue obtenida, ni si pudo ser controlada-, pudiera ser suficiente para darle contenido a una de las garantías más trascendentes en materia penal²⁵. Esta garantía fundamental, no debe ser observada como el estricto respeto por cualquier trámite²⁶ o formalidad establecida normativamente para arribar a una condena, sino como un límite infranqueable al poder del estado. Las formalidades que componen la garantía del juicio previo solo tienen sentido si, a través de su cumplimiento, se fortalecen otras garantías constitucionales que precisamente le dan soporte y contenido, tales como la imparcialidad del tribunal, el contradictorio como corolario de la defensa en juicio y la publicidad²⁷.

Siguiendo el pensamiento de Ferrajoli, la garantía del "juicio previo" está basado en una estructura triangular, asegurada por tres garantías primarias, a saber: la formulación de la imputación, la carga de la prueba en manos de la acusación, y el derecho de defensa, que le permita controlar y controvertir toda la prueba de cargo (1998, p. 606). Solo a través del respeto irrestricto de estas tres garantías primarias, la garantía del "juicio previo" cobra real

El modelo argentino proviene de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela, de 1811, que en su art. 117 original expresaba lo siguiente: "Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Representantes por el art. 44, se terminarán por jurados luego que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal, cuya actuación se hará en la misma provincia en que se hubiese cometido el delito..."

Asimismo, la Constitución Mexicana de 1917, también fijó en su cláusula 20 una serie de garantías, entre las que se establecía el derecho a ser juzgado en una audiencia pública, presidida por un juez o jurado popular, conformando así las bases de la garantía del "juicio previo".

Del mismo modo lo hicieron la mayoría de las constituciones latinoamericanas.

²⁴ Esta conceptualización pobre del derecho procesal penal guarda relación con el estudio más bien descriptivo de la materia que se mantuvo hasta mediados del siglo anterior. Recién cuando se tuvo una visión constitucional del derecho procesal penal se comenzó a darle a esta rama del derecho su verdadera identidad y valor.

²⁵ Si esto no fuese así, no se explica cómo se mantuvo, hasta mediados del siglo pasado, el sistema escrito de juzgamiento en la mayoría de los estados de la región.

²⁶ La palabra "trámite" no ha sido escogida al azar, sino que sintetiza la visión que el sistema inquisitivo tiene sobre los asuntos en la justicia. Se trataba de tramitar expedientes antes que de solucionar conflictos. Como señala Binder, la visión del proceso penal como un mero conjunto de trámites es precisamente la ideología de la justicia penal inquisitiva (2013, p. 27).

²⁷ En palabras de Binder la garantía del juicio previo está estructurada bajo tres principios que componen las condiciones de verificabilidad, donde se fijan límites muy precisos acerca de cómo construir la verdad en juicio. Esos tres principios no son otros que la garantía de imparcialidad, publicidad y contradictorio, de las que se derivan garantías de segundo y tercer orden (2012, p. 227 y sigs.).

dimensión como un freno infranqueable al poder punitivo estatal. Abrazar la garantía del juicio previo y el reconocimiento del juicio por jurados como una forma de democratizar la justicia y de profundizar los valores del sistema adversarial²⁸, conlleva una profunda elección entre dos modelos antagónicos de justicia, y un abandono del modelo inquisitivo por entonces conocido por estas tierras. La garantía del juicio previo implicó un reconocimiento o límite del Estado, consistente en que para imponer una condena penal debe permitir a la defensa, en una audiencia oral y pública, confrontar la acusación con prueba de descargo frente a un tribunal imparcial. Claro que, como sostuvimos, la historia nos mostrará que la vigencia de ese modelo adversarial y republicano establecido en nuestra ley fundamental con prístina claridad terminó siendo, producto de largas y penosas guerras civiles, por muchos años, una utopía, un camino sumamente complejo de recorrer, que hoy todavía estamos intentando desandar, no sin enormes dificultades. Y veremos también cómo ello repercutió -y repercute hoy día- en el manejo y planificación de los asuntos penales por parte de los abogados, quienes se acostumbraron a ser meros actores de reparto en el proceso penal, casi con la única responsabilidad de ser veedores externos de un proceso penal al que no tenían invitación en la producción probatoria.

No debemos olvidar que a comienzos del siglo XIX -época en la cual la mayoría de los pueblos latinoamericanos lograron su ansiada independencia y se dictaron las primeras Constituciones que abrazaron el modelo adversarial con la garantía del juicio previo-, por estas tierras aún mantenía vigencia la ley inquisitiva española. Esa ley procesal española imperante hasta casi finales de ese siglo²⁹, con las características ya apuntadas, era incluso anterior y más inquisitiva que el modelo bonapartista francés de 1808 -conocido bajo el nombre de sistema mixto, más para ocultar sus raíces inquisitoriales, que por una genuina y simétrica mixtura con el sistema adversarial inglés-³⁰. De allí la inmensidad del cambio

²⁸ Como bien señala Harfuch, el jurado da una mayor dosis de adversarialidad al juicio y permite contar un verdadero tribunal imparcial. Así, señala el experto en Jurados que: "En el juicio profesional, en cambio los jueces se conocen de memoria el expediente. Inclusive, varios ya tienen confeccionado un borrador de sentencia. El juicio es así un simple trámite más, una parodia decolorada de adversarialidad. Pierde toda su razón de ser. En el juicio por jurados, los jurados se enteran de quien es el acusado y en qué consiste el caso cuando el fiscal y el defensor hacen sus alegatos de apertura" (2013, p. 183). De allí que el juez, profesional, al no tener responsabilidad sobre el mérito de la acusación, pueda circunscribir su rol a ser un garante del juicio, esto es de la calidad del litigio (ob. cit., p. 110).

²⁹ El modelo inquisitivo español se mantuvo hasta 1882, año en el cual entra en vigencia el modelo mixto español, bajo el nombre de ley de enjuiciamiento criminal española.

³⁰ Si bien los primeros modelos posteriores a la revolución francesa eran más acusatorios que el código de instrucción criminal de 1808 (me refiero a la ley de enjuiciamiento de 1791 y al código de 1795), lo cierto es

cultural, de los laberintos que hubo que recorrer para adecuar la normativa procesal a los postulados constitucionales para llegar al sistema adversarial actual³¹.

La renovación discursiva establecida en nuestros textos fundacionales constituye un claro intento por lograr una transformación revolucionaria en el sistema de justicia penal, en el que, cuanto menos, se sentaron sus bases constitucionales. Más allá de los constantes embates que se harán sobre el modelo inquisitivo de enjuiciamiento a lo largo de los siglos XIX, XX y XXI³², con el afán de cumplir con la manda constitucional, a los países de la región, en líneas generales, les ha costado mucho esfuerzo y tiempo lograr abandonar definitivamente un modelo de justicia que, lejos de ubicar los derechos de las partes -víctima e imputado- en el centro del litigio, mantuvo los intereses del Estado por sobre éstas.

La posterior adopción del sistema mixto francés, impuesto en algunos estados latinoamericanos a mediados del siglo pasado³³ tampoco fue suficiente antídoto para abortar el modelo de una justicia inquisitiva y con pensamiento colonial, más preocupado por mantener el control en la aplicación del poder punitivo, que amoldarlo a los sueños de

que todos ellos conservaron, tal como apunta Bovino, los principios materiales del procedimiento inquisitivo, esto es, la persecución penal pública y la averiguación de la verdad (Bovino, 1998, p. 78). De allí que Ferrajoli lo defina como un "monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio y el inquisitivo". Y que su parte "tendencialmente acusatoria" estaba "destinada a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase" (1998, p. 566)-

³¹ Los debates eran tan profundos como los temores por el cambio. Durante los albores de nuestra conformación institucional la discusión sobre el dictado de los primeros códigos de fondo mostró claramente ese enfrentamiento entre los que pretendían un cambio, ya sea hacia el modelo bonapartista de codificación o el sistema anglosajón, y los que pretendían mantener las leyes indianas. Sobre estas discusiones, ver Tau Anzoátegui (2008).

³² No solo en la Argentina, a través del Proyecto trunco Victorino De la Plaza y Florentino González (1873), se intentó vanamente la aprobación de un código procesal penal de corte acusatorio. Los mismos intentos se presentarán en otros países. Así, Guatemala, con la primera presidencia (Mariano Galvez) aprobó los códigos Livingston (1837), que era un cuerpo normativo de cinco leyes que estableció el juicio por jurados, aunque tuvo corta vigencia; México con el establecimiento del Juicio por jurados a comienzos del siglo XX; y República Dominicana, Puerto Rico y Cuba establecieron el juicio oral a finales del siglo XIX, el primero al hacer propio el código francés de 1808, los dos restantes debido a que su independencia fue posterior a la vigencia de la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882.

Al respecto consultar Duce y Riego (2007, p. 45 y sig.); y, sobre la reforma en Cuba, Rivero García (2012, p. 27 y sig.).

³³ Por citar algunos ejemplos, Perú aprobó un Código Procesal Penal de clara influencia francesa en 1920, que instauró un juicio oral en un modelo mixto con investigación formalizada, aunque, como lo explica Neyra Flores, las modificaciones posteriores fueron suavizando la oralidad, permitiendo cada vez más la incorporación al debate de numerosas evidencias recolectadas durante la investigación (2010, p. 99 y sig.). Del mismo modo, el Código Cordobés impuso el modelo mixto en 1939, el que luego fuera seguido por varias provincias argentinas.

Estos dos códigos no fueron los primeros en adoptar el modelo mixto en la región, ya que por finales del siglo XIX, República Dominicana y Cuba iban a adoptar el juicio oral en procesos mixtos, siguiendo el modelo francés de 1808 y español de 1882, respectivamente.

nuestros constituyentes. Ese sistema -el mixto-, lejos de ser un producto de la revolución francesa, es más bien un modelo originado en el movimiento contrarrevolucionario que entendió los inexorables cambios que se avecinaban, pero preocupado por mantener los ejes centrales del viejo molde inquisitivo, buscó paliar los efectos del nuevo diseño³⁴. Es ese modelo francés el que se afianzará en nuestra región en la segunda mitad del siglo XX, y que no permitirá mayor espacio para el desarrollo de los postulados constitucionales antes marcados.

Así, el diseño francés rápidamente se convirtió más en el oscuro sostenimiento de las bases inquisitoriales en la administración de justicia, que un intento genuino de transformarla. El mantenimiento de la acción penal pública oficiosa -legalidad procesal- aún por sobre el interés de la víctima, y el afianzamiento de una investigación penal secreta, escrita, formal y ritual que repercutió fuertemente en el juicio oral a través de la incorporación del expediente judicial como prueba, fueron suficiente antídoto para un vano intento de transformar la justicia en la Europa continental. No solo el Estado mantuvo el imperio del poder penal (no dependía de un tercero, víctima u ofendido -ya sea individual o colectivo- para la aplicación de la violencia estatal a través de la pena o, aunque más no sea, la amenaza de su imposición), sino que también se conservaron las formas oscuras y secretas de la investigación, que ingresaban como prueba al juicio oral mediante simple lectura. De ese modo, el juicio oral en los sistemas mixtos terminó por ser más una parodia de oralidad, una oralización del expediente que un verdadero litigio entre adversarios, manteniéndose las viejas prácticas del sistema anterior y dejando, nuevamente, a las partes y a sus letrados, fuera del centro del escenario. No nos detendremos en este trabajo sobre la historia de los procesos penales en sí, ya que no es la finalidad de esta obra³⁵, más sí debemos destacar que es la historia de los procesos penales la que permite comprender el “por qué” del rol absolutamente pasivo de los abogados en la planificación de los casos. Cinco siglos bajo un modelo inquisitivo, en donde la incorporación de pruebas al litigio terminó siendo de muy baja calidad y con un papel secundario de parte de los abogados de la acusación y de la defensa,

³⁴ Explica Maier que el código de instrucción criminal francés de 1808 fue una mixtura de ideas de implantar un modelo de justicia acusatorio y las viejas ideas de la inquisición (1996, p. 350 y sigs.). Así las primeras ideas acusatorias establecidas en el código de 1791 fueron cediendo y morigerándose hacia el modelo inquisitivo, dando nacimiento al sistema mixto, definido como un híbrido o un monstruo por Ferrajoli por no responder a ninguno de los dos modelos (1998, p. 567)

³⁵ Quien quiera avanzar en esa línea recomendamos la lectura de Binder (2013, Capítulo 2).

repercutió -y repercute aún hoy día- fuertemente en el modo en que los litigantes manejan su cartera de casos y planifican sus estrategias. La realización de un juicio oral que hunde sus raíces en el sumario policial impactó fuertemente, desde el plano cultural, en la forma de ejecutar las pruebas y de preparar el litigio.

1.2. Las nuevas reglas del litigio y la reubicación de la verdad en el proceso.

Como venimos sosteniendo, fue el modelo mixto francés el que sentó las bases del sistema penal durante el siglo XIX en Europa continental, y en América Latina durante gran parte del siglo XX³⁶, y que bajo el paraguas del juicio oral mantuvo los paradigmas del viejo molde inquisitivo, legalizando el ingreso por lectura de todo tipo de información escrita recolectada, con cierto secretismo, durante la instrucción. Pruebas pre constituidas sin control de partes, actas escritas incorporadas por lectura, confusión de roles en el proceso, jueces con capacidad de producir pruebas por fuera de las solicitadas por las partes -bajo el instituto de la instrucción suplementaria- fueron la base probatoria de un juicio oral mixto que se caracterizó por permitir el ingreso de información de muy baja calidad, debido a las permisivas formas procesales requeridas para su obtención³⁷. En definitiva, la base del juicio oral en los sistemas mixtos, lejos de cultivar la oralidad como metodología para el control de la información y para fortalecer el contradictorio, prácticamente no se apartó del diseño probatorio inquisitivo³⁸, esto es, un sistema en el cual el principio de libertad y amplitud probatoria (conocido técnicamente como "free proof"³⁹) casi no opuso reparos para la adquisición de evidencias, imperando los intereses del Estado que se arropó bajo una

³⁶ El modelo mixto francés ingresó en varios estados latinoamericanos. La escuela cordobesa en Argentina fue el lugar desde donde se expandió al resto del continente las bases del modelo mixto. Así, el modelo mixto se asentó en el Código Procesal Penal Cordobés de 1939, y continuó extendiéndose hacia varias provincias argentinas. Así, se expandió a Santiago del Estero (1941), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San Juan (1961), Salta (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971) y Chaco (1971) (Maier, 1996, p. 421).

³⁷ Sobre las enormes grietas abiertas por donde se vulnera el sistema acusatorio y se conceden facultades al Tribunal para inmiscuirse en la prueba, ver Gómez Urso (2011).

³⁸ Claro que sí se apartó en cuanto al abandono de la prueba tasada, más sostenemos que el cambio no fue realmente muy profundo, ya que la prueba continuó estando constituida por actas labradas en un expediente al cual la defensa no tenía prácticamente acceso ni posibilidad de controvertir.

³⁹ Bajo el modelo Benthamiano, se considera que es el juez quien debe valorar la calidad y credibilidad de la información que se desprende de cada medio de prueba y que, bajo la misma lógica del científico, no debe limitarse el acceso a la información. Parten de la base de que el juez sabrá distinguir la información que tiene la calidad suficiente, de aquélla que es más bien circunstancial. Así Bentham, como precursor de la tradición racionalista de la prueba sostuvo que la prueba debe ser enteramente libre (free proof) y que, cualquier interferencia del derecho procesal debe ser limitada o eliminada. Al respecto, ver, Ferrer Beltrán (2010, p. 5).

supuesta búsqueda de una única verdad, que le fue útil para sus fines de mantener el total dominio del ejercicio de la acción penal, y como lógica consecuencia, dejando poco margen a las partes para la elaboración de una estrategia del caso.

Bajo la (falsa) premisa de que la única finalidad del proceso penal es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido -una suerte de finalidad unidireccional-, sumado a la asunción Benthamiana de que el objetivo fundamental del derecho procesal no es otro que ser garante de la correcta aplicación del derecho sustantivo (Ferrer Beltrán, 2010, p. 4), se orquestó un bloque teórico conceptual que perduró en el tiempo. Como consecuencia de ello, se procuró mantener en el proceso penal una metodología o sistema natural de conocimiento propio de la epistemología general⁴⁰, desplazando la idea de imponer límites a través del derecho probatorio que prohibieran, mediante reglas de exclusión, aquella información que no resulte confiable, o que afecte intereses considerados superiores. Se podría decir que los límites impuestos a la prueba bajo estos modelos procesales fueron más bien excepcionales o insignificantes, sustituyéndose las reglas de exclusión o inadmisibilidad -propias del modelo anglosajón⁴¹-, por los de valoración de la prueba. La idea que subyace a esta visión del sistema, es que el buen juez podrá distinguir qué información proveniente de las pruebas merece credibilidad, y cuál no.

La falta de un desarrollo más sólido y confiable de la teoría de la prueba, que derivó en la enorme apertura para el ingreso de prácticamente cualquier información al juicio, no debe ser visto como una causa en sí misma, sino antes bien, como una consecuencia del papel que, en los sistemas inquisitivos, se le dio a la verdad, que no fue modificado bajo el ropaje del modelo mixto francés. El sistema inquisitivo declaraba estar seriamente comprometido con la verdad, aunque los mecanismos para su obtención -por la falta de control sobre la calidad de la información y la falta de imparcialidad de un juzgador que estaba fuertemente interesado en su búsqueda⁴²-, fueran sumamente deficientes. Proceso penal y verdad eran dos

⁴⁰ Así sostiene Bentham que la prueba es libertad y pregonar un sistema natural de la prueba en cuanto a su producción y valoración carente de reglas (Ferrer Beltrán, 2010, p. 4 y 5).

⁴¹ Así el sistema anglosajón, a través de las reglas de evidencia, fija límites a la información que puede ser ventilada en juicio. Para consultar una obra en español sobre reglas de evidencia, recomendamos la lectura de Emmanuelli Jiménez (2010).

⁴² Como bien señala Guzmán, tanto la imparcialidad como el contradictorio, "además de ser garantías que protegen la libertad del imputado, facilitan la tarea de conocimiento de los hechos" (2006, p. 137), definiendo al contradictorio como "el método más conveniente para el conocimiento de la verdad" (p. 150) por permitir el control de la información. Por otro lado, sostiene el autor que la participación del juez en la formación de la prueba afecta gravemente su imparcialidad, pues indefectiblemente queda involucrado con una hipótesis que

caras de una misma moneda. No se concebía prácticamente una distinción entre ambos conceptos. El proceso penal inquisitivo estaba orientado exclusivamente a la búsqueda de la verdad como un fin en sí mismo, y no como una meta garantía, un límite infranqueable del Estado para imponer una pena⁴³. De allí que el concepto de verdad, tal como se lo entendió en el sistema inquisitivo y que fue mimetizándose para mantenerse con cierta fuerza en el modelo mixto francés, haya sido dañino para el proceso penal y deba combatírsele hasta ubicarlo nuevamente en lo que debió ser: una meta garantía, en el sentido que solo cuando los hechos sostenidos en la acusación tengan fuerza de verdad corresponderá dictar una condena; más no como una finalidad en el proceso penal. En el nombre de la "verdad", la inquisición no tuvo reparos ni límites en la imposición de la tortura. En el nombre de la verdad, no hubo frenos en aceptar actas policiales fraguadas, repletas de falsa información que eran luego incorporadas por lectura y permitieron un poder absoluto de las fuerzas de seguridad sobre la ciudadanía, generando los estereotipos criminales que el poder penal se ocupó de captar y perseguir⁴⁴. Y en el nombre de la verdad, se aceptó que los jueces se conviertan en acusadores y se ocuparan de traspasar esa investigación secreta y escrita a un proyecto de sentencia que solía estar preparado incluso antes del inicio mismo del debate (Harfuch, 2013).

Ese modelo inquisitivo, preocupado por la obtención de la verdad, ingresa en el molde mixto, suavizando sus formas -ya no habrá mecanismos de tortura para la obtención de una confesión-, pero manteniendo indemne su finalidad y sus cimientos. Así, el proceso mixto mantuvo la búsqueda de la verdad como un fin en sí mismo. De allí que la figura del juez - tanto instructor como de juicio- esté comprometido seriamente con la verdad, esté preocupado por su obtención, se esmera por averiguarla, lo que lo lleva a tener un rol proactivo en su búsqueda, produciendo pruebas en forma independiente a la intención de las

luego tiende a confirmar y que..., dificulta la detección de los errores en que se podría haber incurrido y de las falsedades que podrían contener los elementos probatorios" (ídem. p. 178).

⁴³ Esa idea de buscar la verdad a toda costa, como un único fin y sin importar qué tanta seguridad se tenía sobre los hechos es el método que primó desde el *Malleus Malificarum* en adelante, el que se fue atenuando pero no se modificaron sus cimientos. Ese modelo denota autoritarismo, por la falta de límites en su búsqueda y el rol del juez en su búsqueda, dando cuenta de los valores socio políticos de la comunidad en esa época. De allí que consideremos correcta la adjetivación que Bovino realiza sobre los modelos procesales, calificando al anglosajón como un diálogo entre partes donde prima el contradictorio, y el mixto como un monólogo del tribunal inquisidor (Bovino, 1998, p.225)

⁴⁴ Como bien se señala, la criminalización secundaria solo se limita a ese estereotipo criminal previamente marcado (Zaffaroni, et al., 2000, párrafo primero).

partes, interrogando testigos y realizando instrucciones suplementarias cuando, a su juicio, la investigación no fue sólida ni completa. Las partes, en ese proceso, asumieron sumisamente un papel secundario, como una suerte de rol natural, debido al peso, importancia y lugar que mantuvo la búsqueda de la verdad en el proceso. No debiera llamarnos la atención que el defensor sea considerado en esos procesos como un auxiliar del Juez, con límites muy marcados en su rol⁴⁵.

Es cierto que el contenido de la teoría de la prueba sufre una mutación entre el sistema inquisitivo y el mixto. No solo desde las formas admitidas para obtener información -ya que la confesión no será aceptada, sino es bajo determinados presupuestos-, sino también en cuanto a la valoración de la prueba -se transforma el sistema de pruebas, pasando de un modelo de pruebas tasadas a uno de libres convicciones que se mantendrá en el sistema adversarial-, aunque aún falte mucho desarrollo teórico para establecer reglas claras y precisas de valoración⁴⁶. Pero también lo es que las bases probatorias se mantuvieron, en cierto punto, indemnes. La forma de obtener información en el juicio oral siguió siendo de muy baja calidad, poco confiable, y el rol de las partes en su obtención absolutamente secundario y prescindible. El principio de amplitud probatoria vigente en el sistema mixto siguió aceptando la incorporación por lectura de las actas labradas durante la etapa de investigación, donde el control sobre la información obtenida es casi una utopía, y donde el juez de instrucción tiene un rol protagónico en la adquisición de información que, por arte mágico de su oralización en audiencia, devendrá en prueba.

En apretada síntesis, el rol del juez, preponderante en la adquisición de conocimientos, no permitió a las partes tener una visión estratégica del caso y decidir cómo presentar un relato de manera persuasiva, ya que no tienen el control sobre el qué y el cómo incorporar información al proceso. No es una decisión que esté entre sus manos,

⁴⁵ Aún en el texto de Beling, moderno para la época, se le imponían límites muy fuertes al rol de la defensa. Así el autor califica al defensor como un auxiliar del imputado, imponiéndole límites a su función. Menciona que: "el defensor no debe identificarse con su cliente, por simpático que éste le sea. En este sentido no es su auxiliar procesal. Sólo debe alejar de su cliente las molestias procesales y las resoluciones sobre el fondo, si son injustificadas (no debe, por ejemplo, intentar que absuelvan a una persona, cuya culpabilidad resulta clara de las pruebas)" (1943, p. 112).

⁴⁶ Como bien sostiene Ferrajoli, "el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la libre convicción... en realidad fue acríticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales" (1998, p. 139).

sencillamente, porque el concepto de verdad -en esos sistemas- es superior a sus propios intereses en el caso. Y por otro lado, ese formato de prueba escrita abortó las pretensiones republicanas del procedimiento penal, al establecer un sistema que no permite a las partes tener un control sobre los actos de gobierno, ya que no pueden controlar la producción de información obtenida sin su participación.

Al contrario, el sistema adversarial, que empezó a implementarse en la región en los últimos veinte años, comenzó un proceso de edificación de las bases republicanas del proceso penal, al imponer un mayor rigor en el control de la información que se pretenda introducir como prueba al juicio oral. Así, desliga al juez de la función de averiguar la verdad, para mantenerlo imparcial, y generar un escenario de control horizontal de las partes sobre la información presentada en juicio (Moreno, 2012, p. 21). Comparto la postura de Ferrajoli, interrogar no puede ser un acto puramente neutral⁴⁷, esto es, nadie puede ser absolutamente imparcial si tiene como función buscar la verdad de lo ocurrido. Nunca una actividad probatoria puede ser absolutamente neutral. Por ello tanto el contradictorio como la imparcialidad son consideradas garantías de verdad. Como bien señala Binder, en el sistema adversarial se produce una mutación sobre el concepto mismo de verdad. La verdad sale del rol de finalidad del proceso penal, pasando a ocupar uno de meta garantía. El juez debe exigir la verdad en cada uno de los postulados de la acusación para arribar a una condena y habilitar la aplicación de poder punitivo (Binder, 2012)⁴⁸. Solo cuando arriba a la verdad de cada uno de los postulados de la acusación está legítimamente habilitado para autorizar la aplicación del poder punitivo.

A su vez, el peso de la verdad en el proceso penal cobra genuina virtualidad como garantía al exigir que la carga de la prueba le compete al acusador (*onus probandi*), y que en caso de duda, debe estarse a la versión más favorable para el imputado (*in dubio pro reo*). Convengamos que estas dos garantías, derivadas del principio de inocencia y de la exigencia de certeza sobre los hechos contenidos en la acusación (más allá de toda duda razonable),

⁴⁷ Precisamente por eso, considera que la máxima de la imparcialidad en el juez le impide conducir un interrogatorio (Ferrajoli, 1998, p. 612).

⁴⁸ Menciona Binder que en el sistema adversarial "existe una aparente paradoja: debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla. No porque ello signifique que el juez debe ser lábil frente a la verdad o negligente; todo lo contrario. El mayor compromiso del juez con la verdad no se expresa con la idea de "búsqueda". El principio básico de todo sistema republicano (adversarial) es que el juez debe exigir la verdad a los acusadores" (2012, p. 222 y sig.).

sumadas a las garantías de imparcialidad del tribunal y control de la prueba (contradicción) comportan el bloque teórico del sistema adversarial. Y es ese bloque teórico el que provoca que las partes deban tener una visión estratégica del proceso penal y cobren un rol protagónico en el escenario de los hechos que se derivan de la prueba en el juicio oral. No solo en cuanto a la selección de los medios de prueba que pretenden introducir al juicio (juicio de admisión sobre la prueba), sino también respecto de su contenido y la forma persuasiva en que, a través de aquéllas, se presentarán sus hechos en el proceso (juicio de credibilidad). Claro que luego de cinco siglos de cultura inquisitiva, aún a los abogados les cuesta asumir este nuevo desafío y presentar los hechos de manera estratégica, lógica y persuasiva.

Como decíamos al inicio de este capítulo, sentar las bases del litigio en un sistema adversarial no ha sido una tarea sencilla en la región. Se ha requerido una evolución normativa de los códigos acusatorios que, de a poco, fueron sentando las bases republicanas del sistema penal, pasando de los primeros modelos acusatorios (códigos acusatorios de primera generación) que se limitaron a colocar en manos de la acusación el ejercicio de la acción penal, y a establecer el juicio oral como etapa central en el proceso, a los más recientes (códigos de segunda generación) que fijaron reglas más estrictas para la incorporación de la prueba en el proceso penal. Así, a pesar del principio de libertad y amplitud probatoria que rige en nuestros códigos (*free proof*), ese principio no encuentra aplicación absoluta, sino que está limitado por reglas jurídicas (*rules of evidence*) que permiten la exclusión de cierta información por diversos motivos⁴⁹.

Emparentándonos con los sistemas anglosajones, cuya raíz surge de la base constitucional republicana de nuestros estados, se comienzan a elaborar reglas más precisas y estrictas que limitan la posibilidad de adquirir cualquier tipo de información en el juicio oral, y que, a su vez, devuelven protagonismo a los abogados en la forma de producir la información en juicio. Solo la información que supere cierto estándar normativo de calidad y que permita un genuino contradictorio podrá ser presentada en juicio. Esa es, pues, la función del juicio oral: generar un litigio limitando el acceso de información que no supere

⁴⁹ Como bien señala Taruffó, no existe un modelo que sostenga sin limitación alguna el principio de *freedom proof*. Los distintos ordenamientos oscilan entre ambos extremos, pero sin alcanzarlos enteramente (2011, p. 361). Del mismo modo, señala Bovino que "si bien la meta última del procedimiento penal reside en la realización del derecho penal, se afirma que esa meta solo puede ser alcanzada si, a través del procedimiento, se determina la verdad del acontecimiento histórico que funda la imputación de responsabilidad y, a la vez, torna necesaria la respuesta punitiva" (Bovino, 1998, p. 212).

cierto estándar de calidad. Y, como consecuencia de ello, los abogados cobran un rol protagónico: deben seleccionar qué porciones de información presentarán en juicio para elaborar un relato persuasivo, una historia, y cómo lo harán, con límites muy precisos en cuanto a las formas de adquirir, conservar, producir y controlar los diversos medios de prueba. Algunas limitaciones normativas de las pruebas obedecerán a la calidad de la información que se pretende incorporar (por ejemplo, falta de control de lo producido durante la investigación, falta de acreditación de un perito, testigo de oídas, etc.); otras obedecerán a otros intereses o valores que están en juego y que el legislador considera superiores al descubrimiento de la verdad (por ejemplo, prohibición de un testigo de declarar contra un familiar bajo determinadas condiciones); otros casos será porque no guardan relación con el objeto procesal (evidencias que resultan irrelevantes y que pretenden generar un prejuicio en el juzgador), otras a la afectación de determinadas garantías constitucionales (prueba ilícita)⁵⁰.

1.3. La construcción de una matriz adversarial.

Si las Constituciones latinoamericanas y los Tratados internacionales fueron bien claros en fijar el núcleo de principios básicos de construcción del juicio oral, y la realidad opera en sentido inverso, esto es, con una clara afectación de tales postulados, no tendría sentido continuar trabajando en una dirección de conceptualización que no logra transformar el eje sobre el cual se desarrolla la praxis judicial. De nada sirve, hoy día, realizar un enfoque sobre el juicio oral desde una visión teórico conceptual que no se embarca en la realidad, en cómo operan esos principios. Los principios constitucionales primarios que dan contenido al juicio oral y legitiman un eventual castigo son un predicado que necesita ser construido más allá de su afirmación. Es preciso abandonar todo enfoque teórico sin pretensiones de hacer pie en las prácticas judiciales, que son las que, en definitiva, dan contenido a esos principios⁵¹.

⁵⁰ Todos estos límites a la admisión de las pruebas en juicio serán desarrolladas en el capítulo de teorías probatorias.

⁵¹ Si bien referido a la imparcialidad, se advierte esta línea argumental en el pensamiento de Maier. Allí el autor expresa que la imparcialidad es un predicado que necesita ser construido para lo cual, operan tanto las reglas referidas a esa organización como las reglas de procedimiento (1996. p. 742).

A lo largo de estos años hemos sido testigos de una franca desconexión entre los principios del debido proceso legal postulados en el bloque constitucional latinoamericano y cómo ellos operan de forma incompleta en la práctica cotidiana. Nadie discute hoy día, por ejemplo, la vigencia del principio de contradicción o la necesidad de un tribunal imparcial, pero las normas prácticas y el plano cultural operan desalentando su efectiva vigencia. Jueces que conocen casi de memoria lo escrito en el expediente, que reciben información por fuera de la audiencia, que interrogan testigos aún son parte de nuestra práctica forense. Así, se pregona la vigencia de los principios de imparcialidad, contradicción y publicidad del juicio, como método de aplicar una pena, pero no tenemos ni normas ni prácticas adecuadas que garanticen tales principios. La distancia entre el ser y el deber ser rubricado por las normas superiores es abismal.

Se hace preciso profundizar, en clave de reforma, en nuevos ejes o planos de debate para que los principios primarios del juicio oral cobren una nueva dimensión. Si en clave zaffaroneana, debiéramos definir el estado actual del juicio oral, diría que se encuentra en un punto intermedio entre el pleno estado de derecho y un modelo autoritario⁵². En algunos casos, se ha logrado avanzar claramente en un diseño genuinamente adversarial (aunque con algunas deficiencias en la calidad del litigio), en otros aún transitamos por sistemas inquisitivos, y en el medio deambulan modelos híbridos que tienen elementos de uno y otro diseño.

Si intentamos descubrir cuál es la razón, o mejor dicho, una de las razones principales por las que nos sigue costando tanto esfuerzo -aún en los sistemas adversariales- concretar un juicio oral con un genuino control de partes, que nos aleje definitivamente de ese diseño de juicio de base autoritaria, como lo es el sistema mixto de enjuiciamiento, diría que no se trata de un problema normativo en sí, sino antes bien, un duelo de prácticas que no termina de ajustarse a las bases republicanas y democráticas de un estado de derecho. Como señala Binder, “toda nueva práctica (que surge de una norma de actuación de la nueva legislación) debe desplazar a una vieja práctica (acorde o contraria a la vieja legislación) y debe contar con la suficiente fuerza para hacerlo” (2012, p. 145).

⁵² En referencia a la idea de Zaffaroni en cuanto a que la historia muestra una posición dialéctica entre el estado de derecho y el estado de policía, en el que no hay estados de derecho reales perfectos, sino solo estados de derecho históricos que contienen -mejor o peor- los estados de policía que encierran (Zaffaroni et al. 2000, p. 5).

Para que una nueva práctica desplace a las viejas prácticas del juicio oral del diseño inquisitivo morigerado o mixto, se precisa apartarnos de la epistemología inquisitorial y comenzar a construir el marco teórico de la epistemología adversarial.

Para ello, en primer lugar, necesitamos comprender acabadamente que la base teórica de la epistemología inquisitorial está concentrada en la figura del Juez, como órgano encargado de la búsqueda de información necesaria para poder aplicar la violencia estatal – pena- por una infracción a la ley. En ese diseño epistemológico, las partes no pueden ser más que auxiliares que le acercan al juez varias hipótesis e información que él debe producir y procesar para arribar a la verdad, como única, intangible y revelada. De allí, las enormes potestades del Juez en materia probatoria (entre otras, la posibilidad de realizar una instrucción suplementaria, citar testigos no ofrecidos por las partes, interrogar los testigos de éstas), su misión de "descubrir" una única verdad, la prescindencia de las partes y la necesidad de que toda información ingrese al juicio oral (teoría Benthamiana de la prueba), aspectos éstos ya cuestionados en el presente trabajo.

Por el contrario, el diseño epistemológico adversarial parte desde una concepción diametralmente opuesta. Se concibe al juicio oral como un conflicto de partes (conflicto primario), en oposición a la visión de infracción a la ley (conflicto secundario). Es allí donde, frente al fracaso de soluciones de menor contenido de violencia entre las partes (a veces por existir intereses superiores que impiden a las partes arribar a un acuerdo, a veces por la falta de acuerdo entre éstas), el Juez eventualmente aplicará una pena (institucionalización de la violencia) dándole función de verdad a la hipótesis planteada por la acusación en juicio. Contrariamente al diseño inquisitorial, la epistemología adversarial construye el conocimiento a través de las partes, potenciando así la contradicción y la imparcialidad. Son éstas -y no el Juez- quienes deben producir información, y corresponde a aquél exigir la verdad al acusador en cada uno de los hechos que componen la acusación, si de lo que se trata es de aplicar violencia estatal⁵³.

Para que las partes puedan asumir su verdadero rol en el proceso, es preciso construir un modelo de Juez que, a diferencia del modelo inquisitorial, no se entrometa en la labor probatoria de las partes. Precisamente, otorgándole el poder a las partes el juez puede situarse como extraño, esto es, “ajeno a los intereses presentes en el conflicto, y que interviene para

⁵³ Sobre los conceptos de epistemología inquisitorial y acusatoria (Ferrajoli, 1998, p. 33/45).

mediarlo desde la exterioridad” (Andrés Ibañez, 2015, p. 212). Claro que este cambio no es sencillo. Hemos observado como sobre las espaldas de los Jueces se han depositado funciones muy alejadas a lo jurisdiccional, degradando su función⁵⁴.

Comprender cabalmente esta diferenciación de primer orden es lo que permite construir, luego, el diseño y trazado fino del juicio oral con formas que fortalezcan los principios de contradicción, imparcialidad del tribunal y publicidad de la audiencia. Por el contrario, si no rompemos con esa lógica de comprensión del campo del proceso penal, difícilmente los operadores logren interpretar adecuadamente su función y rol, y más complejo aún resultará contar con normas secundarias y prácticas adecuadas que puedan quebrar la lógica epistemológica anterior.

Para la epistemología adversarial resulta vital que el juicio oral, concebido como un acto independiente, sea la etapa central del proceso. No en el sentido que todos los casos deben ser resueltos en esta etapa, sino antes bien, bajo la lógica de que el Estado debe tutelar y garantizar adecuadamente los principios constitucionales del proceso penal en una audiencia única que se baste a sí misma. Lo que queremos afirmar con la centralidad del juicio oral es que nadie puede ser sujeto a una pena como condenado, sin un juicio previo rendido bajo determinadas condiciones mínimas (bloque de convencionalidad del juicio), aunque los abogados usualmente miremos para otro lado cuando son violentadas y toleremos prácticas aberrantes para el estado de derecho, que no hacen más que deslegitimar el poder penal y reducir la razonabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. El Juez de Instrucción y el expediente deben ser considerados como depredadores del diseño epistemológico adversarial.

Salir de la epistemología inquisitorial y pasar a un modelo de construcción puramente acusatorio no se consigue con una transformación normativa, ni de la noche a la mañana. Si hay algo que nos enseñó este proceso de transformación del sistema penal operado en los últimos treinta años, es que las prácticas requieren de algo más que de cambios normativos. Ellos son necesarios, sí, pero no suficientes. Es preciso comenzar a construir un nuevo corpus

⁵⁴ Así, en otro estudio he expresado lo siguiente: “El sistema escrito inquisitivo se ocupó de entregarle al juez dos funciones que no le eran propias: la de conducción de la investigación y la gestión administrativa del tribunal. Esto es lo que denominamos como la degradación funcional. Es decir la asignación al juez de funciones ajenas y que al mismo tiempo le absorbían gran parte de su tiempo laboral” (Rua y González, 2018, p. 80).

teórico que coadyuve a torcer el peso cultural de la inquisición, plagado de procedimientos y trámites que traslucen un sesgo autoritario.

En definitiva, de lo que se trata es de abandonar la visión meramente teórica de los principios de primer orden (imparcialidad del tribunal, contradicción y publicidad). Ellos no existen de forma pura y acabada por su mero reconocimiento constitucional, sino que son las reglas y las formas del juicio oral que los contiene y definen su contenido. Mientras no trabajemos en las reglas necesarias para potenciar su vigencia, el juicio oral naufragará entre principios sin práctica y prácticas sin principios, aún bajo una matriz epistemológica adversarial.

Tenemos que tener presente que la construcción de la información en juicio tiene singulares dificultades. Y por ello es importante la epistemología adversarial, donde ambas partes construirán sus relatos y el juez, al no entrometerse en funciones probatorias tendrá absoluta imparcialidad para construir su decisión. Debemos tener presente la dificultad existente en la construcción de la información. Las reglas propias de los procesos anglosajones, están destinadas a evitar que la información que se obtenga en juicio, a través de la oralidad, sea de baja calidad o prejuiciosa⁵⁵. Por citar un ejemplo, son conocidos los riesgos o margen de error que surge de la prueba testimonial. Por empezar se trata de información parcial⁵⁶ que proviene de una fuente de información (testigo) que decodificó "algo" que sucedió, a través de sus sentidos, por lo que no existe intermediación entre lo observado y el juzgador⁵⁷. En segundo lugar existe un riesgo en que esa información percibida deforme la realidad. Como bien señala Bergman, las palabras poseen un limitado poder para reflejar los hechos reales, y puede dejar abierta la posibilidad de erróneas interpretaciones por parte del juzgador (1989, p. 18). Por último, la falibilidad de la memoria y de la capacidad de observación es un tercer foco de atención sobre este tipo de pruebas⁵⁸.

⁵⁵ Las reglas de exclusión probatoria por información que podría ser sobrevalorada o prejuiciosa son más frecuentes en el Common Law que en el Civil Law (Damaska, 2015, p. 32).

⁵⁶ Destaca el profesor Moreno que la reproducción que un testigo realiza en juicio siempre es parcial, por lo que el riesgo radica en que un tribunal interprete de modo incorrecto esa declaración parcial sobre un suceso ocurrido en el pasado (2012, p. 23).

⁵⁷ Siguiendo a David Schum, Lorenzo diferencia la prueba material de la testimonial, en tanto en el caso de la primera el juez toma contacto en forma directa con el contenido, en el caso de la segunda quien ha tomado contacto con la información relevante para el caso es el testigo y el juez toma contacto con esa información a través del contenido del testimonio (2015, p. 227)

⁵⁸ Se ha estudiado desde la psicología que las huellas de la memoria no son una réplica exacta de la realidad, sino una recreación de ella que va reconstruyendo y reelaborando lo ocurrido con la diversa información que va recibiendo. Como bien señalan Chabris y Simons cada vez que evocamos un recuerdo, integramos los

A través de una matriz adversarial se devuelve el rol protagónico a las partes, las que podrán litigar qué información supera el test de admisibilidad probatoria y cómo construir un relato persuasivo de los hechos con la producción probatoria. Para ello tendrán que contar con guías analíticas que fortalezcan su labor de planificación de un caso. Hacia allí vamos.

detalles que recordamos a nuestras expectativas de lo que deberíamos recordar (2011, p. 72). Sobre el punto recomendamos la lectura de Mazzoni (2010).

Capítulo 2.

Inmersión en la teoría del caso.

2.1 ¿Un manejo amateur de los asuntos penales?

Como lógica consecuencia del peso cultural de la tradición inquisitiva –la que de por sí dificultó la implementación de los sistemas acusatorios-, de los ensambles normativos que sufrieron los códigos procesales penales de la región con normas que responden a diferentes credos y de las demás causas mencionadas en el primer capítulo de esta obra, es frecuente observar en la praxis judicial latinoamericana poca preparación y planificación para el litigio. Tan es así que prácticamente es nula la literatura jurídica vinculada a esta materia. Se podría decir que los litigantes aún hoy día suelen adoptar, en líneas generales, una preparación poco meticulosa de sus casos⁵⁹, producto quizás de la falacia inquisitiva que, al final de cuentas, la verdad -como algo único, irrefutable e incontrovertible- saldrá a la luz, aparecerá revelada en el juicio, casi como si se tratase de un resultado mágico que se iluminará frente al juez, quien podrá visualizarla sin necesidad de que los abogados se "entrometan" participando activamente en la producción de información. Nada tiene que planificar el abogado ni hacer en esa instancia, dirán quienes aún pregonan con cierta añoranza el sistema inquisitivo, argumentando que la verdad surgirá de la propia boca de los testigos cuando sean interrogados para que manifiesten "todo lo que saben" sobre el caso⁶⁰. Nada hay de estratégico en la verdad; tan solo escucharla, sostendrán (desde esa visión crítica, Bergman, 1989, p. 18, y Baytelman y Duce, 2004, p. 77). Para esta postura, el rol del abogado en un

⁵⁹ No hace falta realizar un estudio de campo para llegar a semejante conclusión. La práctica profesional, la observación de audiencias que efectué en la mayoría de los países de la región y los informes realizados en los sistemas de justicia de Panamá (De Castro, González, Fandiño y Rúa, 2017) y Chile (Fandiño, Rúa, Moreno y Fibla, 2017) me persuaden de la verdad de dicha aseveración.

⁶⁰ No es casualidad que los códigos mixtos -y algunos de los primeros códigos adversariales que mantenían una suerte de mixtura híbrida entre sistemas diametralmente opuestos- receptaran ese formato para la prueba testimonial, que da cuenta de una creencia de que la verdad -única e incuestionable- saldrá a la luz de la boca de los propios testigos, quienes tendrán la templanza y lucidez para revelarla. Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación -aún vigente- establece en su art. 118, segundo párrafo, lo siguiente: "En primer término, el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate, y después, si fuere necesario, se lo interrogará." Este formato normativo no advierte temas centrales que hacen a la construcción de un hecho sucedido en el pasado, tales como la credibilidad de los testigos, la importancia de trabajar sólo sobre los hechos controvertidos o la simple distinción entre hechos, opiniones personales y conclusiones, siendo que los testigos, en principio, sólo pueden declarar sobre los primeros (Rúa, 2015).

juicio se asemeja más al de un auditor externo de "algo" que, inevitablemente, sucederá de manera natural en la audiencia, en lo que no pueden impactar ni incidir, más allá de procurar realizar alguna pregunta aclaratoria, luego que el tribunal haya concluido su actividad probatoria a través de los interrogatorios, bajo un manto de neutralidad, que no es otra cosa que un sofisma.

Esa falsa creencia, que viene fuertemente emparentada con el concepto de una verdad única del pensamiento inquisitivo –que no requiere de planificación ni construcción meticulosa para arribar a ella-, ha sido un freno al momento de elaborar y planificar estrategias de litigio. No advierten que la verdad lejos de aparecer mágicamente, se descubre con esfuerzo y laboriosidad, a través de un procedimiento reglado de producción de prueba⁶¹. Es precisamente la teoría de la prueba propia de los sistemas adversariales, apartándose del modelo epistemológico de absoluta libertad probatoria -propuesto por la escuela racionalista de Bentham (Ferrer Beltrán, 2010, p. 6) -, la que viene a poner límites al ingreso de toda información que resulte poco confiable⁶², construyendo el escenario ideal, el laboratorio donde se intentarán descifrar, aunque no de una manera absoluta y perfecta, los hechos ocurridos en el pasado. Para ello, se valdrá del contradictorio y de la igualdad de armas de los litigantes, frente a un juez imparcial y ajeno a la actividad probatoria de las partes⁶³. Producto de ese resabio cultural, en estos primeros años de vigencia de los procesos adversariales en Latinoamérica, los litigantes -en términos generales- han adoptado una postura más bien pasiva en la preparación de los casos o, por decirlo con otras palabras, han analizado y organizado su cartera de asuntos penales de una manera francamente amateur. No se trata de responsabilizar a los abogados por ello; al contrario, diría que han sido empujados a cubrir un rol secundario en el litigio. Lo cierto es que no ha habido mayor avance en la utilización de técnicas sofisticadas de depuración de la información, ni se han dado la oportunidad de presentar una historia persuasiva en el juicio oral de manera estratégica. Al contrario, han dejado que la información ingrese en la audiencia sin una guía, sin un norte,

⁶¹ Así lo afirma Binder en el prólogo de Rúa (2014, p. 12). O como bien señala Guzmán, son los principios de imparcialidad y contradictorio, con mayor desarrollo en los sistemas adversariales, los que proporcionan una plataforma más sólida para arribar a la verdad. De allí que el autor catalogue a esos principios como garantías de verdad (2006, p. 135)

⁶² A veces con reglas de admisibilidad de pruebas, otras con reglas de producción y control de la información presentada en juicio. Ya nos detendremos más adelante sobre estos controles.

⁶³ Estos principios constituyen herramientas propias del diseño epistemológico adversarial (Rúa, 2018, p. 207).

en un formato azaroso que queda en manos de cómo los testigos quieran brindar su relato, como así también de su capacidad de expresarse y presentar su testimonio. Así, hechos relevantes e irrelevantes, acordados y contradictorios, se confunden en relatos farragosos donde es difícil para un interlocutor externo e imparcial aprehender lo sustancioso. Tan absurdo como contar una historia sin respetar el orden temporal, una novela sin precisar desde qué enfoque se la quiere relatar, pese a que una de las funciones principales de los abogados es, precisamente, la construcción y narración de una historia persuasiva y creíble favorable a sus asistidos⁶⁴.

La construcción epistemológica de la verdad⁶⁵ en el sistema inquisitivo no es la única causa que provocó que los abogados litigantes quedasen a la deriva, condenados a un rol secundario durante el proceso y, por ende, mantuvieran un manejo displicente en la preparación de los casos. Hay otras razones claras y marcadas que confluyen en que se haya mantenido esa visión poco estratégica y de escasa preparación y planificación de los asuntos penales.

En segundo lugar, los diseños inquisitivos morigerados impuestos en la región partieron desde la lógica de un sistema de justicia infraccional y no composicional, en el que el único objetivo de la acusación –de por sí confundida entre los roles requerentes del ministerio público fiscal y las inconstitucionales facultades probatorias de los jueces⁶⁶– era la obtención de una condena. La ausencia de salidas alternativas a la pena y la falta de una

⁶⁴ Una historia siempre tiene un enfoque desde el cual se pretende persuadir al lector. A modo de ejemplo en la novela *El Túnel* de Ernesto Sábato (1948), el autor se posiciona en la historia vista y contada desde la mirada de Juan Pablo Castel, lo que este protagonista siente, percibe, expresa. Esa misma historia puede ser contada desde enfoques distintos. Pudo ser contada desde la restante protagonista principal, María Iribarne, sus sufrimientos, sus vacíos, sus túneles. También podía ser contada desde la perspectiva del marido de María Iribarne, Sr. Allende, y el peso en su vida cotidiana de su ceguera, o desde el primo de ésta, Hunter, con su mirada más banal y burguesa. Sin embargo la historia que Sábato nos quiso contar estaba enfocada en la perspectiva que el pintor Castel tenía sobre los hechos al momento de cometer el asesinato de María Iribarne. Mientras que en otra obra del mismo autor (*Informe sobre ciegos*), vuelve sobre esa historia pero desde la perspectiva del Sr. Allende, y el relato pasa a ser diametralmente opuesto. Con esto queremos enfocar y puntualizar que cada historia tiene una infinidad de versiones posibles y perspectivas desde donde contarla que nos llevarían, posiblemente, a enfoques y sentimientos muy distintos. Por ello el abogado debe decidir desde dónde quiere contar su historia, y en base a ello, cuáles serán los hechos centrales de su relato que surgirán de los medios de prueba ofrecidos y admitidos en juicio.

⁶⁵ En la película *Rashomon*, de Akira Kurosawa se observa con gran sentido crítico el concepto de una única verdad. Allí, se presentan una serie de relatos de cuatro personas implicadas en un crimen. Contamos con la versión de la esposa del asesinado, el asaltante, un testigo ocasional y la de la propia víctima (a través de un acto sobrenatural), siendo todos los relatos disímiles entre sí, cada uno con un enfoque diferente.

⁶⁶ Por afectación al principio de imparcialidad de la función judicial.

visión composicional del conflicto provocaron que la actividad requirente sea siempre unidireccional y el curso normal de un caso sea concluir en la etapa de debate. Ese diseño tuvo dos caminos posibles:

- a. la acusación apelaba a un principio de oportunidad encubierto –el sistema claramente no soporta el peso de procesar todos los casos en un juicio oral, y los operadores del sistema terminan por archivar la mayoría de ellos, procesando las obras más burdas y toscas, bajo una lógica burocrática de supervivencia (Zaffaroni et al., 2000, p. 9) - y, como tal, poco republicano -no se rinden cuentas sobre su aplicación, por qué se archiva un caso y otro no-; o
- b. caso contrario, se procesan todos los casos, provocando la congestión del sistema en la etapa de debate -no hay sistema que soporte una carga de más del 5 o 10% de los casos en juicio-.

Ese diseño es de por sí poco republicano, no solo por su falta de transparencia en la toma de decisiones (no es público ni oral), sino también por el grado de autoritarismo que pregona al pretender dar igual tratamiento a todos los conflictos (busca en todos los asuntos la aplicación de una pena penal) que allí se procesan, sean graves o leves, desatendiendo los principios de necesidad y derecho penal como ultima ratio⁶⁷. Sin una posibilidad de aplicar salidas alternas al proceso, el manejo estratégico de los casos para detectar de manera temprana posibles acuerdos devino en una práctica innecesaria, y la presentación de cada acusación –requisitoria de elevación a juicio-, en vez de percibirse como un acto político trascendental –el Estado está acusando a un individuo- cayó bajo una lógica burocrática y poco significativa, con escaso rigor profesional en su preparación.

En tercer lugar, la confusión de roles en el proceso entre las funciones requirente y jurisdiccional -propia de los sistemas inquisitivos-, permitió a las partes tener, si se quiere, un manejo displicente de la información del caso ya que, en un juicio oral, bajo el amparo de la pretendida búsqueda de una única verdad, los jueces terminaban por subrogar las funciones probatorias de los litigantes (Gómez Urso, 2011, p. 28). Esta circunstancia provocó que los

⁶⁷ Al principio de ultima ratio no se le ha dado el cauce adecuado, limitándose tan solo a un imperativo para el Poder Legislativo (solo sancionar como delito a los conflictos más graves de una sociedad), sin advertir que el mismo tiene una enorme implicancia en el sistema de justicia como una imposición dirigida a los Jueces y a los Fiscales para aplicar al caso la menor cantidad de violencia estatal posible y necesaria.

sistemas en sí resultaran ser muy contemplativos⁶⁸ con litigantes inexpertos que no preparaban el asunto para una audiencia de juicio oral, ya que éstos siempre terminaban actuando luego de que el Tribunal formulara sus preguntas⁶⁹.

En cuarto lugar, la excesiva duración de los procesos que demoran años en una investigación formal y escrita resultó ser suficiente antídoto como para preparar y planificar la información que se pretende ingresar. Al arribo del juicio, ya habrán pasado varios años del hecho y difícilmente los testigos puedan recordar claramente lo percibido. La investigación formal y rígida que se mantuvo en los modelos mixtos y en los sistemas acusatorios de primera generación provocó investigaciones largas, tediosas y poco eficaces. Esta circunstancia temporal hizo inviable una genuina planificación del caso y el manejo de una teoría que pueda ser responsablemente organizada para presentar en una audiencia de debate. La suma de estas circunstancias generó un peso cultural de tal envergadura que repercutió -y sigue repercutiendo- en la práctica al establecerse el modelo adversarial en toda la región, quienes siguen mirando de reojo a los jueces para ver hasta dónde se les permite participar en la producción probatoria.

En quinto lugar, la ausencia de un método de enseñanza que aborde el estudio y análisis de los hechos. La falta de profesionalización del litigante se hace palpable en la carencia de un método de trabajo, en la falta de guías analíticas que le permitan observar el caso de un modo más planificado y estratégico, de forma tal de identificar las fortalezas probatorias que debe explorar y explotar en una eventual audiencia de juicio oral, como así también anticiparse a las debilidades y dificultades que tendrá su caso, buscando una forma para minimizar su impacto, o una explicación razonable de aquéllas. En otras palabras, el abogado debe tratar de obtener, a través de la prueba, proposiciones fácticas o hechos

⁶⁸ Al decir de Baytelman y Duce, “el sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces” (2004, p. 31), básicamente porque al ser los litigantes subrogados en sus funciones por parte de los jueces pareciera ser que “en el entorno de incentivos del sistema inquisitivo, la mayor preparación profesional no parece hacer gran diferencia, ni ser lo suficientemente rentable como para que valga la pena, desde el punto de vista de los actores, invertir en ella, en desmedro de ocupar tiempo, energía y recursos en las otras destrezas que el sistema sí parece recompensar (como el cultivo de su llegada en los tribunales o el dominio del trámite)” (ídem. p. 32)

⁶⁹ Aun cuando los códigos mixtos no han sido muy específicos en el orden del interrogatorio, la práctica judicial operó en ese sentido. Interrogan en primer lugar los jueces, y luego, sobre las migas que éstos dejen, los litigantes -acusador y luego defensor, sin importar quién citó al testigo- podrán interrogarlo, siendo constantemente hostigados y limitados por el tribunal con ¿objeciones? por preguntas repetitivas, que éstos mismos presentan y resuelven. Poco motivador y menos sencillo, en esas condiciones, intentar construir un relato.

favorables que fortalezcan la construcción de una historia, basada en una línea argumental persuasiva. Así, por dar un pequeño ejemplo, si mi caso se apoya en la falta de credibilidad de un testigo, para que esa línea argumental resulte sólida, entonces tendré que acreditar determinados hechos que fortalezcan esa postura (por ejemplo, si el caso ocurrió en horario nocturno y la acusación está apoyada en un testigo ocular, la defensa deberá buscar hechos favorables tales como, que el testigo estaba a una distancia considerable del lugar -unos setenta metros-, que la iluminación artificial era deficiente, que el imputado pasó corriendo mirando hacia el lado opuesto, por citar algunos posibles ejemplos). Esa información -hechos favorables- no saldrá a la luz si no es especialmente buscada y presentada adecuadamente. Si no hay planificación existe el riesgo de que los hechos centrales queden mitigados en un mar de información irrelevante. De allí la importancia de contar con un método o análisis que nos permita acercarnos a construir una visión estratégica de los casos. Sin embargo, nuestras escuelas de derecho lejos están aún de trabajar en el estudio del derecho penal a través de guías analíticas que permitan procesar, de un modo más profesional, la información del caso⁷⁰.

Si los abogados suelen trabajar sin una guía analítica que les permita visualizar de manera más clara su caso, ello se debe a una enseñanza del derecho más bien teórica, empeñada en construir un discurso aséptico, como si se tratase de un campo social neutral sin posibilidad de impactar y transformar la realidad. Así, la construcción del saber del derecho parece más bien escéptico a producir un cambio, una transformación social, cuando sabemos que un buen manejo del caso optimiza la posibilidad de ganarlo y, por consiguiente, darle preeminencia a los valores en juego que allí combaten⁷¹.

En sexto lugar, la carencia de un método profesional de investigación conspira con la idea de impactar con la presentación de un relato persuasivo. Como señalamos en otras obras, la adecuada calidad del litigio no solo exige de un buen manejo de técnicas de litigación. Requiere previamente de una genuina investigación sobre el caso, destinada a obtener

⁷⁰ Si bien en los últimos tiempos tímidamente se observan cambios en la oferta de cursos de grado y posgrado, éstos aún son la excepción.

⁷¹ Como bien señalan Binder y Obando, raramente el sector académico ha participado de los procesos de puesta en marcha de ideas críticas que puedan servir como norte en el proceso de la reforma judicial (2004, p.673). Incluso, luego de operadas las reformas de segunda generación y la vigencia de los sistemas adversariales, las universidades continúan, en líneas generales, con planes de estudio con pocas modificaciones, demostrando una enorme dificultad para acompañar el proceso de cambio y construir ideas innovadoras.

información de calidad favorable a nuestra hipótesis⁷², que pueda ser presentada a través de medios de prueba legítimos y pertinentes en la audiencia preparatoria de juicio (etapa de admisión de las pruebas). Es esa investigación del caso la que permitirá planificar la forma de presentar los hechos que componen la historia (etapa de planificación), que se materializará en juicio a través de técnicas adecuadas de litigación (etapa de ejecución). En conclusión, solo con una sólida investigación y una correcta planificación de los hechos se podrá presentar una historia lo suficientemente persuasiva. Una deficiente preparación del caso en la investigación penal preparatoria impedirá luego una genuina planificación (se carece de información sólida para trazar una estrategia convincente, o para exhibir las debilidades del caso de la contraria), que se verá reflejada en la audiencia preparatoria de juicio (ofrecimiento de pruebas) y, por consiguiente, afectará también la forma en que se desarrolle el juicio oral⁷³. Investigar un caso no consiste en una actividad centrada y limitada a observar con atención un expediente o un legajo de investigación. Eso es tan solo el comienzo de esa función. Investigar un caso implica una actividad que va más allá de lo escrito en el parte policial y del trabajo de oficina. Implica conocer el lugar de los hechos, entrevistar a los testigos, verificar información en el lugar, observar los elementos secuestrados, etc⁷⁴. Cada una de estas actividades tiene formas y protocolos de abordaje que permiten obtener un mayor conocimiento del caso⁷⁵.

Como sostuvimos, redefinir la verdad en el proceso penal, arrojándole la función de meta garantía, esto es como una exigencia del juez sobre cada uno de los hechos que

⁷² Es muy importante, antes de trazar una adecuada teoría del caso que, tanto acusación como defensa, realicen un serio proceso de investigación. No hay examen directo ni contraexamen que pueda planificarse adecuadamente si no contamos con toda la información del caso. Incluso esta tarea debe desempeñarla el defensor, quien tiene la facultad de interrogar testigos, tanto de parte como de la acusación (Rua, 2014, p. 60 y sigs.).

⁷³ La elaboración y ejecución de la teoría del caso tiene tres etapas bien marcadas: investigación, planificación y ejecución de nuestra hipótesis a través de las técnicas y estrategias de litigación. Sobre como planificar adecuadamente un caso ver Rua (2014 y 2015).

⁷⁴ Burton da su impresión sobre la forma de investigar un caso por parte de la defensa, sosteniendo que va más allá de la "vista completa del expediente". Incluye un buen acceso con la principal fuente de información -su cliente-, la posibilidad de realizar investigaciones propias, inspecciones oculares y consulta con expertos (2015, p. 247/268).

⁷⁵ Aunque pudiera parecer que ésta es una actividad exclusivamente de la defensa, ello no es así. No solo a ésta le corresponde el deber de investigar los puntos de la fiscalía para trazar una defensa material preferentemente positiva, esto es, no limitada a negar los términos de la acusación. La acusación debe tener una mirada muy crítica de su caso, que le permita encontrar los puntos débiles que seguramente serán explotados por una buena defensa, como para poder encontrar una explicación a éstos, evitando así el factor sorpresa en la audiencia del juicio.

componen la acusación para darla por probada, tiene enormes implicancias. Esta transformación conceptual impacta no solo en la participación del juez en el proceso, sino también sobre la actividad probatoria de las partes. Si le quitamos a los jueces el peso de buscar la verdad, y reconocemos que cada parte puede presentar distintos ángulos o perspectivas sobre un hecho, necesariamente se verá fortalecida la imparcialidad del tribunal, quien dejará de tener un interés (ya no gestiona el interés de arribar a ella), limitando su rol al planteo que hagan las partes y fortaleciendo, de ese modo, el contradictorio entre éstas, a través de un control horizontal sobre la información presentada. Es precisamente ese concepto de verdad el fundamento sobre el cual gira la readecuación teórica y normativa que los modernos códigos adversariales fijaron sobre la teoría de la prueba, y que permite excluir al juez del centro de la escena probatoria del proceso penal⁷⁶. Es preciso dar un giro copernicano y edificar el marco conceptual de la prueba desde la posición de los litigantes, alejándola del rol del juez⁷⁷.

La prohibición de todo tipo de facultades probatorias del Tribunal, la imposibilidad de incorporar por simple lectura los documentos producidos durante la investigación penal preparatoria y la exclusión de una suerte de instrucción penal suplementaria -instrumentos propios de los sistemas inquisitivos donde, sobre la figura del juez, se confundían facultades probatorias-, han abierto a los litigantes un enorme espacio de protagonismo que aún no logran capitalizar por falta de maduración en la planificación de sus asuntos y en las destrezas del litigio adversarial. Pruebas pedidas por la acusación en forma extemporánea y apoyo judicial en la actividad probatoria son herramientas inquisitivas en extinción⁷⁸. Para que se produzca esa maduración adversarial será necesario, sin duda, un afianzamiento en capacitación no solo sobre cómo ejecutar las nuevas técnicas y destrezas del litigio, sino antes bien, en la planificación de la información para un juicio oral.

⁷⁶ Desde esta perspectiva, y haciendo referencia al mantenimiento conceptual del sistema inquisitivo, señala Binder que es precisamente el haber puesto el énfasis en la posición del juez, junto con la pretendida u oculta neutralidad valorativa la que ha permitido a doctrinarios jugar el juego de la influencia con mayor fortaleza y menor responsabilidad. Explica luego que "también ha fortalecido la tradición del juez inquisitorial que dice la verdad del derecho y de los hechos, sin atenerse a las condiciones del litigio y sus intereses", siendo todo ello ajeno al sistema adversarial (2013, p. 153).

⁷⁷ Se trata de abandonar la epistemología inquisitiva (Ferrajoli, 1998, p. 40).

⁷⁸ Aún hoy día los códigos provinciales argentinos de Formosa (art. 324), Santa Cruz (art. 340) y Tierra del Fuego (art. 327), entre otros, mantienen normas que facultan al tribunal a disponer una instrucción suplementaria, cuando durante la instrucción se hubiesen omitido actos indispensables de investigación (Gómez Urso, 2011, p. 34).

Como si todas estas razones no fueran suficientes para complejizar la labor de los litigantes, debemos agregarle que una organización deficiente de las instituciones públicas (Ministerio Público Fiscal y Defensa Pública) conspirará también con la posibilidad de elaborar una correcta planificación. Un asunto penal debe ser planificado desde el inicio del caso, no solo para una adecuada investigación y eventual presentación de las pruebas en juicio oral, sino también para advertir rápidamente si en el caso amerita una salida alterna que solucione el conflicto con menor contenido de violencia estatal, o incluso, determinar en forma temprana si el caso no tiene mayor proyección y, por consiguiente, es aconsejable archivarlo por razones de oportunidad. Para tomar ese tipo de decisiones, desde el Ministerio Público Fiscal, se requiere de una adecuada organización (ya sea por flujo de casos, por materia, o a través de oficinas o unidades especializadas) que permita orientar habilidades que fomenten ese tipo de visión temprana del caso.

La falta de una organización moderna, y el mantenimiento de estructuras burocráticas que fijen competencia por etapas (fiscal o defensor de flagrancia, de turno, de investigación, de etapa intermedia o preparatoria de juicio, de recursos, de juicio oral, de casación, etc.)⁷⁹, no solo no propende a una salida anticipada por falta de incentivos (al fiscal/defensor le resulta más sencillo empujar el caso -bajo la idea del trámite⁸⁰- a una instancia superior sin medir las posibilidades de éxito del caso, que dedicar un mayor tiempo y esfuerzo a buscar la solución del conflicto⁸¹), sino que tampoco permite elaborar una proyección del caso. Como consecuencia de ello se producen investigaciones complejas que arrastran varios años -en algunas oportunidades más de una década- sin un rumbo fijo y observándose cómo los litigantes invierten varios cuerpos de ocres fojas judiciales que demoran años de tramitación estéril, para quedar luego en la nada, en un archivo de actuaciones sin ningún tipo de respuesta, o en juicios orales cuyo destino final es, en el mejor de los casos, incierto.

Si le agregamos que a la falta de brújula u orientación del caso por parte de los litigantes, contamos aún, en muchos estados en la región, con un sistema judicial obsoleto –

⁷⁹ Ese tipo de organización dividida por etapas procesales presenta una debilidad aún mayor en el caso de defensas públicas, que consisten en que la modificación constante del defensor repercute negativamente en la relación de confianza y vínculo que debe existir entre todo abogado y su asistido.

⁸⁰ Detrás del modelo inquisitivo hay una preocupación por tramitar expedientes antes que dar soluciones. Como dicen los autores García Yomha y Martínez, se trata de un sistema burocrático que privilegia las formas por sobre el contenido y los resultados (2014, p. 31).

⁸¹ Dándose lo que denominamos contra incentivos burocráticos.

desde sus vertientes de prácticas judiciales y de teoría de la organización-, el horizonte de proyección de los casos se vuelve cuanto menos un espejismo, una quimera, al caer en eternos recursos judiciales de trámite lento, ritual y escrito que provocan una mayor desconfianza de la ciudadanía en el sistema, al que solo observan como una máquina, secreta, sospechosa de acuerdos espurios y francamente desigual. Desde esta perspectiva el sistema de justicia se vuelve una ficción de un servicio a la comunidad, ya que la maquinaria solo se sirve a sí misma y a los oscuros rituales inquisitivos y monárquicos, dándole la espalda a los intereses de las partes, que son en definitiva los que confrontan en un asunto penal.

Esa falta de manejo de la información de los casos, de ausencia de orientación respecto de qué solución es esperable y de falta de planificación, termina por ser un elemento más al analizar las fallas en el funcionamiento del sistema judicial⁸². La duración excesiva de un caso que debió cerrarse de manera anticipada y que, por falta de planificación y análisis estratégico, no fue advertido, implica una enorme pérdida de recursos humanos en su tramitación y repercute negativamente en la organización judicial que se ve superada de carga laboral por la falta de un esquema de trabajo adecuado para procesar los asuntos. Así, por varios siglos y hasta hace pocos años en América Latina se cayó en el error de creer que las reformas judiciales debían limitarse al aumento de plantas judiciales en vez de observar que se trataba de un problema gestado internamente en la forma en que estaban organizadas las instituciones y el modo de procesar los casos. La cultura del “trámite”, propio de los sistemas inquisitivos, ha originado políticas judiciales obsoletas y excesivamente costosas⁸³.

Con el auge de los nuevos diseños adversariales de segunda generación, principalmente a comienzos del presente siglo, que tienden a obtener respuestas diversificadas, se hace imperioso que las partes manejen un análisis estratégico de los casos, de modo de poder identificar tempranamente cuál es la respuesta esperable para cada asunto.

⁸² Siguiendo a Binder no hablamos de crisis, por cuanto la palabra crisis parte de un concepto de una mutación o un cambio. Hablar de crisis del sistema inquisitivo requiere necesariamente sostener que la institución judicial inquisitiva en nuestras repúblicas alguna vez tuvo un adecuado funcionamiento que entró en un estado de crisis, lo que es absolutamente incorrecto, ya que se trata de una institución que nació con defectos iniciales contrarios a los principios de un estado republicano y a los principios constitucionales de raíz anglosajona expresados en las Constituciones latinoamericanas al momento de gestarse su independencia (2012, p. 13).

⁸³ Nos referimos a que la falta de un pool de jueces genera que este tipo de políticas judiciales implique duplicar plantas administrativas al asignar todo un personal administrativo por juez, sumado al aumento de plantas edilicias hace que resulte muy costoso, además de inútil, este tipo de política judicial de ampliación de unidades.

Así, la transformación de los fines del proceso que tiende hacia la solución del conflicto⁸⁴, la reconversión y reubicación de la verdad en el proceso penal -de finalidad del proceso a garantía constitucional⁸⁵-, la visión pluri objetivos que pesa sobre el Ministerio Público Fiscal y la necesidad de un adecuado manejo de la gestión de los casos se volvió una herramienta fundamental en la organización de las instituciones, que requiere necesariamente la preparación de los casos desde una visión estratégica.

En este nuevo escenario, resulta fundamental que las partes tengan un adecuado manejo del caso a través de una hipótesis que pretendan dar por acreditada y, para ello, se nutran de información y evidencias. Al final de cuentas, el litigio de un caso en una audiencia de juicio oral no es otra cosa que el enfrentamiento de dos historias en pugna que entran en un combate dialéctico (Bergman, 1989, p. 18) en tres dimensiones: hechos, prueba y valores. Seleccionar qué historia quieren probar, qué historia quieren narrar a un tribunal, de qué modo resulta más creíble, es una decisión profundamente estratégica que requiere de un genuino conocimiento de los hechos del caso por parte de los litigantes. Pero no basta solo con ello. No basta con tener una historia creíble que narrar, apoyada en hechos comprobables en juicio. Esa historia debe ser narrada de modo persuasivo, de forma tal que pueda impactar favorablemente en un tribunal, ya sea que esté conformado por jueces profesionales o legos. Y esa narración persuasiva tiene una mayor dificultad: el relato no se brindará al tribunal a través del abogado -sólo contará con un alegato de apertura para explicarle al tribunal cómo debe entender esa narración-, sino que será narrado en forma indirecta, a través de los testigos y la prueba que presente. Pero para que sea persuasiva, deberá tener un hilo conductor que permita unir cada relato para conformar esa historia.

2.2. Qué es la teoría del caso. Una primera aproximación.

⁸⁴ Cambiando la visión de un sistema de justicia infraccional que impone un castigo al infractor, hacia un modelo del tipo compositivo que tiende a buscar la solución al conflicto con el menor contenido de violencia estatal posible. Este cambio de paradigmas provocó en el Ministerio Público Fiscal una visión más clara en la importancia de la gestión de los conflictos en los asuntos que ingresan al sistema, velando por arribar a soluciones que satisfagan a las víctimas, siempre que no haya un interés estatal preponderante.

⁸⁵ Tal como sostuvimos en el capítulo anterior, el contradictorio como corolario de la garantía de defensa en juicio, resulta ser una garantía de verdad, que da mayor espacio a su búsqueda que el que brinda un sistema en el que el Juez se introduce en la discusión. Al no ser el fin del proceso penal la búsqueda de la verdad, le queda mayor espacio al juez para poder escuchar dos historias en pugna y poder determinar cuál de ellas se acerca a la verdad de una manera indubitable que permita tenerla por cierta.

Con la implementación de los sistemas adversariales y el nuevo rol asignado a los abogados litigantes, el manejo de la teoría del caso se ha vuelto una herramienta vital para el desempeño profesional. La visión compositiva del sistema penal y las posibles respuestas diversificadas (acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso a prueba, procedimientos simplificados, etc.) requieren de un manejo estratégico de los asuntos, a través de herramientas metódicas que puedan servir para anticipar, desde el mismo inicio de la investigación, cuál es la respuesta esperable para cada caso, y cómo orientar la búsqueda de información a tal fin.

El sistema adversarial parte desde una visión compositiva del conflicto, en el que los intereses de las partes están en el centro de la escena. Así, desde una mirada individual de los casos, el rol de la acusación pública está centrado en empujar cada asunto hacia una solución que gestione el conflicto, con un uso racional y adecuado de los instrumentos violentos con los que el Estado cuenta⁸⁶. Un sistema penal acorde a un estado de derecho es aquél que prioriza las soluciones compositivas y que limita el uso de la fuerza o violencia estatal a los asuntos estrictamente necesarios. Por el contrario, un sistema penal en un estado autoritario se caracteriza por la aplicación de la violencia penal (pena) como única herramienta de solución⁸⁷. Por eso, uno de los principales objetivos de las reformas penales, instauradas en América Latina con la vuelta a la democracia en la década de los ochentas, radicó en encontrar respuestas consensuadas de calidad, a las ya clásicas de imposición de violencia⁸⁸.

⁸⁶ El principio de última ratio pasa a tener otro lugar en los sistemas adversariales, mirándolo no solo como un principio dirigido hacia el legislador (el derecho penal solo debe servir para criminalizar en abstracto los hechos más graves), sino también hacia los operadores del sistema, en cuanto deben empujar los casos hacia una salida satisfactoria que represente el menor contenido de violencia estatal posible y que sea suficiente para la solución del conflicto (Binder, 2011, p. 210).

⁸⁷ Resulta claro que hay otras características que lo deslegitiman, tales como la selectividad de un sector vulnerable, la exclusión de los condenados de la sociedad y un lenguaje encriptado que no permite la comprensión de lo resuelto (Duff, 2015, p. 25).

⁸⁸ Detrás de estas ideas están los conceptos de poder y autoridad. Mientras que un estado de derecho debe procurar mantener autoridad con la gestión de los distintos intereses y la toma de decisiones que contengan el contenido de violencia necesaria para la solución del conflicto (imponer una suspensión condicional con reglas de conducta también implica una injerencia estatal sobre el ciudadano al controlar que las condiciones impuestas se cumplan, aunque orientada hacia la solución del conflicto y con menor contenido de violencia), un estado absolutista, autoritario, solo está centrado en mantener autoridad a través de la violencia. Así, un estado de derecho debe evitar caer -muchas veces por causas de pura inercia burocrática- en la aplicación de una sanción como solución de conflictos. Explica Binder que los estados democráticos de esta época han ampliado su base de legitimidad social, al comenzar a abandonar el viejo paradigma de imposición de violencia para todos los asuntos penales, bajo el parámetro simplista de dominación que señalaba el pensamiento clásico (2011, p. 197)

Para visibilizar los conflictos que subyacen a todo caso penal, para identificar las posibles respuestas a cada caso, se requiere de una mirada fresca, no burocratizada y con una buena dosis de ingenio y creatividad para encontrar soluciones adecuadas a los conflictos que se presentan⁸⁹. Pero no solo eso. También se requiere que esas soluciones sean oportunas, prontas en el tiempo, no solo para evitar el colapso del sistema penal (objetivo secundario), sino también para no repetir y agravar el conflicto en el tiempo ante la falta de respuestas institucionalizadas⁹⁰. Se debe evitar que las audiencias de juicio se suspendan el día en que debían celebrarse porque, justo en ese momento, se arriba a una salida consensuada. Ese tipo de respuestas a destiempo, muy comunes en los modelos mixtos y más ligadas a respuestas burocráticas -finalización de un caso penal, sin importar si soluciona o no el conflicto- que a la búsqueda de salidas de calidad, representa un enorme costo en el sistema desde distintas aristas, y debe ser evitado a toda costa⁹¹.

De modo tal que el acusador público, en el caso el Ministerio Público Fiscal, como primera medida, debe decidir de manera temprana qué casos serán empujados hacia una acusación, distinguiéndolos de aquéllos en los que se propende una salida alternativa al conflicto, y de los que serán desplazados hacia un archivo (principio de oportunidad). Resulta claro que el acusador público debe reorganizar su cartera de casos y oficinas para poder optimizar sus recursos y determinar qué carga de casos soporta el sistema⁹². La selección de

⁸⁹A los sistemas judiciales, en líneas generales, les cuesta mucho esfuerzo encontrar respuestas diversificadas a los conflictos que se les presentan. La visión unidireccional del conflicto (una única respuesta posible centrada en la aplicación de una pena), el manejo burocrático de los asuntos y la sobrecarga de tareas generó que todavía las respuestas institucionales sean más bien rígidas, poco prácticas, con poca preocupación por si lo resuelto pone fin o no al conflicto y si los mecanismos de control son los adecuados para verificar su cumplimiento. Todas estas causas producen que la mirada de los operadores, en cuanto a las posibles soluciones de los casos sea, cuanto menos, agobiada.

⁹⁰ Cuando no se institucionalizan las respuestas, los conflictos tienden a encontrar otro tipo de soluciones por fuera del marco institucional. En algunos casos, la solución es la ley del más fuerte y la aplicación de violencia entre partes; en otros casos, la ausencia del Estado es ocupada por organizaciones ilegales que comienzan a tomar zonas y a establecer nuevas reglas.

⁹¹ Si nos focalizamos en la visión de la gestión de la agenda del tribunal, la suspensión de una audiencia de juicio de varios días de duración, implica una subutilización del recurso humano -juez- y de la agenda del tribunal, que ya no tendrá tiempo para fijar una nueva audiencia. Desde un enfoque de los recursos de la acusación implicó el desgaste en preparación y planificación de un juicio que no se celebrará. Si nos enfocamos en los testigos que fueron citados, implica un mayor descreimiento en la labor de la justicia, al ser citados a un acto institucional (juicio) que no se irá a celebrar. De allí que deben extremarse los esfuerzos para evitar la suspensión de una audiencia, que implica un fracaso para el sistema judicial.

⁹² Por citar un ejemplo, la oficina de mediación tiene también una carga máxima de casos diarios que debe ser medida. Si se desatiende esta medición y el MPF envía más casos que los que la Oficina de Mediación puede tratar en forma diaria, con el transcurso del tiempo esa oficina quedará congestionada, burocratizada y no podrá dar tratamiento rápido, eficaz y adecuado a los casos que allí ingresan.

los asuntos que serán empujados hacia un juicio abreviado, una salida alternativa o un juicio oral, es una decisión profundamente estratégica que requiere del litigante un adecuado manejo preliminar de la información con que cuenta, como así también la que podrá obtener en juicio. Para ello necesita una guía, un mapa, que no es otra cosa que el manejo de la teoría del caso. La teoría del caso pues, también tenga enormes implicancias en el trabajo de los abogados durante la investigación penal preparatoria.

En ese contexto, como segunda medida, resulta claro que la decisión estratégica de definir qué casos deben sustanciarse en un juicio oral requiere de un sólido conocimiento de las fortalezas y debilidades del asunto, un análisis previo de aquéllas y la convicción de que es un caso que debiera ganarse en esa instancia. La imagen propia del sistema inquisitivo morigerado, en el cual la confusión de roles en el proceso es de tal magnitud que se observa a las partes y jueces en forma conjunta ingresando al debate sin una clara distinción de sus funciones, sin tener ninguno de ellos una clara noción de qué declararán los testigos, si recordarán o no sus versiones rendidas durante la investigación, si éstos resultarán creíbles o no, en las que se juntan para ver qué sucede, no tiene cabida en el sistema adversarial actual.

Entonces, para poder arribar a esas conclusiones -qué hacer con un caso, y qué chances tenemos de obtener un resultado favorable en juicio- debemos tener insumos suficientes que nos permitan visibilizar las bondades y complejidades del asunto. Ahora la pregunta es, ¿Cómo podemos obtener esa visión estratégica del caso? A través de un adecuado manejo de toda la información, tanto la recopilada en el legajo o carpeta –ya sea del acusador o de la defensa-, como la que podemos llegar a obtener a través de nuestras líneas de investigación, de modo de presentar una historia fidedigna, una narración favorable de los hechos para la parte que representamos. Para ello es necesario sistematizar toda esa información valiéndonos de una guía analítica.

Básicamente, como una idea inicial que nos permita sumergirnos en el tema, podemos afirmar que la teoría del caso no es otra cosa que nuestra versión sobre lo sucedido, que sostendremos durante todo el proceso y que, de ser tenida por cierta, nos permitirá ganar el caso en una instancia previa o en juicio oral (ya sea obteniendo una condena –en el caso de la acusación- o una absolución –para el caso de la defensa-), o al menos, aproximarnos al

resultado esperado⁹³. Claro que dicho así, no pareciera agregar nada nuevo a la forma en que trabajan los litigantes en los sistemas mixtos o inquisitivos. Es más, me animaría a afirmar que quien se adentra a la lectura del tema desde estos párrafos, dirá que la teoría del caso - nuestra versión de los hechos-, está determinada en la acusación, especificada en el requerimiento de elevación a juicio -por parte de la acusación-, y en los dichos del imputado y en la oposición a la elevación a juicio -por parte de la defensa-. Ello es en parte cierto y en parte no. O mejor dicho, limitar la visión de la teoría del caso únicamente a una mera descripción sobre los hechos sostenidos en la acusación, por parte del órgano encargado de llevarla adelante (bregando que la descripción sea clara, precisa y circunstanciada, y que no se haya afectado el principio de congruencia), o a negar su comisión por parte de la defensa (en una suerte de defensa negativa, esto es, limitada a negar la acusación), resulta equivalente a sostener que basta la afirmación que el imputado cometió o no un hecho para darlo por cierto. Se trata de una afirmación carente de un horizonte de proyección o perspectiva del caso. Una afirmación que aún no está en sintonía con la prueba, con los hechos positivos o negativos del caso que surgirán de aquélla, y con la forma persuasiva de narrar la historia que queremos contarle al tribunal. En el estudio de la litigación se suele afirmar, acertadamente, que las opiniones personales de los litigantes no tienen peso alguno (Baytelman y Duce, 2004, p. 102). De allí que un tribunal o un jurado no pueda condenar o absolver basándose en lo afirmado por un litigante en los alegatos de apertura y clausura –como si se tratase de pruebas-, y la posibilidad de objetar los alegatos cuando intentar fraguar los principios de la prueba⁹⁴. Por eso sostenemos que si bien la teoría del caso representa, al final de cuentas, la historia que cada parte pretende acreditar -y que trabajará en las audiencias para ello-, la elección de ese relato debe ser precisamente la conclusión de un estudio metódico y metódico de la información del caso, que servirá, a su vez, para planificar y ejecutar la producción de pruebas conforme a esa explicación de los hechos.

⁹³ Esta tarea no siempre será sencilla. La mayoría de los casos que se litigan en instancia de juicio oral presentan hechos complejos que provienen de procesos inferenciales. De allí que el litigante, como veremos luego, tendrá que medir el peso específico de cada proposición fáctica, como así también que inferencias puede derivar de aquéllas.

⁹⁴ Los alegatos –tanto el de apertura como el de clausura- pueden ser invalidados por inconductas éticas que pretendan introducir sentimientos éticos, morales y de justicia que sean contrarios a lo resuelto por el juez en las instrucciones presentadas al jurado (Schiavo, 2016, p. 569 y Schiavo, 2018, p. 71).

Limitar la teoría del caso a la afirmación sobre la ocurrencia de una serie de hechos que componen una historia, sin una adecuada planificación sobre cómo obtener, a través de la prueba, las proposiciones fácticas necesarias para sustentarlos, y sin elaborar una narración persuasiva, implica dejar todo librado al azar. Debemos tener presente que los tres principales componentes para la construcción de un relato en juicio estén centrados en:

- a. Identificar los hechos más relevantes para el armado de la historia;
- b. Estudiar los límites de la teoría de la prueba para acreditar esos hechos; y
- c. Elaborar una presentación persuasiva de una historia, con adecuación en la teoría jurídica.

Es en base a estos tres componentes (teoría jurídica, teoría fáctica y teoría probatoria) que los litigantes deben elaborar su propia teoría del caso. Nada menos persuasivo que presentar una historia que no se sustenta en evidencia alguna, o sustentada en evidencias que contradicen nuestra explicación sobre lo sucedido. En ese sentido, como vemos, sostener que la teoría del caso es solo nuestra hipótesis sobre lo ocurrido parece ser una visión bastante acotada de las ideas y premisas que componen el concepto de teoría del caso. El manejo de la teoría del caso requiere algo más, esto es, la elaboración de una visión estratégica, y su utilización como una herramienta metodológica tanto en la investigación penal preparatoria –investigaciones autónomas de ambas partes- como en la etapa de Juicio Oral, que permita analizar y desmenuzar el caso.

La teoría del caso abarca mucho más que el plano de los hechos intimados o negados por los litigantes. De hecho, afirmar o negar cada hecho que compone una acusación⁹⁵ debe ser la conclusión de una responsable planificación estratégica y adecuada de las pruebas del caso. Es por ello que definimos a la teoría del caso, antes que nada, como una herramienta metodológica que nos permite desmenuzar la prueba y tomar decisiones estratégicas. La teoría del caso es un insumo que permite al litigante observar desde el plano de los hechos qué perspectiva y proyección tiene el asunto, facilitándole la mirada, entre otros, en los siguientes aspectos:

- a. determinar cuáles son los hechos incontrovertibles del caso, que debemos asumir en nuestra historia⁹⁶;

⁹⁵Al final de cuentas, la acusación no es otra cosa que una historia compuesta de una multiplicidad de hechos. En igual sentido y bajo la lógica que el hecho no es unitario (Taruffo, 2011, p. 113).

⁹⁶Más adelante trabajaremos sobre ese concepto en particular. Por el momento nos alcanza con definirlo como aquellos hechos que no podremos cuestionar ya que están revestidos de prueba muy sólida,

- b. qué proposiciones fácticas necesitamos para tener una mejor perspectiva del caso, y como obtenerlas;
- c. las evidencias con que contamos;
- d. las evidencias que aún no adquirimos pero que debe investigar para poder obtenerlas, sean éstas favorables o no⁹⁷;
- e. con qué pruebas vamos a acreditar cada una de las proposiciones fácticas;
- f. qué grado de credibilidad presentan;
- g. cuáles son los hechos centrales de mi historia;
- h. cuál es la categoría jurídica donde se trabará el litigio;
- i. cómo construir a partir de esos hechos un relato persuasivo, utilizando para ello la técnica del storytelling;
- j. cómo elaborar bloques de información con hechos que puedan posicionarse y apoyarse entre sí; y
- k. cuáles son los puntos de inclinación del caso, entre otras.

De modo tal que un buen litigante con un adecuado manejo de la teoría del caso pueda anticipar debilidades, explotar fortalezas, determinar cuál es la salida adecuada para el caso desde tempranos momentos de la investigación y, eventualmente, manejar las evidencias con solvencia, a través del interrogatorio y el conainterrogatorio, durante la sustanciación de la prueba en juicio oral. La teoría del caso se grafica, en definitiva, en la elaboración de un mapa o guía analítica que orientará toda la labor del abogado durante la sustanciación del caso. No solo para la determinación de su historia; también representa una guía al momento de producir la prueba en el debate. Orientará, en definitiva, toda la actuación del litigante tanto en la fase de investigación, como en cada actividad realizada en juicio oral (alegatos de apertura y clausura, interrogatorios, contraexámenes, presentación de prueba material, objeciones, etc.). Es por ello que es correcto sostener que, en definitiva, la teoría del caso es una planificación responsable del asunto. Y sabemos que sin una planificación responsable, entonces el litigio se vuelve un juego azaroso.

⁹⁷ El litigante debe tener una mirada atenta al caso, no solo para la construcción de su propio relato de los hechos, sino también para identificar de antemano cuál puede ser la historia que la contraparte puede construir a través de evidencias que aún no estén en la carpeta o legajo.

La teoría del caso no debe ser vista como un mecanismo para engañar al Tribunal, para tergiversar los hechos (Baytelman y Duce, 2004, p. 79)⁹⁸, sino antes bien una guía analítica para analizarlos desde la perspectiva más favorable a nuestra parte. Es por ello que sostenemos que el rol del abogado se asemeja al de un libretista y director de cine⁹⁹, quien no solo tiene que construir el libreto (la selección de la historia que quiero relatar), sino también dirigir la película que se le quiere exhibir al tribunal. Esa película se grafica en la presentación de una narración persuasiva basada en la producción probatoria, desarrollada fundamentalmente mediante la realización de exámenes y contraexámenes de testigos y peritos en el juicio oral. Es en ese sentido, una invitación a compartir una historia –que será exhibida a través de los hechos que se extraen de la prueba-, mostrar nuestro punto de vista (Bergman, 1989, p. 21), que cuánto más persuasiva resulte, mayores serán nuestras chances de éxito. Para que ese relato, tanto desde lo argumental como desde lo fáctico-probatorio, resulte persuasivo es necesario evitar los detalles o datos irrelevantes, centrando el litigio en el debate sobre los hechos relevantes -principales o secundarios- que están en conflicto¹⁰⁰. Por el contrario, un litigio centrado en hechos irrelevantes o no controvertidos no solo representa una pérdida de tiempo -al final de cuentas, nada de eso está en discusión-, sino que antes bien, implica necesariamente que los hechos en debate queden disimulados y perdidos en una maraña de datos absolutamente prescindibles¹⁰¹. Este resultado no se obtiene por puro azar o retórica, sino con tenacidad y laboriosidad.

⁹⁸ Sobre este último punto queremos remarcar que un abogado defensor puede construir una historia favorable para su asistido siempre que se reúnan dos condiciones: la primera, que esté basada en los hechos (caso contrario pierde credibilidad); y segundo, que su cliente esté de acuerdo con ella. En sistemas en los que no existe el delito de perjurio, un abogado debe colaborar con su asistido en la elaboración de la mejor historia que pueda narrar al tribunal en base al plexo probatorio del caso. El abogado no tiene un compromiso con la verdad, sino con su cliente y con explorar la mejor opción para su defensa. Está claro que lo que no puede es obtener prueba falsa o inducir a los testigos a faltar a la verdad, por cuanto no solo hay un problema de ética profesional, sino también la participación en un ilícito.

⁹⁹ Hay quienes lo asocian al de un narrador de historias (Moreno, 2012, p. 18) a un mensajero (Baytelman y Duce, 2004, p. 79). Sin embargo, nos parece que es algo más que un narrador o un mensajero. No solo debe construir el relato, sino que tiene que elaborarlo y dirigirlo a través de la prueba.

¹⁰⁰ Siguiendo a Taruffo consideramos como hechos principales a aquellos que están destinados a probar la acusación, mientras que los secundarios son aquellos que nos permiten extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal -por ejemplo, que dan cuenta de la credibilidad de una fuente de información -testimonio-. (2011, p. 120).

¹⁰¹ Como ejemplo, en un caso seguido por homicidio, si la teoría del caso de la defensa es que hubo legítima defensa, ambas historias parten necesariamente de la existencia de un muerto y de una agresión por parte del imputado. Lo que estará en discusión es si hubo de parte de la víctima una agresión previa, la inmediatez del ataque posterior y la calidad y cantidad de ambas agresiones. Centrar el litigio en comprobar la existencia de un cadáver es centrar el debate en hechos que han sido reconocidos por ambas partes y que debieran representar un acuerdo probatorio

No debemos observar a la teoría del caso como algo estático, sino más bien dinámico y evolutivo. La teoría del caso, de la que un litigante se vale, está en constante evolución pasando por distintas etapas o estadios procesales. En una primera etapa, durante la investigación penal preparatoria, bastará con el manejo de diversas hipótesis de ocurrencia de los hechos, las que confrontarán entre sí hasta quedar concentradas en una única historia sobre lo sucedido, que es la que se defenderá durante todo el proceso a través de la prueba. Será necesario trabajar en base a guías analíticas que permitan al litigante observar la totalidad de la prueba de manera práctica para la adopción de decisiones, midiendo cuál es la salida más razonable, teniendo en cuenta para ello, la credibilidad y cobertura probatoria del caso.

El paso siguiente consiste en la selección de la historia que se defenderá en juicio, para lo cual será preciso definir cuáles son los medios de prueba que se ofrecerán a tal fin. Es en la etapa intermedia o preparatoria de juicio donde debe ofrecerse la prueba relevante y justificar su admisión. Son estas pruebas las que nos permitirán acreditar los hechos contenidos en nuestra historia. La teoría del caso resultará muy útil para definir con qué pruebas acreditaremos las proposiciones favorables para nuestra historia.

Por último, la teoría del caso también abarcará todo el trabajo del abogado durante el juicio, en lo atinente a la producción de información a través de las técnicas de litigación oral.

Sin embargo, la elaboración de la teoría del caso y el peso probatorio específico de nuestra hipótesis no es algo sencillo de descifrar. Por un lado, el abogado debe tener presente las limitaciones legales (filtros) que surgen de la teoría de la prueba que mencionamos en el capítulo anterior, y que luego, en el capítulo respectivo desarrollaremos con mayor profundidad. Pero por el otro debe reconocer las dificultades de obtener información confiable derivada de la prueba. Así, encontramos varias limitaciones que un litigante debe tener presente. En primer lugar, es necesario reconocer que las afirmaciones que surgen de un relato (por ejemplo, de un testigo) solo aportan una visión parcial, desde la que precisamente quien narra la historia la observó. En ese sentido, el testigo tiene "su propia visión" del hecho, que nunca constituye una pintura unívoca y total del cuadro, sino tan solo una visión parcial del conflicto. Por citar un ejemplo, aún en un caso donde el testigo observó toda la escena del hecho presentado por la acusación, es posible que no tenga conocimiento

de las partes involucradas, de los conflictos anteriores que pudieran existir entre imputado y víctima, de las intenciones del autor, etc. En tal sentido, el juicio oral se compone de una serie de relatos parciales que se derivan de diversas pruebas y que juntos constituyen el marco probatorio. Ese marco probatorio tendrá pruebas coincidentes con otras en forma total o parcial, contradictorias con otras evidencias, parciales en partes, etc. El litigante deberá armar un rompecabezas con la prueba, escogiendo las porciones del relato (piezas) que le resulten favorables para la construcción de su historia. Con ellas presentar una narración persuasiva, y encontrar una explicación plausible y creíble a la información contraria a su historia, que proviene de otras fuentes de información.

En segundo lugar, debemos tener presente que todo relato es subjetivo. Todo relato de una historia, por más que el testigo no tenga ningún interés en el caso, presenta la subjetividad del narrador, su explicación sobre los sucesos, su interpretación subjetiva de lo ocurrido. Esta interpretación podrá ser más o menos subjetiva, pero siempre tendrá el componente personal de quien narra la historia, su sensibilidad sobre el tema, que podrá coincidir o no con la subjetividad de otros relatos que se deriven de otras pruebas.

En tercer lugar, debemos tener presente que los testigos también brindan su relato a través de sus propias expresiones, lo que puede generar interpretaciones confusas o ambiguas. Para ello es preciso, al momento de tomar contacto con un testigo, evitar que en el relato aparezcan adjetivaciones o conclusiones que no estén basados en hechos. De nada sirve que un testigo diga que el imputado pasó rápido, o que estaba oscuro, si no sabemos cuál es la interpretación del testigo sobre rapidez y oscuridad. Es preciso contar con información con la mayor claridad y precisión posible.

Por último, debemos tener presente los olvidos o lagunas que se producen en la memoria y la dificultad que pueden provocar en la construcción del relato. El registro de la memoria no es un fiel reflejo de la realidad, sino que se suele componer con imágenes nítidas y otras que, ante determinadas lagunas de la memoria, son completadas con lo que el testigo cree haber observado o percibido a través de sus sentidos¹⁰². Por ello es preciso cotejar la información de todas las fuentes de información para arribar a conclusiones sobre la historia

¹⁰² Debemos tener presente que la mente humana es falible. La mente humana no genera una réplica exacta de la realidad sino tan solo una recreación de ella (Chabris y Simons, 2011, p. 72).

que se presentará en juicio. Todos esos inconvenientes deben ser medidos a la hora de trazar nuestra teoría del caso.

Podemos concluir entonces que la teoría del caso, tal como afirmamos, es más que la historia que pretendemos acreditar, constituye el mecanismo para llegar a presentar una historia, nuestra historia, nuestro punto de vista. Es, ante todo, una herramienta metodológica que permite al litigante observar desde los hechos qué perspectiva tiene el caso, y cómo presentarlo de manera persuasiva en juicio. De allí que parezca acertada la conceptualización que realiza Moreno, al definir a la teoría del caso como el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la visión de hechos que sostendrá ante un tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral (Moreno, 2012, p. 28).

La teoría del caso viene a ser la columna vertebral del litigio, donde toda la actividad del abogado debe estar relacionada con aquélla. Las exposiciones iniciales deben apoyarse en la teoría del caso, la producción de cada examen y contraexamen en juicio, cada pregunta que se formula a un testigo o perito debe responder a la estrategia elaborada en base a la teoría del caso, la presentación de la prueba material, los informes y la documental debe tener como guía esa explicación. Debemos tener presente que, así como el sistema inquisitivo era absolutamente contemplativo con el mal litigante, en el nuevo diseño adversarial no hay espacio para la improvisación. La estricta división de roles y funciones en las audiencias constituye un ambiente extremadamente hostil para el abogado inexperto, el que no puede ser rescatado por ninguna parte y, mucho menos, por los jueces de juicio, que no intervendrán bajo ningún pretexto en la conformación y materialización de las pruebas¹⁰³. De modo tal que la teoría del caso viene a ser una suerte de hoja de ruta para el litigante, donde tiene marcado el camino y lo esperable de cada evidencia.

2.3. Momento de su elaboración.

¹⁰³ Una buena película donde se observan las dificultades que un abogado inexperto puede tener en una audiencia de juicio, está representado en el film *The Rainmaker*, del año 1997, dirigida por Francis Ford Coppola, donde Matt Damon, interpretando a un joven abogado con poca experiencia en juicio, debe sortear infinidad de dificultades para presentar su caso.

Si bien la teoría del caso es pasible de pequeñas variaciones a medida que el caso avanza por las distintas etapas del proceso, es aconsejable que la elección de nuestra historia se realice más temprano que tarde. Es recomendable que se comience a elaborar desde el primer momento en que se toma contacto con el caso -el fiscal desde la consulta policial y el defensor desde la primera entrevista que mantenga con el imputado¹⁰⁴-, más allá que luego se vaya complementando el relato con la información que se va reuniendo y que, como consecuencia de ello, puedan ir realizándose ajustes (Mauet, 2002, p. 507). Estos ajustes pueden realizarse hasta que decante en una única hipótesis que las partes sostendrán en un juicio. Así, la acusación debe contar con una única hipótesis, a más tardar, al momento de acusar, mientras que la defensa debe hacer lo propio -presentación de un único relato de los hechos- en la audiencia preparatoria de juicio, momento en el cual debe presentar las evidencias con las que sostendrá su hipótesis del caso.

Decimos que es pasible de pequeñas variaciones o ajustes¹⁰⁵, más no de repentinos y fuertes cambios. Del lado de la acusación una profunda variación sobre la teoría del caso podría llegar a implicar una transformación en el objeto de la acusación (hechos), con la consiguiente afectación a la garantía de la defensa en juicio, en cuanto a la exigencia de congruencia entre el hecho intimado y el incluido en la acusación. Pero también un cambio brusco de estrategia puede generarle enormes pérdidas probatorias, ya que si son posteriores a la audiencia preparatoria de juicio, no tendrá oportunidad de presentar nuevas evidencias respaldatorias de los hechos. El viejo paradigma de que en la etapa de juicio se "enderezaba" el caso bajo una instrucción suplementaria a cargo del Tribunal -de claro cuño inquisitivo- ya no está vigente, por lo que los fiscales deben tener su caso bien estudiado lo antes posible para evitar errores en la recolección de evidencias que, luego de la audiencia preparatoria de juicio, no tendrán solución. La acusación sí podrá realizar pequeños ajustes en la teoría del caso, sobretodo, en lo atinente a la estrategia de cómo presentar la prueba (orden de evidencias¹⁰⁶), desde qué enfoque relatar el hecho, qué valores destacar en su alegato o cuáles serán los bloques de información que presentará en el juicio oral. Más éstos son ajustes

¹⁰⁴ Así, entre otros, Moreno, quien aconseja que desde el primer contacto se comience a elaborar la estrategia del caso, la que se irá complementando con los avances de la investigación (2012, p. 29).

¹⁰⁵ Por pequeños ajustes entendemos cambios limitados a planos más bien periféricos de la historia, aquéllos que no se encuentran cubiertos al inicio de la investigación con prueba directa y que, a través de la introducción de hechos secundarios en el relato, tendemos a acreditarlos a través de inferencias inductivas.

¹⁰⁶ Sobre el orden de presentación de las evidencias, Rua (2015, p. 76).

propios de la preparación final del caso, que giran en torno a la persuasión de nuestro relato, más no la historia en sí, que debe estar ya definida.

Por el lado de la defensa tampoco hay mucho espacio para fuertes cambios en su teoría del caso. No ya, claro está, desde una perspectiva de afectación a las condiciones de verificación del hecho (principio de congruencia), sino desde un enfoque centrado en brindar una verdadera defensa penal efectiva. El viejo molde del sistema inquisitivo en el cual el defensor comenzaba a preparar efectivamente su defensa al notificarse de la acusación fiscal¹⁰⁷ no tiene espacio en el nuevo sistema adversarial. Una defensa penal efectiva requiere de un tiempo mínimo de preparación que le permita investigar el caso y proponer pruebas¹⁰⁸ para trazar su teoría del caso, esto es, su versión de los hechos. Sin una investigación del caso no puede haber una genuina planificación de los hechos. Claro que la investigación que la defensa realice no siempre tendrá el volumen de la que realiza la acusación (Binder, Cordero y Hartman, 2005, p. 37). Habrá veces en que se limitará al análisis de las actuaciones fiscales y la realización de entrevistas a los testigos de la acusación y de la defensa. Otras incluirán una observación de la escena de los hechos. Otras la búsqueda de testigos. Pero lo que queremos remarcar en este apartado es lo siguiente: para trazar una estrategia defensiva, un relato plausible sobre los hechos, es preciso conocer bien los antecedentes del caso (que no puede estar circunscripto a una lectura o estudio del legajo o carpeta fiscal) y, sobre éstos, tener varias hipótesis explicativas al inicio, las que se irán descartando a medida que avance la recolección de información, hasta quedar plasmado en una única hipótesis¹⁰⁹. De modo tal que la decisión de la defensa debe tomarse lo antes posible en base a un estudio meticuloso

¹⁰⁷ No se trataba de una postura irrazonable en el viejo molde inquisitivo, sino más bien de una necesidad. Los defensores públicos, frente a la pesada carga de casos que, en líneas generales, llevan, les impide tener un tratamiento efectivo de todos los asuntos. Y por otro lado, la ineficacia del sistema inquisitivo provocaba que una mirada estratégica temprana de los asuntos, en la gran mayoría de los casos, era un trabajo sin sentido, ya que los casos terminaban, en gran medida, archivados.

¹⁰⁸ La reciente investigación sobre la Defensa Penal efectiva en América Latina, realizada en Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, México y Perú, concluyó que, dentro de los derechos vinculados con la efectividad de la defensa, se cuenta con el derecho a investigar el caso y proponer prueba, aunque este derecho aún no logra efectivizarse en América Latina. Así, se señala que aún no es fácil que los defensores puedan realizar investigaciones efectivas. Si bien en Guatemala la Defensa Penal Pública cuenta con algunos investigadores, éstos son insuficientes. Lo mismo opera en Chubut y en Colombia, con servicios aún insuficientes para tal fin (Binder, Cape y Zaza, 2015, p. 482).

¹⁰⁹ Tal como apunta Moreno, estas formulaciones o hipótesis irán con el tiempo y el avance de la investigación sometándose a verdaderos test de verificación y consistencia con la evidencia acumulada, hasta decantar en una sola hipótesis (2012, p. 30). Afirman Ramos González y Vélez Rodríguez que la presencia de múltiples teorías preliminares en el proceso investigativo es lo que permite verificar su fortaleza a medida que se van descartando hasta quedar la versión más sólida (1996, p.3).

del caso, y no diferirla a la etapa preparatoria de juicio o al juicio mismo, donde ya no habrá tiempo para trazar ejes de investigación. Esas facultades de investigación, ya reconocidas por varios códigos de la región¹¹⁰ constituyen herramientas vitales para la construcción del caso. No resulta suficiente una preparación que comience recién al ser notificado de la acusación. Ese plazo -que suele variar entre cinco y diez días- es un término exiguo para preparar una defensa efectiva. Cuanto más tiempo transcurra sin que el defensor estudie el caso y decida cuál será su hipótesis -esto es, su relato sobre los hechos-, menos serán las hipótesis posibles a plantear y menor será la posibilidad de presentar una defensa efectiva. De modo tal que, si la defensa realiza una investigación al inicio, difícilmente habrá espacio para cambios bruscos en la selección de la historia que se relatará en el proceso. Todo fuerte cambio en la narración de los hechos que componen la historia de la defensa, no solo implica un riesgo de no contar luego con evidencias que respalden su relato, sino también comporta una fuerte afectación a su credibilidad.

En líneas generales, la selección temprana de una hipótesis, esto es, de una explicación autosuficiente y creíble para cada una de las evidencias del caso, es vital no solo a los efectos de la credibilidad, sino también a los fines de la investigación de los hechos, ya que permite, como veremos luego, la búsqueda de elementos probatorios o evidencias de las que aún no se cuenta. Así también, del lado de la defensa, permite anticiparse a los movimientos de la acusación y tener una lectura clara del tablero del juego de su oponente para poder precisar su explicación del caso.

Los tiempos con los que cuenta cada una de las partes son distintos y responden a distintos objetivos. Por el lado de la acusación es posible que el Fiscal durante la sustanciación de los primeros pasos de la investigación -y hasta la presentación de la acusación-, pueda manejar acusaciones alternativas, esto es sostener dos hipótesis criminales distintas cuya determinación definitiva se hará en la requisitoria de elevación a juicio¹¹¹.

¹¹⁰ Entre otros, Código Procesal Penal de Río Negro, en el que participé en la comisión redactora. Así establece en su artículo 120, último párrafo lo siguiente: “La defensa podrá contar con sus propias evidencias para discutir en audiencia”, mientras que el artículo 121, último párrafo, complementa tal derecho al expresar que: “La defensa, pública o privada, podrá citar a los testigos que considere pertinente, a los efectos de trabajar sobre su teoría del caso. En caso de requerir auxilio judicial podrá pedirlo ante el Foro de Jueces Penales”.

¹¹¹ Este tipo de utilización de acusación alternativa tiene más espacio en un sistema inquisitivo morigerado que en uno de corte adversarial, ya que en el primero es frecuente que las partes no conozcan efectivamente el caso ni se entrevisten con testigos. De allí que el contenido de la prueba, frente a la falta de planificación, puede presentar variaciones inesperadas. La falta de preparación del caso para juicio oral generaba un espacio ideal para la proliferación de este tipo de acusaciones alternativas. En un sistema adversarial, sostener acusaciones

Distinto es el caso de la defensa, quien tendrá la posibilidad de diferir la definición de su relato hasta la audiencia preparatoria de juicio. Con esto no queremos decir que le convenga demorar la decisión. Al contrario. La demora en la definición de su hipótesis implicará, como sostuvimos, un claro costo en sus facultades autónomas de investigación, aunque aún a las defensas les resulte dificultoso medir los costos que pagan con la indefinición del caso. Es cierto que el principio de inocencia pone en cabeza del Fiscal el peso de la carga probatoria, pero no puede derivarse de allí que el defensor puede tener un manejo displicente y pasivo del caso, o confiar en la ineptitud de su adversario.

2.4. Características.

Es importante precisar las características que debe tener la teoría del caso para que resulte realmente una herramienta metodológica que permita construir una narración persuasiva. Si bien son muchos los autores que han trabajado en diversas características que debe reunir una adecuada teoría del caso (entre otros, Neyra Flores, 2010, p. 734), creemos que estas condiciones que enunciaremos son suficientemente comprensivas.

a. Única.

La teoría del caso debe ser una, esto es una única hipótesis del hecho a la que debemos absoluta fidelidad y no debemos abandonar en ninguna de nuestras actividades durante la sustanciación del caso, ya sean tareas investigativas, de planificación de las evidencias o de ejecución de la actividad probatoria a través de las técnicas de litigación. Si bien durante la investigación penal preparatoria, tanto para el fiscal como para la defensa, existe aún cierto espacio de flexibilidad para un eventual cambio de los hechos sin mayores costos de credibilidad¹¹² –lo que no quiere decir que sea en sí aconsejable andar cambiando la hipótesis del caso en forma constante-, una vez arribado a la etapa intermedia o audiencia preparatoria

alternativas no parece ser una decisión estratégica adecuada. Al contrario, muestra lo difuso de la acusación, exhibe de un modo obscuro que el acusador no ha podido concluir ni una ni otra variable. De modo tal que la utilización de acusaciones alternativas debieran manejarse como una posible hipótesis hasta el momento de presentar la requisitoria de elevación a juicio, oportunidad en la que el acusador, a través del análisis de sus evidencias y las entrevistas a sus testigos de cargo y de descargo, pueda arribar a una conclusión e inclinarse por una u otra.

¹¹² Para la defensa, siempre que el imputado no haya prestado una declaración previa.

de juicio, el cambio de estrategia y de teoría del caso resulta ser un acto profundamente riesgoso para el éxito del litigio.

Toda la actividad del juicio estará direccionada por la teoría del caso. Esto quiere decir que tanto la presentación del caso en los alegatos, como en la producción de pruebas (a través de exámenes y contraexámenes de testigos, peritos, presentación de prueba material, etc.), deberá estar focalizada en la teoría del caso escogida. Vale decir que si la hipótesis de la defensa es que su defendido actuó en legítima defensa, no podrá comenzar en el alegato de apertura sosteniendo que la acusación deberá acreditar la presencia del imputado en el lugar. Precisamente ese hecho no está controvertido y ponerlo en duda nos quitará credibilidad.

Un ejemplo muy claro sobre la importancia de manejar una única teoría del caso y los costos de credibilidad que implica el manejo de varias hipótesis alternativas se observa en el siguiente caso hipotético: El abogado defensor luego de escuchar el alegato del Fiscal, pide la palabra y sostiene lo siguiente:

-Sres. Magistrados, esta defensa acreditará en la audiencia de juicio que mi asistido no estuvo en el lugar de los hechos, razón por la cual la acusación es infundada. Ahora bien, si llegara a acreditarse que sí estuvo en el lugar, es claro que mi defendido no fue quien le ocasionó las lesiones a la víctima y así la evidencia lo demostrará. Ahora, si a través de las pruebas que se sustanciarán en la audiencia, se termina por acreditar la participación del imputado en esas lesiones, la evidencia nos demostrará que actuó bajo el amparo justificante de la defensa necesaria. Y si la evidencia no acredita ello, se demostrará que cualquier persona que se encuentra en la situación del imputado actuaría de igual manera bajo un ámbito de autodeterminación tan reducido que su conducta no puede ser reprochada.

Ese alegato de apertura que maneja varias teorías del caso (que el imputado no estuvo en el lugar, que no causó las lesiones, que actuó en legítima defensa o bajo un cuadro de inculpabilidad) tiene un costo excesivamente alto en uno de los pilares de la litigación en un sistema adversarial, que es precisamente como dijimos, la “credibilidad”. Básicamente cuando en el sistema inquisitivo morigerado a la defensa no se le permitía formular un alegato de apertura, o ésta se limitaba a negar el hecho en forma genérica, lo que se estaba escondiendo era precisamente su propia explicación sobre lo sucedido, disminuyendo así la credibilidad de su estrategia.

b. Simple y sencilla.

Si uno de los pilares de la litigación, tal como recién mencionamos, es la credibilidad, es preciso que nuestra hipótesis resulte sencilla y simple de comprender. Debemos evitar explicaciones complejas, difíciles de internalizar. Como afirma Mauet la teoría del caso debe ser consistente no solo con las evidencias, sino también con la percepción del jurado sobre las reglas del sentido común (2002, p. 507). La explicación de esas evidencias no deba ser rebuscada.

Cuanto más sencilla resulte ser, más simple le resultará al tribunal o al jurado internalizarla, confrontarla con las distintas pruebas que se desarrollan en la audiencia y adoptarla como propia, como la única explicación posible y racional sobre lo sucedido en el pasado. Cuanto más compleja resulte nuestra hipótesis, más difícil será que el tribunal la tenga por cierta y pueda seguirla durante la sustanciación del juicio, para corroborarla y construirla con las proposiciones fácticas que vayan surgiendo del relato de la prueba.

Muchas veces a los abogados, empapados e inmersos en el estudio de un caso, con una visión parcial de los hechos, les cuesta desmarcarse de esa información para tener una visión fresca del asunto. Así, la pregunta que surge es ¿Cómo verificar que la teoría del caso resulta simple? Básicamente a través de la competencia entre distintas versiones sobre lo sucedido -procedimiento de brainstorming o lluvia de ideas- (Ortega Jara, 2012, p. 61) y su verificación a través de un equipo de trabajo, para ver si es de fácil comprensión. Incluso es aconsejable relatar los hechos del caso a quien no esté familiarizado con el asunto -sea o no abogado-. No debemos olvidar que, ya sea un sistema con jurado popular o con jueces profesionales, la característica común será que quien resuelva el asunto no tendrá información previa, de modo tal que la visión de alguien ajeno al caso será una muestra interesante y representativa sobre cómo lo presentamos y como lo observa un espectador objetivo e imparcial.

c. Lógica y creíble.

Por más cierta que resulte, si nuestra hipótesis no resulta lógica ni creíble desde el punto de vista de un tercero imparcial que no conoce el caso, es posible que no hayamos escogido la mejor opción para defender en juicio. Recordemos que no se trata de descubrir

una verdad única, absoluta e intangible. Al contrario. El rol del abogado -defensa- está centrado en optimizar las chances de ganar el caso que defiende. De modo que, si quiere tener éxito en su empresa, debe procurar que su historia sea creíble. Por ello es interesante plantear nuestra propia hipótesis ante un tercero –sea o no abogado- para ver si la historia que nosotros le contamos le resulta creíble en todos sus puntos.

Para determinar si la teoría del caso es lógica y creíble es preciso confrontar cada una de las evidencias con que cuenta uno y las que cuenta la contraparte. Habrá que tener en consideración que por más cierta que creamos que resulte la historia, cualquier indicio o viso de incoherencia en algún comportamiento puede resultar suficiente –si no le encontramos alguna explicación coherente- para que el mejor caso termine por desbarrancarse y que no se obtenga la solución esperada.

Para llevarlo al terreno práctico, veamos el siguiente ejemplo que muestra la importancia de la credibilidad en la presentación de una historia. La Fiscalía cuenta con el siguiente caso. El propietario de una finca denuncia al jardinero que había contratado, por el delito de exhibiciones obscenas que habría realizado frente a una de sus hijas, menor de edad, en momentos en que éste se encontraba en su domicilio trabajando. Sin embargo, la denuncia fue efectuada luego de que el jardinero entablara una demanda laboral por un accidente de trabajo ocurrido en la vivienda. El punto es que, a pesar de que el hecho habría ocurrido un 2 de febrero, el jardinero siguió trabajando hasta el 2 de abril, fecha en la cual el propietario despidió a su empleado y, un mes después, formuló la denuncia penal respectiva. Está claro que la conducta de denunciar tres meses después de ocurrido el hecho y dejar trabajando al supuesto exhibicionista en su domicilio, dejando a sus hijas en el hogar mientras se retiraba en forma diaria a su oficina, no resulta ni muy lógico ni muy creíble. Esta circunstancia puede pagarse muy caro en un juicio oral si no se aborda la debilidad del caso desde algún punto de vista creíble y lógico, como ser que no efectuó la denuncia porque no tomó conocimiento del hecho hasta unos meses después, no le creyó al inicio a su hija, porque consideró que había sido un mal entendido, o cualquier otra circunstancia que pueda alegarse. A los efectos del litigio no importa solo qué tan ciertos creemos que son los hechos. Si no resulta creíble la historia, difícilmente se obtendrá un resultado satisfactorio en un juicio oral.

Pero no solo debe ser creíble la historia. También tiene que ser lógica y coherente con los hechos del caso. Para poder determinar estos aspectos es preciso verificar cuáles son las

conclusiones que se pueden obtener desde la prueba indiciaria. Es sabido que la prueba directa y la prueba indiciaria imponen distintas exigencias a la hora de argumentar. De allí que, cuando contemos con prueba indiciaria, habrá que analizar cómo operan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y el sentido común. Así, por poner un ejemplo, sostener nuestra teoría del caso en base a un testigo que dice haber observado un punto favorable a nuestra hipótesis, pero que se encuentra a trescientos metros de distancia del punto observado, no resulta creíble ni lógico. Las máximas de la experiencia nos indican que una persona no puede observar detalles a tanta distancia, salvo que cuente con prismáticos o algún elemento similar¹¹³.

d. Contemplativa de todas las evidencias.

Es importante destacar que la elaboración de la teoría del caso debe contemplar todas y cada una de las evidencias con las que contamos y con las que cuenta nuestra contraparte. El más mínimo error en el análisis de las evidencias puede resultar extremadamente costoso. Una excelente teoría del caso en apariencia puede derrumbarse drásticamente cuando advertimos que nos falta evidencia para acreditar algún elemento de la teoría jurídica, o cuando no advertimos una jugada de la contraparte a través de la cual presenta determinadas pruebas que restan credibilidad a nuestro relato.

El primer punto que un litigante debe manejar para verificar que su teoría del caso contempla todas las evidencias, consiste en trazar un cuadro de hechos, donde se asienten los hechos incontrovertibles- tanto positivos como negativos- (Ortega Jara, 2012, p. 62), que son aquéllos que, por más que queramos que éstos no se encuentren acreditados, sabemos que lo están y que no podremos discutirlos. Como ejemplo, en un caso seguido por homicidio, nos tenemos que hacer cargo de la existencia de un cadáver. Y posiblemente también la existencia de un arma en el lugar, de una huella, un rastro, etc. Sobre estos hechos aún existen infinidad de historias o relatos posibles para la defensa: plantear una legítima defensa, un procedimiento fraguado, una prueba plantada, etc. Lo seguro es que nuestra historia se tiene

¹¹³ No importa el grado de científicidad de las reglas de la experiencia. Como apuntan Baytelman y Duce, éstas están conformadas por el resultado de la experiencia elemental que las personas recogen a lo largo de toda su vida. Y aun cuando no tengan pretensiones de científicidad, no por eso pierden poder al momento de evaluar la credibilidad de la prueba (2004, p. 379).

que hacer cargo de los hechos incontrovertibles y, sobre éstos, edificar nuestro relato sobre lo sucedido.

e. Direcciona toda nuestra actividad probatoria.

Por otro lado, la elección de una adecuada hipótesis también debe guiar nuestra participación en todo el proceso, tanto en las audiencias argumentativas que se celebran durante la etapa previa al Juicio, como en el juicio oral mismo. Como apuntan Baytelman y Duce, la teoría del caso no es otra cosa que "el ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba" (2004, p. 90). Cada actividad probatoria, cada pregunta que formulemos tanto en un examen directo como en un contraexamen estará direccionada por nuestra teoría del caso (Rua, 2015, p. 68). De modo tal que cada vez que nos apartemos de nuestra teoría del caso perderemos en la credibilidad de nuestra historia.

Un error muy frecuente en litigantes con poca experiencia radica en perder de vista, en determinados momentos, su propia teoría del caso. Es común observar en determinados contraexámenes a abogados que en el afán de buscar desacreditar a un testigo -ya sea por la inconsistencia de sus afirmaciones o por contradicciones con otras declaraciones que prestó en la investigación penal preparatoria-, terminan por acreditar proposiciones fácticas contrarias a su propia explicación de los hechos. Un buen ejemplo de ello se da cuando el abogado -en el caso, defensor-, advirtiendo que el testigo ha declarado algo distinto en otra oportunidad, desacredita el testimonio valiéndose de una declaración previa. Sin embargo, lo declarado hoy en juicio era una proposición fáctica favorable a su caso (por ejemplo que no observó al imputado en la escena de los hechos), mientras que en la declaración previa había dicho lo contrario (observó al imputado, supongamos, con un cuchillo ensangrentado en el lugar donde ocurrió un homicidio). Está claro que el abogado logró desacreditar al testigo (no es creíble un testigo que cambia sus versiones), pero para ello se alejó de su propia teoría del caso e introdujo una información contraria a su relato (su teoría del caso se basa en que el imputado no estuvo en el lugar de los hechos).

La teoría del caso es el timón que debe regir toda nuestra actividad: desde los alegatos de apertura en el cual prometemos cómo debe ser observado el caso, hasta el alegato de clausura donde podremos argumentar sobre cómo debe interpretarse la prueba realizada, pasando por toda la sustanciación de las evidencias de cargo y de descargo.

2.5. Teoría del caso y acusación.

Si bien todas las particularidades volcadas hasta aquí son aplicables tanto para la acusación como para la defensa, es necesario profundizar qué aspectos debe tener en cuenta especialmente la acusación al momento de elaborar su propia hipótesis, con el afán de ordenar los pasos de su investigación y recolección de evidencias, en pos de los objetivos que se haya propuesto para cada caso.

Si bien tanto acusación y defensa deben organizar su información para trazar su propia teoría del caso, debemos tener presente que un acusador público tiene que tener una visión clara del caso desde tempranos momentos para decidir si lo empuja hacia la aplicación de salidas alternativas, cuál es el costo en tiempos y medios que le implicaría obtener las evidencias necesarias para el éxito del caso y, eventualmente, en qué condiciones se encuentra para negociar eventuales salidas alternativas. La visión de la defensa, en ese sentido, es más directa. Le alcanzará con comprobar que la acusación no podrá acreditar alguno de los presupuestos fácticos para ganar el juicio. De allí que existan diferencias sutiles en el análisis que cada parte debe realizar sobre el asunto.

Los aspectos particulares que la acusación deberá medir son los siguientes:

a. Probabilidad de obtención de evidencias.

Un primer punto que tiene que tener en cuenta el Ministerio Público Fiscal al momento de elaborar su propia teoría del caso, pasa por analizar el grado de probabilidad de obtención de sus propias proposiciones fácticas y cuál es su costo. La probabilidad de obtención guarda relación con la posibilidad material efectiva de poder contar con determinadas proposiciones fácticas en un relato (prueba testimonial, pericial y de partes) o de contar con prueba tangible que aún es de dudosa obtención (prueba material, documental o informativa). Es posible que no logremos obtener cierta información que pretendíamos adquirir a través de determinados medios probatorios, ya sea porque un testigo no termina siendo lo suficientemente claro sobre ese punto, o porque la visión que tenemos del caso no se corrobora con lo manifestado por las fuentes de información. También puede ocurrir que determinada prueba finalmente no sea obtenida. Por ejemplo, un registro domiciliario en la vivienda del imputado donde pretendíamos encontrar el arma homicida, pero ésta finalmente

no es hallada. O un informe que nos da un dato de prueba contrario a nuestra hipótesis de ocurrencia del suceso.

Pero no solo debemos observar el grado probabilístico de obtención de un hecho. También debemos precisar cuál es el costo que nos representará contar con ello. Claramente no estamos haciendo referencia sólo a un costo material y económico, sino también estamos tabulando tiempos, esfuerzos, exigencias que su búsqueda implicará para el Ministerio Público. Un acusador público no debe mirar el costo de la búsqueda de una información sin medir cuál es el impacto de la información en el caso y cuál la importancia que reviste para la institución el éxito de ese caso, tanto desde un punto de vista micro (relevancia del caso¹¹⁴), como general (la persecución de ese hecho logra reducir un fenómeno criminal por las implicancias que trae aparejado en una organización criminal o, por el contrario, no impacta de ningún modo sobre ésta¹¹⁵), y cuál es el peso de esa prueba en el plexo probatorio del caso¹¹⁶. Como podrán observar el Ministerio Público debe medir esos costos, ponderar los diversos intereses que se nuclean en estas decisiones para definir cuál será, en definitiva, su política probatoria en cada caso. Si esta decisión se adopta sin una clara guía metodológica que permita visualizar el peso y relevancia de los hechos y de los casos, estaremos trabajando a oscuras en decisiones institucionalmente relevantes.

Tenemos que tener en cuenta también que, ya desde el inicio mismo de los casos, se cuenta con algunas proposiciones fácticas que surgen de la denuncia misma o del procedimiento flagrante en que intervino. Así como existen proposiciones fácticas que se han obtenido desde el inicio de la investigación, cuando se comienza con la recolección de evidencias en la carpeta fiscal, hay otras que resta determinar si serán o no obtenidas. Las primeras son proposiciones fácticas acreditadas, las segundas serán eventualmente acreditables. Son precisamente las proposiciones fácticas iniciales y acreditadas los insumos

¹¹⁴ No es igual el costo de trasladar a un testigo desde el exterior (costos económicos y temporales) para un caso de lesa humanidad, que para un simple y sencillo hurto. El costo debe medirse no solo en cuanto a costos materiales y temporales, sino también en comparación con la importancia que tiene el caso en sí para la institución.

¹¹⁵ Un Ministerio Público Fiscal debe tener una clara visión de política criminal, abandonando la vieja mirada de la tramitación del caso a caso. Esto implica que habrá casos que con su persecución se tenderá a hacer disminuir mercados criminales, mientras que la persecución de otros casos no tendrán ninguna incidencia en una visión política criminal. Esta mirada también tendrá su peso en la toma de decisiones de correr o no con determinados costos.

¹¹⁶ Debemos definir si esa prueba es vital para el éxito del caso o solo tiende a acreditar hechos secundarios e irrelevantes, o hechos principales que podrán ser acreditados también con otras evidencias.

necesarios para medir la importancia y costo de los hechos que aún no hemos logrado determinar.

b. Manejo de varias hipótesis.

Es preciso que la acusación maneje, al inicio, varias hipótesis. Cuando un acusador toma un caso, ya desde sus primeros momentos, observará que cuenta con proposiciones fácticas muy concretas que se derivan de la denuncia presentada, de la investigación realizada o del proceso de flagrancia en el cual el personal policial intervino. Esos hechos serán los primeros insumos desde donde partirá su trabajo investigativo y de planificación del caso. Y de esos documentos preliminares (testimoniales, actas de intervención, procedimientos investigativos, material secuestrado, etc.) surgirán diversas proposiciones fácticas que aún no se encuentran acreditadas y que requieren de investigación. Por ello el manejo de varias hipótesis desde el inicio del caso, teniendo en consideración figuras básicas, agravadas y atenuadas o diversas explicaciones sobre un mismo hecho, es lo que le permitirá tener una visión amplia, evitando descartar de manera intuitiva posibles derivaciones del caso.

c. Orden de la investigación.

La circunstancia de que el fiscal maneje varias hipótesis del caso no debe implicar que no tenga un orden metódico en la recolección de la información. Al contrario, el desorden en la recolección de evidencias puede tener costos muy altos en el éxito de la investigación.

La acusación debe preocuparse por saber cuál es la evidencia o el bloque de evidencias prioritarios, sin los cuales el caso no podrá avanzar. Así se debe partir desde los hechos iniciales hacia las versiones más complejas o agravadas, buscando cuáles son los hechos que componen el bloque de información para la versión inicial del caso.

El orden de la investigación suele ser determinante para una adecuada gestión de los casos. Ello se debe a dos razones bien claras: en primer lugar, hay evidencias que no admiten demoras ya que el riesgo de no obtenerlas aumenta considerablemente con el correr de las horas. Así, resulta vital que el levantamiento de rastros se realice al inicio de la investigación, como así también que se respete la cadena de custodia en su conservación, para poder luego eventualmente ingresarlo a juicio sin riesgos de credibilidad. Asimismo, es posible que determinadas evidencias deban ordenarse al inicio, por el riesgo de que la demora pueda

provocar su pérdida. Por ejemplo, un allanamiento en el domicilio de un detenido con drogas no tendría sentido si no se ordena prontamente. Estas circunstancias que pueden parecer evidentes, no lo son en la praxis judicial debido al cúmulo de tareas que pesan sobre las unidades fiscales.

En segundo lugar, es importante no generar un desgaste probatorio en casos que probablemente concluyan con salidas alternativas al proceso o, eventualmente, en un juicio abreviado por una calificación legal menor. Para ello es preciso identificar desde la propia génesis de la investigación, cuál o cuáles son las evidencias que permiten acreditar los hechos y que, de no contarse con ellas, el caso será débil. Un adecuado manejo de la teoría del caso debiera identificar las proposiciones fácticas investigables relevantes y comenzar por su recolección.

d. Decisión estratégica y negociación.

Ligado con lo anterior, el manejo de la teoría del caso debe permitir identificar preliminarmente las debilidades del caso y los riesgos que podría implicar llevarlo a juicio. Esta circunstancia permite a la acusación tomar una decisión estratégica inicial y tenerla en cuenta al momento de sentarse a negociar con la defensa. Las posibilidades de darle al caso una salida rápida, ya sea a través de un juicio abreviado en el cual la acusación prescinda de una agravante o de algún hecho, a través de una mediación o de una suspensión condicional del proceso a prueba, debe ser una de las primeras decisiones del caso.

2.6. Teoría del caso y defensa.

El armado de la teoría del caso de la defensa también presenta determinadas aristas que deben ser individualizadas adecuadamente para un mejor análisis estratégico del caso. Los parámetros a analizar son los siguientes:

a. Posibilidad de anticiparse.

Como clara consecuencia del juego de espejos que opera entre las teorías del caso de las partes, un adecuado manejo de la defensa de su propio caso deberá partir por posicionarse en el rol de la acusación para, desde allí, elaborar su propia estrategia. Lo que queremos

remarcar con esta idea de “espejos” es que en cada punto donde la acusación presente proposiciones fácticas sólidas será un plano donde, seguramente, la defensa presentará cierta debilidad. Plantear que la hipótesis de la defensa debe partir desde el caso de la acusación no implica limitar su capacidad de investigación ni de creatividad. Constituye tan solo un punto de inicio, un sitio desde donde posicionarse para comenzar a construir su propia estrategia. La formulación de la imputación será entonces un punto de partida desde donde analizar el posible peso probatorio del caso de la acusación. Luego, para la construcción de su hipótesis, podrá contar tanto con la versión que su propio asistido haga del caso, como de la información que la acusación ha recolectado en su legajo de pruebas.

En el plano teórico, la defensa debiera partir, al inicio del caso, con cierta ventaja. Ello por cuanto no solo sabrá cuál es la hipótesis de la acusación -la que será materializada en la formulación de los cargos-, sino que contará además, como recién sostuvimos, con la versión del propio imputado¹¹⁷, la que podrá presentar en el momento procesal que le resulte más oportuno.

La defensa también cuenta con la ventaja que proviene de la aplicación práctica de los principios políticos del proceso penal. Así, en primer lugar, pesa sobre la acusación la carga de la prueba, como corolario de la garantía del principio de inocencia. En segundo lugar, la acusación no puede interrogar libremente al imputado, ni hacerlo bajo juramento de decir verdad, por imperio de la garantía que prohíbe declarar contra sí. En tercer lugar, el principio de inocencia exige a la acusación acreditar el hecho, más allá de toda duda favorable, de modo tal que si la hipótesis de la acusación no se acredita corresponderá la absolución. Por último, por imperio de la garantía de defensa en juicio, la acusación tiene la carga de exhibir su legajo con las evidencias recolectadas, mientras que la defensa no tiene obligación de exhibir las suyas, al menos, hasta la etapa intermedia o preparatoria de juicio, donde operará el descubrimiento de la prueba.

Como consecuencia del peso de estos principios, desde el plano teórico –no necesariamente desde el plano fáctico, donde no son pocos los sistemas en que la desigualdad y el mayor peso de la acusación se disfrazan a través de los disímiles medios económicos que se le brinda a la acusación por encima de la defensa- la defensa arranca en una situación

¹¹⁷ Se trata de una fuente de información de extraordinaria importancia que puede posibilitar el hallazgo de sólidos argumentos (Burton, 2015, p. 251).

óptima y con cierta ventaja para la elaboración de una adecuada teoría del caso. Ello se debe básicamente a que cuenta con la versión de los hechos del imputado, mientras que la acusación no cuenta al inicio con esa información. Y de hecho, puede que no cuente con ella hasta el juicio mismo, o nunca la conozca si es que el imputado se niega a declarar.

De modo tal que la defensa tiene cierto poder para hacerlo valer al inicio y tomar una decisión estratégica temprana que lo ubique en un plano óptimo de negociación. Así podrá recolectar evidencias al inicio del caso con los datos que le proporcione el imputado y adecuar su versión de los hechos a aquéllas, como forma de elaborar una adecuada y creíble teoría del caso. Es cierto que esta herramienta no siempre es observada y aprovechada por las defensas públicas y privadas que, acostumbradas al sistema escrito, no en pocos casos se limitan a esperar si el caso avanza hasta la etapa intermedia para comenzar a diagramar su estrategia.

Ahora es cierto que esta ventaja no siempre opera en el plano práctico. De hecho, en los casos que no se inician a través de un proceso de flagrancia es posible que el imputado sea sorprendido con toda la prueba ya reunida. Así en casos de denuncias o investigaciones, es probable que el Ministerio Público Fiscal esté realizando una investigación de larga data sin formalizar cargos, por lo que, cuanto tome conocimiento de ello, partirá con cierta desventaja temporal.

b. Facultades autónomas de investigación.

Un requisito fundamental para que la defensa pueda elaborar una adecuada estrategia parte por reconocer a la defensa facultades autónomas de investigación y la posibilidad de elaborar su propio legajo de investigación, el que no será público para las demás partes. Sin ello, la garantía de igualdad de armas queda solo en el plano discursivo¹¹⁸. Esta circunstancia que resulta tan evidente para cualquier lego en derecho, respecto de que si se pregona la igualdad de armas desde el inicio mismo de la investigación, se debe procurar a la defensa de las potestades económicas y procesales para que puedan armar su propia investigación, es aún resistida en no pocos países y estados de la región. Quienes niegan esta potestad sostienen

¹¹⁸ El derecho a investigar el caso y contar con igualdad de armas en la producción y control de la prueba ha comenzado a tener reconocimiento normativo y constituye uno de los estándares mínimos para construir una defensa penal efectiva (Binder, Cape y Namoradza, 2015, p. 92).

que la defensa no tiene facultades probatorias y que, por ello, no puede recibir testimonios ni usar esas evidencias frente a un juez¹¹⁹. Pareciera ser que parten de una suerte de defensa adhesiva a su contraparte, ya que sostienen que cualquier acto de investigación deben requerírsele a la acusación. Extraña manera de observar y pregonar la igualdad de armas. No permitir a la defensa entrevistarse con los testigos de cargo limita claramente su capacidad de preparar un contraexamen¹²⁰.

La igualdad de armas no se ve salvaguardada con permitir que la defensa peticione a un juez de garantías o un fiscal la realización y confección de pruebas. No se trata de permitir a la defensa producir pruebas sino de permitirle recolectar datos o información que pueda luego utilizar –o no- tanto para litigar en audiencias preliminares como para preparar su caso, del mismo modo que la acusación tiene esas prerrogativas. No se trata de un anticipo probatorio, sino de tener facultades privadas de investigar para luego decidir si se presentan en audiencias preliminares o en juicio cuando el resultado de esas evidencias le resulte favorable. Las facultades autónomas de investigación también son útiles para recolectar evidencias que le permitan negociar con la acusación una eventual salida alternativa al caso.

La utilización de las facultades autónomas de investigación también permite a la defensa trazar diversas estrategias. La defensa, según cómo se presenten sus evidencias, podrá optar por dos caminos. Por un lado podrá, como recién dijimos, exhibir su propia teoría del caso y las evidencias recolectadas para intentar arribar a una solución anticipada del caso, utilizando las técnicas de negociación para ello. Pero también podrá optar por esconder sus cartas, esperar a la audiencia preparatoria de juicio y tomar por sorpresa a la acusación, presentando evidencias de descargo y refutación que la acusación no haya previsto. Nótese que en los sistemas latinoamericanos, a diferencia del sistema procesal penal anglosajón, no

¹¹⁹ Así, la Sala II de la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y Faltas de la Ciudad de Bs. As., sostuvo: “...debe señalarse que el CPPCABA no autoriza a la defensa, como si lo hace con la fiscalía, la posibilidad de citar testigos y recibirles declaración testimonial ni de delegar tal inexistente facultad en la persona de la secretaria de la dependencia. Por el contrario, las disposiciones contenidas en los arts. 96 y 97 del ritual local fijan claramente el rol de la defensa técnica y la necesidad de proponer la realización de diligencias al fiscal...” (Sala II, 8 de julio de 2011, González, Agustín s. art. 149 bis CP, en causa 29.420-00-CC/10).

¹²⁰ Así, inicialmente la Oficina de Asistencia a la Víctima y Testigo del Ministerio Público Fiscal de la CABA, no ha permitido que la defensa se entreviste con las Licenciadas de su Oficina sosteniendo que podrán examinarlas en juicio (nota OFAVyT 37/12, del 9/5/12), confundiendo claramente los planos de investigación y juicio. Claramente la única manera de contraexaminar es tener conocimiento de qué preguntar. Sin una entrevista previa, difícilmente se pueda generar un genuino contradictorio. Esta es una clara muestra de la cultura inquisitiva de interpretar al juicio como un ámbito de búsqueda de información, en vez de recolección de la información ya averiguada.

se permite presentar pruebas de refutación luego de finalizada la audiencia preparatoria de juicio, a menos que se trate de prueba nueva o prueba sobre prueba.

Como vemos, son muchas las estrategias que la defensa puede plantear si cuenta con facultades autónomas de investigación. No parece ser la mejor opción plantear solo una defensa negativa. Tampoco tiene sentido comenzar a trabajar fuertemente el caso en la etapa intermedia, luego de que la fiscalía presente su acusación. Al contrario, la defensa tiene el deber de investigar los hechos para la selección de su propia hipótesis del caso (Moreno, 2012, p. 46).

c. Cómo elaborar la teoría del caso de la defensa.

A diferencia de la acusación, la defensa tiene distintas variables al momento de armar su teoría del caso. Puede partir de una teoría del caso propia, esto es, la explicación de una hipótesis que se distingue de la elaborada por la acusación, o una teoría del caso negativa, que se limita a negar los hechos de la acusación. Ya sea que parta desde una u otra posición, lo cierto es que la defensa requiere de un fuerte trabajo de investigación para escoger cuál es su mejor estrategia, su mejor explicación sobre lo ocurrido desde donde posicionarse¹²¹. Para ello se requiere que la defensa puede distinguir entre los hechos controvertidos o controvertibles de aquéllos que deben asumirse como acreditados –hechos no controvertidos– porque no se podrán modificar. Tal como asienta Vial Campos, la determinación de los hechos que no se pueden cambiar emana de un profundo análisis de los sucesos y circunstancias del caso (2007, p. 47).

Como venimos sosteniendo, no parece ser la mejor opción sostener una negativa absoluta y genérica de la tesis acusatoria. Entendemos que, en líneas generales, la defensa tiene mejores posibilidades que limitarse a negar los hechos sostenidos por la acusación. De hecho, esta postura suele tener costos muy altos en cuanto a la credibilidad e imagen al inicio del juicio. Nótese que, de escogerse una defensa negativa, en los alegatos de apertura - técnicamente el momento procesal en que las partes exhiben al tribunal su teoría del caso,

¹²¹ Como bien afirma Vial Campos, para organizar cualquier actividad de litigación en juicio, se requiere previamente “haber decidido la mejor teoría del caso, la que surge de la investigación, lectura y conocimiento profundo de los antecedentes del proceso, tanto propios como los antecedentes aportados por los otros intervinientes. La teoría del caso guía todas las decisiones y estrategias que el abogado deberá adoptar durante la etapa de investigación y durante el juicio.” (2007, p. 46).

esto es, su explicación de los hechos-, el tribunal solo contará con una versión, ya que la de la defensa, en este caso, se limitará a afirmar que “los hechos sostenidos por la acusación no podrán ser acreditados”. Es más, nos animaríamos a afirmar que, cuando ello ocurre, la teoría del caso de la defensa suele limitarse a una hipótesis de pesca, esto es, que la defensa limitará su actuación a tratar de desacreditar testigos o encontrar irregularidades en el procedimiento que constituyan verdaderas afectaciones a principios constitucionales. Con esto no decimos que esta hipótesis de trabajo no sea válida en algún caso, en el que no se cuente con otro plano de discusión. Más no debiera ser la regla sino, al contrario, una situación puramente excepcional.

Las teorías del caso que no se limitan a un discurso meramente negador de la hipótesis fiscal, pueden adoptar distintas variables (Lorenzo, 2012, p. 147). En primer lugar, puede limitarse a cuestionar la teoría jurídica seleccionada por la acusación. En este caso, estaríamos en presencia de un acuerdo probatorio sobre los hechos y la discusión se limitaría exclusivamente a determinar el derecho o pena aplicable. Por ejemplo podría tratarse de un caso seguido por el delito de usurpación, donde la defensa cuestiona el plano jurídico, porque se trata de un caso en el cual el imputado ingresó con el consentimiento del propietario y luego dejó de abonar alquileres. En ese caso no se cuestionarán los hechos sino el derecho aplicable.

También podrá brindar otra explicación lógica y posible con las mismas proposiciones fácticas acreditadas por la acusación. En este caso estaremos en presencia de un supuesto basado en prueba indiciaria e inferencias que, tal vez, admita otro tipo de explicación. Así, la discusión pasará por determinar la fortaleza de la o las inferencias que pretende construir cada parte y la argumentación sobre esos hechos

En tercer lugar, la defensa podrá discutir la credibilidad de las pruebas. En este caso, deberá trabajar fuertemente en el contraexamen para poder exhibir por qué motivo debe considerarse poco creíble ya sea a los testigos propuestos, o bien al testimonio brindado.

Por último, la defensa podrá elaborar su propia teoría del caso, donde a través de sus propias evidencias propone otra explicación del caso, de modo que contemos con dos teorías del caso que compitan entre sí.

d. En qué momento se elabora la teoría del caso.

Una de las principales diferenciaciones entre la teoría del caso de la acusación y de la defensa radica en que, mientras la primera debe ser elaborada al inicio de la investigación aunque, como dijimos sujeta a modificaciones hasta el momento en que ésta se presenta, la defensa puede mantener oculta su explicación del caso y reelaborarla hasta esa etapa. Asimismo, mientras que por imperio del principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio la acusación debe mantener el soporte fáctico de su teoría del caso y exhibir todas las evidencias desde el inicio del caso (principio de contradictorio e igualdad de armas), la defensa no tiene las mismas exigencias y deberes, pudiendo ocultar sus propias evidencias recolectadas, lo que le permite variar en forma sigilosa y silenciosa el ángulo de observación de su caso (Moreno, 2012, p. 148).

Ahora bien, mientras la defensa mantenga en secreto este cambio de enfoque, la sustitución de la teoría del caso no tendrá ningún costo de credibilidad, aunque claro está, a medida que transcurre el tiempo de la investigación, contará con menor espacio temporal para buscar nuevas proposiciones fácticas y evidencias para sustentarla. Sin embargo, si la variación de la teoría del caso sucede con posterioridad a la presentación del relato del imputado, esta modificación tendrá importantes costos de credibilidad. Es por ello que la decisión de que declare el imputado al momento de la formalización de los cargos tiene enormes costos en el proceso y limita luego el margen de maniobra de la defensa¹²².

La decisión de prestar declaración debe ser profundamente estudiada, ya que la versión que el imputado brinde limitará las posibilidades de construcción de nuestra teoría. Es por ello que resulta fundamental para la defensa, lograr un adecuado ámbito de confianza entre el imputado y su defensor, siendo vital una seria y profesional entrevista previa (Moreno, 2012, p. 66). Claro que esta circunstancia no fue siempre observada de ese modo en la región, y no son pocas veces las veces que no se logra ese vínculo de extrema confianza entre imputado y un defensor oficial por varias razones.

En primer lugar, el ámbito donde se desarrolla esa entrevista suele no ser el ideal. Alcaldías atestadas de detenidos, personal de seguridad cercano, pequeñas oficinas dentro de la fiscalía o del tribunal no parecen ser los mejores escenarios donde el imputado pueda confiar en que su abogado es una persona que respetará el acuerdo de confidencialidad.

¹²² Una alternativa posible radica en introducir una hipótesis defensiva que guíe la investigación, sin necesidad de arriesgar a nuestro cliente con una versión apresurada. El abogado puede ser el vocero de esa posición (Silvestroni, 2011, p. 157)

Sinceramente dudo que si nos pusiéramos en ese lugar nos sentiríamos debidamente confiados como para brindar toda la información al defensor.

En segundo lugar, la ubicación de la sede de la defensoría, en algunas oportunidades, atenta contra la posibilidad de generar un ambiente propicio para fortalecer la relación. No son pocos los ejemplos donde la defensa se ubica en un espacio físico cercano al de la acusación, circunstancia que claramente pudiera provocar suspicacias en el acusado. Es más aún, esta circunstancia es tan patente en la Justicia Nacional en la Argentina, donde aún opera el sistema inquisitivo morigerado, que, dentro de la sede de los Tribunales Orales, es posible encontrar pequeñas oficinas donde funciona el Ministerio Público Fiscal y la defensa. Y me atrevo a afirmar que esta fijación de espacios como política arquitectónica guarda estrecha relación con el concepto de verdad imperante en el modelo anterior, donde todas las partes debían tender a su búsqueda (Tedesco, 2007).

En tercer lugar, el cambio o sustitución de defensores también puede atentar contra la creación de ese espacio de confianza. Nótese que en la Justicia Nacional y Federal un imputado puede variar de defensor en forma reiterada (defensores de instrucción, de juicio, de recursos ante la casación, etc.).

Por último, el ejercicio de la entrevista entre defensor e imputado no debe ser observado como un acto meramente formal y rutinario, Exige de parte del defensor un estudio previo y meticuloso del caso para poder dar su consejo profesional. Si ello no se cumple, difícilmente el imputado pueda tener confianza a un consejo profesional carente de información precisa sobre el caso (Harfuch y García, 2016, p. 53).

Para evitar estas circunstancias y permitir una mayor confianza entre imputado y defensor, es preciso construir un espacio propicio para la entrevista, mantener un diálogo abierto y con un lenguaje sencillo y claro. El lenguaje es un aspecto que los abogados debemos trabajar fuertemente para poder comunicar mensajes por fuera del espacio judicial. Es importante en esa entrevista que el imputado nos pueda relatar los hechos, las evidencias que puede contar y poder sentar las bases para una efectiva investigación autónoma. Para ello es vital que el imputado, antes que nada, comprenda el sentido del secreto profesional y la importancia de obtener una ventaja con respecto a la acusación, sustentada en que el fiscal no tendrá la información que el imputado proporcione a la defensa. También resulta vital que el defensor pueda conocer el lugar del hecho para poder trazar de manera más sólida y prolija

los hechos del caso. Toda esa información será relevante para el armado adecuado de una teoría del hecho.

Por último es vital que a través de esa entrevista y de los demás datos con que cuente la defensa, se elabore una teoría del caso lo antes posible, para poder tener un tiempo mayor para recolectar evidencias y armar las proposiciones fácticas que nos permitan ganar el caso.

SEGUNDA PARTE.

LOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO.

Capítulo 3.

Cómo se construye la teoría del caso.

3.1. Componentes.

Hasta aquí hemos concluido en la importancia de construir, tanto desde el rol de acusador como del defensor, nuestra hipótesis sobre lo ocurrido, para poder anticiparnos a las debilidades que puedan aparecer, proyectar nuestro caso y litigarlo de un modo profesional. Sin embargo, aún no hemos desarrollado ni explicado construirla.

Cuando actuamos como acusador –ya sea público o privado- o asumimos la defensa de un caso, con lo primero que nos encontramos es con un conjunto de versiones -algunas coincidentes, total o parcialmente entre sí, otras diametralmente opuestas-, que se derivan de diversas evidencias agregadas al legajo fiscal de investigación, ya sean entrevistas a testigos, peritos, documentos, o bien prueba material recolectada. Algunas de esas evidencias podrán resultar prueba directa de un hecho. Otras, meramente indicios (por ejemplo, que un testigo declare que vio al imputado con un cuchillo en sus manos puede resultar un indicio sobre su autoría en un homicidio, cuya mayor o menor peso inferencial dependerá del resto de las evidencias del caso). También contaremos con otro tipo de evidencias. Evidencias de afirmación sobre hechos, de refutación sobre una hipótesis, de concepto sobre el imputado, etc. Por de pronto, tenemos que tener presente que de toda prueba, por ejemplo de un testimonio, surge una innumerable cantidad de hechos que será preciso desmenuzar para seleccionar qué parte de ese relato es relevante para la hipótesis que pretendemos construir. Enfrentarnos a esta situación sin una guía analítica, sin un método serio y minucioso de análisis, hará que nuestro trabajo como abogado se complejice demasiado. Esta circunstancia, presente en todo litigio, nos marca dos puntos iniciales bien claros.

El primero es que si estamos en un juicio oral es porque existen puntos en discrepancia entre las dos hipótesis en conflicto (la de la acusación y la de la defensa). Es necesario que

las partes las identifiquen claramente porque sólo sobre ellas se presentará la batalla argumentativa, el litigio, y queremos que nuestras evidencias giren en torno a esos puntos, sin deambular por un mar de nimiedades e irrelevancias. Sobre el resto de los hechos las partes podrán presentar acuerdos probatorios (por ejemplo, ningún sentido tendría citar a juicio al médico legista que revisó al imputado para acreditar su lucidez al momento de su detención, si este punto no está controvertido). Difícilmente haya un caso que llegue a juicio oral en el que no exista, al menos, algún punto débil para debatir. Es más, me animaría a afirmar que siempre hay dos o tres puntos débiles en cada caso, donde se puede trazar una posible defensa. Es lo que llamamos punto de inclinación del caso (Moreno, 2012, p. 72); reconocerlos y presentar el litigio allí es una de las principales habilidades que requiere todo abogado. Y siempre, en el peor de los escenarios para la defensa, quedará la discusión netamente jurídica en cuanto al alcance de la figura legal, o sobre el quantum de la pena, aspecto que quizás se mantenga aún como el de mayor arbitrariedad en el sistema penal, donde es tan común como hipócrita el uso de clichés para (no) justificar el monto de prisión a aplicar¹²³. Si Ud. no encontró puntos débiles en el caso, y está representando a la defensa, debiera al menos preguntarse qué está haciendo en una sala de audiencias donde no tiene en claro qué planos piensa controvertir.

El segundo punto tiene que ver con la concepción del juicio en el sistema adversarial y la necesidad de presentar una narración persuasiva de su historia. Un caso penal, como recién sostuvimos, está conformado por un conjunto de versiones que se derivan de la prueba. Algunas son contrapuestas entre sí, otras coincidentes en partes. Tal como se afirma, “lo máximo que tenemos es un conjunto de versiones en competencia, heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles” (Baytelman y Duce, 2004, p. 78). Valiéndonos de estas versiones cada parte debe armar su propio rompecabezas para construir lo que sostendrá que ha sucedido, para conformar una teoría del caso que sea creíble y autosuficiente como para obtener el resultado que esperamos en un juicio oral. Esta tarea no es sencilla, ya que requiere brindar una explicación satisfactoria no solo sobre las pruebas favorables, sino también encontrar una justificación sólida a las versiones que no son contestes con nuestra hipótesis. Por ello sostuvimos que una de las características de nuestra teoría del caso es que debe ser

¹²³ Un buen intento para buscar un límite puede observarse en la postura de Garibaldi, quien fija una regla de máximo alcance para cada agravante y atenuante en la determinación de la pena. (2003, p. 94 y sigs.).

contemplativa de todas las evidencias -favorables y desfavorables-. Para lograrlo se requiere de una actividad profundamente profesional y estratégica.

Es precisamente por ello que los autores que trabajan sobre destrezas de litigación suelen ser coincidentes en sostener que el trabajo de un abogado, en un juicio oral, es el de narrar y persuadir¹²⁴. Narrar una historia previamente definida y persuadir al tribunal sobre su verosimilitud, a través de la prueba desarrollada en juicio, constituye el aspecto central de la actividad de todo abogado. Esa es una de las principales razones por la que el concepto de juicio varía drásticamente desde el modelo inquisitivo morigerado al adversarial, en el cual el juicio es observado como una actividad profundamente estratégica donde cada decisión del litigante debe estar previamente estudiada y medida.

El concepto de prueba, coincidente con ello y tal como lo sostuvimos al inicio de este trabajo, también dio un giro de ciento ochenta grados. Solo se considera prueba lo que ingresa a través de la oralidad al juicio, perdiendo todo peso probatorio las actas labradas durante la investigación penal preparatoria¹²⁵. Ya no va a haber un control meramente formal sobre la prueba que ingresa a juicio, sino que habrá un juicio de admisibilidad apoyado en la pertinencia y relevancia de cada medio probatorio, que será debatido fuertemente en la audiencia preparatoria de juicio. Detrás de los conceptos de pertinencia y relevancia probatoria existen tres grandes ideas:

¹²⁴ Así, Mauet, explica la importancia de trabajar bajo técnicas utilizadas para el “storytelling”. Como bien señala una buena historia en juicio requiere de organizar, humanizar y dramatizar en una estructura narrativa (2002, p. 26 y sigs.). En igual sentido, Fontanet Maldonado (2010, p. 15) y Goldberg (1994, p. 15).

¹²⁵ Esta circunstancia no parece ser la regla en los procedimientos inquisitivos morigerados en los que a pesar que el principio es la oralidad y que la prueba debe reunirse en juicio, las excepciones parecen torcer claramente la regla. Así mientras que en el CPPN el art. 363 fija el principio de la oralidad (“El debate será oral y público”), al regularse las excepciones a aquel principio, en torno a la posibilidad de incorporar testimonios practicados durante la instrucción, parece ser demasiado amplia para no vulnerarlo. Así se admite en los siguientes supuestos: “1) Cuando el Ministerio Fiscal y las partes hubieran prestado su conformidad o la presten cuando no se comparezca el testigo cuya citación se ordenó; 2) cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuera necesario ayudar la memoria del testigo; 3) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar; y 4) Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad con lo dispuesto en los arts. 357 o 386”. Al contrario, en los procesos adversariales, la excepción a la oralidad es bien reducida, admitiéndose únicamente cuando la prueba presente un índice de confiabilidad muy grande (conf. reglas de evidencia federales del sistema penal de Estados Unidos 803 y 804). En versión latinoamericana adversarial, por citar un ejemplo, el Código Procesal Penal de la Prov. de Chubut, Argentina, establece que se puede incorporar por lectura la prueba que represente un anticipo jurisdiccional y, con respecto a los testigos, no admite otro tipo de excepción, dictando expresamente que: “Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor” (art. 314 último párrafo).

- a. solo ingresa la información pertinente que pueda ser controvertida en juicio (contradictorio);
- b. que sea confiable y no prejuiciosa; y
- c. que no afecte valores considerados más valiosos que el descubrimiento de la verdad en juicio.

Si se infringe alguno de los tres supuestos, entonces la prueba no podrá ingresar al juicio, tal como veremos más adelante en el capítulo respectivo.

Pero no solo el juicio de admisibilidad va a sufrir una fuerte modificación. La forma de ejecutar la prueba también va a ser sustancialmente diferente. La vieja idea de que el testigo primero declara todo lo que sabe y luego es interrogado por el tribunal y las partes¹²⁶, es desechada de plano porque responde a un concepto de verdad única, en el que tanto las partes como el juez estaban comprometidos con su búsqueda, a la que debían arribar sin importar los costos de imparcialidad en el juzgador¹²⁷. Al contrario, el sistema adversarial al reconocer que no podemos volver al pasado (nos acercamos a través de la prueba y de los relatos que los testigos nos proporcionan, aunque con todas las debilidades que surgen de una narración que, necesariamente, va a estar plagada de subjetividades y de formas de comprensión de los hechos que pueden diferir con las nuestras), sino que a lo sumo podemos elaborar una historia en base a las distintas evidencias con que contamos, parte desde una visión de la verdad procesal que necesariamente requiere ser construida¹²⁸.

Cada prueba no puede ser analizada en forma independiente, autosuficiente y autónoma, sino que debemos utilizarla al servicio de nuestro relato para intentar acreditar nuestra hipótesis en juicio. De allí que el análisis de la prueba sea complejo, compuesto y no

¹²⁶ En esa línea el Código Procesal Penal Nación aplicable para los delitos federales en Argentina establece lo siguiente: "...En primer término, el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate, y después, si fuere necesario, se lo interrogará..." (art. 118).

¹²⁷ El modelo inquisitivo adolece de muchas debilidades al "intentar" arribar a la verdad. Tal como sostuvimos *ut supra*, no es la mejor opción la de un tribunal entrometido en la producción de prueba, sino que cuanto más alejado esté de la construcción de las hipótesis en pugna, mejor ubicado estará para concluir cuál de ellas debe tomarse por cierta. Asimismo, también resulta ser un mecanismo probatorio muy confuso. Dejar que cada prueba se desarrolle sin controlarla y sin que esté al servicio de una parte o hipótesis provoca declaraciones tan excesivas en su duración como irrelevantes en su contenido, haciendo tedioso el trabajo del juez de juicio que se ve perdido en interminables relatos.

¹²⁸ Así, Guzmán afirma que el contradictorio es, además de una garantía, el método más conveniente para el conocimiento de la verdad correspondencia. Así afirma que "la única verdad a la que podemos aspirar es una verdad aproximativa, nunca absoluta, pero que ello no impide sostener que en el proceso penal pueda (y deba) aspirarse a una verdad como correspondencia respecto de los hechos que constituyen el objeto de la acusación y, luego, de la condena" (2006, p. 150).

individual. Cada prueba nos dará una porción de nuestro relato que nos guiará para conformar nuestra explicación del caso. El litigante que se ve sorprendido en juicio con el contenido de una prueba, seguramente se debe a un mal análisis realizado al momento de presentar sus propias evidencias, ya sea porque ofreció evidencias que no requería (sobreevaluación de pruebas), o porque no tuvo en cuenta la necesidad de otras evidencias útiles para probar parte de nuestro relato (infraevaluación de pruebas).

Para la construcción del relato que presentaremos en juicio es preciso tener una mirada estratégica de modo de poder seleccionar, del conjunto de versiones que surgen de la prueba, cuál es nuestra historia y el mejor ángulo para contarla. Al principio parece una tarea titánica. En cada caso se conjugan una enorme cantidad de hechos y relatos que se derivan de la prueba, y un conjunto de reglas jurídicas que van desde la validez procedimental de las actuaciones, la forma de adquirir información hasta las reglas dogmáticas del delito. Para una mayor claridad sobre el caso, la teoría del caso va a dividir su análisis en tres grandes dimensiones (dimensión de los hechos, del derecho y de la prueba).

Por un lado el plano jurídico, que está conformado por el derecho aplicable, incluyendo toda la normativa legal, ya sea de rango constitucional o infra constitucional. En este plano es preciso verificar no solo todas las categorías jurídicas del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad), sino también las reglas procesales, que pudieran afectar la validez de una prueba o la forma de incorporar, producir y valorar la información.

Desde la teoría jurídica, el acusador –público o privado- deberá acreditar cada uno de los elementos que componen la figura legal por la cual se presenta una acusación. Mientras que a la defensa, le alcanzará con poder desacreditar tan solo uno de ellos para poder ganar el caso.

Cada uno de esos elementos jurídicos (ya sea que provengan de la tipicidad, o de otra categoría jurídica del delito) debe ser acreditado a través de hechos o proposiciones fácticas que se derivan de la prueba. Así, el plano fáctico resulta ser la segunda dimensión de la teoría del caso (teoría fáctica). Es preciso reconocer que la prueba se compone de hechos que se derivan de cada medio probatorio. Así, de una declaración testimonial se extrae una serie de hechos que el testigo expone a través de las reglas del examen y del contraexamen. Del mismo modo, de una prueba material (por ejemplo, un cuchillo secuestrado) también es

posible extraer, a través de los testigos o de la simple observación, otros hechos o proposiciones fácticas. El litigante debe poder precisar de todo el relato que surge de un medio de prueba, qué porciones son relevantes y suficientes para acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica.

Esas proposiciones fácticas se derivan de la prueba (teoría probatoria). No de cualquier prueba, sino de aquella que, habiendo sido ofrecida por las partes en la audiencia preparatoria de juicio y admitida por el Tribunal, es presentada en juicio a través de las reglas de producción y control de la información. De allí que cada litigante debe reconocer de qué medio de prueba obtendrá las proposiciones fácticas que le permiten acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica.

Como observará el lector, se tratan de tres dimensiones (el mundo jurídico, el mundo fáctico y el mundo probatorio) inter-relacionadas entre sí, que facilitan el estudio del caso y la toma de decisiones para poder trazar una historia que intentaremos probar en juicio. Mientras que el acusador debe acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica con una o más proposiciones fácticas sólidas, basadas en prueba admisible y confiable, a la defensa le bastará con desacreditar tan solo uno de los elementos de la teoría jurídica (por ejemplo, no está acreditada la autoría, la acción típica, el dolo, etc.). La teoría del caso en un hecho calificado como robo simple (art. 164 del Código Penal) queda, entonces, graficada en el siguiente cuadro.

Teoría Jurídica	Proposiciones fácticas	Prueba
Acción típica (apoderarse)	Proposición fáctica1 Proposición Fáctica 2	Testimonial de... Elemento secuestrado
Cosa Mueble Ajena	Proposición Fáctica 3 Proposición Fáctica 4	Testimonial de ... Vista fotográfica Documental ...
Fuerza física o violencia moral	Proposición Fáctica 1 Proposición Fáctica 5	Prueba pericial de ...
Dolo		Testimonial de
Autoría		Testimonial de Imagen de video

3.2. La narración de los hechos.

a. La construcción provisoria del relato.

El primer paso para elaborar una adecuada teoría del caso y analizar las evidencias con que contamos al inicio de una investigación y cuáles requeriremos luego, consiste en partir desde los hechos hacia el derecho. A pesar de ser una verdad de Perogrullo es muy frecuente que los litigantes, aún no acostumbrados al análisis estratégico del caso, suelen confundir ambos planos y describir en el relato de los hechos, al formalizar cargos, apreciaciones puramente jurídicas o normativas que se ven mezclados con los verdaderos hechos del caso. Esta circunstancia, amén de que pueda provocar una afectación al principio de defensa en juicio -ya que si los hechos no están claros la defensa no podrá confrontar la acusación fiscal-¹²⁹, limitará nuestra capacidad de percepción del caso y, por ende, nuestras posibilidades de anticiparnos a nuestros puntos débiles.

La primera descripción que hagamos sobre los hechos será puramente preliminar y tendrá como objetivo central orientar nuestros recursos. Nos permitirá decidir si requerimos una mayor investigación del caso, presentar cargos ante un Juez, buscar una salida alterna (acuerdos reparatorios o suspensión condicional del procedimiento a prueba), un procedimiento especial (juicio abreviado) o, en su caso, proceder al archivo de las actuaciones.

Posiblemente el primer contacto que tenga un fiscal con el caso esté dado por la entrevista con la víctima a través de la recepción de su denuncia, con la lectura de un parte policial o al evacuar una consulta de primera intervención. Por su lado, el primer contacto que tendrá la defensa con el caso vendrá dado por la lectura del mismo legajo que recibe el

¹²⁹ Maier afirma que “Cuando se trata de hacer conocer la imputación, el acto por el cual se lo intima debe reunir las mismas calidades que advirtiéramos para aquélla; debe consistir, así, en la noticia íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del “nomen iuris” del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen concretamente la acción u omisión atribuida, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado (por ej. se apoderó de una cosa mueble ajena); de la misma manera, no se observa la exigencia (íntegra o completa) si resultan omitidas circunstancias o elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación” (1996, p. 560). Otros autores siguen esa misma línea (Vélez Mariconde, 1986, p. 222).

fiscal, sumado a la entrevista personal con su asistido. Ese primer contacto es vital para comenzar a elaborar, de manera preliminar, los hechos del caso.

A través de ese primer contacto, sumado a la lectura de las actuaciones preliminares del caso, el abogado debe comenzar a preparar su hipótesis verificando si una determinada conducta –sobre la que, eventualmente, se formulará una imputación- se adecua a un tipo penal, y si cuenta con proposiciones fácticas o hechos que permitan acreditar, de manera sólida, cada uno de los elementos del tipo penal, basados en prueba pertinente, admisible y creíble.

La descripción inicial de esa conducta tiene una importancia singular y repercute en dos grandes planos: el plano de las garantías y el plano de la investigación. Desde el primer enfoque, la imputación debe ser lo suficientemente precisa y clara. Si la imputación no reúne los requisitos de completividad y claridad, no permitirá una defensa penal efectiva, provocando la afectación al principio de defensa en juicio. Desde el segundo, se requiere de detalles bien precisos, que nos permitan direccionar luego la actividad investigativa, sin dejar espacios no cubiertos del relato.

Esa primera descripción fáctica de la imputación, que luego pasará por el filtro de la teoría jurídica, no se encuentra completamente separada del derecho. La decisión de un fiscal, por ejemplo, de acusar a un individuo por haber dado muerte a una persona, y no acusarlo por cualquier acto cotidiano de la vida, marca que la selección de los hechos, por más primaria que resulte, siempre tiene un marco conceptual jurídico. Ello es así precisamente porque tal como lo afirma Taruffo, la selección de una historia, compuesta de hechos no está encaminada a

“satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos; esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso en concreto” (2011, p. 90).

Siendo así, se comprende bien la importancia del hecho provisorio sobre el cual la acusación y la defensa deben comenzar a trabajar para comprender sus implicancias jurídicas. Como se observa, “se intuye fácilmente que no se puede hablar del hecho separándolo completamente del derecho u olvidando sus implicancias jurídicas” (Taruffo, 2011, p. 91). Pero no por eso debemos caer en el error de sustituir los hechos en la imputación por conceptos jurídicos y abstractos que en nada definen la conducta realizada.

La descripción fáctica de los hechos no resulta ser una tarea sencilla por dos razones. Por un lado, no existe una descripción objetiva, única y aceptable universalmente¹³⁰ que pudiera echar luz sobre la materia. Se requiere de la observación de cada imputación y verificar en ellas si la presentación de los hechos es lo suficientemente clara para permitir una adecuada defensa en juicio. Precisamente el carácter eminentemente infinito de descripciones posibles de hechos o conductas nos persuade de la necesidad de construir un saber práctico para concretar cada imputación. Lo relevante será, pues, verificar que la imputación fáctica de la conducta que se pretende subsumir en un tipo penal, contenga cada uno de los hechos que una decisión judicial debe incluir en la norma penal. En definitiva, existe una profunda vinculación entre el hecho contenido en la acusación y el pragma del tipo penal seleccionado.

Por otro lado, la segunda dificultad radica en la enorme complejidad de determinados tipos penales y en la vaguedad del lenguaje y sus significados. Existen figuras penales muy complejas que exigen una mayor elaboración en la descripción de una conducta. Así, por citar un ejemplo de una figura penal que reviste cierta complejidad, el delito de estafa requiere de tres elementos típicos: el ardid o engaño provocado por el autor, el error en que incurre la víctima como consecuencia directa de ese ardid, y la disposición patrimonial que ésta realiza voluntariamente a un tercero, a causa de ese error. Y como ese delito, también existen figuras complejas como los delitos ambientales, económicos, etc. Estas figuras penales exigen, al momento de realizar una imputación concreta, una descripción bien clara y minuciosa de los hechos que componen cada uno de los elementos del tipo. Por el contrario, otras figuras más simples como el hurto, no requerirán de un detalle tan específico de los hechos, por cuanto el tipo penal en danza no tiene tantos elementos, ni presenta mayores complejidades.

La descripción del hecho se dificulta aún más cuando el caso no solo presenta una figura penal compleja con varios elementos del tipo, sino también cuando se pretende imputar una coautoría funcional o paralela, un delito de omisión, determinar un nexo normativo -a través de la teoría de la imputación objetiva entre una conducta y un resultado, en espacios

¹³⁰ Señala Taruffo lo siguiente: “La idea de sentido común según la cual de todo hecho existe una descripción objetiva y apropiada parece, pues, evidentemente inaceptable, no sobre la base de aproximaciones subjetivistas, sino porque los niveles de análisis de la misma situación pueden ser muy distintos (en teoría, ilimitadamente). Sobre esta base teórica se sitúa la praxis, en la que según las circunstancias y las necesidades se usan descripciones dotadas de niveles de precisión extremadamente distintos y, a menudo, de forma que no pueden ser ni siquiera comparados entre sí” (2011, p. 94).

de división de competencias-, etc. Como se verá la descripción inicial de la conducta enrostrada no es una tarea sencilla y requiere de mucha atención desde su primera formulación.

b. Lo jurídico no forma parte de los hechos.

Más allá de la innegable existencia de una estrecha vinculación entre el plano de los hechos y el plano del derecho, en el sentido que la formulación de una imputación requiere de un correlato de los hechos con una norma prohibitiva, no se debe caer en el error de transpolar los elementos del tipo al plano de los hechos.

Es muy frecuente observar, tanto en los cursos de litigación como en la práctica forense, cómo los abogados al presentar una imputación lo hacen utilizando los propios términos del tipo penal. Así, es frecuente escuchar en la acusación que “le hurtó una suma de dinero”, “se apoderó ilegítimamente de su celular”, “lo estafó a través de un ardid que indujo en error a la víctima, a raíz de lo cual dispuso de su patrimonio”, o frases similares. Este tipo de descripción de los hechos es incorrecto y puede afectar gravemente la defensa en juicio, ya que no hay una descripción genuina de la conducta. No se trata de realizar un análisis gramatical, ni de la corrección de reglas de semántica y sintaxis, sino de respetar la principal garantía sobre la que se estructuran todos los límites al poder punitivo, tanto provenientes del derecho penal, como del derecho procesal penal, esto es, la garantía del hecho.

Binder define la idea del hecho como un pivote o piedra angular sobre el cual gira el sistema de garantías (2012, p. 225). Así, señala el autor lo siguiente:

“El concepto técnico de hecho es la expresión concreta del principio de exterioridad, según el cual solo son punibles los actos exteriores del ser humano; no sus ideas, no su forma de ser, no su biografía sino un hecho concreto constatable en el decurso del proceso social. Es evidente que la función de la verdad en el proceso penal es inescindible de la idea de hecho ya que verdad, es verdad sobre un hecho, sobre un acontecimiento que luego se transforma en proposiciones fácticas y por lo tanto susceptibles de verificación” (2012, p. 224).

Es, precisamente, sobre el hecho donde se edifica el resto de las garantías del sistema penal. Cuando la Constitución Nacional establece en su artículo 18 que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, como el resto de las Constituciones de los países de la región lo hacen en modo similar, no solo están exigiendo la garantía del juicio previo, sino que hablan inicialmente de

un hecho, el que claro está, debe ser identificado de manera clara precisa y circunstanciada para permitir una defensa material efectiva.

Si minimizamos esta garantía, si describimos el hecho de manera deficiente, si no lo registramos de manera genuina en la acusación, sustituyendo dicha tarea por una mera transcripción de las palabras que están en la norma penal, no estamos cumpliendo la función de detallar cuál es el hecho por el cual se acusa a un imputado y se pretende imponer una pena. Si los acusadores al formular cargos se limitan a transcribir el parte policial –que tiene otra función muy distinta a una imputación¹³¹–, o a detallar los dichos de la víctima que surgen de su denuncia –que también tienen otra función, en este caso, narrar su versión de lo ocurrido desde su perspectiva, pero no sobre lo que hizo o dejó de hacer el imputado–, estamos construyendo mal las bases –garantía del hecho– sobre las que emergen el resto de las garantías penales en un estado de derecho. Así, todas las garantías comenzarán de desmoronarse como un castillo de naipes. Qué puedo controvertir si no conozco el hecho, qué pruebas voy a poder realizar si no tengo claro cuál es la imputación, cómo un juez va a valorar la pertinencia y relevancia de una prueba si no está individualizada la conducta imputada, qué sentido tendría exigir un juicio oral y público si no entiendo de qué soy juzgado.

Y es sobre los hechos contenidos en la acusación donde se materializa la prueba tendiente a acreditarlos. Desde la visión de Taruffo, el hecho es el objeto de la prueba¹³². Y toda la discusión sobre admisibilidad de prueba en la audiencia preparatoria de juicio se centrará en qué hecho se pretende acreditar con cada medio de prueba (juicio de admisión). Y la decisión judicial determinará si esas pruebas fueron suficientes para acreditar el hecho –o los hechos– contenidos en la acusación (juicio de decisión). Si el relato de los hechos sufre de imprecisiones, mutaciones o de conceptos jurídicos que nada definen sobre la conducta exteriorizada por el imputado, todas las garantías consagradas en base a la imputación por un hecho se derrumban y pierden efectividad.

¹³¹ El parte policial no es otra cosa que una suerte de resumen de los antecedentes del caso. Su utilidad radica en que permite tener una visión rápida del asunto, pero resulta inaceptable reproducir dicho documento como una suerte de imputación.

¹³² Dice el citado autor lo siguiente: “La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el objeto de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que es probado en el proceso” (Taruffo, 2011, p. 89)

Veamos un ejemplo concreto sobre el relato de un hecho con apreciaciones jurídicas, propio de los sistemas mixtos: “El día 23-4-17 el señor Valentino ingresó mediante la fuerza, al domicilio de Lucía, sito en San Martín 1324, Piso 5to de esta Ciudad, rompiendo la puerta de ingreso y, valiéndose de un arma, la amenazó de muerte, para luego lesionarle el rostro y robarle los efectos detallados en el acta de detención, momento en el que fue detenido por el personal policial que recorría la zona en el móvil 227, ya que el testigo Manuel refirió ver al imputado correr con un cuchillo entre sus manos.”

Este relato de los hechos no solo afecta gravemente la defensa en juicio, al no permitir un genuino contradictorio sobre los planos no descriptos en la acusación. También es muy posible que pueda traer a la acusación serios problemas probatorios que podrían ser identificados en forma tardía. Del relato del hecho surgen varios interrogantes:

- ¿Cómo ingresó el autor?
- ¿A qué hora ingresó?
- ¿Qué fuerza empleó?
- ¿Se valió de algún medio contundente?
- ¿Qué arma utilizó para amenazar?
- ¿Arma blanca, de fuego, de uso civil o de guerra?
- ¿Cómo la amenazó?
- ¿Qué le dijo concretamente?
- ¿En qué contexto se lo dijo?
- ¿Cómo la lastimó en su rostro?
- ¿Con qué elemento?
- ¿Qué tipo de lesión le provocó?
- ¿Qué quiere decir con robarle?
- ¿Desplegó una fuerza adicional?
- ¿Fue posterior o inmediato?
- ¿Qué le sacó?

Y así podríamos seguir con varios cuestionamientos sobre hechos que no quedan del todo claros en la imputación. Al formularnos todas estas preguntas, nos damos cuenta que el relato del suceso, que puede surgir preliminarmente del parte policial o del acta de denuncia, adolece de una infinidad de detalles que hacen al hecho y a la propia investigación.

Posiblemente también, brinda información irrelevante que, un acusador descuidado, pudiera llegar a incluir en la acusación, como así también incluye en la descripción del hecho el detalle de algunos medios de prueba que no deberían estar incluidos allí.

Si la acusación –pública o privada- partiera desde ese relato, seguramente tendrá serios problemas cuando pretenda trazar su propia teoría del caso y probar su hipótesis acusatoria. La audiencia preparatoria de juicio no es el momento oportuno para verificar con que prueba contamos. Como sostuvimos, si el objeto de la prueba son los hechos contenidos en las hipótesis que las partes presentarán en juicio, y esa hipótesis está construida en forma irregular, corremos un serio riesgo de no poder constatar cuál es la prueba que necesitaremos. Como vemos en este caso, una mala descripción fáctica pudiera llegar a traer aparejados inconvenientes al intentar acreditar determinados hechos tales como: la existencia de un daño en la puerta de ingreso (mediante una pericia), si el imputado tenía o no autorización para portar armas –suponiendo que sea de fuego- (informe del Registro Nacional de Armas), si el arma de fuego era o no apta para el disparo (pericia balística), qué tipo de lesiones presentaba la víctima (pericia médica), etc. Estas faltantes provocarán, seguramente, en un eventual juicio oral, la absolución del imputado. Sostener que una persona amenazó a otra no es suficiente para tener por probado un hecho, por más que sean tres testigos los que declaren ello, precisamente porque “amenazar”¹³³ no es un hecho en sí, sino tan solo una calificación normativa. El hecho concreto será decir a otro “te voy a matar” o alguna frase similar o una actividad que suponga inequívocamente ello. Por otro lado, se requiere también poder precisar en qué consistió la amenaza, cuál era la actitud del autor, o cómo era el arma para poder cotejar que todos los testigos tengan una versión conteste para poder acreditar tales extremos.

En síntesis, una primera conclusión para la descripción adecuada del hecho consiste en tener presente el plano jurídico, a los efectos de que la descripción de los hechos que conforma la acusación encuentre un encuadre legal. Sin embargo esa descripción no debe caer en una transcripción de los elementos del tipo penal escogido en la imputación.

Las preguntas que nos formulamos en ese caso hipotético deben tener una respuesta unívoca para poder formular una imputación de manera precisa.

¹³³ Tan claro es ello que si uno revisa el significado de amenazar advertirá que es “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien” (conf. diccionario de la Real Academia Española en www.rae.es). El punto es con qué acto o palabra se logró tal fin.

c. Respondiendo a las preguntas clave.

A pesar de que no existe un único modo correcto de proceder a la descripción de una imputación, si existe una metodología adecuada para tal actividad.

En primer lugar, se debe tener presente que el relato de los hechos contenidos en la acusación debe ser sencillo y coloquial; y aun en caso de delitos complejos, lo más simple que podamos realizarlo. Se trata de brindar a la defensa la posibilidad de comprender qué conducta se le enrostra y cuál fue su consecuencia –para el caso de delitos de resultado-. Desde la perspectiva de los jueces –legos o profesionales- una descripción clara y sencilla permitirá una fácil comprensión. Para ello, un litigante debe preguntarse si la descripción es clara y sencilla. Debemos recordar que, precisamente, lo que diferencia al rol del juez del resto de las partes es que éste no busca la verdad, sino que se la exige al acusador más allá de toda duda razonable, en cada uno de los planos que componen la acusación (Binder, 2012, p. 222). De allí la necesidad de una descripción clara y certera de los hechos.

En segundo lugar, el relato de los hechos debe ser circunstanciado y cronológico. Se trata de incluir en la descripción inicial todas las conductas imputadas al autor, detallando de manera clara y asertiva todo lo por él realizado que tenga consecuencias jurídicas (Moreno, 2012, p. 55). De ese modo observaremos que nos resultará más sencillo separar los hechos contenidos en el parte policial que no deben formar parte de la acusación.

En tercer lugar es preciso que la hipótesis del caso que pretendemos que el tribunal dé por acreditado, sea minuciosa, aunque sin abundar en detalles innecesarios. Por ejemplo, no se trata de describir que: “el acusado tomo el cuchillo, y luego de bajar su mirada, elevar sus cejas y sonreír de costado...”. No se trata de llenar la historia con datos absolutamente irrelevantes y que generarán un efecto distractivo, sino de incluir una forma de relato que permita al imputado y al juez comprender la acusación.

Se trata de evitar que la descripción de nuestra historia pueda tener varios sentidos posibles. Así, como veíamos en el caso que describimos en el capítulo anterior que quedaban muchas preguntas sin responder, debemos procurar que nuestra historia sea minuciosa y completa. Se debe evitar que luego el tribunal, al no tener una visión nítida de nuestros hechos, utilice su imaginación para completar la historia, lo que tendrá altos costos si la imaginación del tribunal no se condice con los hechos del caso. El narrador debe

convertirse en una suerte de director de cine que provoque que los hechos no tengan más que una única interpretación posible¹³⁴.

En cuarto lugar, y como un resumen de lo dicho anteriormente, la formulación de los hechos debe ser capaz de responder a las siguientes preguntas:

¿Cuándo?

¿Dónde?

¿Quién?

¿Qué hizo?

¿Cómo lo hizo?

¿Por qué lo hizo?

Este formato de preguntas, utilizado en el mundo anglosajón para narrar una historia, permite presentar una acusación de manera clara, precisa y ordenada.

En quinto lugar es importante no confundir los hechos del caso con las calificaciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas son normas, abstractas y genéricas que fijan mandatos de hacer o no hacer en una sociedad, que en caso de infringir esos deberes, esa conducta está conminada con una pena (Welzel, 1993, p. 59). Por dar un ejemplo, el tipo penal de robo (apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia sobre las personas) nada dice sobre la conducta que desplegó el imputado en un caso en concreto. Nos marca de manera clara un mandato de no hacer (no debes tomar una cosa ajena de manera ilegítimamente) y nos amenaza con la aplicación eventual de una pena (siempre que no haya otra manera de resolver el conflicto, de un modo menos violento). Pero un tipo penal jamás dirá qué hizo Juan en el caso en concreto, cómo tomó el elemento, de quién era, de qué forma, etc. Por ello, la descripción de la conducta, en general, debe obviar el verbo típico determinado por el tipo penal. El juicio de subsunción de la conducta a la norma penal es realizado por el acusador antes de decidir acusar, luego presenta los hechos concretos realizados y finalmente le hace saber al juez en qué norma se subsume esa conducta, para que éste analice si es adecuada o no esa subsunción.

¹³⁴ Un buen ejemplo que solemos utilizar en los cursos de litigación para determinar si la descripción del hecho fue minuciosa y completa pasa por seleccionar a dos alumnos que hayan escuchado la formulación de la acusación y solicitar que actúen ese relato preliminar. Si ambas representaciones fueron disímiles es una clara muestra que la presentación de los cargos no fue completa ni clara, no ha logrado dejar una única imagen al tribunal.

En sexto lugar es muy importante tener presente, al momento de realizar la descripción de la conducta imputada, la diferencia entre hechos y prueba. Se trata de dos dimensiones diferentes. La dimensión de la prueba -en la que se encuentran los medios de prueba de los que se derivan datos de prueba que provienen de aquéllas- es la que nos persuade o no de presentar una formulación de cargos. Son los datos de prueba los que nos valemos para construir la imputación. Es decir, nosotros en un caso determinado podemos contar con los dichos de la víctima (medio de prueba) que refiere que sintió un tirón en su cartera y que al darse vuelta no observó a nadie pero constató que le faltaba su billetera (datos de prueba). De otro testimonio (medio de prueba) podremos constatar que vio a una persona correr en sentido contrario al que la víctima caminaba (datos de prueba). Un tercer testigo (medio de prueba) nos dirá que observó a un sujeto de campera negra arrojar una billetera similar a la que describiera la víctima en un tacho de basura (datos de prueba) y por último tendremos la versión policial (medio de prueba) que lo detuvo porque lo vio corriendo mirando para atrás de una forma sospechosa y había recibido un alerta policial un minuto antes acerca de un robo de una billetera (datos de prueba). Al momento de formular una imputación, el rol del acusador está centrado en realizar inferencias sobre la prueba de cargo, para construir una narración de los hechos que van a sostener eventualmente en un juicio. Esos hechos, siguiendo las preguntas antes delimitadas nos dirán, por ejemplo, lo siguiente: “(cuando) el pasado 12 de agosto de 2019, (dónde), en las inmediaciones de la calle Bolívar al 100 de esta Ciudad, (quién), el Sr. Mauro Rodríguez (qué y cómo), introdujo su mano en la cartera de Soledad Diez y tomó su billetera, dándose a la fuga en sentido contrario al que la víctima caminaba, tomando el dinero de la misma y arrojando la billetera en un cesto de basura existente a 50 metros del lugar, siendo detenido en la intersección de Bolívar y Av. de Mayo por personal policial. Aún no sabemos cuál fue el motivo de ese hecho (por qué). Tal vez Mauro estaba en una mala situación económica y necesitaba dinero para comprar alimentos; tal vez disfrutaba con esa conducta, no quería trabajar, no tenía trabajo, la conocía y quería hacerle un mal, son algunos de los posibles motivos. Y detrás de cada uno de esos motivos habrá valores en juego que, al momento de iniciar un juicio si el caso llegase a esa instancia, deberemos tener en cuenta para presentarlos al debate.

Sería incorrecto presentar en la formulación de cargos, como parte de los hechos, un resumen de alguna de las pruebas recolectadas. No es el tiempo oportuno. Ya vendrá el

momento para describir las pruebas y utilizarlas para fundamentar que existe prueba sólida para sostener la materialidad y autoría de los hechos, por ejemplo, si pensamos petitionar la aplicación de una medida cautelar. Cuando se confunden ambos planos, esto es el plano de los hechos imputados y el plano de la prueba, entramos en una suerte de repetición de planteos y argumentos en audiencia. Veámoslo con un ejemplo. El juez solicita en audiencia que el fiscal presente los cargos y lo hace confundiendo ambos planos (hechos y prueba), del siguiente modo: “el pasado 12 de agosto de 2019, en las inmediaciones de la calle Bolívar al 100 de esta Ciudad, el Sr. Mauro Rodríguez introdujo su mano en la cartera de Soledad Diez y tomó su billetera, dándose a la fuga en sentido contrario al que la víctima caminaba, tomando el dinero de la misma y arrojando la billetera en un cesto de basura existente a 50 metros del lugar, ya que esto fue observado por el testigo Diego Chapur quien explicó desde una distancia cercana cómo el imputado miró para ambos lados y arrojó la billetera en el tacho de basura allí existente, siendo detenido en la intersección de Bolívar y Av. de Mayo por personal policial que constató que la descripción que hizo la víctima que dijo que era de altura media, morocho y con una campera negra fue quien le robó, y el oficial Azpiri lo observó y vio también que este estaba nervioso y por eso finalmente lo detuvo, con el apoyo del Suboficial Fischbok”

Como vemos aquí, en esa descripción no solo contamos con los hechos, sino que también hay apreciaciones que surgen de la prueba y que son parte de las inferencias realizadas por el acusador para sostener precisamente esa imputación. Como dijimos, son los hechos o datos que se derivan de la prueba, los que nos permiten construir un relato, una narración que será la formulación de cargos. Cuando confundimos ambos planos se sucede una reiteración de argumentos en audiencia y producen una imputación poco clara. Así cuando el fiscal pida una medida cautelar, por ejemplo, deberá argumentar por qué considera que los hechos formulados están acreditados con las exigencias de probabilidad positiva que se requieren para la aplicación de una medida cautelar (materialidad y autoría de la imputación). Y si anticipó su análisis en la formulación de cargos, volverá a repetir los mismos argumentos.

Pero no solo eso. Hay un efecto que es más drástico aún, y no se apoya solamente en una cuestión pragmática y de buena técnica de argumentación en audiencias orales, que no es un tema menor. Precisamente el contradictorio descansa en gran parte en precisar qué es

lo que discutimos en cada momento procesal y en cada parte de una audiencia. El mayor problema de no poder identificar entre hechos y prueba radica en que la formulación de cargos es la que luego dará soporte a la acusación. Esos hechos son la base de la acusación, y si la acusación contiene hechos jurídicamente irrelevantes, solo calificaciones jurídicas, o base probatoria, entonces la descripción será incorrecta y al juez le costará singulares esfuerzos delimitar qué hechos en definitiva, de todo lo narrada en la formulación de cargos y en la acusación, son los que deben ser acreditados más allá de toda duda razonable, para el dictado de una condena.

Es muy importante destacar que esta no es una función exclusiva de los acusadores. Claro que un acusador –público o privado- debe comenzar su tarea desde allí. Siendo que la descripción inicial y provisoria de los hechos es desde donde se comienza a analizar un caso y planificar la información, el defensor también tiene que verificar desde el minuto cero de la investigación, cuál será el caso de la fiscalía, para poder anticiparse a las estrategias de la acusación y poder trazar su caso. La teoría del caso, en definitiva, es un juego de espejos donde cada parte debe analizar el juego de la contraria para poder verificar qué peso tiene el caso y qué historia es la más persuasiva para narrar, y poder anticiparse a la historia de su contraparte. En este plano, las estrategias de anticiparnos a la jugada, propias del litigio y del ajedrez, tienen mucho en común.

La pregunta que queda pendiente es por qué a los abogados les cuesta tanto esfuerzo describir bien los hechos¹³⁵. Ello se debe en parte a la falta de capacitación desde la carrera de derecho en un saber práctico que permita llevar al terreno del litigio los bloques teóricos. De nada sirve teorizar sobre el principio de congruencia y la necesidad de que la intimación sea sobre hechos claros si ese saber luego no aterriza en el plano de la praxis judicial. Y también es frecuente que, debido a la sobrecarga de los sistemas de justicia, los fiscales al formular los cargos no tengan tiempo suficiente para la preparación de cada caso y se limiten a una lectura veloz y en diagonal del contenido de la carpeta fiscal recientemente elaborada con los partes policiales. De ese modo, al momento de presentar la acusación reposan mucho

¹³⁵ A raíz de mi trabajo como Director del Área de Reformas de los sistemas judiciales de Latinoamérica del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), durante más de diez años, tuve la suerte de poder observar el funcionamiento de los sistemas de justicia de la mayoría de los países de la región y observar una infinidad de audiencias. En ellas se advierte esa dificultad de identificar de manera precisa cuáles son los hechos que debe contener la acusación.

en los partes policiales. Por ello, es muy frecuente que los abogados con menos experiencia en oralidad comiencen la descripción de la formulación de imputación describiendo lo que realizó la víctima (por ejemplo, “en momentos en que la víctima se encontraba caminando por la Av. Bolívar, sintió un tirón en su cartera y vio que un sujeto corría, que luego fue detenido por la policía con mis pertenencias”). El motivo de ello no obedece a una preferencia por ubicar a la víctima en el lugar, sino que los partes policiales suelen comenzar de ese modo. La utilización de las preguntas antes apuntadas, en el orden allí fijado, será una buena herramienta para una adecuada descripción de los hechos que componen una acusación.

Es posible que la última de las preguntas –por qué lo hizo-, que está orientada al valor o móvil que motivó al autor a realizar la conducta, no se encuentre en la formulación de imputación o cargos –salvo que se tratase de una figura que se agrava por un móvil determinado, tal como el odio racial, la codicia, etc.-. Se trata de un temprano estadio en la investigación. Más si es importante tener presente esa pregunta, ya que servirá para encontrar cuáles son los valores que están en juego en el caso¹³⁶. Pero el momento inicial de analizar un caso, y eventualmente presentar cargos, no es la instancia adecuada para buscar un formato persuasivo de presentación de los hechos. Ello se verá en forma clara al momento de presentar las exposiciones iniciales en el juicio oral.

Recién cuando tengamos los hechos –aunque más no sean preliminares, ya que éstos podrán ir teniendo variaciones hasta que la acusación decida elevar el caso a juicio- podremos analizar el derecho y como calificarlos –teoría jurídica-, para luego realizar una proyección del caso. Es sobre estos hechos preliminares, que analizaremos los componentes de la teoría del caso que son: teoría jurídica, proposiciones fácticas y prueba.

d. La selección provisoria de los hechos.

Como concluimos en el capítulo anterior, debemos tener en consideración que el primer trabajo de un abogado litigante no es más que la determinación provisoria de los hechos para verificar cuál es el peso probatorio del caso y la proyección del mismo. El análisis que luego haremos sobre una posible imputación, desde la visión de la teoría jurídica,

¹³⁶ Al decir de Moreno, el móvil de la acción es importante en el relato, porque se constituye en la motivación de la acción y hace de la reconstrucción de los hechos (relato) una historia interesante y representativa de la realidad, en la cual nadie actúa porque sí, sino siguiendo ciertas motivaciones que deben ser claramente expresadas por la parte. (2012, p. 55).

la prueba y las proposiciones fácticas que se derivan de aquélla requiere partir de una base, de un relato de hechos con relevancia jurídico penal. Luego, sobre esos hechos provisorios determinaremos si se adecuan en definitiva a la tipicidad de una figura penal, si contamos con hechos sólidos que acrediten tal extremo, y si esos hechos podremos obtenerlos a través de pruebas admisibles en juicio que resulten confiables y creíbles. Se trata de un análisis estratificado que debemos realizar en base a un relato que presumiblemente se adecua a una norma.

Para concluir trabajaremos en base a un caso que solemos utilizar en nuestros cursos de litigación. Invitamos al lector a consultar el apéndice de casos y leer atentamente el caso Falcon Crest. Una vez leído le pedimos que construya los hechos provisorios del caso a través de las herramientas aquí dadas.

Siguiendo la línea trazada en este trabajo, la determinación provisoria de los hechos, en base a las preguntas y demás indicaciones trazadas en el capítulo, y tomando como referencia la disposición establecida, al solo efecto de analizar el peso específico del caso (recordemos que no es el momento de construir un relato persuasivo ni de otros agregados), sería el siguiente: “(cuándo) el pasado 5 de junio de 2018, alrededor de las 20.45, (dónde) en el interior del local Falcon Crest, sito en la intersección de las calles Ituzaingó y San Juan, de la Ciudad de San Alberto, (quién) Mario Zucardi, encargado del citado local, (qué y cómo) le vendió una botella de ginebra, marca Llave, a Juan Talacasto, a pesar de haber advertido que éste ingresó al local en evidente estado de ebriedad y bajo los efectos de sustancias alcohólicas”.

Como vemos no es el momento de determinar en los hechos que el investigador Furloti y el agente Cavic advirtieron que tenía aliento etílico, o que estaba desalineado. Eso surge de la prueba y llegado el momento lo acreditaremos. Tampoco se trata de detallar en los hechos lo que dijeron los agentes policiales. Se trata de narrar lo que le imputamos concretamente al imputado Zucardi, valiéndonos para ello, de la información del caso.

Como dijimos no hay una manera única de narrar los hechos sobre los que trabajaremos. Podríamos agregar en la descripción que le vendió una botella de ginebra marca Llave a Juan Talacasto, a pesar de que este presentaba aliento etílico, ojos rojos y que balbuceaba al hablar, por lo que advirtió que se encontraba en evidente estado de ebriedad. Lo que sería incorrecto es citar en los hechos las fuentes de donde derivamos esa información.

Y también sería incorrecto remitirnos a una descripción netamente jurídica, como la siguiente: se le imputa a Mario Zucardi haber vendido una bebida tóxica a una persona intoxicada a sabiendas de ello. En esta última descripción no está indicada ni la fecha, ni que bebida vendió, ni a quien, ni por qué concluimos que estaba intoxicada (a causa de bebidas alcohólicas, drogas, etc.). Será pues con los hechos narrados donde procederemos a analizar, en base a la teoría del caso, la seriedad de los cargos y la proyección del caso.

Invitamos al lector a tener bien estudiado tanto el caso Falcon Crest como el caso Carmen, que se encuentran al final de esta obra. Sobre estos dos casos trabajaremos en el presente libro para explicar los pasos necesarios para planificar adecuadamente un caso penal.

Capítulo 4.

La teoría jurídica.

4.1. La comprensión de la dogmática penal como un límite al poder punitivo.

Una vez que las partes han construido un relato tentativo y provisorio, nutriéndose de los diversos elementos probatorios que nos proporcionan versiones parciales sobre los hechos, es necesario analizar su adecuación a la norma, esto es, a la teoría jurídica (primer componente de la teoría del caso). En el sistema mixto la calificación de los hechos intimados no era precedida por ningún análisis vinculado con la prueba y la plausibilidad de acreditarlos. Mucho menos con la determinación de las proposiciones fácticas relevantes que se derivan de aquélla. La idea que aquí propugnamos radica en realizar una descripción de un hecho con significancia jurídico penal, a través de un juicio de subsunción provisorio a una norma y, sobre esta calificación, analizar los hechos derivados de la prueba para identificar fortalezas y debilidades, y producir la investigación necesaria para determinar si el caso debe o no arribar a un juicio oral.

Cuando hablamos de teorías jurídicas no nos estamos refiriendo solamente a la adecuación de los hechos al derecho, a la subsunción legal a una norma (juicio de tipicidad en la formulación de cargos), sino que el término teoría jurídica resulta ser mucho más amplio. Debemos analizar todos los elementos de la teoría del delito y la legitimidad del accionar estatal en el procedimiento penal de recolección de evidencias. Debemos elaborar una metodología que permita identificar todos los elementos normativos que pueden tener algún tipo de incidencia en el caso. Por ello debemos considerar tanto los elementos del tipo objetivo, del tipo subjetivo, la inexistencia de causales de justificación, inculpabilidad y no punibilidad, como así también la legalidad del procedimiento u obrar de las agencias estatales o particulares (detención, requisita, allanamiento, detención por un particular, confesión, secuestro de elementos, etc.)¹³⁷.

¹³⁷ Aunque este último plano jurídico –legitimidad de la recolección de evidencias– en verdad será analizado en el ámbito o dimensión de la teoría probatoria, en lo atinente a legalidad y admisibilidad de la prueba.

No tendría sentido comenzar a realizar la adecuación normativa de un hecho, sin que hayamos definido previamente, cuál consideramos que debe ser el ámbito de comprensión del derecho penal y la dogmática penal. Muchas son las definiciones que se han esbozado sobre el derecho penal. La mayoría de ellas se encuentra anclada en algunas de las funciones que puede tener el derecho penal. Así se la define como sistema tendiente a predecir decisiones judiciales (Zaffaroni et al., 2000, p. 20)¹³⁸, estabilizar conductas y valores, forma de control social, proteger bienes, etc¹³⁹. El riesgo que implica centrar el análisis de la dogmática penal en algunos de los fines del Derecho Penal radica en perder de vista su verdadero sentido, esto es, la centralidad que persigue. No discutimos que el derecho penal, como tal, pueda ser útil para predecir decisiones jurisdiccionales y estabilizar conductas –de hecho no es malo que ello ocurra, siempre que el derecho penal opere como última ratio atacando los conflictos más graves y no esté orientado en petrificar desigualdades-. Más difícil es, hoy día, que funcione realmente como un mecanismo efectivo de control social¹⁴⁰. Sin embargo, creemos que esas definiciones que apuntan a determinadas características o efectos que puede producir el derecho penal, lo aíslan y alejan de su verdadera misión y función, que no es otra que la de contener el poder punitivo del Estado que supere ciertos límites. Es esa su función central, mientras las restantes pueden resultar, más bien, funciones o efectos periféricos.

Existe una diferencia sustancial entre el poder punitivo y el derecho penal, aunque muchas veces erróneamente se lo percibe como si fuesen exactamente lo mismo, y que ayuda a comprender la verdadera finalidad del derecho penal y de la dogmática penal. El primero – poder punitivo- no es otra cosa que la potestad que tiene el Estado de aplicar medios violentos

¹³⁸ En ese sentido, sostiene Zaffaroni que “el derecho penal es, pues, un discurso que está destinado a orientar las decisiones jurídicas que forman parte del proceso de criminalización secundaria, dentro del cual constituye un poder muy limitado, en comparación con el de las restantes agencias del sistema penal (Zaffaroni et al., 2000, p. 20)

¹³⁹ Así Welzel sostiene que la tarea del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético sociales elementales de acción (1993, p. 2); Bacigalupo, desde la perspectiva del funcionalismo sistémico, concluye que la función del derecho penal no es la consolidación de un estado de cosas, sino la configuración de la identidad de una sociedad; lo decisivo son las reglas que establecen esta identidad y no los bienes o situaciones (1999, p. 45); Mir Puig lo considera como uno de los medios de control social más potentes (1996, p. 5); mientras hay otros autores que parecen asemejar el fin del derecho penal a los fines de la pena (Rusconi, 2007, p.31)

¹⁴⁰ Es posible que el castigo de determinadas conductas ilícitas pueda provocar ciertos desincentivos para su comisión. Pero es difícil que, en grandes urbes con la poca visibilidad que tiene el sistema, se pueda concluir que la aplicación efectiva del derecho penal incide en la comisión o no de un hecho.

sobre los particulares, mientras que el segundo –derecho penal- opera como una valla de contención sobre el poder del Estado, condicionando la aplicación del poder punitivo cuando se considere irracional por afectar los principios o garantías que lo limitan.

Bajo esa conceptualización, Zaffaroni enfoca el derecho penal desde el siguiente prisma:

“El derecho penal interpreta las leyes penales siempre en el marco de las otras leyes que las condicionan y limitan (constitucionales, internacionales, etc.). El sistema orientador que le propone a los jueces debe tener por objeto contener y reducir el poder punitivo. El poder punitivo no es ejercido por los jueces sino por las agencias ejecutivas, en la medida del espacio que le conceden o que le arrancan a las agencias políticas (legislativas) y que el poder jurídico (judicial) no logra contener. El poder de que disponen los jueces es de contención y a veces de reducción. La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal es la contención del poder punitivo” (Zaffaroni et al., 2000, p. 5).

Desde esta perspectiva, entonces, el derecho penal es el freno que el estado de derecho impone, a través de determinados principios de raíz constitucional, al ejercicio del poder punitivo. Algunos de estos principios provienen desde el derecho procesal penal, otros desde el derecho penal, y se encuentran debidamente descriptos y estructurados en la obra de Ferrajoli a través de la adopción de los diez axiomas o principios axiológicos fundamentales del garantismo penal¹⁴¹.

La dogmática penal tiene por finalidad, precisamente, construir un sistema racional y coherente de interpretación de la ley penal, tendiente a afianzar esos límites al poder punitivo, basado en los axiomas del garantismo penal. El estudio de la dogmática penal debe estar orientado a satisfacer ese modelo, en construir los límites acotantes del poder punitivo que se derivan de los principios que provienen del derecho penal ilustrado. En otras palabras, si la dogmática penal pretende construir un saber práctico, es porque debe asumir una función orientadora de las decisiones del conjunto de las instituciones judiciales, pero en especial de aquéllas que deben preocuparse del sistema de garantías, es decir, de hacer valer los límites impuestos al ejercicio del poder punitivo (Binder, 2004).

Estos límites al poder punitivo, descriptos en los principios axiológicos trazados por Ferrajoli, fueron construidos a través de principios que provienen del pensamiento

¹⁴¹ Estos son: 1. Principio de retribución; 2. Principio de legalidad; 3. Principio de necesidad; 4. Principio de lesividad; 5. Principio de materialidad o exteriorización de la acción; 6. Principio de culpabilidad o de responsabilidad personal; 7. Principio de jurisdiccionalidad; 8. Principio acusatorio; 9 Principio de la carga de la prueba; y 10. Principio del contradictorio (Ferrajoli, 1998, p. 93).

iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII (1998, p. 95) y que se van consolidando a partir de fines del siglo XVIII con la ilustración y van tomando cuerpo en las Constituciones y tratados internacionales convirtiéndose así en las bases conceptuales del corpus de un estado de derecho.

No cualquier hecho puede ser pasible del ejercicio de violencia estatal. Es preciso construir la verdad de una teoría jurídica (reglas de verificabilidad o refutabilidad) (Ferrajoli, 1998, p. 118 que se condiga con esos principios propios de un estado de derecho. La determinación del hecho con relevancia jurídica tiene ciertos límites en las condiciones a verificar, que implicaron enormes conquistas del pensamiento ilustrado en su lucha por la protección del ciudadano frente al arbitrio del poder. Estos límites están impuestos, por cuatro garantías de primer orden sobre las cuáles se edificará luego el análisis dogmático del delito (Binder, 2012, p. 226). Por un lado, el principio de legalidad, determina que no cualquier hecho puede ser reprochado desde la faz penal. Es preciso que ese hecho se encuentre previamente determinado, de una manera cierta y clara, en una ley penal (principio de legalidad)¹⁴². A pesar de la claridad de estos dogmas, es frecuente encontrar vaguedades e imprecisiones en la ley penal, en muchos tipos penales normados en los códigos penales de la región. Términos ambiguos tales como “obsceno”, “arma” u otros similares abundan en nuestros ordenamientos penales y constituyen un punto a litigar por las partes, sobre la adecuación normativa de una conducta, como así también sobre la posible indefinición legal, con la consiguiente afectación a las garantías de primer orden del sistema penal (inconstitucionalidad de la ley penal).

Un segundo principio fundamental -acotante del poder punitivo- está constituido por el principio de culpabilidad. No se trata de reprochar todo hecho que esté suficientemente determinado por la ley penal, sino que se exige, además, que ese hecho sea reprochable a su autor, ya sea a título de dolo o culpa. Se descarta toda norma que pueda atribuir un resultado a título objetivo.

¹⁴² Nos referimos al principio de legalidad y sus cuatro corolarios ley escrita, estricta, previa y cierta, esto es, la prohibición de fundar una pena en normas distintas a las contenidas en una ley formal escrita (lex scripta); la prohibición de aplicar la ley penal a supuestos no previstos por ella, esto es, la prohibición de la analogía (lex stricta); la prohibición de aplicación retroactiva de una norma (lex previa); y la prohibición de crear leyes penales con contenido indeterminado (lex certa) (Jescheck, 1993, p. 112 y sigs).

En tercer lugar, contamos con el principio de lesividad, que exige para poder atribuir un hecho, que éste haya ocasionado una lesión o, al menos, una puesta en peligro de un bien de una tercera persona. Esta visión del derecho penal compositivo, que nos aleja de toda concepción del sistema penal como un derecho infraccional, exige un conflicto entre dos partes: por un lado el autor de la conducta reprochada y, por el otro, una víctima –individual o colectiva-, alguien a quien esa conducta le generó un daño que quiere que sea reparado¹⁴³. De este modo no solo nos alejamos del conflicto secundario (infracción a una norma y las expectativas sociales en que ese bien esté protegido), sino que se evita la regulación de toda norma que nos acerque al derecho penal de autor, esto es, castigar con mayor severidad a una persona no por lo que hizo, sino por lo que es.

Este límite -lesividad- es desarrollado por Zaffaroni, a través del concepto dogmático de la tipicidad conglobante que exige que la norma haya provocado una lesión a un tercero.

En palabras de Zaffaroni,

"la tipicidad conglobante cumple su función reductora verificando que exista un conflicto (conflictividad), lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente (dominabilidad). Por decirlo de otro modo: mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a un agente. Los conflictos penalizados solo son concebibles cuando importan lesiones a otros..." (Zaffaroni et al., 2000, p. 461).

A pesar de la claridad expositiva de este principio, aún abundan normas que se encuentran en colisión con este principio y corresponde a los abogados litigar estos puntos, demostrando la falta de adecuación de la norma a los principios constitucionales acotantes del poder punitivo.

Por último, un cuarto principio está constituido por la exigencia de proporcionalidad, que nos obliga a tener una mirada del derecho penal desde el principio de la última ratio,

¹⁴³ A través de la conceptualización del bien jurídico tutelado se ha intentado ocultar, en no pocos casos, la inexistencia de un daño cierto en determinados delitos. Resulta claro que no cualquier interés podrá ser objeto de tutela a través de su materialización en un bien jurídico, requiere la existencia de un daño o lesión en un bien de un tercero, y ese bien jurídico debe quedar limitado a los bienes que se encuentran de algún modo determinados en la Constitución (Morosi y Rua, 2010, p. 447). Y como bien señala Nino, hay ciertos daños que no pueden computarse como suficientes para autorizar la afectación de la privacidad. Así sostiene que "hay, al menos, cuatro clases de daños a terceros que no pueden computarse como justificativo para interferir con la autonomía de un individuo: a. el que es insignificante comparado con la centralidad que tiene la acción para el plan de vida del agente; b. el que se produce no directamente por la acción en cuestión sino por la interposición de otra acción voluntaria; c. el que se produce gracias a la intolerancia del dañado; y d. el que se produce por la propia interferencia del Estado." (2005, p. 305).

exigiendo la utilización del derecho penal solo en la medida de lo estrictamente necesario y colocando un límite a la pena: el reproche debe guardar relación con la gravedad del hecho.

Sobre estos cuatro principios primarios acotantes del poder punitivo se elabora la dogmática penal, que define al delito como una conducta, típica, antijurídica, culpable y punible. Estos son los límites que deben contener al poder punitivo y, en definitiva, la elaboración de la teoría del delito no es otra cosa que un análisis estratificado de los hechos, para proteger al ciudadano de la posible afectación a estos cuatro principios de primer orden y sus derivaciones. Desde la dogmática penal, a través del análisis de la acción, de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, se elaboran garantías de segundo orden que están basadas en esos cuatro grandes principios. Por poner algún ejemplo, cuando observamos que el autor incurrió en un error de tipo inevitable –que excluye tanto el dolo como la culpa-, lo que estamos diciendo es que no podemos sancionar a una persona por un hecho, si ese hecho no puede serle reprochado a título de dolo o culpa (derivación del principio de culpabilidad).

La principal función de la dogmática penal, que no es otra que la de construir un modelo de análisis estratificado de los hechos para fijar los límites al poder punitivo, sustentados a través de las garantías de primer orden, presenta dificultades prácticas en su aplicación. Ello se debe a dos causas. En primer lugar, los cimientos teóricos acotantes no logran frenar la aplicación práctica del poder punitivo ilimitado de las agencias estatales y lo que algunos autores denominan derecho penal subterráneo, esto es, la aplicación del poder punitivo, por parte de las agencias policiales que queda por fuera del sistema penal.

Al decir de Zaffaroni,

“Todas las agencias ejecutivas ejercen poder punitivo al margen de cualquier legalidad o con marcos legales muy cuestionables, pero siempre fuera del poder jurídico. Esto provoca que el poder punitivo se comporte fomentando empresas ilícitas... Este abuso configura el sistema penal subterráneo, que institucionaliza la pena de muerte (ejecuciones sin proceso), desapariciones, torturas, secuestros, robos, botines, tráfico de tóxicos, armas y personas, etc. La magnitud y modalidades del sistema penal subterráneo depende de las características de cada sociedad y de cada sistema penal, de la fortaleza de las agencias judiciales, del equilibrio de poder entre sus agencias, de los controles efectivos entre los poderes, etc. (Zaffaroni et al., 2000, p. 24).

Nos guste o no, aún no hemos logrado disuadir ciertas prácticas ilegales del poder punitivo. La acreditación de hechos que demuestren la utilización de un derecho penal subterráneo por parte de las agencias estatales constituye un buen punto de litigio para

demostrar la falta de credibilidad de su accionar. Este plano que permitirá, eventualmente, la reducción de la credibilidad del accionar policial requiere de la acreditación de determinados hechos; estos puntos requieren de una investigación prolija, que permita la construcción de esta inferencia.

En segundo lugar, la construcción de la dogmática penal moderna, en líneas generales, se presenta más preocupada por mantener la coherencia sistémica interna de sus postulados, que por mantener como norte su finalidad, esto es, afianzarse como una metodología analítica que promueve la vigencia de los principios acotantes del derecho penal y limitar el poder punitivo del Estado. Es frecuente olvidar la finalidad de la dogmática penal y abrazar construcciones que nada tienen que ver con su objetivo inicial. Reiteradamente observamos construcciones dogmáticas en las decisiones judiciales que, lejos de afianzar los límites del derecho penal, pregonan la ampliación del poder punitivo a través de teorías de distinto cuño y origen, atrapando con el derecho penal hechos que, de acuerdo a su concepción racionalizadora del poder punitivo, debieran quedar por fuera de él. Resoluciones judiciales construidas en base a autores que pregonan diversos credos dogmáticos y que son utilizadas para fundar su decisión sin ningún tipo de pensamiento sistemático ni racional, como si se tratase de una selección de productos en las góndolas de un supermercado, sigue siendo parte de nuestra praxis judicial. Reconozcamos también que la dogmática se ha empeñado en complejizar su comprensión y, de ese modo, cooperó y auspició una selección teórica e irracional de la dogmática penal.

Es preciso reconocer estas dos falencias: la primera de aplicación práctica, la segunda de método de construcción; para poder hilvanar una arquitectura armoniosa del derecho penal y poder litigar estos puntos teóricos, a través de la obtención de hechos relevantes que permitan acreditar estos planos.

Como bien señala Binder, dos son las funciones prácticas de la dogmática penal. Por un lado, fortalecer el sistema de garantías. En ese sentido, a la teoría del delito “le corresponde desarrollar todas las condiciones que debe tener una acción humana para que su punición sea admisible” (2004, p. 75).

La segunda función está vinculada exclusivamente al litigio. Se trata de consolidar una forma de análisis de los hechos que redundará en beneficio de las partes, quienes utilizarán las mismas categorías jurídicas y conceptos. En ese sentido, “la dogmática trabaja

para los defensores y debe proveerles de un adecuado arsenal de instrumentos y argumentos para la defensa del caso” (Binder, 2004, p. 76).

La dogmática como límite al poder punitivo y como herramienta de comprensión del litigio, genera que el estudio meticulado por parte de los abogados constituya un verdadero insumo para la búsqueda de proposiciones fácticas o hechos que permitan acreditar, o bien la completividad de todos los elementos de la teoría jurídica (por el lado de la acusación), o la carencia de un elemento de la dogmática penal o la afectación en la norma de alguno de los presupuestos constitucionales amparados por las garantías de primer orden (para la defensa). No es suficiente conocer las distintas categorías del análisis estratificado del delito, como así tampoco la posible afectación a los principios acotantes del poder punitivo. Se requiere también poder traducir a través de la prueba, cuáles son los hechos que habilitan a acreditar o desacreditar esos elementos de la teoría jurídica.

4.2. La teoría jurídica desde la mirada de la acusación y la defensa.

Si observamos entonces a la dogmática penal desde la mirada del litigio, podremos comprender que la teoría del delito se presenta como un conjunto de defensas posibles sobre una imputación concreta.

Frente a cada uno de los elementos que componen la estructura del delito, se presentan una serie de defensas posibles que, de prosperar, le permitirán una salida favorable al caso. Ambas partes deben estar atentos a ello, para verificar la existencia de proposiciones fácticas fuertes y persuasivas sobre cada uno de esos elementos de la teoría jurídica. Por el lado de la acusación, se trata de observar si el caso presenta algún punto débil que pueda ser explotado por la defensa para obtener una salida favorable. Así, debiera planificar el caso y preparar la prueba para obtener proposiciones fácticas favorables sobre los extremos de la teoría del delito donde se presentará el combate dialéctico, o bien desistir de la acusación de manera temprana. Por el lado de la defensa, encontrar también esos planos para buscar hechos favorables a su postura, como así también argumentos de contra refutación sobre los planteos de la acusación.

A continuación presentamos una tabla donde se asientan varias de las defensas posibles que permite un adecuado manejo de la teoría del caso, desde su análisis estratificado.

Elementos constitutivos del delito	Aspectos que debe acreditar la fiscalía a través de hechos	Posibles defensas derivadas de los principios del poder punitivo	Desarrollo conceptual. Supuestos.
CONDUCTA	Es un hacer humano voluntario y final	No hay conducta cuando existe: a. Fuerza física irresistible; b. Involuntabilidad	a. Ya sea que provenga de un tercero o de la propia fuerza de la naturaleza. b. Incapacidad psíquica total de voluntad (por ej. epilepsia).
TIPICIDAD OBJETIVA EN LOS DELITOS DE COMISIÓN (dolosos y culposos).	<p>Acreditar los elementos de la tipicidad objetiva, a saber:</p> <p>a. Acción (realización del verbo típico);</p> <p>b. Resultado (no requerido si se trata de un delito de pura actividad);</p> <p>c. Nexo de imputación entre la acción y el resultado (se requiere acreditar, a través de la teoría de la imputación objetiva, que:</p> <p>i. la acción haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado; y</p> <p>ii. que el riesgo se haya realizado en el resultado, esto es, que el resultado sea la consecuencia del riesgo desaprobado creado por la acción);</p> <p>d. Sujeto Activo (delitos especiales que exigen una determinada función, por ej. funcionario público);</p> <p>e. Sujeto Pasivo (por ej. delitos cometidos contra fuerzas de seguridad);</p> <p>f. Elementos del tipo, tanto descriptivos (por ej. cosa mueble), como normativos, esto es, aquellos que requieren de una definición normativa para su análisis (por ej. apoderarse ilegítimamente); y</p> <p>g. Tipicidad conglobante (el tipo no tiene solo una</p>	<p>La tipicidad objetiva no está completa y, por ende, solo podrá eventualmente haber un reproche a título de tentativa, cuando se den los siguientes supuestos:</p> <p>a. Ausencia de alguno de los elementos del tipo objetivo (falta de acción, de resultado -en cuyo caso, aún podrá ser reprochable a título de tentativa-, falta de las características especiales para ser sujeto activo o pasivo, ausencia de algún elemento del tipo -descriptivo o valorativo-;</p> <p>b. Que la acción solo haya realizado un riesgo permitido; o que el resultado sea consecuencia de otro riesgo distinto al riesgo creado por la acción del autor</p> <p>c. Falta de lesividad de la acción típica;</p>	<p>Supuestos en los que se trata de un riesgo permitido: i. la acción disminuye un riesgo pre existente (conducta que aminora un riesgo existente); ii. se trata de una actividad riesgosa socialmente permitida (por ej. conducción de un vehículo dentro de los límites permitidos); iii. principio de confianza (posibilidad de actuar confiando que el resto actuará dentro de los límites permitidos legalmente); y iv. asunción voluntaria de un riesgo por parte de la víctima, si la conducta del autor se realiza dentro de los parámetros asumidos por aquélla (Jakobs, 1996).</p> <p>Supuestos en los que el resultado no es imputable al riesgo generado por la acción: i. Exclusión de la imputación si falta la realización del peligro (ej. el resultado se produce por efecto de otro riesgo, y solo está vinculado causalmente con el peligro creado por la acción); ii. exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido (ej. el autor conduce a mayor velocidad que la permitida y llega antes al</p>

función descriptiva, sino que exige que esa conducta haya provocado una lesión o riesgo de ella en la víctima) (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, p. 463)

lugar donde provoca una colisión, más esa colisión no se debe al exceso de velocidad, sino a la acción suicida de la víctima); iii. el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma (ej. ocurre un accidente provocado por el exceso de velocidad del autor, y un peatón al observar el hecho se distrae y cruza sin percatarse que un camión pasaba por allí que lo embiste) (Roxin, 1997, p. 342).

**TIPICIDAD
SUBJETIVA EN LOS
DELITOS DOLOSOS**

Elementos del tipo subjetivo que deben ser acreditados:
a. Dolo (querer la realización del tipo objetivo generado con la acción). Se debe acreditar i. elemento cognitivo (conocimiento cierto y actual de los elementos del tipo objetivo); y ii. elemento conativo: voluntad de realizarlo (dolo directo, indirecto o eventual).
b. Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo (por ejemplo, delitos ultraintencionales -con el fin de amedrentar...- o disposiciones internas del autor -homicidio cometido por odio racial-

Supuestos que eliminan el dolo:
a. Se ignora alguno de los elementos del tipo (por ej. se desconoce que se trata de una cosa mueble ajena, incurre en un error sobre la causalidad de su acción, etc.
Se trata de un ERROR DE TIPO, que si es INEVITABLE excluye la tipicidad y si es EVITABLE mantiene la imputación del tipo a título de culpa, si es que se encuentra descripto.
b. Ausencia de los elementos subjetivos distintos del dolo (si dicho elemento es una agravante, queda vigente la figura básica)

El error de tipo incurrido por el autor es evitable cuando, de haber puesto la debida diligencia, hubiera podido advertir su error.
Por el contrario será inevitable cuando, de haber puesto la debida diligencia, no hubiese advertido su error.

**TIPICIDAD
SUBJETIVA DE LOS
DELITOS CULPOSOS**

Aspectos a acreditar:
a. Elemento cognitivo: voluntad y conocimiento de realizar la conducta (por ej, conducir un vehículo a una velocidad mayor a la permitida)
b. Clasificación de la culpa: i. con representación (el sujeto se representa el riesgo y lo asume, creyendo que

No se da la completividad del tipo subjetivo de los delitos culposos cuando:
a. Se carece de conocimiento actualizable en la culpa con representación

Se requiere distinguir si se trata de dolo eventual o culpa con representación. Según nuestra postura, habrá dolo eventual cuando teniendo conocimiento del riesgo generado por la acción, se conforma con ello. Por el contrario será un supuesto de culpa con representación

el riesgo no se concretará en el resultado, el que podrá evitar); ii. sin representación (el sujeto puede representarse la posibilidad del resultado, pero no lo hace)

cuando, conociendo el riesgo generado por la acción, el autor confía, en virtud de sus condiciones personales reales, que podrá evitar el resultado.

Por el contrario hay autores que, al eliminar el elemento conativo del dolo, amplían las conductas dolosas, ya que solo requieren el conocer los elementos del tipo objetivo (Bacigalupo, 1999, p. 320)

ANTI JURIDICIDAD	<p>Verificar la contradicción de la conducta con el orden jurídico, esto es, que no esté amparada por una causa de justificación. Inexistencia de causas de justificación que eventualmente invoque la defensa:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. legítima defensa propia o de terceros. b. estado de necesidad justificante. c. legítimo ejercicio de un derecho. 	<p>Son causas de justificación:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. legítima defensa. Se debe acreditar: i. que medie una agresión ilegítima; ii. proporcionalidad entre el medio empleado para defenderse y la agresión ; iii. que resulte racionalmente necesario; y iv. falta de provocación suficiente. b. Estado de necesidad justificante: <ul style="list-style-type: none"> i. provocar una lesión para evitar un mal mayor (ponderación de bienes, teniendo en cuenta la importancia de cada bien en el patrimonio de ambas partes); ii. el autor debe ser ajeno al mal amenazado; y iii. el autor no debe estar obligado a soportar el mal. c. legítimo ejercicio de un derecho, que surja de cualquier fuente del ordenamiento judicial, cumpliendo los requisitos que allí se establezcan. 	<p>Acreditar que concurren objetivamente todos los elementos de la causa de justificación invocada, independientemente de que el autor sepa o no que está actuando en una situación objetiva de justificación. Como afirma Zaffaroni, "cuando se construye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permisivo confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria" (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, p. 465)</p>
CULPABILIDAD	<p>Acreditar que el autor haya tenido, al momento del hecho, un</p>	<p>Son causas de culpabilidad:</p>	<p>a. Es suficiente con la posibilidad exigible de comprensión de la</p>

determinado ámbito de autodeterminación. Se trata de un juicio de reproche que debe ser mensurado.

- a. Inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad:
 - i. minoridad (dependiendo la ley penal); y
 - ii. perturbación de la consciencia, ya sea por insuficiencia o alteración morbosa de las facultades mentales del autor.
- b. inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta provocada por:
 - i. Error de prohibición directo:
 - 1. Recae sobre el conocimiento de la prohibición (ej. extranjero recién llegado al país que desconoce la prohibición de una conducta que está permitida en su país);
 - 2. Recae sobre el alcance de la prohibición, en la creencia de que operan causas de justificación inexistentes;
 - 3. Recae sobre la posibilidad de internalizar la conducta (error culturalmente condicionado por tratarse de otra cultura que no puede internalizar determinadas reglas).
 - ii. Error de prohibición indirecto:
 - 1. Falsa suposición de un permiso que la ley no otorga; y
 - 2. Falsa suposición de las condiciones objetivas que habilitarían una causa de justificación (ej. cree ser agredido ilegítimamente, pero en realidad se trataba de una detención por autoridad policial no uniformada que no dio la voz de alto).
 - c. Inexigibilidad de otra conducta:

antijuridicidad, sin requerirse una efectiva comprensión del injusto.

b. El error de prohibición debe ser invencible para eliminar el reproche de culpabilidad. El error vencible solo atenúa el reproche hacia el autor. El error de prohibición, directo o indirecto, será invencible cuando, de haber puesto la debida diligencia, el autor hubiera podido advertirlo. Por el contrario será vencible, cuando, con la debida diligencia, el autor hubiera podido advertir su error y adecuar su comportamiento a la norma.

El error de prohibición indirecto también es conocido como una justificante putativa, esto es, la creencia de encontrarse en una situación justificante (completividad del plano subjetivo), cuando dicha situación no es tal (ausencia del plano objetivo).

c. El estado de necesidad disculpante requiere acreditar los mismo elementos del estado de necesidad justificante. La única diferencia radica en la ponderación de los bienes (el que está en riesgo y el lesionado) que, en este caso, tienen la misma entidad o valor.

			<ul style="list-style-type: none"> i. estado de necesidad exculpante, ii. Coacción (por ej un tercero que amenaza de muerte a otro para que mate a otro) 	
PUNIBILIDAD		Inexistencia de excusas absolutorias, que eliminan su punibilidad. Establecer un baremo para la aplicación proporcional de una pena con la gravedad de la conducta.	Excusas absolutorias. Atenuantes de la conducta, ya sea que se trate de figuras atenuadas o de atenuantes que incidan en la determinación de la pena.	
DELITOS OMISIÓN	DE	<p>Tipo objetivo.</p> <p>Delitos de omisión propios:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. situación generadora del deber de actuar; b. no realización de la acción debida; c. posibilidad de realizar la acción ordenada. <p>Delitos de omisión impropia.</p> <p>Se debe acreditar además:</p> <ul style="list-style-type: none"> d. posición de garante entre el autor y el bien; e. nexo de evitación (se debe acreditar que, de haber realizado la conducta ordenada, el resultado no se hubiera producido en una condición rayana a la certeza) f. Resultado <p>Tipo subjetivo.</p> <p>Conocimiento de los elementos especiales que componen el tipo omisivo.</p>	<p>Ausencia de alguno de los elementos del tipo objetivo</p> <ul style="list-style-type: none"> a. No existe una situación que exige el deber de actuar; b. el autor realiza la conducta debida aunque sin éxito. c. imposibilidad de realizar la acción ordenada sin un grave peligro para sí. d. no existe la posición de garante. e. Ausencia del nexo imputativo, ya que, de haber realizado la conducta debida, el resultado igualmente se hubiera producido. f. No se da el resultado, por lo que solo es imputable a título de omisión propia. <p>Ausencia del tipo subjetivo: el autor desconoce alguno de los elementos del tipo objetivo, como por ejemplo, no advierte que se encuentra en una situación generadora del deber de actuar.</p>	<p>El desconocimiento de alguno de los elementos del tipo objetivo, elimina el reproche a título de dolo.</p> <p>Si el error era evitable subsistirá el reproche a título de culpa, siempre que la figura penal admita la figura culposa.</p> <p>Si el error es inevitable (esto es que, de haber puesto la debida diligencia, no hubiera podido advertir el error), elimina la tipicidad de la conducta.</p> <p>La ausencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, con la completividad del tipo subjetivo (dolo), permite el reproche de la conducta a título de tentativa. La tentativa no es otra cosa que un error de tipo al revés.</p>
TENTATIVA (forma imperfecta de realización del tipo)		Requiere acreditar que han concluido los actos preparatorios y se ha ingresado a la fase de ejecución, esto es, los actos, conforme al plan	La tentativa inidonea, que no es punible, opera cuando los medios escogidos son tan ineficaces que no ponen	En los casos de tentativas inacabadas (en los que el autor, conforme a su plan, aún debe realizar otros actos para poder realizar el tipo), el

del autor, son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución (teoría objetiva individual). La tentativa exige la completividad del tipo subjetivo (dolo) y la ausencia de algún elemento del tipo objetivo. La tentativa debe ser idónea. La tentativa absolutamente inidonea no es punible por no poner en riesgo el bien jurídico tutelado (principio de lesividad) (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2000, p. 797)

en riesgo el bien tutelado por el derecho penal. La tentativa irreal o supersticiosa, que no es punible, es una clase de tentativa inidonea. El desistimiento de la acción hace que la tentativa no resulte punible.

desistimiento requiere: a. omitir continuar con el plan del autor para llegar a la consumación; b. Voluntariedad, basado en la fórmula de Frank, "no quiero, aunque puedo" (Bacigalupo, 1999, p. 480) c. carácter definitivo del desistimiento. En los casos de tentativa acabada (el autor ya realizó los actos tendientes a la consumación según el plan escogido), el autor debe: a. realizar actos concretos tendientes a evitar su consumación (por ej, desactivar la bomba). b. Voluntariedad; y c. Carácter definitivo del desistimiento.

AUTORIA

Distintas clases de autoría.
 a. Autor directo: es el que comete por sí el hecho.
 b. Autor mediato: el que se vale de otro, que usa como instrumento, para cometer el hecho. El tercero puede actuar bajo los siguientes supuestos:
 i. Ausencia de conducta (por ej, se vale de alguien que es empujado o que presenta una incapacidad psíquica de involuntabilidad);
 ii. Sin completar el tipo objetivo (por ej, se vale de quien no es funcionario público);
 iii. Sin dolo (por ej, se vale de alguien que desconoce algún elemento del tipo objetivo, como a quien se le pide que tome algo, sin que sepa que esa cosa mueble es ajena);

a. No comete el hecho. El autor es otra persona.
 b. No hay autoría mediata si el tercero:
 i. Realiza la acción a través de una conducta;
 ii. Completa los elementos del tipo objetivo.
 iii. Actúa con dolo;
 iv. No actúa de manera justificada;
 v. Actúa con capacidad de culpabilidad;
 vi. No existe un aparato de poder organizado
 c. No hay coautoría paralela si no se da alguno de los presupuestos del delito.
 d. No hay coautoría funcional cuando:
 i. No ha habido una previa división de tareas (por ej, son aportes separados);
 ii. El aporte que realiza es prescindible o, siendo imprescindible se realiza durante los actos

Tenemos que tener presente que el concepto de autor no requiere necesariamente que el sujeto activo haya cometido el verbo típico, sino que lo exigible es que mantenga el dominio del hecho, esto es, la capacidad de realizar o desistir de la conducta. Mantiene el dominio del hecho y son coautores siempre que, sin el aporte realizado durante la etapa de ejecución, el hecho no hubiera podido realizarse. Para ello es fundamental tener en cuenta el plan de realización tenido en cuenta por los autores.

- iv. Actuando bajo una causa de justificación (por ej se presentan documentos falsos a un juez para que dicte una decisión que cree conforme a derecho);
 - v. Bajo una causa de inculpabilidad (por ej, se vale de alguien que es coaccionado a matar, bajo la amenaza de matar a un familiar);
 - vi. Bajo un aparato de poder organizado.
- c. Coautoría paralela, esto es, dos sujetos realizan la conducta sin un plan previo
- d. Coautoría funcional: dos o más sujetos, realizan la conducta bajo los siguientes requisitos:
- i. división de tareas (plano objetivo);
 - ii. mantener el dominio del hecho realizando un aporte imprescindible durante la ejecución (plano objetivo)
 - iii. existencia de un plan común (aspecto subjetivo)

preparatorios (por ej, quien solo hace de campana -aporte prescindible, dependiendo las circunstancias-, o que acerca los planos del Banco que se pretende robar durante la preparación);

iii. no existe un plan común.

PARTICIPACION

Distintas clases de participación:

a. Participe primario o necesario: es quien realiza un aporte imprescindible para la consumación del hecho durante los actos preparatorios, pero que no mantiene el dominio del hecho, por lo que no puede ser autor.

b. Participe secundario: es quien realiza un aporte prescindible, ya sea durante los actos preparatorios o durante la ejecución.

c. Instigador o determinador: es quien determina directamente a otro a cometer el hecho

a. Acreditar que el aporte es prescindible, o que no hubo un acuerdo previo.

b. acreditar que no ha habido un acuerdo previo y que se trató de un acto que no colaboró en el plan del autor.

c. No es punible como instigador, si la instigación no está vinculada a un hecho determinado o si el autor ya estaba dispuesto a cometer el hecho. El instigador no responde por los excesos del autor sobre el hecho determinado.

La participación es accesoria a la autoría, por lo que se requiere que el acto haya comenzado a ejecutarse, habiendo alcanzado, al menos, el grado de tentativa.

Requiere que el hecho principal sea un injusto penal, esto es típico y antijurídico, para que la participación sea punible (teoría de la accesoriadad limitada)

El cuadro recién presentado nos muestra un análisis estratificado de la dogmática penal desde una concepción finalista, en el cual cada una de las salidas que elimina el reproche estatal no son otra cosa que derivación de las garantías de primer orden (legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad).

Como sostuvimos en el primer apartado del presente capítulo, si la finalidad de la dogmática penal no es otra que la de establecer límites al poder punitivo que se deriven de las garantías de primer orden, cada uno de las categorías establecidas por la teoría del delito no son otra cosa que garantías de segundo orden derivados de aquéllos. Por citar algunos ejemplos, cuando concluimos que un error de tipo invencible elimina la tipicidad, no estamos haciendo otra cosa que la utilización de un mecanismo para dar efectiva vigencia al principio de culpabilidad, en el sentido que no puede haber un reproche penal del Estado que no responda a una conducta intencional o negligente. Y cuando decimos que un elemento del tipo exige que su descripción o contenido sea anterior a la norma y no posterior, de modo que el autor pueda conocer la conducta prohibida y adecuar su comportamiento, estamos dando vigencia efectiva al principio de legalidad. Del mismo modo, cuando trabajamos en el tipo objetivo la exigencia de que la conducta genere una lesión, saliendo de un modelo de tipicidad meramente descriptiva, haciéndolo desde la tipicidad conglobante zaffaroneana, lo que estamos haciendo es dar preeminencia al principio de la lesividad a través de una garantía de segundo orden. Y lo propio ocurre con la exigencia de cierta proporción entre el hecho y el castigo, análisis que se realiza en la culpabilidad y punibilidad de la conducta, dando efectiva vigencia al citado principio.

Como afirma Binder,

“la dogmática penal, en especial a través de la teoría del delito, ha construido toda una analítica del hecho, sobre la base del desarrollo y precisión de las exigencias que surgen de esos cuatro principios. La doctrina del tipo penal (con todos sus detalles), la doctrina de la culpabilidad, la teoría del error, las circunstancias de determinación de la pena, etc. Constituyen el desarrollo de garantías de segundo orden dado que en todo caso su función consiste en fortalecer las garantías de primer orden (legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad)” (2012, p. 226).

Lo que queremos remarcar con esto es la existencia de una dimensión posible de análisis sobre la dogmática penal y el litigio. El primero de ellos radica en que la dogmática

penal no es otra cosa que la herramienta fundamental para lograr que los principios acotantes del poder punitivo, esto es, las garantías de primer orden antes aludidas, tengan una plena y efectiva vigencia en la praxis judicial. Una dogmática penal que olvide esta dimensión está condenada al fracaso. Está condenada a terminar por confundir los conceptos antagónicos de derecho penal y poder punitivo antes explicados. De allí que cada uno de los elementos que componen la definición de delito (conducta, típica, antijurídica, culpable y punible) debe estar necesariamente encaminada a fortalecer tales principios acotantes del poder punitivo. No es función de la dogmática penal trazar un análisis estratificado que amplíe el poder punitivo y fortalezca determinada política criminal. Su función siempre debe ser garantizadora de las libertades públicas. En la antinomia fundamental eficacia vs. garantías, la dogmática penal no es otra cosa que un insumo teórico para fortalecer las garantías, los límites del Estado para aplicar el poder punitivo, pero no es su norte trazar insumos que fortalezcan la política criminal y persecutoria de un Estado. La legislación penal podrá seguir líneas de política criminal que busquen criminalizar mayores conductas, podrán ampliar los tipos penales a través de cláusulas que transformen tipos comisivos en omisivos, podrán ampliar las facultades de investigación, pero la dogmática penal no debe ni puede ocupar ese rol; solo debe encargarse de trazar límites acotantes y no ampliar el horizonte de proyección del poder punitivo del Estado.

Desde esta óptica en la que interpretamos el alcance de la dogmática penal, es que estamos en desacuerdo con las nuevas corrientes dogmáticas que, desde distintas concepciones (a veces desde el funcionalismo), procuran mantener la coherencia de sus postulados a cualquier precio, incluso pagando para ello con la creación de mecanismos o institutos que no tienen en mira otra cosa que la de ampliar y ensanchar el poder punitivo. Desde esta perspectiva, el vaciamiento del dolo pregonado por varios autores modernos de la dogmática penal (manteniendo solo el elemento cognoscitivo, y abandonando el plano volitivo), la creación de figuras como la posición de garante derivada de los peligros que generan la propia organización o por la posición institucional, que se alejan del plano normativo (con la consiguiente afectación al principio de legalidad) corren el serio riesgo de terminar por apartarse de la principal función que guía la dogmática penal.

El cuadro trazado no pretende ser exhaustivo ni inclusivo de todas las salidas al poder punitivo que nos brinda la dogmática penal. Tampoco pretende convertirse en un

razonamiento unívoco. Sabemos de las diferentes corrientes y escuelas dogmáticas que le dan otro contenido a cada uno de los elementos constitutivos del delito. Tan solo pretendemos fijar los principales lineamientos de la dogmática penal, desde una visión centrada en los requisitos de verificabilidad trazados por Ferrajoli (1998, p. 117), para vincular esas salidas al litigio. No tiene pretensiones de interpretaciones únicas. Sabemos que varios de los puntos aquí trabajados podrán ser criticados desde distintas corrientes o concepciones dogmáticas. No es la idea de este trabajo realizar un análisis profundo dogmático penal, ni justificar el cuadro propuesto como una suerte de sentido único y correcto, sino tan solo cumplir con dos objetivos. Por un lado, brindar una interpretación racional y acotante del poder punitivo a través de la dogmática penal sentando bases interpretativas para evitar que se la observe como un insumo que permita el ensanchamiento del poder punitivo. Por otro lado, dejar bases claras y sólidas para la comprensión de que cada salida que habilite la dogmática penal, cada supuesto de excluye el delito (causas de atipicidad, de antijuridicidad, etc.), requiere ser acreditado mediante hechos sólidos que se deriven de una prueba admisible, confiable y creíble. Es ese, en definitiva, el campo de batalla del litigio. Y que en esta visión podrán existir distintos intereses entre un acusador y un defensor, respecto de la manera de interpretar estos elementos, lo que el juez deberá resolver, en un estado de derecho, desde una visión acotante del poder punitivo.

Las destrezas de litigación, en líneas generales, se han apartado de la dogmática penal y no han asumido la construcción de un camino que la una con la praxis judicial a través del litigio. El estudio de la dogmática penal ha quedado, cuanto menos, desplazado hacia la periferia, generándose así su propia trampa. No puede haber un genuino litigio si no tenemos en cuenta las dimensiones que la dogmática penal nos brinda para poder evitar la aplicación del poder punitivo. El estudio del derecho positivo y su construcción en hechos resulta pues la clave fundamental del litigio y así debe ser entendido (Ortega Jara, 2012, p. 51).

4.3. Una nueva visión de la dogmática penal. Su enseñanza desde la mirada del litigio.

Bajo esta mirada, existe una nueva dimensión de la dogmática penal. Este nuevo enfoque está vinculado exclusivamente al litigio, y se encuentra muy relacionado con el análisis del cuadro recién presentado. No solo se precisa volver a dimensionar la importancia

de la dogmática penal como un insumo para el litigio, sino que se requiere traducir cada una de las salidas al sistema que nos brinda la dogmática penal en hechos comprobables en juicio. Es preciso poner en palabras, en hechos, cada una de las salidas que proporciona el análisis dogmático del delito. Sostener que un autor actuó bajo un error de tipo implica poder precisar una serie de hechos que acrediten tal extremo. Así, llevándolo a un ejemplo, si sostenemos que el autor tomó una billetera creyendo que era propia, en momentos en que se encontraba en su oficina, requerirá hechos favorables derivados de la prueba como los siguientes:

- a. tanto su billetera como la de su compañero de oficina (víctima) eran de color negro y de idénticas dimensiones.
- b. tanto el imputado como la víctima tenían la costumbre de dejar sus billeteras sobre el escritorio que comparten en la oficina.
- c. ninguna de las billeteras tenía documentación ni tarjetas de crédito identificatorias.
- d. el imputado la tomó rápidamente.
- e. previamente había recibido un llamado urgente proveniente de un familiar.

Por el lado de la acusación, si pretende descartar la hipótesis de la defensa, deberá comprobar, de existir, otras proposiciones fácticas que refuten las anteriormente detalladas. Así, por ejemplo, pudieran serle útil las siguientes proposiciones fácticas:

- f. la víctima tenía más dinero en su billetera y se presentaba más abultada;
- g. el imputado se encontraba con problemas de dinero;
- h. el imputado solo tenía diez pesos en su billetera, mientras que la billetera de la víctima tenía dos mil quinientos pesos.
- i. ese día, instantes después, el imputado realizó una compra en efectivo por una suma cercana a los dos mil quinientos pesos.

Como vemos estas proposiciones fácticas o hechos generan un manto de duda sobre si es posible que el autor no haya advertido que la billetera que tomó era ajena. La discusión sobre el conocimiento del elemento "ajenidad" será vital en el caso hipotético dado y entrarán en juego diversos "hechos secundarios", que si bien no prueban directamente el elemento del tipo bajo estudio, reforzarán una u otra postura. Aspectos tales como necesidades económicas, si el imputado es una persona atenta o distraída, la actividad que estaba realizando en el momento de tomar la billetera y que pudiera dar cuenta sobre la atención que estaba prestando a ese último acto, etc., serán fundamentales para concluir si el autor

actuó a sabiendas de que tomaba una billetera ajena o si, por el contrario, desconocía ese elemento –ajenidad- y, por ende, actuó bajo un error de tipo.

Pero si la acusación presenta un hecho diferente, tal como:

j. un compañero de la oficina -el testigo c.-, observó que el imputado miró cuando la víctima dejó su billetera en el escritorio e inmediatamente la tomó, el caso cambia considerablemente.

Como vemos, la proposición fáctica “j” da por tierra la fortaleza de los hechos invocados por la defensa.

En síntesis, lo que queremos afirmar con este ejemplo, es que cada una de las salidas que la dogmática penal nos proporciona debe ser acreditada con hechos concretos.

El estudio de la dogmática penal, en líneas generales, se ha olvidado de los hechos y la necesidad de acreditarlos en juicio. Bajo el paraguas de la cientificidad de sus postulados ha olvidado el análisis de los hechos que provocan, precisamente, su aplicación en el caso en concreto. El estudio en base al método de casos empleado, tanto en grado como en posgrado, se caracteriza por dar por ciertos determinados hechos sin analizar cómo se prueban los mismos. Este formato pedagógico de enseñanza que, en líneas generales, es seguida por la enseñanza universitaria amplió la brecha y separación que existe entre el litigio y la dogmática penal.

Pero existe otro problema adicional en la metodología de enseñanza de la dogmática penal. La enseñanza de la teoría del delito bajo un modelo estratificado de análisis, consistente en verificar primero la existencia de una conducta, para luego analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, como una suerte de pasos o filtros que deben ser estudiados en ese orden, terminó por ocultar la función de la dogmática penal, esto es, un insumo que les permitirá a los abogados seleccionar en qué elemento de la teoría jurídica quieren presentar el litigio.

El análisis estratificado, vinculado más a la función judicial, terminó por ocultar que la teoría del delito debe ser un insumo para los litigantes, para posicionar su caso en alguna de las defensas posibles que nos proporciona la dogmática, y no en una suerte de defensas alternativas y subsidiarias que obligan a posicionarse en todos los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Es esta visión la que termina por generar un litigio carente de posicionamiento y una brecha mayor entre los hechos y la dogmática penal.

4.4. La teoría jurídica y los hechos bajo la mirada de un caso hipotético.

Como sabemos, las teorías jurídicas en sí, nada dicen sobre el hecho que intentamos probar. No se refieren a una historia concreta sino que son abstracciones, complejas y generales que, de tenerse por acreditadas y de guardar lesividad¹⁴⁴, la conducta resultará punible. Así en el caso de un hecho calificado como robo debemos acreditar, en la tipicidad:

- a. el desapoderamiento;
- b. el apoderamiento o disposición de la cosa, a los efectos de su consumación, siguiendo la doctrina mayoritaria (Niño, 2011, p. 43);
- c. la existencia de una cosa mueble;
- d. la ajenidad;
- e. autoría;
- f. fuerza física sobre las cosas o violencia en las personas;
- g. dolo del autor.

Asimismo si el caso presenta determinadas características en que la defensa pudiera hacer valer alguna causal de exclusión de antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad debiera incluirse tal análisis, como así también si hubiera un eventual o posible planteo sobre invalidez del procedimiento. La acusación debe revisar previamente estos aspectos para poder responder adecuadamente frente a un planteo de la defensa.

Pero resulta claro que los elementos de la teoría jurídica no pueden probarse en forma directa, sino que se requiere de cierto ejercicio de inferencias que convenzan al tribunal y, para ello, es importante ese rol del abogado de trazar una teoría o hipótesis creíble, ejecutarla,

¹⁴⁴ Desde el análisis de las destrezas de litigación como herramienta profesional y del sistema adversarial que acrecienta las garantías constitucionales del contradictorio, la igualdad ante la ley penal y la defensa en juicio, no podemos menos que asumir como válida la adecuación típica de una conducta a la ley penal siempre que represente cierta lesividad que exija el accionar del poder punitivo en su más dura condición, esto es, el derecho penal. Siguiendo a Zaffaroni, compartimos que el concepto de tipo tiene “la misión política de acotar el ejercicio del poder punitivo y de descartar el que importa un grado intolerable de irracionalidad. Por ello la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir sólo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo, ya que de no existir la conflictividad como carácter del pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo (art. 19 C.N.)” (Zaffaroni et al., 2000, p. 461). Es por ello que el concepto de lesividad deberá cuantificarse en cada caso y litigarse en torno a él teniendo en cuenta la conducta realizada, valores en juego, representación del objeto para el autor y para la víctima, interés estatal en la persecución, posibles salidas alternativas al caso, etc.

narrarla y persuadir a los jueces. Jamás un testigo (salvo que sea falso y que esté muy mal preparado ilegalmente por un abogado inexperto) dirá que el objeto que el imputado tomó era una cosa mueble ajena. Tampoco nos dirá que hubo un desapoderamiento y apoderamiento posterior. Mucho menos que actuó con conocimiento de los elementos del tipo objetivo y voluntad de realizar la conducta. Serán determinadas observaciones del testigo (datos de prueba)¹⁴⁵ las que nos servirán para poder construir procesos inferenciales y tener por acreditados los elementos de la teoría jurídica. Esas observaciones o narraciones de la prueba son lo que conocemos como proposiciones fácticas y que nos permiten acercar y achicar la distancia existente entre la prueba con la teoría jurídica.

Trabajemos pues con un caso concreto que solemos utilizar en nuestros cursos de litigación,¹⁴⁶ conocido como el caso “Carmen”, en el cual la defensa, desde el inicio, ha adoptado una postura. Aquí presentamos el caso resumido.

“El 6 de julio pasado, alrededor de las 16:45 horas, mientras el subinspector Jara de la P.F.A. estaba realizando un patrullaje motorizado en las inmediaciones de la plaza lindante con la Facultad de Medicina, de la Universidad de Buenos Aires, ubicada en Av. Córdoba 2123 observó una serie de jóvenes presumiblemente estudiantes universitarios, que se encontraban rodeando e intercambiando palabras y elementos de manera nerviosa, observando en diferentes direcciones, con una mujer adulta, de aproximadamente unos 65 años, quien vestía una chaqueta de cuero negro, pantalones y zapatillas. Al pretender acercarse a ellos, los jóvenes se retiraron rápidamente, quedando sólo la mujer. Luego de identificarse, el funcionario policial procedió a solicitar a la mujer su documentación. Ésta luego de revisar sus ropas, le indicó que no poseía identificación alguna. En estas circunstancias el funcionario pudo observar que la mujer portaba en distintas partes de su vestidura una gran cantidad de billetes de bajo monto y algunas bolsitas, usadas ordinariamente para vender droga, por lo cual procedió a revisarla encontrando en el bolsillo interior derecho de su chaqueta 9 bolsitas rectangulares de color blanco y \$ 4000.

Al revisar el contenido de una de las bolsitas, encontró una especie de yerba de color verde, similar a la marihuana. Ante dicha situación el funcionario procedió a la detención de la mujer, haciéndole saber sus derechos, trasladándola luego a la Comisaría, donde aquella se identificó como Carmen Rosales, domiciliada en la Av. Córdoba 1297 de esta ciudad. Al formalizarse cargos, en su primera presentación a las 24 hs del hecho Carmen dijo vivir en ese inmueble con su marido epiléptico y sus seis hijos. Además agregó ser consumidora de marihuana y que la encontrada en su poder tenía esa finalidad, además de compartirla con su marido que era epiléptico, ya que así le fue indicado a éste por su médico, para el tratamiento de su enfermedad. El dinero y la droga (90 gramos) fueron retirados a la detenida, guardándolos en dos bolsas plásticas selladas y rotuladas”.

¹⁴⁵ Sobre la conceptualización de datos de prueba, ver Anderson, Schum y Twuining, “Análisis de la prueba”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 128 y sigs.

¹⁴⁶El presente caso ha sido utilizado frecuentemente tanto en los cursos sobre destrezas de litigación tanto por el CEJA como por el INECIP.

Para la construcción del relato inicial de los hechos es preciso partir desde los elementos relevantes del caso y trabajar desde la conducta del imputado, evitando centrarse en los hechos relatados desde la víctima.

La decisión de cómo formularemos cargos no es un ejercicio de narración sin basamento probatorio, por decirlo de alguna manera, sino que es una actividad estratégica. Frente a dos hipótesis posibles (por ej. la aplicación o no de una agravante) la acusación debiera partir por el caso más grave o complejo para luego, eventualmente, bajar su acusación en caso de no poder acreditar tales extremos. Esta circunstancia le permite, desde el comienzo del análisis del caso, posicionarse de otra manera en la investigación y frente a la defensa. Así, le permitirá llevar adelante una investigación en torno a hechos más graves –que luego podrá dejar de lado si las evidencias así lo indican- y, por el otro, posicionarse para una eventual negociación o acuerdo con la contraparte. Esta circunstancia, obviamente, será conocida por la defensa, por ese juego de espejos que genera el manejo de la teoría del caso, ya que una buena defensa parte desde la teoría del caso de su contraparte para poder anticiparse.

En el caso de la Sra. Carmen, la fiscalía tiene básicamente tres hipótesis posibles:

- a. la primera, que la imputada estaba al momento de la detención, comercializando marihuana con los chicos que la rodeaban;
- b. la segunda, un poco menos ambiciosa en sus pretensiones, que Carmen tenía en su poder marihuana con fines de comercialización, sin tener por acreditado que, en ese preciso momento, estuviera comercializando marihuana; y
- c. la tercera, que Carmen solo tenía marihuana con fines de consumo personal y de su pareja, siempre que esta conducta esté reprimida por el ordenamiento legal y que haya ocasionado lesión a un tercero.

Partiendo de la estrategia antes aludida, debiéramos optar desde el inicio por la visión más amplia para intentar trazar nuestra hipótesis o teoría del caso. Así, una primera aproximación al caso dirá que el día 6 de julio a las 16:45 horas aproximadamente, en la inmediaciones de la plaza lindante con la Facultad de Medicina, ubicada en la Av. Córdoba 2123 de esta Ciudad, la Sra. Carmen se encontraba entregando marihuana con fines de comercialización a un grupo de jóvenes aún no identificados, la que fue encontrada en su poder, procediendo el personal policial a la inmediata detención y al secuestro de 90 gramos

de dicha sustancia debidamente fraccionados en 9 sobres blancos que contenían 10 gramos cada uno de ellos, y al secuestro de diversos billetes de bajo monto que estaban repartidos en distantes partes de su ropa y que, en total, sumaban \$ 4000.

Una vez precisados los hechos, y decidida la calificación jurídica de tenencia de estupefacientes para comercialización¹⁴⁷, cabe puntualizar cuáles son los elementos de la teoría jurídica que deberán ser acreditados. Por fuera de los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva, la acusación debería plantearse sobre la legitimidad del procedimiento penal. Ellos son:

Teoría Jurídica	Proposiciones Fáticas	Pruebas
1. Tenencia		
2. Estupefaciente		Verificar la legalidad del secuestro
3. Dolo		
4. Elemento subjetivo distinto del dolo -Finalidad ultratípica de comercialización-		
5. Autoría directa		
6. Consumación		

Pero no todos los casos permiten a la acusación presentar distintas versiones de los hechos (posibilidad de versiones alternativas). Hay casos en los que la acusación solo tiene una única versión de los hechos, y será la defensa la que podrá realizar distintas defensas a través de varias alternativas de los hechos. Veamos, pues, un segundo caso a través del caso Falcon Crest, que utilizamos en el capítulo anterior, el que invitamos a releer allí o en el capítulo final de la obra, donde puede ser encontrado.

¹⁴⁷Sobre las figuras penales vinculadas a estupefacientes, ver ley 23.737.

De la lectura del caso, podemos describir a la conducta imputada, provisoriamente y tal como lo hicimos en el capítulo anterior, del siguiente modo: el pasado 5 de junio de 2018, alrededor de las 20.45, en el interior del local Falcon Crest, sito en la intersección de las calles Ituzaingo y San Juan, de la Ciudad de San Alberto, Mario Zucardi, encargado del citado local, le vendió una botella de ginebra, marca Llave, a Juan Talacasto, a pesar de haber advertido que éste ingresó al local en evidente estado de ebriedad y bajo los efectos de sustancias alcohólicas”.

Estos hechos que encuadran en la figura legal descrita en el caso requieren para su adecuación típica acreditar los siguientes elementos de la teoría jurídica.

Teoría Jurídica	Proposiciones fácticas	Pruebas
Vender una bebida alcohólica		
Sujeto pasivo: una persona intoxicada		
Dolo (saber que estaba ebria)		
Autoría		

Como sostuvimos, determinar provisoriamente los hechos del caso es la primera tarea de los abogados en el litigio. Como vemos en este caso, algunos de los hechos se construyen a través de un proceso inferencial que realizamos a través de los datos o información que surgen de la prueba. Está claro que no contamos con toda la información de lo que ocurrió a través de fuentes directas. Hay hechos que los construimos a través de fuente directa (por ejemplo, el Inspector Furloti observó que Mario Zucardi era la única persona que se encontraba atendiendo en el local Falcon Crest, y que Juan Talacasto presentaba aliento etílico), sin embargo otros hechos sostenidos en el relato provisorio son construidos a través de hechos derivados de fuentes probatorias que requieren de un proceso inferencial (por ejemplo, ni Cavic ni Furloti observaron el momento en que Zucardi le entrega una botella de ginebra marca Llave a Talacasto; este hecho se deriva de un proceso inferencial en el que inferimos que fue quien le vendió una botella, ya que sabemos que Talacasto no parecía tener

consigo ninguna botella y salió con una). Ya trabajaremos con más detalles el proceso inferencial que nos lleva a una u otra conclusión (¿realmente le vendió esa botella?), pero para el desarrollo inicial de los hechos, esto es, nuestra historia que pretendemos acreditar, basta con marcar una hipótesis acusatoria sobre determinados hechos con relevancia jurídico penal, siguiendo los lineamientos marcados en el capítulo anterior.

Es bueno volver a remarcar que esta actividad –detallar los hechos con relevancia jurídico penal- no es exclusiva de la acusación, sino que la defensa tiene que preparar su caso en base a la hipótesis más grave que maneje la acusación. Es sobre esta hipótesis con relevancia jurídico penal, donde ambas partes, acusación y defensa, trabajarán en determinar si cada uno de los elementos jurídicos encuentra una o más proposiciones fácticas sólidas que permitan acreditar ese elemento, a través de evidencias que puedan pasar el filtro de admisibilidad de prueba y que sean bases confiables y creíbles en un juicio oral. Mientras que a la acusación se le exigirá completar todo el cuadro (esto es acreditar cada elemento de la teoría jurídica), a la defensa le alcanzará con un golpe. Bastará con que demuestre que las proposiciones fácticas de la acusación no acreditan de manera sólida determinado elemento jurídico, o que aun siendo sólidas, no se basan en prueba admisible, confiable y creíble. Para ello, la defensa podrá optar por presentar una defensa negativa (la acusación no podrá acreditar el hecho sostenido en su acusación) o una defensa positiva (presentar una historia concreta y acreditarla en juicio que muestra que esa conducta no es reprochable), como veremos luego. Los hechos del caso serán muy relevantes para tomar una u otra postura.

Capítulo 5.

Las proposiciones fácticas.

5.1. Introducción.

Una vez que tenemos enunciados los hechos que componen la posible formulación de cargos y la calificación legal provisoria, es preciso proceder a identificar sobre qué elementos se asienta esa acusación. Estos elementos no son otra cosa que proposiciones fácticas que se derivarán de la prueba (datos de prueba), algunos de manera expresa y estarán asentados en el legajo de la acusación, otros no estarán descriptos pero se podrán construir desde la lógica, a través de procesos inferenciales. Estas últimas son proposiciones fácticas negativas, muy relevantes para la construcción de un relato persuasivo. Para graficarlo con un ejemplo, si el oficial de policía que interviene desde el inicio en un caso seguido por un robo, nos refiere que detuvieron a un imputado en el lugar y del acta de secuestro no surge ninguna prueba material secuestrada, podemos inferir que aquél, al momento del hecho, no tenía consigo los elementos sustraídos; eso precisamente es un hecho negativo, y suelen ser muy relevantes a la hora de construir diferentes hipótesis.

Conocer con minuciosidad los hechos del caso es uno de los principales insumos para definir cuál es la proyección del asunto y, en definitiva, que historia se presentará en juicio. Claro que esta función ha sido minimizada. Son los hechos, el principal elemento para decidir un caso, y de allí que un abogado deba poner especial atención a ellos. Un primer análisis de los hechos nos servirá para identificar sobre qué categoría jurídica se centrará el litigio. Si la defensa debatirá sobre la existencia del hecho (el hecho no sucedió), sobre la legitimidad de su accionar (el elemento presuntamente robado le pertenece), si su actuación fue permitida por el ordenamiento legal (existían en el caso los presupuestos objetivos y subjetivos de una causas de justificación) o si otros fueron los autores del hecho (el hecho ocurrió pero el imputado no fue su autor), entre otras opciones. En síntesis, la dogmática penal nos brinda una suerte de salidas para que la defensa posicione su planteo en base a los hechos del caso. En esta primera aproximación, en este estadio del análisis de la teoría del caso, intentaremos definir en qué categoría jurídica se presentará la batalla fáctica, probatoria y dialéctica del litigio.

5.2. Las proposiciones fácticas: un nexo entre la teoría jurídica y la prueba.

Como primera aproximación podemos decir que las proposiciones fácticas son afirmaciones de hecho derivadas de la prueba que, de tenerse por acreditadas, servirán para dar por cierto –o al menos acercarnos a ello- un elemento de la teoría jurídica. Es por ello que, al decir de Baytelman y Duce, una proposición fáctica “es un elemento legal formulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo si puede declarar” (2004, p. 85). Creemos que ello es cierto parcialmente, en el sentido que no siempre una proposición fáctica resultará ser un elemento legal formulado en un lenguaje coloquial. Como veremos, no todas las proposiciones fácticas son directas y autosuficientes como para acreditar un elemento de la teoría legal, sino que en muchas ocasiones se trata de proposiciones fácticas indiciarias de un elemento de la teoría jurídica (por ej, varios hechos que nos permitan realizar un proceso inferencial para acreditar autoría, consumación, etc.).

En el lenguaje de los hechos, no siempre la proposición fáctica será: “vi a X como disparaba el arma contra B”, sino que en muchas ocasiones serán varias proposiciones fácticas las que, analizadas de manera armónica y sistemática, le permitirán al juez arribar a una conclusión. Así por ejemplo, podría contarse a través de un testigo con las siguientes afirmaciones de hecho:

- a. “sabía que X le debía plata a B”;
- b. “vi a X retirarse corriendo por las escaleras del departamento de B, donde éste apareció muerto”;
- c. “X tenía un arma en su apartamento del mismo calibre que el utilizado para dar muerte a B”; y así podríamos seguir enumerando proposiciones fácticas meramente indiciarias que, analizadas en forma individual, no nos permitirán comprobar un elemento de la teoría jurídica, pero que de un estudio global de todas ellas, nos acercamos a acreditar, en forma indiciaria, un elemento de la teoría jurídica.

En otras oportunidades una proposición fáctica tampoco tenderá a acreditar un elemento de la teoría jurídica, sino que su objetivo estará centrado en brindar mayor soporte a una prueba. Me refiero concretamente a aquellos hechos que tienden a fortalecer la credibilidad de una fuente de información. Es lo que se conoce como hechos secundarios,

por cuanto no están destinados a acreditar una parte de la acusación o la hipótesis de la defensa, sino que tienden a fortalecer una evidencia. Como bien afirma Taruffo los hechos se clasifican en principales y secundarios, sosteniendo que los primeros son los que tienden a definir una calificación o que tienen una función jurídica, mientras que los segundos

“se distinguen de los hechos principales, en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal” (Taruffo, 2011, p. 119).

Esta definición entre hechos principales y secundarios tiene una relativa importancia cuando analicemos la relevancia de las pruebas. Así por ejemplo, en el caso Carmen, estudiado en el capítulo anterior, podríamos contar con las siguientes proposiciones fácticas derivadas de la prueba¹⁴⁸:

- a. El oficial de policía Jara no tiene problemas de visión (proposición fáctica negativa y secundaria);
- b. El último reporte médico que se le realizó a Jara arrojó que no presenta dificultades ni enfermedades oftalmológicas;
- c. El oficial Jara no tiene sanciones en su legajo (proposición fáctica negativa);
- d. El Oficial Jara tiene una causa penal en su contra, iniciada por una denuncia a raíz de su intervención en un procedimiento policial (proposición fáctica afirmativa y secundaria); etc.

Y así podríamos continuar buscando proposiciones fácticas que no son principales en el sentido dado, esto es, que no tienden a probar un hecho sostenido en la acusación, pero que no por ello dejan de ser trascendentes. Las proposiciones fácticas secundarias tienden a acreditar un hecho que da mayor fuerza a una fuente de información y suelen ser muy relevantes para el éxito del caso. Se trata de hechos que fortalecen lo que se denomina las “credenciales de la prueba”¹⁴⁹, esto es el por qué creer o descreer de una prueba o fuente de información.

Independientemente de la calidad de cada proposición fáctica (principal o secundaria), todas ellas tienden a acercarnos al objetivo del litigio, esto es a acreditar nuestra

¹⁴⁸ Se trata de hechos que hemos agregado y que no están incluidos en el caso y que tienen por finalidad lograr una mayor comprensión del tema.

¹⁴⁹ Esto será desarrollado en el capítulo siguiente de esta obra.

historia en juicio. Todas estas proposiciones fácticas son relevantes en la medida que tiendan a probar un elemento de la teoría jurídica, ya sea en forma directa o indiciaria, en forma independiente o valiéndose de varias de ellas en su conjunto para acercarnos a la verdad de la historia que queremos acreditar. Esta afirmación nos demuestra, ya de por sí, que no necesariamente contaremos con una sola proposición fáctica para acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. De hecho, en la mayoría de los casos contaremos con más de una proposición fáctica por cada elemento de la teoría legal, aunque esto de por sí no implique necesariamente que esté acreditado de manera completa y clara.

De modo tal que estamos en condiciones de afirmar que una proposición fáctica es una afirmación de hecho que tiende, al menos, a aumentar las probabilidades de que un juez tenga por acreditado un elemento de la teoría jurídica (acusación) o uno de los hechos sostenido por la defensa (defensa). Estas proposiciones fácticas pueden provenir de cualquiera de los medios de prueba existentes, siempre que se respeten las formas y límites fijados para su incorporación (teoría probatoria). Así podrá provenir de una prueba testimonial, como así también de un documento o de una prueba material, entre otras.

Sin embargo, surge un interrogante. ¿Por qué trabajar sobre los hechos y no sobre las pruebas, tal como estábamos acostumbrados? La importancia de trabajar a través del análisis de la teoría del caso en una columna específica referida a los hechos relevantes, se debe a que la prueba suele estar muy alejada de las teorías jurídicas, en el sentido de que aquéllas no hablan con el lenguaje técnico normativo, sino de un modo más llano y coloquial. Ningún testigo dirá que “el autor sabía y conocía todos los elementos del tipo objetivo, sin haber encuadrado su conducta en un error de tipo que elimine el dolo de aquélla”, o que “el autor contaba consigo un arma de las consideradas como arma de fuego de uso civil”. Un testigo nos podrá decir que “X compró un arma de fuego, que era de calibre 22 y que con ella se dirigió hacia la casa de B” y “que días antes había escuchado como X hablaba con sus amigos respecto de que pensaba matar a B”. Y serán pues esas proposiciones fácticas, eventualmente, suficientes para tener por acreditados cada uno de los elementos de la teoría jurídica, en el caso, la existencia de un arma de fuego de uso civil, como así también el dolo del autor. La distancia existente entre la prueba y los elementos legales es la que marca la necesidad de trabajar sobre la construcción de proposiciones fácticas adecuadas al caso, como una suerte de enlace, de puente entre ambos mundos. En síntesis, el mundo probatorio y el mundo

jurídico están muy alejados y es preciso fijar un enlace entre ambos, espacio ocupado por los hechos. En síntesis, la prueba es el conducto a través del cual se acreditan determinadas proposiciones fácticas, y son éstas las que deben probar la teoría jurídica. Es por ello que para la planificación de un caso, de modo de determinar con qué evidencias cuento y si satisfacen o no los elementos de la teoría jurídica, es necesario desmenuzar y precisar con sumo rigor cada una de las afirmaciones de hecho relevantes para el caso que se derivan de la prueba, de modo de poder realizar un análisis previo muy profundo y profesional.

5.3. Las primeras dificultades.

No estamos acostumbrados a trabajar de manera consciente y profesional con hechos. A lo sumo los tomamos de manera brusca de la prueba, sin analizar de manera minuciosa qué historia podemos y queremos construir con ellos. Hay algo que debe quedar claro, cuando en otra obra sostuvimos que los casos se ganan o pierden en los exámenes directos (Rua, 2015, p. 15), no estábamos diciendo otra cosa que si en nuestros exámenes directos no obtenemos los hechos que pretendíamos acreditar al ofrecer esa prueba, el caso está irremediabilmente perdido. De modo tal que tenemos que concentrar todas nuestras energías en extraer de la prueba los hechos más relevantes del caso, mediante una tarea profesional y metódica, para observar qué historia narraremos de manera persuasiva en juicio.

La primera dificultad que encontraremos radica en que no sabemos identificar y clasificar a los hechos. De la prueba se derivan una enorme cantidad de hechos. Sin embargo, no todos ellos son relevantes. Para explicarlo en un sentido práctico, posicionémonos en el caso Falcon Crest, y observemos un párrafo de la declaración testimonial del Oficial Furloti, que a continuación transcribo para facilitar la lectura.

“El que suscribe, Investigador Furloti, ha sido comisionado junto con su compañero, agente Carlos Cavic, para investigar múltiples denuncias hechas por vecinos respecto a que el almacén de bebidas Falcon Crest, situado en la intersección de calle Ituzaingó y Boulevard San Juan de la Ciudad de San Alberto, se encontraba vendiendo alcohol a personas intoxicadas y a menores de edad. La vigilancia del comercio comenzó a las 19:30 horas, el día 5 de junio de 2018. Se montó la vigilancia en la mano este del Boulevard San Juan, del otro lado de la calle y hacia el sur del almacén de bebidas Falcon Crest. Desde esta posición se podía observar completamente la intersección y además podía observarse hacia el interior del local a través de una vidriera de vidrio transparente que se extiende a lo largo de la mayor parte del frente del almacén, sobre Boulevard San Juan. La visión hacia el interior del local se hallaba algo obstruida por carteles y calcomanías comerciales adheridos a la vidriera.”

Si comprendimos que una proposición fáctica es un hecho aislado e individual, comprobaremos que esa declaración está plagada de hechos. Si tuviésemos que detallarlos, no tengo dudas que encontraríamos mucho más que cien hechos. Concentrémonos solo en la primera oración para mostrar la cantidad de hechos que surgen de allí.

- a. Furloti es investigador de la policía.
- b. Trabaja junto con el agente Cavic.
- c. Ese día habían sido comisionados a investigar un caso.
- d. Ese caso estaba vinculado con la venta de alcohol en el local Falcon Crest.
- e. El local Falcon Crest se encuentra situado en la intersección de las calles Ituzaingó y Boulevard San Juan, de la Ciudad de San Alberto
- f. Existen denuncias previas.
- g. Esas denuncias fueron realizadas por vecinos.
- h. El motivo de esas denuncias tenía que ver con supuestas ventas de alcohol a personas ebrias.
- i. El otro motivo de esas denuncias estaba vinculada a la venta de alcohol a menores de edad.
- j. No había otro motivo por el cual se hubiese denunciado al citado local (proposición fáctica negativa genérica que se infiere del caso)
- k. No había denuncias por discriminación.
- l. No había denuncias por temas contables.
- m. No había denuncias por falta de facturación (estas tres últimas son proposiciones fácticas negativas específicas)

Y así podría continuar desmenuzando la información para obtener aún más hechos derivados de ese medio de prueba. Pero aumentemos la dificultad en el análisis del caso. No solo contamos con una única fuente de información (en este caso la declaración testimonial del Oficial Furloti), sino que seguramente obtendremos varios testigos, peritos, declaraciones de partes (imputado y víctima), prueba material secuestrada, documentos e informes. Cada una de esas evidencias permitirá, seguramente, desmenuzar la información que de ella se derive, y nos detallará una enorme cantidad de hechos. Y no solo eso, contamos con una

dificultad mayor: cuando analizamos los hechos lo hacemos de un modo preliminar ya que la evidencia aún no se produjo; solo contamos con declaraciones previas, con informes, documentos, etc., que se convertirán en prueba solo luego de que declaren o se presenten en juicio, donde la publicidad, la imparcialidad y el contradictorio (condiciones de verificación) (Ferrajoli, 1998, p. 147) jugarán plenamente a través de las reglas del litigio (normas de comprobación). Y es posible que esos informes previos puedan presentar algunas variaciones en sus relatos finales, por lo que será preciso realizar entrevistas personales a cada una de las fuentes de información, con el objetivo de construir adecuadamente el relato.

En síntesis, si tuviésemos que graficar la prueba de un caso, podríamos observarlo como un conjunto de hechos, donde algunos son coincidentes entre sí, otros presentan algunas variaciones en temas más bien periféricos, y a veces, hay información que resulta absolutamente contradictoria con los hechos que se derivan de diversas pruebas, por lo que será fundamental el trabajo sobre hechos secundarios que le den mayor o menor fuerza a cada una de las fuentes de información (credenciales de la prueba).

Como observamos, trabajar un caso de manera profesional es una tarea sumamente compleja que requiere de guías analíticas adecuadas que nos faciliten la tarea de procesar una enorme cantidad de hechos. De allí la necesidad de no apartarnos de la teoría del caso, entendida esta como guía analítica que nos permite procesar profesionalmente la información de un caso.

Entonces, para no caer en la desesperación o la angustia que algún lector podrá sentir en este momento, antes que abandone la lectura del libro, le daré un primer insumo. Un buen analista debe procesar los hechos y saber clasificarlos. No todos los hechos que se derivan de la prueba responden a una misma categoría, ni tienen la misma implicancia en el caso.

Es preciso reconocer que hay hechos relevantes y otros que no lo son. Y ella es una clasificación que depende de qué estemos litigando y que se esté discutiendo en el caso. Por ejemplo, no parece ser un hecho relevante que Furloti y Cavic trabajen en la misma dependencia policial. Ahora si la defensa sostiene que Cavic no trabaja allí, que no estuvo en el lugar el día de los hechos, ese hecho que parecía absolutamente irrelevante vuelve a cobrar importancia. En síntesis la relevancia o no de un hecho no es una condición natural, sino que depende de cuáles son las narraciones que las partes presentarán en juicio. Entonces vemos que hay determinada clasificación que tenemos que tener presente, a saber:

- a. Hechos relevantes e irrelevantes para la teoría del caso. Esta clasificación permitirá no solo debatir sobre la pertinencia y relevancia de la prueba en la audiencia preparatoria de juicio¹⁵⁰, sino antes bien, analizar qué información o datos tengo para sostener una u otra postura.
- b. Hechos contradictorios y de común acuerdo. Saber qué hechos serán debatidos nos permitirá encontrar en el caso cuál o cuáles son los puntos de inclinación, esto es, los hechos que definirán el éxito o fracaso del litigio, cuál es la categoría jurídica por donde pasa el conflicto (se debatirá sobre autoría, sobre la existencia del hecho, o sobre qué elemento de la teoría jurídica), cuáles serán los acuerdos probatorios posibles (si no está en discusión la existencia del hecho pero sí la autoría, está claro que las partes debieran llegar a muchos acuerdos probatorios en la audiencia preparatoria de juicio, tales como tal día a tal hora, a la víctima le fue sustraída su billetera; en su billetera tenía 2000 pesos, etc.).
- c. Hechos principales y secundarios, según tiendan a acreditar los hechos sostenidos en la acusación o se centren en fortalecer otras fuentes de información.

Una segunda dificultad radica en que nos hemos acostumbrado a trabajar y darle mayor incumbencia a la columna de la prueba que a la de los hechos. ¿Qué queremos decir con esto? Que tenemos una visión más bien descriptiva de la prueba. Se nos ha enseñado, y nos hemos acostumbrado a tener una mirada descriptiva y no analítica de la prueba. Ese mismo formato se reproduce en el armado de las decisiones judiciales donde es frecuente observar un resumen del planteo que efectuó cada parte y, muy al final de la resolución, los argumentos que dan respaldo a la decisión. Ese tipo de argumentación se trasplantó en el sistema oral, y por eso es frecuente aún observar cómo los litigantes en sus peticiones (se ve muy claramente en los alegatos de clausura en juicio), en vez de limitarse a argumentar sobre los hechos sostenidos y el derecho aplicable desde una visión analítica, dedican gran parte de su exposición a describir todo lo que sucedió en el juicio, presentando un resumen de cada testigo, como si los jueces no hubiesen estado presentes. Ese diseño o esquema de trabajo está centrado en la prueba, esto es, en las fuentes de información, cuando nuestra tarea como litigantes es, precisamente, trabajar sobre hechos relevantes y favorables, y las inferencias

¹⁵⁰ Si los hechos que una parte pretende acreditar no son relevantes para el caso, esa prueba debiera ser rechazada.

que con ellos podamos realizar, independientemente del medio del cual provienen. En síntesis, es preciso diagramar el caso desde los hechos, clasificándolos y enlazándolos para explicarle al tribunal cómo debe construir las conclusiones y cuál es el proceso inferencial realizado. No desde cada medio de prueba, donde se encuentran una serie de hechos que, en su gran mayoría, no serán relevantes ni se vincularán a los puntos de inclinación del caso. En síntesis, para decirlo de manera clara, debemos enlazar los hechos por su relevancia y no por la fuente de donde provienen. Claro que trabajar con este esquema y salirnos de una visión lineal descriptiva de la prueba requerirá de trabajo.

En tercer lugar, debemos evitar caer en un error muy frecuente, consistente en construir las proposiciones fácticas solo desde la información que se encuentra en el legajo¹⁵¹. Es frecuente observar cómo la justificación y selección de las proposiciones fácticas es construida desde las diversas evidencias con que ya contamos en el legajo de investigación, ya sean testimoniales, peritos o prueba material, en vez de realizarlo a la inversa, esto es, una vez identificados los hechos o nuestra hipótesis de trabajo, se lo califica jurídicamente y se trabaja desde el derecho hacia las proposiciones fácticas necesarias para acreditarlo y, luego, se pasa a analizar con qué prueba puedo comprobar tales extremos.

El inconveniente que genera el mecanismo cuestionado radica en que deja traslucir una visión muy lineal de trabajo y consustancial con el viejo expediente judicial y la idea inquisitiva del "trámite" y, por ende, con visos de formalismo antes que de investigación. En síntesis, se trata de una visión de la teoría del caso desde la mirada y análisis del expediente, que no es otra cosa que el relato policial del caso. Una mirada más fresca para una adecuada planificación de un caso exige que la teoría del caso parta desde una visión creativa sobre las proposiciones fácticas –existentes o no- que, de poder obtenerlas, nos acercará a la acreditación de los elementos de la teoría jurídica. Esta es la tarea de un analista, necesaria para el éxito de un caso.

Sostenemos que, una vez determinados los hechos preliminares y el derecho aplicable, se debe tener una visión mucho más amplia de la investigación, buscando distintas proposiciones fácticas –directas e indiciarias-, se tengan o no en el legajo, que permitirán

¹⁵¹ Es frecuente observar en manuales de litigación que establecen que las proposiciones fácticas se deben armar desde la prueba con que contamos, sin advertir que el trabajo debe realizarse a la inversa, esto es, pensar qué proposiciones fácticas resultan relevantes y ver con qué medio probatorio podríamos obtenerlas.

acercarnos a la acreditación de los elementos de la teoría jurídica para luego trazar, desde allí, los ejes de la investigación que habrá de desarrollarse y la forma de obtenerlas.

Es importante recalcar que jugar con la creatividad respecto de qué proposiciones fácticas resultan adecuadas para el caso (recordemos que desde el punto de vista de la acusación aún no sabemos qué sucedió y no deben desecharse de plano hipótesis posibles de ocurrencia de los hechos) no debe confundirse con torcer la verdad o pensar en mecanismos tendientes a falsear los hechos. No estamos afirmando aquí que, de acuerdo a nuestras necesidades, se deba mentir o torcer la realidad. Al contrario, sostener esto, además de ser un acto ilegal, nos daría poca credibilidad y poco margen de éxito en un juicio oral donde, a través de la oralidad, intermediación y la contradicción, no hay lugar para la mentira. Lo que aquí queremos puntualizar es que solo conociendo cuáles son las proposiciones fácticas que hoy no contamos pero que necesitaremos, lograremos fijar los límites de nuestra investigación.

En cuarto lugar es preciso aprender a enlazar hechos para construir procesos inferenciales. Como sostuvimos, cuando un caso llega a la instancia de juicio ello se debe a que la defensa puede presentar, al menos, una duda razonable sobre algún extremo de la hipótesis de la acusación. Esto implica necesariamente que alguno de los hechos de la acusación se pretende acreditar con prueba indiciaria que requerirá de un proceso inferencial, o con prueba directa de reducida credibilidad. Llevándolo al plano fáctico, o bien no contamos con ningún testigo que observó los hechos en forma presencial y directa (necesitamos de prueba indiciaria), o de existir un testigo que dice haber observado el suceso en forma presencial, hay ciertas dudas sobre su credibilidad, ya sea por las malas condiciones de percepción del testigo, o por dudas sobre su veracidad u objetividad (credenciales de la prueba). Si lo observamos desde el caso Carmen, no será suficiente el testimonio de Jara para tener por acreditado que Carmen tenía entre sus ropas marihuana, sino que requerimos acreditar determinados hechos que le den credibilidad a dicha fuente de información (testimonial de Jara), tales como Jara no conoce a Carmen, trabaja como policía desempeñándose en la zona desde hace 10 años, nunca tuvo sanciones disciplinarias, goza de una excelente visión, era de día y no había ningún obstáculo visual entre Carmen y él, etc.

En quinto lugar debemos tener presente que usualmente los abogados solemos confundir lo que es un hecho, de una conclusión o de una mera adjetivación, lo que impide

realizar un trabajo serio con los hechos del caso. Por ejemplo, es frecuente escuchar a los testigos realizar relatos similares al que transcribiremos a continuación:

“en momentos en que me encontraba detenido en la intersección de las calles San Martín y Libertador, observé que una persona joven corría rápidamente en dirección hacia el norte, de manera desesperada, llevando un arma muy grande en sus manos y, al ser detenida por la policía, se resistió fuertemente, debiendo el oficial de policía utilizar la fuerza mínima e indispensable para proceder a su detención”.

Veamos con detalle estos hechos. Como podrán observar ese extracto de una declaración testimonial está plagada de conclusiones y no de hechos concretos. Así, encontramos las siguientes conclusiones;

- a. ¿Qué es una persona joven? Podemos tener distintas apreciaciones sobre esa condición que, seguramente, dependerá de nuestra edad y de nuestras vivencias.
- b. Corría rápidamente. ¿A qué se refiere el testigo con correr rápidamente? Realmente no lo sabemos. Nuevamente se trata de una apreciación subjetiva.
- c. Lo hacía de un modo desesperado. Nuevamente una apreciación subjetiva, pero que en este caso parece incluso no solo tratarse de una conclusión, sino también de una construcción inferencial del testigo. Pareciera ser que el testigo infiere que corría desesperadamente porque luego aparece un policía que lo detiene. Pero, ¿era realmente así? Por de pronto no tenemos ningún hecho que grafique el modo en el que corría el imputado.
- d. Arma muy grande. ¿en comparación con qué? No sabemos si el testigo sabe de armas y cómo está haciendo su comparación.
- e. Se resistió fuertemente. Si el testigo cree en que se debe acatar toda orden policial, sea justa o no, seguramente cualquier mínima resistencia le parecerá excesiva. Si tiene una visión negativa sobre las fuerzas, tal vez esa apreciación disminuya. Pero, para el caso, el hecho relevante es qué hizo para resistirse. El qué hizo, cómo lo hizo, cuánto duró esa resistencia parecen ser los hechos relevantes; y, por último
- f. Fuerza mínima e indispensable desplegada por la policía. Nuevamente estamos en presencia de una conclusión y no de un hecho.

Distinguir hechos de conclusiones es vital si un abogado no quiere encontrarse con sorpresas en el juicio, o quiere dejar que las apreciaciones subjetivas de los testigos sean

resueltas según el parecer de cada juez. Solo con un buen trabajo de investigación sobre los hechos, el litigante podrá preparar adecuadamente su caso. Realizadas estas apreciaciones, corresponde introducirnos en el trabajo de la determinación de las proposiciones fácticas.

5.4. Clasificación de las proposiciones fácticas.

Los hechos o proposiciones fácticas pueden ser clasificados desde diferentes perspectivas. Estas distintas dimensiones nos permitirán trabajar con mayor claridad. Tener especificidad sobre cuál es la finalidad de cada uno de los hechos resulta vital para planificar adecuadamente el caso.

Una primera observación necesaria, antes de ingresar de lleno a las clasificaciones, es que contrariamente a lo sostenido en doctrina, son los hechos –y no las pruebas-, los que deben clasificarse en, por ejemplo directos o indiciarios. Advertimos que la doctrina tradicional ha clasificado a las evidencias según su contenido y según si acreditan proposiciones fácticas de manera directa o indiciaria, sin advertir que esa clasificación no se refiere específicamente a las evidencias en sí, sino antes bien hace alusión a las proposiciones fácticas que se derivan de la prueba. Dicho de otro modo no es el medio de prueba en sí (testigo, perito, prueba material) el que debe ser clasificado como evidencia directa o indiciaria, afirmativa o de refutación, sino que serán eventualmente determinados hechos, que no son otra cosa que “afirmaciones” sostenidas por una fuente de información, merecedoras de esa clasificación.

Cada fuente de información, por ejemplo un testigo, narrará una innumerable cantidad de hechos que habrá que ver si se tienen o no por acreditados. Y cada uno de esos hechos que introduzca en su relato será merecedor de diversas clasificaciones. Así un testigo, en una declaración narrará algunos hechos que serán afirmativos (A realizó determinada conducta), de refutación (no es cierto que A estaba en el bar. Estuve toda la noche custodiando la entrada y él no ingresó), otros serán de acreditación directa de la acusación (vi cuando A disparó el arma contra B), y otros solamente indiciarios de los hechos sostenidos en la acusación (vi que A salía de la casa de B con un arma en sus manos). Es probable que un mismo testigo, en su relato, introduzca proposiciones fácticas afirmativas sobre determinados aspectos, de credibilidad sobre otros y de refutación sobre otros tópicos o afirmaciones de la contraparte. Llevándolo al caso Carmen, es posible que la acusación pretenda que los testigos de actuación

en la detención brinden: una o más proposiciones fácticas de afirmación sobre la existencia de los estudiantes en el lugar; de credibilidad sobre el accionar policial; y de refutación sobre algún punto que pueda dar Carmen en juicio (podría ser una refutación sobre la inexistencia de estudiantes en el lugar con los que intercambiaba objetos). De modo tal que nos parece adecuado sostener que se trata, en todo caso, de una clasificación de hechos y no de evidencias en sentido estricto.

Sentado ello, corresponde hacer una primera clasificación de las proposiciones fácticas según su contenido. Desde esta perspectiva, las proposiciones fácticas que pretendemos acreditar a través de las evidencias pueden ser:

- a. afirmativas;
- b. negativas;
- c. de refutación y contra refutación;
- d. de credibilidad;
- e. explicativas; y
- f. emocionales (Bergman, 1989, p. 28).

Sintéticamente las proposiciones fácticas afirmativas son aquéllas que tienden a acreditar una afirmación de un hecho favorable para nuestro caso. La mayoría de las evidencias de la acusación tienen el carácter de ser proposiciones fácticas afirmativas ya que, como consecuencia del “*onus probandi*”, corresponde a ésta la carga de la prueba y el deber de acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. Así, en el caso “Carmen”, corresponderá a la acusación acreditar cada una de las proposiciones fácticas necesarias para dar por probado cada elemento de la teoría jurídica. Requerirá de uno o más hechos que le permitan acreditar la acción típica, el carácter de estupefaciente, la autoría y los elementos subjetivos distintos del dolo. Por el contrario, la defensa, según cuál sea su teoría del caso, no requerirá necesariamente acreditar sus proposiciones fácticas con evidencias afirmativas, ya que pudiera limitarse a negar el fin ultra típico –finalidad de comercializar la droga- (defensa negativa), en cuyo caso bastará con presentar evidencias de refutación (por ej, en el caso Carmen, sostener que no había estudiantes rodeándola). Sin embargo, aun así, es muy frecuente que tengan la necesidad de presentar hechos afirmativos, aunque más no sea sobre el comportamiento y las condiciones personales de la imputada. Parece poco persuasivo presentar un caso sin ninguna proposición fáctica afirmativa. Un caso trabajado

exclusivamente bajo hechos negativos no suele ser una buena manera de relatar una historia, aún en defensas negativas.

Las proposiciones fácticas negativas son muy relevantes en un caso, aunque su observación no sea tan perceptible. Una proposición fáctica negativa puede ser definida por su contenido de manera directa (Carmen niega tener marihuana en su poder), pero también puede ser inferida por lo que no se asentó, a pesar de que no esté detallado expresamente en las actuaciones, podemos inferir proposiciones fácticas negativas que pueden ser muy relevantes en el caso Carmen, como por ejemplo, las siguientes:

- a. Carmen no tenía consigo balanzas de precisión.
- b. Carmen no tenía agendas o anotaciones vinculadas al hecho ni un celular con datos relevantes.
- c. Carmen no opuso resistencia.
- d. La policía no detuvo a ninguno de los estudiantes que presuntamente eran compradores.
- e. La policía tampoco asentó cómo vestían ni ningún otro dato de interés para poder ubicarlos.
- f. La policía no intentó siquiera perseguir a los estudiantes para poder identificarlos.

Estas proposiciones fácticas suelen ser muy relevantes a la hora de analizar un caso y es muy importante que se asienten en nuestra guía analítica para planificar la información y construir nuestra hipótesis sobre lo ocurrido.

Claro que es frecuente que, para que una evidencia afirmativa tenga un mayor peso probatorio, se sumen proposiciones fácticas de credibilidad que fortalezcan esa información. ¿Por qué un juez o jurado habría de creerle al oficial Jara respecto de que Carmen estaba rodeada de jóvenes? ¿Sólo porque él lo afirma? ¿Quién es realmente Jara? Así, la falta de sanciones en el legajo del policía que intervino en el caso Carmen, la existencia de condecoraciones, y el buen manejo en los casos que intervino resultan ser proposiciones fácticas que tienden a aumentar la credibilidad de su versión. Las proposiciones fácticas de credibilidad son utilizadas en igual modo tanto por la acusación como por la defensa. Frente a la existencia de dos historias en pugna, los elementos que fortalezcan la credibilidad de una u otra versión, serán una herramienta de singular importancia que el juez deberá analizar al momento de resolver el caso. Recordemos que en el sistema adversarial, el juez toma

contacto con el caso recién en el inicio de la audiencia, de modo tal que toda información que sustente la credibilidad de las proposiciones fácticas que vierten los testigos en juicio, tiene un peso significativo. La incorporación de proposiciones fácticas de credibilidad en la acreditación son de singular importancia ya que serán el soporte para que un juez las de o no por acreditadas¹⁵².

También suele suceder que, frente a determinadas afirmaciones de los testigos, sea necesario presentar una proposición fáctica explicativa que permita, o bien una mayor comprensión de los hechos, o también una explicación que, de no presentarse, pudieran restar credibilidad a la historia. Por ejemplo, para el primer supuesto supongamos que un perito declara en juicio y concluye que no hay margen de error sobre sus conclusiones. Si no hay una proposición fáctica explicativa que sostenga esa conclusión se pierde en credibilidad. ¿Se trata de una verdad científica o de pura soberbia del perito? Será preciso una proposición fáctica explicativa que fundamente por qué no hay margen de error sobre sus afirmaciones. En el segundo supuesto supongamos que el preventor al ser interrogado por un caso que llega a juicio luego de dos años comience explicando que recuerda que el día 17 de septiembre de 2015 a las 20:14 hs. realizó el procedimiento. Una primera aproximación al caso nos muestra que esa afirmación no parece ser muy creíble, y ello puede repercutir en la credibilidad de todo su testimonio. Cómo puede ser que recuerde con tanta precisión el día y la hora. Ahora bien si a través de una pregunta cerrada se logra acreditar una proposición fáctica explicativa, en la que el testigo afirme, supóngase, que recuerda el día porque era su cumpleaños, que finalizaba siempre su servicio a las 20 horas y que estaba ofuscado porque llegaba tarde a su propio cumpleaños, pareciera ser que la credibilidad del testigo ahora aumenta.

Del mismo modo que las proposiciones fácticas de credibilidad, también puede ser útil complementar la evidencia afirmativa con hechos de contenido emocional. En un caso penal siempre hay valores en juego. La acreditación de afirmaciones de contenido emocional que puedan mover la aguja para un lado o para el otro siempre es una buena herramienta de litigación, ya que permite humanizar el conflicto, siempre que no se abuse en su

¹⁵² Estas proposiciones fácticas vinculadas a la credibilidad de la fuente de información serán trabajadas en el capítulo siguiente de este libro.

utilización¹⁵³. No se trata de presentar proposiciones fácticas que solo busquen causar impacto emocional que genere un perjuicio indebido. En la etapa intermedia habrá un control exhaustivo sobre la prueba y toda proposición fáctica que pretenda ser admitida a través de un testigo que solo tenga una finalidad de generar un prejuicio en el juzgador debiera ser rechazada, como veremos en el capítulo siguiente. Sin embargo, sí debieran ser admitidas las proposiciones fácticas que pretenden ingresar información sobre los valores que está en juego en cada caso. Vale la pena recordar que el litigio se presenta en tres grandes dimensiones; la dimensión del derecho, de los hechos y de los valores del caso.

Como es sabido, las estrategias de litigación en juicio oral no son pura retórica, como se pretendió hacer creer con la llegada del juicio oral en la justicia federal de Argentina, allá por el año 1992, donde los cursos de oratoria inundaron la zona tribunalicia. Tampoco es un ejercicio puramente emocional. Ahora bien, ello no implica que el arte de la litigación no pueda valerse de algún punto emocional que pretenda mostrar por qué el caso debe ser resuelto de una u otra forma. Cuando en el caso “Carmen” planteamos como posible teoría del caso de la defensa la mención de que nada malo tenía la conducta de Carmen de suministrar marihuana a su marido, si con ello le calmaban los intensos dolores que padecía, lo que estamos arrimando es un enfoque emocional y de justicia al caso, una perspectiva posible para que un juez o jurado observe los hechos. Si logramos armar proposiciones fácticas que tengan ese contenido (como ser, el propio marido que cuente cómo le calmaba sus intensos dolores y cómo se sentía esos días), lo que estamos haciendo es ingresar afirmaciones de contenido emocional que, tal vez, no sean suficientes para ganar el caso, pero seguramente serán de suma utilidad para mostrar una perspectiva que aumente las posibilidades de éxito.

Por lo general, la teoría del caso de la defensa partirá desde otra perspectiva, buscará acreditar proposiciones fácticas de refutación, esto es, afirmaciones que pretenden debilitar la prueba del adversario, ya sea de negación o que reconoce la versión de la contraria pero le otorgan otra explicación (Bergman, 1989, p. 27). Si la defensa opta por negar la versión de la acusación, entonces tiene dos caminos: o bien se contenta con negar las proposiciones fácticas de la acusación (por ejemplo, Carmen no tenía marihuana encima, lo que constituye

¹⁵³ Hacemos referencia a que un uso excesivo de proposiciones fácticas emocionales, pudiera ser objetada por tratarse de información que tiende a generar perjuicio en el juzgador y que, por ende, resulte irrelevante a los fines de probar los hechos.

una proposición fáctica negativa); caso contrario debe ingresar nuevas proposiciones fácticas que resulten contradictorias con las de la acusación (por ejemplo, Carmen no tenía la droga, sino que la misma le fue “plantada” por la policía, en un procedimiento ilegal), lo que constituye una proposición fáctica de refutación. La selección de una proposición fáctica negativa o de refutación trae aparejado la posibilidad de acordar sobre la existencia de otros hechos que no serán discutidos en juicio, a través de acuerdos probatorios que se amarran en la audiencia preparatoria de juicio. Llevándolo al caso Carmen, si la defensa reconoce que tenía consigo la marihuana, pero que se la llevaba a su marido con fines terapéuticos, es posible que las partes puedan arribar a un acuerdo probatorio sobre varios puntos (no sobre la posible oferta al grupo de estudiantes, pero sí sobre la tenencia misma de la marihuana y el conocimiento de ese elemento). Y la discusión pasará por la explicación que de ese hecho adopten ambas partes. La credibilidad de una u otra versión quedará en el centro del debate.

Asimismo, como esa suerte de juego de espejos que se genera entre las teorías del caso de ambas partes, la acusación y la defensa, deberán estar preparadas para presentar en juicio proposiciones fácticas de contra refutación, que les permita contradecir los argumentos de refutación que se presenten en juicio. Esta visión compleja del caso es muy relevante, ya que, de no ser advertida en la etapa intermedia, es posible que no tengamos como contestar a determinados afirmación de refutación. Así, en el caso “Carmen”, la Fiscalía deberá preparar proposiciones fácticas de contra refutación con su respectiva evidencia, que le permitan sostener que al marido de Carmen nunca le fue recetada marihuana y que, según su visión, de acuerdo a la ciencia médica la marihuana no genera ningún efecto paliativo. Por su lado, la defensa debe estar preparada para ese eventual contraataque de la acusación y presentar evidencia respecto de que muchos procedimientos médicos que comienzan en forma experimental, luego son adoptados por la ciencia médica como respuestas adecuadas para el arte de curar, remarcando la cantidad de casos que hoy son empleados con ese mecanismo. Cada uno de estos hechos de contra refutación debe ser planificado previamente.

Una segunda clasificación de proposiciones fácticas puede estar vinculada a la forma en que en que se acredita un hecho o se arriba a una conclusión. Contamos con proposiciones fácticas que acreditan directamente uno de los elementos de la teoría jurídica. Otras lo hacen de manera indirecta a través de la conjunción de varias proposiciones fácticas que nos permiten arribar a una conclusión (procesos inferenciales). Así, tendremos evidencias

destinadas a acreditar afirmaciones directas sobre alguno de los elementos de la teoría jurídica, y otras que solo buscan afirmaciones de hecho indiciarias o circunstanciales, que requerirán de la inferencia del juzgador para tener por acreditado alguno de los hechos. Al decir de Bergman, las evidencias indiciarias son las que requieren una inferencia, esto es, un nexo mental entre un elemento de prueba y una conclusión (1989, p. 31).

Ahora bien, tal como venimos sosteniendo, la circunstancia de que contemos con prueba indiciaria no implica que el hecho no pueda ser acreditado. Es más, dependiendo de la credibilidad de cada fuente de información, no necesariamente una proposición fáctica directa es más fuerte que una indiciaria. En efecto, aun contando con un testigo que afirme que vio al imputado disparar el arma que portaba contra la víctima, habrá que determinar si ese testigo es realmente o no una fuente creíble. Es cierto que una proposición fáctica directa no requiere para su comprobación ningún tipo de inferencia de parte del juzgador. Pero aun así, habrá que determinar si la afirmación directa supera el test de credibilidad de su fuente. Así, en la prueba directa, la atención habrá que ponerla en la acreditación del testigo y en la posible desacreditación del testigo o del testimonio que pueda presentar la contraparte en su contraexamen (Moreno, 2012, p. 123). Es por ello que es muy importante la determinación de si se trata de testigos que afirmarán proposiciones fácticas directas o indiciarias para preparar, previo al juicio, no solo la prueba de cargo, sino también las eventuales refutaciones,

Por el contrario, las proposiciones fácticas indiciarias o circunstanciales son aquellas que, para acreditar un elemento de la teoría jurídica, requieren de una inferencia de parte del juzgador. Tal como adelantamos, esta circunstancia no le quita fuerza probatoria. Es más, me animaría a afirmar que la gran mayoría de los casos se prueban a través de un gran cúmulo de afirmaciones indiciarias, las que de estar apoyadas según las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el conocimiento científico, y ser claras, precisas y concordantes entre sí, terminan por resultar suficientes para la acreditación de los elementos de la teoría jurídica. Sin ir más lejos, los elementos subjetivos del tipo solo pueden ser acreditados a través de este mecanismo inferencial, ya que salvo que el autor confiese qué es lo que le pasaba por la mente al momento del hecho y cuál era su intención, difícilmente exista otra manera directa para acreditar tal extremo.

Si observamos el caso “Carmen” sobre el que estuvimos trabajando, fácil es advertir que sobre el “fin de comercialización del autor”, contamos con varias proposiciones fácticas indiciarias que, de poder acreditar todas ellas, el caso debiera ser ganado por la acusación. Así, las circunstancias de: a. tener la droga fraccionada; b. una gran cantidad de billetes de bajo monto; c. no tener trabajo; d. que estuviera rodeada por estudiantes; y e. tener una balanza de precisión en su domicilio, no prueban directamente que Carmen tuviera marihuana con fines de comercialización, aunque su fuerza indiciaria es realmente elevada.

Tal como afirman Baytelman y Duce, a diferencia de la prueba directa, la fuerza de la prueba indiciaria no depende exclusivamente de la credibilidad de la prueba, sino de la calidad de la inferencia (2004, p. 367). En estos casos, para demostrar la proposición fáctica se requiere la mediación del razonamiento judicial y del carácter persuasivo de la prueba. Para ello, es importante tener en cuenta las reglas generales de la experiencia, la lógica y del sentido común como generalizaciones para realizar la inferencia. Sin embargo, si pretendemos no dejar librado al azar las inferencias que el juez realice al valorar la prueba, es necesario acreditar cada una de las evidencias circunstanciadas referidas a un mismo elemento de la teoría jurídica, en un mismo bloque de información, y utilizar el alegato de clausura (Bergman, 1989, p. 33) para explicar cómo el juez debe mirar las evidencias y cómo debe formular esa inferencia para dar por acreditados los elementos de la teoría jurídica.

Ahora bien, no todas las afirmaciones indirectas o circunstanciadas permiten construir procesos inferenciales sólidos. Como vemos no todas las afirmaciones indiciarias tienen el mismo peso probatorio. Pareciera ser que, según las reglas generales de la experiencia y del sentido común, que alguien no tenga trabajo pero que tenga dinero puede deberse a un sinnúmero de causas, como haber realizado trabajos temporales, que un familiar o amigo le haya prestado dinero, etc. No parece necesariamente inferirse que tenga dinero por la venta de estupefacientes. Asimismo, la droga fraccionada tiene un peso mayor que las dos anteriores, aunque pudiera ser que Carmen la adquirió para otros fines que la comercialización, como ser para su consumo personal. Sin embargo, pareciera ser que de acreditarse que estaba rodeada de estudiantes en momentos en que tenía marihuana en su poder y tener una balanza de precisión en su domicilio, el caso cobra otro valor. Como se verá, al analizar las proposiciones fácticas que acreditará cada parte, estamos posicionándonos en el alegato de clausura, en el sentido de que si el juicio oral no es para investigar sino para presentar la

prueba que sabemos que tenemos, al iniciar el juicio estamos pensando ya en como argumentaremos los hechos en el alegato de clausura y cuál será el razonamiento inferencial sobre éstos.

5.5. Una aproximación desde un caso.

Volviendo al caso de la Sra. Carmen analizaremos pues algunas de las proposiciones fácticas más relevantes que podemos trazar para acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica. En esta oportunidad es bueno refrescar que no debemos buscar solo lo que surge de la lectura del caso (que viene a ser lo que está en el expediente judicial), sino pensar qué hechos serán sumamente relevantes en caso de obtenerlos. Es esta visión más amplia la que nos permitirá comenzar a trazar ejes de investigación desde la teoría del caso. Así, en la columna de los hechos agregaremos un detalle sobre los hechos que estén acreditados y los que no, pero que, de realizar una investigación exitosa, pudiéramos llegar a contar con ellos.

Es importante recalcar que en este cuadro solo estaremos analizando un primer bloque de proposiciones fácticas, restando aún analizar otros hechos, como son los vinculados a la credibilidad de la fuente de información (credenciales de la prueba), las que analizaremos con mayor detalle en el capítulo siguiente vinculado a la prueba.

De un primer análisis, entonces, estos son los hechos más relevantes.

Teoría Jurídica	Proposiciones Fácticas	Pruebas
1. Tenencia	<ol style="list-style-type: none"> 1. La Sra. Carmen tenía entre sus ropas marihuana. 2. La campera en donde estaba la marihuana era de su propiedad (hipótesis que requiere aun investigación que lo confirme). 3. No había prestado esa campera a nadie (hipótesis que requiere acreditarla; proposición fáctica negativa) 	
2. Estupefaciente	<ol style="list-style-type: none"> 1. La sustancia secuestrada fue peritada y se determinó que era marihuana en 90 gramos. 2. El material peritado es el mismo que el secuestrado. 3. Se respetó la cadena de custodia. 4. El subinspector interviniente firmó y lacró el sobre con el contenido, tal como lo recibió quien lo peritó. 	

3. Dolo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carmen sabía el contenido que tenía en su campera. 2. No era la primera vez que Carmen tenía marihuana. 3. Ella sabía que tenía consigo marihuana. 	
4. Finalidad de comercialización	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carmen sabía que tenía marihuana y la ofrecía a estudiantes por dinero (hipótesis a comprobar). 2. Carmen comercializaba marihuana (hipótesis a comprobar). 3. Carmen estaba rodeada de estudiantes intercambiando objetos. 4. Tenía plata y estaba sin trabajo. 5. Los billetes eran de bajo valor y en gran cantidad. 6. Tiene balanza de precisión en su domicilio (hipótesis a verificar). 7. La marihuana estaba separada en sobres de 10 gr cada uno. 8. La marihuana se vende por gramo. 	
5. Autoría	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carmen ofrecía sola la marihuana y la tenía consigo. 2. No estaba acompañada de otras personas más que los estudiantes que se escaparon corriendo. 	
6. Consumación	<ol style="list-style-type: none"> 1. El personal policial intervino luego de que intercambiaran objetos. 	
7. ¿Validez del procedimiento?	<p>Opción A. Carmen no tenía documentos y al buscarlos por pedido del policía, posibilitó que éste viera que tenía marihuana consigo y es allí donde se ordena su detención.</p> <p>Opción B. Carmen fue requisada por la policía por no tener documentos.</p> <p>Opción C. La policía ordena la detención de Carmen por encontrarse con estudiantes en actitud sospechosa consistente esta en: a. mirar para ambos lados; b. estudiantes que salen corriendo al ver al policía; y c. intercambiar objetos y palabras de manera nerviosa.</p>	

Como vemos en la guía analítica que acabamos de confeccionar sobre el caso Carmen, desde el punto de vista inicial de la acusación, podemos extraer varias conclusiones. Pero antes de comenzar con esta tarea es preciso puntualizar que el cuadro de la teoría del caso

nos permite realizar una evaluación profunda sobre la legalidad de la detención, para poder verificar cuál será el horizonte de proyección del caso. Este debate que será propio de la primera audiencia de control de detención, nos permite posicionarnos en distintas hipótesis que tendrán basamento en variados cuadros fácticos. Sentado ello, y partiendo del supuesto en que se considere legal la detención, habremos de analizar y arribar a distintas conclusiones.

En primer lugar, y como venimos remarcando, el armado de las proposiciones fácticas no necesariamente está relacionado con los datos que surgen del legajo de investigación. De ser así, estaríamos sosteniendo antes que un modelo de planificación profesional de la información, el mantenimiento del sistema inquisitivo morigerado escrito con un poco de maquillaje. Ambas partes deben procurar trazar líneas investigativas¹⁵⁴, que le permitan acercarse a sus hipótesis fácticas trazadas. Por un lado, el Ministerio Público Fiscal debe comenzar a trabajar en tareas de investigación autónoma y trazar su estrategia de investigación, no sobre la base del material recibido, sino antes bien, sobre las proposiciones fácticas necesarias para acreditar fehacientemente cada uno de los elementos de la teoría jurídica. Por el lado de la defensa, trazar una línea de investigación autónoma que, partiendo de la información con la que cuenta la acusación (recordemos que el legajo fiscal es público para las partes) y nutriéndose de los datos que inicialmente pueda obtener de la entrevista personal con su asistido, le permitan trazar una salida favorable, sustentada en alguno de los elementos de la teoría jurídica, valiéndose para ello de la teoría del delito, como mecanismo de aplicación de los principios acotantes del poder punitivo.

En esta función, ambas partes deben partir con los datos que surgen del legajo, más no limitarse a ello. Así, como vemos del caso, desconocemos si Carmen tiene en su domicilio una balanza de precisión (proposición nro. 6 del elemento 4). Más estamos seguros que, de encontrar tal elemento, esa proposición fáctica nos permitirá acercarnos más a tener por acreditado el elemento jurídico "fines de comercialización". Esto no quiere decir que las hipótesis que manejemos sean una suerte de receta mágica para ganar el caso. Las proposiciones fácticas requerirán de evidencia que las sustente y que ésta sea admisible, confiable y creíble. Si no logramos acreditar determinadas proposiciones fácticas (por ejemplo, no logramos dar con una balanza de precisión, o no logramos acreditar que Carmen

¹⁵⁴ Este punto será desarrollado con mayor profundidad en un capítulo posterior.

intercambio objetos con estudiantes), las mismas deberán ser inmediatamente excluidas de nuestra guía, a no ser que nos guste realizar papelones en la sala del tribunal. Esto nos muestra que el cuadro de la teoría del caso es absolutamente cambiante y dinámico durante los primeros pasos de la investigación, quedando más solidificado con el correr del proceso hasta fijarlo en la audiencia preparatoria de juicio oral¹⁵⁵.

Una segunda conclusión que podemos obtener del análisis práctico de la teoría del caso, es que podremos tener una o varias proposiciones fácticas para cada elemento de la teoría jurídica. Habrá supuestos en los que, con una proposición fáctica fuerte, nos alcanzará para acreditar el elemento de la teoría jurídica (por ejemplo, si Carmen afirma saber que el elemento que llevaba consigo era marihuana será suficiente para acreditar este extremo), ya sea porque el hecho es muy sólido e irrefutable, y está basado en prueba muy sólida –análisis que realizaremos en la próxima columna sobre teoría probatoria- o porque la estrategia de la defensa parte de aceptar la existencia de tal elemento –por ejemplo, en el caso no parece ser probable que Carmen esté dispuesta a afirmar que desconocía que el elemento que tenía era un estupefaciente, sino que su defensa debiera basarse en la utilización de la marihuana con fines medicinales-. Pero no siempre será así. Para acreditar otros elementos de la teoría jurídica precisaremos y contaremos más de una proposición fáctica. Como se observa en el cuadro presentado, el elemento “fin de comercialización”, cuenta con varias afirmaciones de hecho para acreditarlo.

El tercer punto a tratar tiene que ver con la fortaleza o debilidad de las proposiciones fácticas. Un adecuado manejo de la teoría del caso nos servirá no solo para realizar una investigación eficiente, sino antes bien, será una herramienta metodológica muy sólida a la hora de determinar si la proposición fáctica que pretendemos acreditar con la prueba es fuerte o débil. Para poder precisar tal extremo nos valdremos del test de superposición, esto es, superponer a la tesis contraria nuestra propia proposición fáctica.

Si a nuestras proposiciones fácticas, la contraparte le encuentra una explicación sólida y puede confrontarlas, esto puede tener dos significados posibles. Una primera explicación

¹⁵⁵ Cuando hacemos referencia a que la teoría del caso se vuelve más rígida en el debate, lo que queremos afirmar no es que los hechos podrán variar. Ello no es así, ya que perderíamos toda credibilidad en el juzgador si en el alegato de apertura planteamos unos hechos, que luego son modificados al momento de realizar una petición y argumentación en el alegato de clausura. Lo que queremos afirmar es que las proposiciones fácticas requeridas en juicio si podrán tener algún tipo de variación, dependiendo si los testigos dan alguna mutación en su relato, de modo tal que necesitemos otro tipo de afirmación de hecho.

radica en que la teoría del caso no pasa por cuestionar ese elemento de la teoría jurídica, en cuyo caso podremos arribar a un acuerdo probatorio en la audiencia preparatoria de juicio y tener esos extremos por acreditados. Llevándolo al caso de la Sra. Carmen, la defensa válidamente podrá afirmar que la Sra. tenía el material estupefaciente en su poder, y que sabía que era marihuana, ya que, tal como surge del enunciado, la teoría del caso de la defensa pasa por reconocer la tenencia pero con otro fin, esto es para consumo personal y el de su marido enfermo, pudiendo luego cuestionar la constitucionalidad de la figura penal de tenencia de drogas por afectar el principio de reserva. La defensa también pudo haber planteado un estado de necesidad y que la tenencia era exclusivamente para proporcionársela a su marido enfermo, cuya sustancia le había sido recetada como medicina paliativa de sus dolencias.

El otro significado posible es que si la defensa cuestiona un elemento de la teoría jurídica y, frente a las proposiciones fácticas de la acusación, le encuentra igual una explicación lógica, el test de superposición nos estará denotando que esa proposición fáctica no es sólida para la acusación. Con esto no queremos decir necesariamente que la acusación no podrá acreditar ese elemento de la teoría jurídica, ya que puede haber más de una proposición fáctica por cada elemento legal. Para llevarlo al caso de la Sra. Carmen, la defensa ha planteado su teoría del caso en cuestionar la finalidad especial de la tenencia, esto es, los fines de comercialización, ya que alega que la tenía para consumo personal y de su pareja. Si cotejamos las proposiciones fácticas propuestas por la acusación sobre dicho elemento de la tesis jurídica, observaremos que muchos de ellos parecen ser débiles o fácilmente refutables por la defensa. Al solo ejemplo ilustrativo, que Carmen tuviera dinero consigo, en billetes de poco monto, y no tuviera trabajo (proposiciones fácticas 4 y 5) es fácilmente rebatible. El origen del dinero puede obedecer a infinidad de causas. Carmen podrá sostener como proposiciones fácticas de su teoría del caso, que “trabajaba por horas en casas de estudiantes”, que “tenía ahorros de trabajos anteriores”, que “un familiar le dio dinero”, etc., las que, de acreditarlas, debilitará la proposición fáctica de la acusación. Como vemos, este juego de espejos, permite a cada una de las partes a anticiparse a las posibles estrategias de la contra parte.

Sin embargo, la propia debilidad de una proposición fáctica no la convierte de por sí en innecesaria. La acusación, en este caso, podrá utilizar la misma como una suerte de acreditación indiciaria del elemento de la tesis jurídica el que, de sumársele otras

afirmaciones indiciarias que resulten claras, precisas y concordantes, podrá aumentar la fuerza inferencial y probatoria y, por ende, la probabilidad que un juez tenga por acreditado ese elemento de la teoría jurídica y pueda concluir que Carmen efectivamente tenía marihuana con fines de comercialización, tal como requiere la figura penal agravada.

Por otro lado, de tenerse por acreditada la proposición fáctica de manera irrefutable, esto es que la defensa no podrá encontrar una explicación lógica posible a aquella dentro de su propia teoría del caso, será pues una demostración de la fortaleza de esa proposición fáctica (test de superposición positivo). En el caso de Carmen, todo indica que de contar con prueba que acredita las proposiciones fácticas nro. 1 y 6 referidas al elemento de la teoría jurídica “fin de comercialización”, esto es, que estaba ofreciendo marihuana a estudiantes por dinero y que tenía en su poder una balanza de precisión para tal fin, nada indica que la defensa pueda encontrar una explicación lógica, creíble y plausible a su teoría del caso. Si bien pudiera intentar afirmar que la balanza la tenía para otra finalidad, pareciera ser poco creíble –aun cuando fuera cierta- esa afirmación y, tal como sostuvimos al inicio de este capítulo, la credibilidad de la teoría del caso es uno de los elementos fundacionales al momento de su conformación.

El test de superposición nos demuestra un cuarto punto entonces. La identificación de la fortaleza o debilidad de cada proposición fáctica nos permitirá, como en un juego de ajedrez, poder anticiparnos a la estrategia de la contraparte. Un buen análisis de un caso, y una adecuada elaboración de las proposiciones fácticas nos permitirán identificar, desde el momento inicial de la investigación, cuál será la postura de la contraria y cómo eventualmente intentará refutar nuestras propias proposiciones fácticas. Un buen manejo de estos extremos nos facilitará la posibilidad de elaborar proposiciones fácticas de refutación, evitando ser sorprendidos en el juicio oral. Por ejemplo, si la acusación advierte tempranamente que la teoría del caso de la defensa pasa por afirmar que la marihuana que tenía la Sra. Carmen era para proporcionársela a su pareja que estaba enferma y que ésta le había sido recetada, la acusación debiera preocuparse por poder acreditar que ello no es así –evidencia de refutación-, que no le fue prescrita y que no es razonable, habitual, ni es una buena práctica médica recetar su consumo como paliativo, por lo que el planteo defensorista perderá fuerza probatoria. Para ello resulta aconsejable la elaboración de un segundo cuadro donde se asienten las proposiciones fácticas de refutación sobre la tesis de la contraparte. El

anticipo de la estrategia de la contraparte, ya sea para la acusación o para la defensa, resulta vital al momento de discutir la admisibilidad de la prueba en la etapa preparatoria.

Del mismo modo, en esa suerte de juego de espejos, en que cada parte debe analizar la estrategia de la contraria, la defensa deberá estar atenta no solo a las posibilidades de la acusación de elaborar proposiciones fácticas de refutación, sino también a cómo poder cuestionar aquéllas, a través de proposiciones fácticas de contra refutación. En el caso estaría centrado en analizar cómo demostrar que efectivamente la pareja de Carmen consumía marihuana, y que tal actividad le había sido recetada por un médico para paliar sus padecimientos físicos, a pesar de que la acusación pretenda ahora demostrar que no es una práctica médica adecuada, común ni frecuente.

La defensa deberá adoptar decisiones estratégicas en el momento procesal oportuno. Esto implica que si decide al inicio de la investigación trabajar sobre una investigación autónoma que vaya en sintonía de acreditar proposiciones fácticas de refutación, deberá definir si se las exhibe o no a la acusación para intentar arribar a acuerdos. Así exhibirlas le permitirá arribar a una posible negociación del caso, pero por el otro, le permitirá a la contraria anticiparse a su juego. Con esto no queremos decir que la defensa en todos los casos le convenga ocultar su juego a la contraparte. Seguramente ello no será así, y si la teoría del caso es realmente buena, sólida y acreditable en juicio, la acusación tendrá más que buenas razones para buscar otro tipo de respuesta, distinta a la de llevar el caso a juicio. Recordemos que la acusación pública tiene la posibilidad de llevar a juicio un limitado cúmulo de casos, y en base a ello, cuando decide llevar un caso a juicio es porque está seguro del éxito de la acusación. Si la posibilidad de éxito disminuye considerablemente, entonces una salida alternativa parece ser una buena decisión, desde un punto de vista estratégico.

Un quinto punto que se deriva también del test de superposición radica en que la guía analítica se constituye en un sólido insumo para visualizar la posibilidad de arribar a acuerdos probatorios, limitando el litigio a aquellos puntos donde las hipótesis se encuentran en conflicto. Así, si la defensa parte por admitir la tenencia de marihuana, no tendrá sentido alguno discutir ello en juicio. En el alegato de apertura seguramente la defensa iniciará diciendo algo así como “Carmen tenía marihuana para ayudar a su marido en sus dolencias, tal como se lo recetó un médico. ¿Es eso cuestionable en un estado de derecho? ¿Lesiona la salud pública, que Carmen le brinde una sustancia a su pareja, cuando ello le quita sus

dolores?” Si ello es así, entonces debiéramos partir de fijar determinados acuerdos probatorios sobre la tenencia de la marihuana secuestrada, siempre que la defensa no pretenda cuestionar la legitimidad de la requisita.

5.6. Defensas positivas o negativas.

De acuerdo a lo sostenido en el apartado anterior, entonces, será preciso también destacar cuál o cuáles son las proposiciones fácticas favorables para la defensa. Si la acusación no intenta dilucidar el enigma de por dónde la defensa planteará su caso, seguramente serán sorprendidas en el juicio oral y público. Como sostuvimos al inicio de esta obra, el juicio oral no es piadoso con los litigantes que no se preparan profesionalmente para el debate. La sala de audiencias no es un lugar para ir a probar suerte ni para presentarse ante un jurado o un tribunal sin tener en claro qué historia contar.

Hay dos tipos de defensas: positivas y negativas. Consideramos que una defensa es positiva cuando parte por demostrar en juicio una historia distinta a la planteada por la acusación. En este caso tendrá a su cargo acreditar cada uno de los extremos que invoca. Así, si plantea que hubo una legítima defensa, un estado de necesidad o un error de tipo, deberán acreditarse tales extremos o, al menos, generar una duda razonable sobre la posibilidad de que ello haya ocurrido. Por el contrario, si no se ocupa de precisar sus postulados ni presentar prueba que acredite los extremos invocados, no habrá logrado desbaratar la tesis de la acusación ni generar un escenario de duda.

Una defensa negativa es aquella que no toma a su cargo la acreditación de ningún extremo fáctico, limitándose a sostener que los hechos afirmados por la acusación no son ciertos. En mi experiencia personal, nada menos persuasivo que una defensa negativa. Y ello se observa en el momento cumbre de presentación de nuestra historia, que no es otro que el de las exposiciones iniciales en juicio. Cuando un defensor, en los alegatos de apertura, se limita a sostener que la acusación no logrará acreditar los extremos invocados, ¿Qué creen que piensa un jurado o un tribunal? Que el hecho sucedió y que es probable que la prueba sea un poco endeble en el mejor de los casos. O que el caso es tan sólido que la defensa no tiene nada interesante para decirnos. Es decir, no solo no proporciona al tribunal un lugar desde donde apreciar su prueba, para poder observar y estar más atento a los puntos de inclinación del caso desde su perspectiva, sino que deja una imagen muy negativa y poco

persuasiva desde el inicio mismo del juicio. Más allá de los principios políticos vinculados a la prueba, respecto de que corresponde a la acusación probar el hecho (carga de la prueba) y del principio de inocencia, reconozcamos que no parece ser la mejor manera de presentar nuestro caso.

Por el contrario, una defensa positiva permitirá al tribunal observar desde el inicio los puntos de inclinación del caso y comprender la prueba desde la mirada defensiva. Es por ello que desde el inicio, tanto acusación como defensa deben observar con suma atención cuáles son los hechos favorables de ambas partes, para poder construir una narración persuasiva sobre aquéllos. Y su construcción, por ende, debe ser muy profesional.

5.7. Los hechos favorables de la defensa.

Como vimos en el caso Carmen, la defensa no podrá negar que su asistida tenía en su poder marihuana (Salvo que de la audiencia de control de detención se logre derribar la legalidad del procedimiento policial). Tampoco podrá cuestionar que el material secuestrado era marihuana, que ese elemento es considerado estupefaciente para la ley argentina, ni negar que sabía que la llevaba consigo.

No sería sensato ni persuasivo sostener una defensa que niegue cada uno de los elementos de la teoría jurídica, ya que graficando en una narración sería algo así: “Sres. Miembros del tribunal, mi cliente no tenía nada consigo, vamos a demostrar que el día indicado solo tenía dinero. Ahora bien si finalmente se llegase a comprobar que si tenía una sustancia verde, demostraremos que ello no es marihuana ya que los métodos científicos empleados no son confiables y lo que tenía era algo similar, pero que no está prohibido ya que solo es una sustancia vegetal. Y en el hipotético caso de que se comprobase que se trataba de marihuana, podrán darse cuenta que mi clienta fue la primera sorprendida con ello, ya que desconocía su calidad ya que le fue colocado en su campera sin que ella lo supiese. Y por último, si se llegase a comprobar que sí sabía, probaremos que la tenía para consumo personal.”

Cada una de las historias que la defensa pretenda narrar requerirá de proposiciones fácticas concretas que le permitan acreditarla. Y esos hechos serán contradictorios si pretenden narrar otra hipótesis. Veamos los primeros supuestos.

Hipótesis 1. Carmen no tenía nada consigo. Esta hipótesis dependerá, en gran medida, de poder sostener la invalidez del acto policial de requisa y detención y será preciso sostener y acreditar los siguientes hechos.

H1. Carmen no tenía nada consigo.

H2. el policía Jara le colocó 90 gramos de marihuana entre sus ropas.

H3. Jara integra una mafia policial que pretende hacer procedimientos policiales fraguados para justificar un accionar contra el narcotráfico.

H4. Carmen nunca estuvo vinculada a la droga.

H5. Carmen no consume.

H6. Carmen no tiene dinero.

H7. En la venta de drogas se gana mucho dinero.

Hipótesis 2. Carmen no tenía marihuana.

Acá, a diferencia de la hipótesis inicial, tendremos que sostener que Carmen si tenía un elemento similar a la marihuana pero que no lo era. Podremos sostener que tenía un producto similar y que fingía vender marihuana cuando en verdad lo que comercializaba no producía ningún efecto, engañando a sus eventuales compradores. También podrá sostener que no son confiables los test de campo y, por ende, no podemos saber qué tenía consigo.

Así, esta hipótesis ya no requiere hablar de Jara como mal policía, ni de los procedimientos fraguados. Bastará con hablar del margen de error de las pericias.

H1. A Carmen le secuestraron 90 gr. de una sustancia.

H2. Esa sustancia estaba dividida en 9 bolsitas de 10 gr. cada una.

H3. Jara se las secuestró.

H4. Jara las guardo consigo y las llevó directamente al cuerpo de pericias.

H5. No lo hizo con control de testigos ni bajo ningún protocolo.

H6. Los reactivos químicos y los insumos utilizados no fueron controlados en tiempo oportuno.

H7 Los métodos empleados tienen un margen de error –supongamos- del 30 %.

Hipótesis 3. Carmen no sabía que llevaba marihuana consigo.

Acá ya no cuestionaremos ni al personal policial ni los métodos empleados. Al contrario sostendremos hechos que avalan ese procedimiento. Sólo que por alguna circunstancia, que deberá ser acreditada, Carmen no sabía que llevaba consigo marihuana. Un ejemplo pudiera ser que Carmen tomo una abrigo prestado y que la droga estaba en el interior de esa prenda. Aquí hechos posibles.

H1. Carmen ese día estuvo en lo de su amiga Luisa.

H2. Ambas son muy amigas y se prestan ropa.

H3. Ese día hacía mucho frío y Carmen no tenía abrigo.

H4. Carmen tomó el abrigo de Luisa sin percatarse que, dentro del mismo, tenía marihuana.

H5. Luisa no tiene trabajo conocido y tiene mucho dinero en su domicilio.

Como vemos cada una de las hipótesis sostenidas, descansa en cuestionar un elemento de la teoría jurídica y requiere de hechos bien concretos para su acreditación. Cada hipótesis aquí planteada reposa en hechos que son bien distintos y no podemos sostener de manera persuasiva y creíble las tres hipótesis en forma conjunta. Debemos inclinarnos como defensa con la hipótesis que presente hechos más sólidos basados en prueba admisible y confiable. Como vemos, ninguna de estas hipótesis parece muy confiable. Si no llegásemos a poder cuestionar la legalidad de la detención, parece poco creíble que podamos sostener que el material secuestrado no es un estupefaciente (salvo que sea cierto que existe un margen de error tan amplio en la pericia, algo poco probable) o que Carmen tomo una campera de manera equivocada. De modo tal que si no contamos con prueba confiable que acredite esos hechos, estamos en condiciones de afirmar que la acusación presenta proposiciones fácticas sólidas en los primeros tres elementos de la teoría jurídica (tenencia, material estupefaciente y dolo), al igual que autoría -ya que Carmen se encontraba sola- y la consumación de la conducta puesto que se trata de un delito que se consume con la sola tenencia con fines de comercialización, sin requerir que efectivamente se haya comercializado la droga.

Entonces pareciera ser que el debate, el litigio, se sostendrá sobre el elemento “fines de comercialización”. ¿Realmente Carmen tenía el material estupefaciente con fines de comercialización? ¿O existen razones para sostener que lo tenía para consumo personal y el de su pareja? Es aquí, entonces donde podemos encontrar varios hechos que pueden resultar

favorables para la defensa. Este es un segundo paso del análisis de las proposiciones fácticas del caso.

Analicemos pues únicamente los hechos vinculados a la categoría jurídica “finalidad de comercialización” establecida en la norma.

Hechos favorables a la acusación	Hechos favorables a la defensa
Carmen ofrecía a estudiantes marihuana	Carmen trabaja en casas de estudiantes cumpliendo tareas de limpieza
Estaba rodeada de estudiantes	Carmen cobraba en la plaza donde fue detenida
Miraban hacia ambos lados de manera nerviosa	Carmen había comprado droga porque es consumidora
Tenía plata en billetes de baja nominación	Su marido también consume marihuana con fines paliativos
Tenía dinero a pesar de estar sin trabajo	Carmen prefiere comprar en cantidades para no tener que exponerse a ser detenida cada vez que compra
La marihuana estaba separada en 9 sobrecitos de diez gramos cada uno	
La marihuana se vende por gramos	

Como vemos el debate del caso se centrará en esta categoría jurídica, y las partes – acusación y defensa- deberán contar con hechos sólidos vinculados específicamente a ese elemento de la teoría jurídica, basados en prueba admisible, creíble y confiable. Como veremos luego la prueba no será creíble y confiable porque un abogado lo sostenga de ese modo, sino que se exigirán hechos muy concretos que fortalezcan esa credibilidad y confianza en cada medio de prueba. Ahora ya sabemos que si la defensa cuenta con evidencias fuertes que permiten acreditar esas proposiciones fácticas, seguramente su teoría del caso estará centrada en esos extremos y el punto de inclinación del caso se dará en ese escenario.

5.8. Análisis previo del caso Falcon Crest.

Ahora bien, no todos los casos son tan sencillos de observar como el caso Carmen. Incluso no se requiere de un caso que gire sobre a una imputación muy seria para que puedan existir enormes dificultades al momento de planificar los hechos. Si prestamos atención al caso Falcon Crest, veremos que se trata de un caso con pocas actuaciones, que presenta una

imputación por un delito menor o una falta -según como se encuentre legislado en cada país-, pero que no por eso resulta ser sencillo al momento de desmenuzar la enorme cantidad de hechos relevantes que presenta en favor de una u otra postura.

Como hemos concluido en este capítulo, el análisis de los hechos y su planificación nos deben servir para determinar en qué categoría jurídica presentaremos el litigio, esto es, qué debatiremos en juicio. En el caso de Carmen está claro que la mejor estrategia para la defensa radica en presentar un relato de los hechos que se centre en debatir los fines de comercialización, reconociendo que Carmen tenía consigo la marihuana pero con otros fines, con una finalidad de consumirla junto a su pareja. Y también quedó claro que un defensor no puede presentarse ante un juez o jurado a sostener que no la tenía, que no era marihuana, que desconocía que la tenía y que en realidad la tenía con fines terapéuticos. Esto no se puede sustentar no solo por lo poco persuasivo que resultaría su presentación sino también porque requiere de hechos que resultarían contradictorios entre sí. Por ello la mejor estrategia siempre será tener una única hipótesis, una única historia persuasiva que contar ante un tribunal.

Ahora bien, los invito a releer el caso Falcon Crest. Recordemos también la conducta imputada al momento de describir los hechos.

Y la pregunta que surge inicialmente es: ¿qué historia puede presentar la defensa? ¿Dirá que Mario Zucardi nunca le vendió una botella de ginebra marca Llave a Juan Talacasto? ¿O planteará que efectivamente le vendió esa botella, pero que Juan Talacasto no estaba intoxicado? Por último, podrá plantear también una tercera hipótesis. Que Mario Zucardi le vendió una botella de ginebra marca Llave a Juan Talacasto, el que estaba intoxicado, pero que nunca advirtió esta última circunstancia.

No podemos tomar esa decisión sin una verdadera planificación de toda la información del caso. Entonces, la teoría del caso, hasta esta instancia, nos permitirá verificar los hechos relevantes y la historia que habremos de presentar en juicio. La decisión que adoptemos será la consecuencia de nuestra observación, investigación y planificación de la información integral del caso. Y para ello necesitamos en primer lugar observar los hechos del caso.

Invitamos al lector a trabajar sobre este caso seleccionando los hechos relevantes realizando un estudio de las evidencias. Luego, unos capítulos más adelante volveremos sobre este punto.

Teoría Jurídica	Prop fácticas favorables a la acusación	Proposiciones fácticas favorables a la defensa
Venta de alcohol	<p>Juan Talacasto fue detenido a unos metros del local con una botella de ginebra marca Llave. El local vende esa marca de ginebra. La botella estaba cerrada. Talacasto entró al local sin llevar nada en sus manos. Salió del local con una bolsa de papel madera con una ginebra en su interior. Existen denuncias previas de venta de alcohol a personas intoxicadas. Se comprobó que hubo un diálogo breve en el interior del local entre el imputado y Talacasto. Luego de ese diálogo, el imputado Zucardi fue hacia el interior del local y regresó instantes después.</p>	<p>No hay ningún ticket de venta (proposición fáctica negativa que no está detallada en el acta). Talacasto tenía un abrigo amplio con grandes bolsillos donde entraba una botella de ginebra Llave (proposición fáctica afirmativa que se derivará de la observación de la prueba material – secuestro de abrigo-). No se observa desde el exterior si Zucardi le entregó una botella a Talacasto. La observación de los oficiales de policía es desde afuera. La visión es reducida, a través de una ventana que presenta varias calcomanías y con visión reducida. Nadie escuchó el diálogo de estos dos sujetos. El sobre de papel madera donde se halló la botella de ginebra no tiene ningún membrete del local (proposición fáctica negativa)</p>
Ebriedad	<p>Talacasto antes de entrar al local, trastabilla en reiteradas oportunidades. Tuvo que frenar, tomarse a un poste y darse un envión para seguir avanzando. Los oficiales detectan olor a alcohol a un metro de distancia. Talacasto presenta ojos rojos y vidriosos. Talacasto se encuentra balbuceante. Se lo hace caminar en línea recta tocándose la punta de los zapatos y presenta dificultad. También presenta dificultad en tocarse la nariz con un dedo y en levantar las monedas del piso. Los oficiales comprueban que se encuentra ebrio.</p>	<p>No se le extrajo sangre a Talacasto. No hay ningún test de alcoholemia para comprobar si presentaba algún tipo de graduación de alcohol en sangre.</p>

Dolo (sabía que estaba ebrio)	Zucardi tuvo un diálogo con Talacasto para realizar la compraventa. El mostrador mide cerca de un metro y están encima del mismo. Talacasto se encontraba desarreglado. Talacasto tenía ojos rojos y vidriosos, aliento etílico y le costaba caminar. Talacasto, momentos antes y después le costaba caminar en línea recta. Zucardi obedecía las políticas de la empresa que eran las de estar atento a quien venden alcohol y no venderle a personas que presenten un cuadro de intoxicación.	Los oficiales de policía debieron realizar varios estudios de campo para comprobar el estado de ebriedad. Los oficiales tienen varios años de experiencia en alcoholemia. Zucardi no tiene experiencia en alcoholemia. A Zucardi no le permiten realizar test de control de alcoholemia. Zucardi es empleado. Zucardi no tiene ganancias ni porcentaje de las ventas realizadas. Zucardi no observó el caminar errático de Talacasto antes de entrar al local. Talacasto no trastabilló dentro del local.
Autoría	Solo Zucardi atiende el local. No había ninguna otra persona en ese momento (proposición fáctica negativa favorable a la acusación)	No hay proposiciones fácticas para presentar en sentido contrario.

Estos son los hechos más relevantes del caso que tenemos que tener en cuenta para tomar una decisión. A la acusación le permitirá observar por dónde pasa el caso, cuáles son los hechos que puede presentar la defensa para preparar sus proposiciones fácticas de refutación. A la defensa le permitirá saber qué historia presentar en juicio. Recordemos que es una pésima estrategia presentar todas las hipótesis posibles. Si Zucardi no vendió el alcohol necesitaremos trabajar determinados hechos y abandonar los restantes. Si decimos que Zucardi sí realizó esa venta pero que Talacasto no estaba ebrio entonces llegaremos a un acuerdo probatorio con los hechos vinculados a la venta y a la autoría, pero negaremos y trabajaremos sobre los hechos que fortalecen la versión de que efectivamente Talacasto no estaba ebrio o, al menos, existe duda razonable sobre si efectivamente lo estaba. Por último, si sostenemos que sí vendió a una persona ebria, los hechos que se trabajarán estarán vinculados a la última columna vinculada al dolo para sostener que no tenía conocimiento de ello.

Para tomar esta decisión deberemos tener en cuenta aún otros hechos que son los vinculados a las proposiciones fácticas que se derivan de la credibilidad e idoneidad de las

pruebas (credenciales de la prueba). En este caso la mayoría de las proposiciones fácticas analizadas se derivan de los testimonios de los oficiales de policía Furloti y Cavic. Cuando analicemos la prueba veremos qué otras proposiciones fácticas obtenemos de allí para determinar el peso de la información con que contamos.

Anticipándonos a dicho análisis, supongamos que los legajos de los oficiales Furloti y Cavic son impecables, que no hay ningún otro inconveniente, que se presentan como testigos objetivos, sin ningún interés personal en el caso, que tienen una excelente visión y que los controles realizados –pruebas de campo- fueron suficientemente detallados y analizados en presencia de testigos. Si esto fuese así, podríamos concluir que las fuentes de información son idóneas, confiables y creíbles.

Dicho esto, habrá que analizar a través de procesos inferenciales, valiéndonos de las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y el conocimiento científico cuál de estas hipótesis es la que puede prosperar en un juicio oral. Ya veremos con mayor detenimiento estos conceptos. Para aquí nos bastará con sostener que las máximas de la experiencia son aquellos conocimientos que se derivan de nuestra vida cotidiana, que a veces no dan margen de duda y otras veces nos brindan solamente indicios. Así, podríamos descartar la primera de las defensas posibles -no hubo venta de alcohol- por lo siguiente: ¿Si Talacasto hubiese tenido una botella de alcohol en su poder, por qué motivo habría entrado al local Falcon Crest? Es dable suponer, de acuerdo a las máximas de la experiencia, que una persona ingresa a un local de venta de alcohol para adquirir un producto y, por otro lado, Zucardi afirmó recordar que esa noche vendió una botella de Ginebra, mientras que los oficiales de policía refirieron que antes de ese momento no hubo ninguna venta. Es por ello que no parece ser esta la mejor defensa.

También sugiero descartar la segunda de las hipótesis, esto es, que Talacasto no estaba intoxicado. Si bien es cierto que no se cuenta con un estudio que determine cuál era la graduación alcohólica en sangre, también es cierto que son muchas las proposiciones fácticas que dan cuenta del estado de intoxicación en que se encontraba, que balbuceaba y tenía aliento etílico. Para refutar estos hechos solo tendremos una proposición fáctica que dirá que no hay un estudio científico para determinar la graduación, pero lo cierto es que no es la única forma de acreditar ese extremo, como sí ocurre con otras pruebas.

Por ello, parece claro que el debate, el litigio, debiera girar en torno a si efectivamente Zucardi tuvo conocimiento o no sobre el estado de intoxicación que padecía Talacasto al momento de la transacción. Es allí donde se presentan más hechos para debatir y, siendo esto así, allí debiera la defensa posicionar su propia historia. Queda claro, entonces, que sobre el dolo girará el litigio. Esa es, pues, la categoría jurídica por donde pasa el conflicto.

Capítulo 6.

Teoría probatoria.

6.1. Introducción.

Una vez que tenemos individualizadas las proposiciones fácticas que nos permitirán acreditar cada elemento de la teoría jurídica, y a su vez, que esas proposiciones fácticas superarán el test de superposición, esto es que, de tenerlas por ciertas, la parte contraria no logrará brindar una versión alternativa y creíble, resta aún determinar cómo obtener esas proposiciones fácticas.

Hasta aquí podemos contar con una excelente teoría del caso, y con abundantes y sólidas proposiciones fácticas que superen el test de superposición, esto es, que no permiten a la contraparte presentar un caso sólido. Solo que aún no hemos verificado si esas proposiciones fácticas que pensamos y diseñamos, podremos acreditarlas a través de pruebas sólidas, precisas y confiables que superen el filtro de admisibilidad en la audiencia preparatoria de juicio, y de credibilidad en el juicio oral y público. Tal como sostuvimos hasta aquí, las proposiciones fácticas no son más que afirmaciones de hecho que se derivan de diversas fuentes de información (medios de prueba). De modo tal que para tener una completa teoría del caso, es preciso aún contar con esas pruebas que permitan la acreditación de los hechos ya analizadas en el capítulo anterior.

La determinación de las pruebas necesarias para acreditar las proposiciones fácticas seleccionadas requiere de una adecuada tarea investigativa. Se impone levantar la mirada más allá de la labor policial inicial, de modo de determinar qué prueba podremos reunir aún, generando así una lógica de investigación autónoma de la acusación y de la defensa. Si bien aún en nuestro país no ha habido grandes avances sobre investigaciones autónomas de las partes, sí se observan los primeros trazos en torno a ello¹⁵⁶. No olvidemos que la teoría del

¹⁵⁶ Un claro ejemplo es el Centro de Investigaciones Fiscales (CIF) del MPF de Salta, El CIF no solo cuenta con un gabinete de criminalística de primera línea en el país, sino que está avanzando en la conformación de un cuerpo de investigadores –sin antecedentes en las fuerzas policiales- que se está capacitando en investigación.

caso sirve tanto para la labor investigativa de un hecho como para la litigación de un caso en juicio¹⁵⁷.

Tal como remarcáramos en el primer capítulo de esta obra, y como lógica consecuencia de la herencia cultural de la inquisición, el juicio oral fue muy contemplativo con las partes y sus responsabilidades, que quedaron desdibujados en un rol secundario en el proceso penal, dejando toda la producción probatoria y la averiguación de la verdad a cargo de los jueces. Así el viejo molde inquisitivo se acuñó fácilmente en el nuevo sistema mixto francés, y permitió que el imperio de la prueba no esté centrado en el contradictorio, el que va a quedar subordinado a una averiguación de la verdad poco profesional que se nutrirá de cualquier tipo de información –aunque más no sea un chisme¹⁵⁸-, sea de alta o baja calidad, y sin genuinos controles y contrapesos. Los límites a la prueba en los viejos sistemas mixtos que inundaron la región en la segunda mitad del siglo XX, fueran más bien modestos e indulgentes, concentrándose en excluir evidencias del proceso penal basados en planos más bien formales, los que luego van a ser ampliados cuando se afecten garantías constitucionales, como lógica consecuencia de la ratificación de los Tratados Internacionales.

El nuevo diseño adversarial, vigente en casi todo Latinoamérica, va a presentar un giro muy marcado en la teoría probatoria. Como veremos en el apartado siguiente, ya no contaremos con códigos procesales permisivos en lo que se refiere a los controles sobre la información que puede ingresar a juicio, por lo que un buen litigante no solo deberá tener un marcado manejo de la teoría jurídica y fáctica, también requerirá de un sólido conocimiento sobre teoría probatoria.

6.2. El avance de la teoría probatoria en los sistemas penales latinoamericanos.

a. Por qué un Juicio Oral.

Para comprender el alcance de la nueva teoría probatoria de un modo dinámico y pedagógico, basta con responder a dos sencillas preguntas:

¹⁵⁷ Una de las primeras tareas de un investigador consiste en trazar diversas hipótesis de ocurrencia de un hecho. Trabajar en base a la teoría del caso es vital para tal tarea. Será un analista quien determine luego, cuál es la hipótesis más sólida para presentar en juicio.

¹⁵⁸ No son pocas las veces que a través de los testigos de oídas (hearsay rule) se admite información que es de tan baja calidad que no supera el nivel de un chisme.

- a. ¿por qué creemos en el juicio oral como mecanismo para tener por acreditado un hecho y, en ese caso, aplicar una pena?; y
- b. ¿qué papel juega en ello la teoría probatoria?

Para responder a la primera pregunta bastará con expresar que creemos en el juicio oral en la medida que resulte ser un método eficiente y confiable para fortalecer la toma de decisiones racionales. Creemos en un juicio oral siempre que, a través de dicho procedimiento, se permita potenciar el contradictorio de modo tal que las partes produzcan su propia información con inmediatez, puedan controlar la prueba presentada por la contraparte en una audiencia oral, continua y pública y que, quien resuelva el caso, no esté gestionando ningún interés de las partes, ni produzca información, manteniéndose imparcial para la toma de decisiones. Esta triada de principios (imparcialidad, contradictorio y publicidad), y todos los que de ellos dependen (entre otros, intermediación, continuidad del juicio, independencia judicial) constituyen el núcleo central del juicio oral, que permite que confiemos en ese sistema. Es esta triada de principios de primer orden la que constituye las condiciones de verificación de una imputación (Binder, 2012, p. 225). No debemos olvidar que la imparcialidad y el contradictorio son los tenses fundamentales que mantienen en eje el proceso penal y nos permiten acercarnos al descubrimiento de la verdad (Guzman, 2006, p. 137) a través de las reglas del fair trial.

Ahora bien, todo juicio oral que, en la práctica, no garantice adecuadamente estos principios permitirá la adopción de decisiones con mayor margen de error y será, por ende, una decisión menos racional y, por lógica consecuencia, el castigo que con ella se imponga tendrá una menor legitimidad¹⁵⁹. Esta sola definición nos lleva a tener, por un lado, una mirada crítica hacia el juicio oral en los sistemas mixtos o inquisitivos morigerados, y una mirada más satisfactoria con los procesos adversariales¹⁶⁰, toda vez que los primeros han sido menos respetuosos de los principios de contradicción e imparcialidad, al permitir que la

¹⁵⁹ Como sostuve en otro trabajo, para que una nueva práctica desplace a las viejas prácticas del juicio oral del diseño inquisitivo morigerado o mixto, se precisa apartarnos de la epistemología inquisitorial y comenzar a construir el marco teórico de la epistemología adversarial. Y el primer paso para ello es comprender acabadamente que la base teórica de la epistemología inquisitorial está concentrada en la figura del Juez, como órgano encargado de la búsqueda de información necesaria para poder aplicar violencia estatal –pena- por una infracción a la ley (Rua, 2018, p. 215).

¹⁶⁰ Al menos desde el plano teórico. Luego, habrá que ver en cada uno de los juicios, si las prácticas fortalecen estos principios fundamentales o si, por el contrario, los debilitan. No debemos olvidar que la legitimidad del sistema penal es siempre relativa y frágil y que su mayor o menor legitimidad se da en el terrero de la praxis.

información se plasme en actas que luego ingresarán por simple lectura y sin control de partes, y otorgar a los jueces amplias facultades probatorias, tales como contar con la potestad de realizar una instrucción suplementaria e interrogar directamente a los testigos (afectación del contradictorio).

En síntesis, si solo un juicio oral respetuoso de determinados principios resulta ser un sistema adecuado para la toma de decisiones racionales que legitime, en un estado de derecho, a infligir a un ciudadano el mayor castigo (encierro), ello se debe a las bases probatorias a través de las cuales se toma la decisión. Y entonces esa primera respuesta nos está brindando ya insumos claros para contestar la segunda pregunta. ¿Cuál es el rol de la teoría probatoria en el proceso penal? Y la respuesta no puede ser otra que la de fijar reglas o estándares claros y sólidos que limiten el ingreso de la información, ya sea porque no se respetan valores superiores (afectación a garantías constitucionales, otros valores en juego como puede ser el secreto profesional que han considerado superior a la búsqueda de la verdad en un caso penal), porque la información no tiene la calidad suficiente para adoptar, basándose en ella, decisiones racionales (información prejuiciosa que puede provocar error en el juzgador), o porque no es posible controvertir la información vertida (afectación al principio contradictorio). Estos pues, no son otra cosa que el basamento de las normas de comprobación (teoría probatoria) que se establecerán en todo el ordenamiento legal como límites a la posibilidad de adquirir conocimiento y presentarlo en juicio.

b. Función de la prueba.

Partiendo de las ideas presentadas por Ferrer Beltrán, podemos sostener que la premisa básica de la que se parte es simple y clara: la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido (2010, p. 3). Sin embargo, esa finalidad tiene límites muy marcados, no es a cualquier precio. El proceso judicial tiene límites para arribar a esa averiguación de la verdad, puesto que se trata de un proceso formalizado. Y esas formas, tanto en sentido positivo como en sentido negativo tienen finalidades específicas¹⁶¹. Siendo que se trata de un conflicto formalizado e institucionalizado que tenderá a gestionarlo con la menor dosis de violencia estatal posible, las formas en

¹⁶¹ Atrás quedó aquella concepción formalista y positivista de las formas que no tenían una razón de ser en sí, sino que lo que importaba era verificar el acatamiento o no de las formas procesales

sentido positivo intentarán dar una mayor autoridad y legitimidad a la decisión¹⁶², mientras que en sentido negativo serán límites a la posibilidad de utilizar o presentar evidencias en el caso, cuando afecten garantías constitucionales o resulte información de baja calidad o no controvertible.

Al tratarse de un sistema formalizado e institucionalizado, las partes tendrán límites para la averiguación de su caso. Habrá límites temporales para presentar pruebas (fuera de los plazos procesales, son pocas las excepciones que permiten el ingreso de información¹⁶³), límites formales (determinados hechos solo pueden ser acreditados específicamente con un medio de prueba), límites materiales (por ejemplo, no se permite obtener una confesión del imputado a cualquier precio). Cada uno de esos límites responde a principios sólidos del proceso penal. La existencia de ellos marca una diferencia sustancial en la construcción del conocimiento entre un sistema natural o científico de conocimiento propio de la epistemología general, y el proceso penal o la prueba judicial. Mientras que en el sistema natural o científico de conocimiento no puede haber impedimento alguno (por ejemplo, a un bioquímico que está intentando descubrir una vacuna contra un virus no se le pueden imponer límites en su búsqueda); en el proceso penal, al tratarse de un conflicto formalizado que debe respetar determinados valores que son superiores a la búsqueda de la verdad (principios fundamentales del proceso), es lógico que opere una diversidad de prohibiciones. El punto es fijar cuál o cuáles serán esos impedimentos y qué cantidad de límites se esbozarán sobre la prueba. Sobre este punto entrarán en pugna dos escuelas.

La tradición racionalista de la prueba, con Jeremy Bentham como uno de sus mayores precursores, tenderá a excluir los límites a la prueba. Sostienen que prueba y libertad son dos caras de una misma moneda y que toda interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada (Ferrer Beltrán, 2010, p. 3). Por ello sostendrán el principio general de libertad probatoria, también conocido como “free proof”.

¹⁶² Como bien explica Binder, las formas son esenciales para dar legitimidad al acto, ya que reúnen simbolismos y tradiciones culturales. Como bien señala: “Un sistema penal que no estuviera sujeto a formas sería, en definitiva, algo aterrador para todos los ciudadanos” (2013, Tomo III, p. 26).

¹⁶³ Solamente son admisibles cuando hay conformidad de partes o cuando se trate de prueba nueva, por tratarse de un medio desconocido hasta el momento, o que la necesidad de utilizar una prueba ya conocida se debe a la falsedad de un medio de prueba presentado en juicio.

En otra línea se encuentran quienes sostienen que las reglas de prueba son necesarias, porque permiten excluir del proceso penal toda información que no sea relevante o que, por no tener control suficiente, pueda llevarnos a tomar decisiones equivocadas.

Resulta claro que ningún sistema procesal hoy día podría sostener una libertad probatoria absoluta¹⁶⁴, sino que el principio de “free proof” se sostiene por límites precisos que surgen del derecho probatorio¹⁶⁵.

Así, sostiene Taruffo que:

“Por free proof se entiende que, salvo en el caso de que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos; esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante, y al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional de las pruebas adquiridas en juicio (2011, p. 358).”

El punto está en cómo determinar ese “sentido común o límite racional” a la prueba que nos habla Taruffo.

Los límites al derecho probatorio son más bien recientes. Fueron establecidos tímidamente en el sistema anglosajón entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX - más por desconfianza en el sistema de jurados y en las decisiones que éstos adoptaban-, y con mayor fuerza y claridad a finales del siglo XX a través de la codificación de reglas probatorias que quedaron registradas en un cuerpo normativo denominado “Reglas de Evidencia”¹⁶⁶. Así, las reglas de evidencia se establecieron como límites marcados sobre el principio general de amplitud probatoria. Si observamos las reglas de evidencia de los sistemas anglosajones encontraremos fundamentalmente límites a la posibilidad de ingresar información al juicio. Del mismo modo, en el Civil Law o procedimiento penal de Europa Continental también encontraremos límites al principio de amplitud probatoria. De allí que a

¹⁶⁴ El reconocimiento de las garantías constitucionales a través de los diversos Tratados Internacionales es un límite infranqueable al free proof.

¹⁶⁵ Ese parece ser el principio tanto en el sistema europeo continental como en anglosajón, al partir desde el principio que, en principio, todo medio de prueba es admitido. Luego habrá que ver que intensidad y relevancia cobran, en uno y otro modelo, los límites de la prueba.

¹⁶⁶ Como bien señalan González Postigo y Emmanuelli Jiménez “El Tribunal Supremo de Estados Unidos fortaleció la codificación del Derecho Probatorio norteamericano al expresar en *Daubert vs. Merrell*, que las Reglas Federales de 1975 sustituyen o derogan los principios del Common Law que no fueron incorporados expresamente” (2018, p. 29 y 30).

nuestro juicio sea correcto, a diferencia de la antigua concepción benthamiana, definir al derecho probatorio como límite.

La evolución del derecho probatorio ha sido singularmente diferente en el Common Law y en el Civil Law. Mientras que en el primero, a través del sistema de reglas de evidencia, se comenzó a trabajar fuertemente en impedir el ingreso de toda información que resulte ser prejuiciosa o de poco valor probatorio, en el Civil Law los límites a la prueba fueron más bien laxos, limitados a cuestiones más bien formales o de clara afectación a garantías constitucionales. Así, como veremos luego, en el sistema anglosajón hay límites muy marcados al ingreso de información por escrito que podría afectar el contradictorio (pruebas de referencia¹⁶⁷) y a la información cuando pueda causar, entre otros, confusión o prejuicios (juicio de relevancia). Sin embargo, estos límites son menos marcados en el sistema continental europeo, el que optó por permitir un ingreso mayor de información al juicio, dejando en la valoración de la prueba el espacio para debatir sobre el peso probatorio de la información ingresada a través de los medios de prueba. En la visión de Ferrer Beltran, ello se debe a la falta de exigencia jurídica de motivación escrita sobre la decisión del caso. Así explica que en los ordenamientos del Common Law “la especial proliferación de reglas jurídicas que excluyen pruebas que se considera que aportan información poco fiable para evitar que en la valoración de las mismas se les otorgue un peso excesivo” (2007, p. 44). Mientras que en el Civil Law, en cambio, el control de la racionalidad de la decisión se realizaría ex post mediante el control de la motivación de la decisión. No nos parece este último el mecanismo más racional de control y, como consecuencia de ello, de legitimidad posterior del castigo. La debilidad en el método de verificación y la ausencia de estándares de valoración probatoria fidedignos exigen otro tipo de controles para la toma de decisiones en materia penal que implicarán, eventualmente, la aplicación del máximo castigo que el Estado puede imponer sobre los individuos.

En igual sentido, sostiene Hernández Basualto que

“Si se tiene en cuenta, sin embargo, el riesgo inevitable de error propio del razonamiento (inductivo) probatorio y se le agrega la debilidad del método de verificación

¹⁶⁷ Conforme a la Regla de Evidencia de Puerto Rico nro. 801 c. prueba de referencia “es una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado”, mientras que según la regla de evidencia nro. 804 no se admitirá prueba de referencia salvo determinadas excepciones, contempladas en la regla 805.

del mecanismo de distribución de ese riesgo que es el estándar probatorio, surgen dudas legítimas respecto de la racionalidad y legitimidad” (2010, p. 39).

Creemos por ello en la necesidad de férreos controles sobre el ingreso de información, tal como lo establece el diseño anglosajón.

En síntesis mientras el sistema anglosajón pone el foco en la admisión de prueba, evitando el ingreso de información de baja calidad (carácter restrictivo), el sistema europeo continental pone el acento en la valoración de la prueba, siendo éste el espacio donde se le dará a cada elemento la entidad y peso probatorio pertinente.

Los abogados latinoamericanos nos enfrentamos con esa dualidad. Por un lado, recibimos una formación académica en base a los sistemas inquisitivos, transformados en mixtos, heredados de Europa Continental con límites muy débiles en la admisibilidad de la prueba. Actas labradas en la instrucción que son incorporadas por lectura sin control de partes, testigos que no comparecen a Juicio y que son sustituidos por simple lectura de la declaración prestada en la instrucción sin genuino control, documentos e informes que no son controvertidos, testigos de oídas, peritos que no son controlados previo a declarar sobre su idoneidad y confiabilidad de sus conclusiones son moneda corriente en nuestro acervo probatorio y suelen ser mecanismos habilitados en la teoría probatoria de esos sistemas. A ello sumémosle que el juez mantiene potestades probatorias para interrogar testigos, peritos e imputados y para ampliar el objeto de la prueba y los medios ofrecidos por las partes. En ese diseño normativo, el rol del abogado se limita a trabajar en proposiciones fácticas que disminuyan la credibilidad de las fuentes de información, esto es, por qué darle tal o cual credibilidad a cada medio de información (por ejemplo, el acta de detención no es creíble porque el oficial de policía no recordaba lo allí asentado y porque los testigos de detención no fueron habidos), no teniendo mayores herramientas técnicas para poder evitar el ingreso de pruebas de tan baja calidad.

Sin embargo, los códigos más modernos latinoamericanos, sobre todo los códigos acusatorios de segunda y tercera generación dictados a comienzos del presente siglo, han abandonado ese diseño probatorio, sustituyéndolo por uno propio que se acerca y asemeja al sistema anglosajón, donde es posible debatir fuertemente sobre qué medios probatorios y con qué alcance serán admitidos para juicio. Se trata de un nuevo filtro de la prueba, el filtro de admisibilidad que se litiga en la audiencia preparatoria de juicio. Mientras que antes el

abogado debía limitarse a trabajar en el juicio respecto de la credibilidad de la prueba, ahora es preciso trabajar fuertemente al momento de diseñar nuestra teoría del caso, respecto si la evidencia que pretendemos sostener en juicio superará los exigentes estándares de admisibilidad de la prueba.

El derecho probatorio en los nuevos sistemas latinoamericanos se asemeja más al sistema anglosajón, pero con una diferencia sustancial. Mientras que en aquéllos no existe una audiencia de discusión sobre la admisibilidad de prueba¹⁶⁸, en los sistemas latinoamericanos el debate de admisibilidad se presentará en la audiencia preparatoria de juicio. Claro que en el modelo anglosajón podrá haber audiencias de moción de rechazo de una prueba, pero estas son más bien excepcionales. Así el horizonte de proyección del sistema latinoamericano tiende a trazar puentes con el modelo anglosajón y a fijar límites a la prueba cuando la calidad de la información no es alta o las pruebas no son fiables.

Como vemos se abre un nuevo capítulo de trabajo para los litigantes. Deben determinar y medir el horizonte de proyección del caso en base a la teoría probatoria moderna, la que a continuación desarrollaremos como un insumo para el litigio.

6.3. Dimensiones de la teoría probatoria.

a. introducción.

Contrariamente al postulado benthamiano, consideramos que en todo estado de derecho la prueba es límite. Límite al ingreso de determinada información al juicio, ya sea porque ésta no podrá ser controvertida, porque es de tan baja calidad que podrá generar confusión en el juzgador, o porque existen otros valores en juego, que políticamente se han considerado superiores a la búsqueda de la verdad misma.

Los dos primeros supuestos responden claramente a razones puramente epistemológicas. El sistema penal no permite el ingreso de información que no pueda controvertirse (por ejemplo, una declaración testimonial tomada durante la investigación sin control de parte y que se pretenda ingresar a juicio por lectura; o una prueba material sin ningún testigo que la acredite) o datos que son de tan baja calidad que generan un marcado riesgo de error judicial (por ejemplo un testigo que afirme que el imputado es el autor del

¹⁶⁸ Más allá de la potestad de las partes de presentar mociones de exclusión probatoria, en líneas generales, el juicio de admisibilidad se realiza en el juicio mismo.

hecho porque es una persona marginal y la gente marginal, a su mal entender y desde una posición absolutamente discriminatoria, siempre está cometiendo delitos¹⁶⁹). La razón es puramente epistemológica, ya que de ingresar esa prueba al juicio, corremos el serio riesgo de arribar a conclusiones equivocadas por tratarse de datos no confrontados o de muy baja calidad.

En el último supuesto, ya no se tratará de razones epistemológicas, sino antes bien, de una ponderación política en el cual -el legislador en algunas oportunidades, el constituyente en otras-, se optó por darle preminencia a otros valores por encima de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Así, por ejemplo, desde el orden constitucional se decidió dar protección a los papeles privados, al domicilio, etc., derechos que solo ceden frente a determinadas circunstancias. Esos principios constitucionales están garantizados por otras leyes inferiores que invalidan la información que pueda surgir de dichos actos, si no se llevan a cabo mediante una orden judicial o frente a supuestos excepcionales que permitan a la autoridad policial su ingreso, aún sin contar con la orden respectiva. Está claro que de ingresarse a un domicilio sin orden judicial y por fuera de los supuestos excepcionales que habilitan su ingreso, los elementos que de allí se obtengan no podrán luego utilizarse en juicio. Pero esto no es ya motivado en razones puramente epistemológicas, como en los dos primeros supuestos, sino por razones estrictamente políticas, basadas en que, en un estado de derecho, preferimos no arribar a la verdad a través de actos estatales que se entrometan en la vida de los ciudadanos cuando éstos son realizados por fuera de la reglamentación específica. Del mismo modo, el legislador también pone un freno a la averiguación de la verdad. Pone límites para tutelar otros derechos. Así, pone plazos a la investigación de la acusación a efectos de tutelar el derecho del imputado a ser investigado en un plazo razonable, tutela a la familia por encima de la verdad facultando a toda persona a abstenerse de declarar en juicio en contra de un pariente cercano, tutelando la confianza de determinados vínculos al posicionar por encima de la verdad al secreto profesional, etc.

Entonces, podemos concluir que la teoría probatoria, si bien parte del principio de amplitud probatoria (“free proof”), lo que la define, lo que le da entidad y contenido, no es precisamente esa libertad, sino al contrario, son los límites a la prueba. Conocer la teoría

¹⁶⁹ En ese caso se trataría de prueba inadmisibles por cuanto es una opinión o conclusión de un testigo fuera de su experticia y que responde a un marcado sesgo clasista.

probatoria, esto es, los límites a la averiguación de la verdad, de modo tal de poder precisar desde el inicio del caso, si contamos con hechos suficientes que permitan acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica en base a prueba admisible y confiable, no es una tarea sencilla. Requiere del litigante un buen manejo de la teoría probatoria, de cada uno de los límites a la averiguación de la verdad y de un trabajo serio y minucioso sobre la credibilidad de la información adquirida.

b. Medios y filtros.

Los límites de la teoría probatoria reposan sobre los medios de prueba, que no son otra cosa que los canales conductores que permiten ingresar la información al juicio. Es sobre ellos, o mejor dicho sobre determinada información que a través de los medios de prueba se pretende ingresar al juicio, donde se ubican los filtros. No se trata de medios informales. Precisamente por eso no se permite, por ejemplo, el ingreso de una declaración que no es vertido bajo determinadas formalidades, como podría ser un testimonio brindado en un programa televisivo donde relata un suceso público con relevancia jurídico penal, y sin guardar debido juramento. Cada uno de los medios de prueba debe reunir determinadas formalidades que, precisamente, están delineadas para fortalecer el contradictorio y la calidad de la información que se pretende adquirir. Es decir, esas formalidades operan con una finalidad específica, esto es, dotar a la información que ingresa a través de esos medios, de la solidez y el debido contradictorio para que las decisiones que se tomen en base a ellas, sean controlables y de calidad suficiente. No debemos olvidar que estos filtros son exigentes porque la información que los supere será la que podrá utilizarse para que den base a una sentencia y, eventualmente, se aplique la sanción más grave del ordenamiento jurídico, esto es, el encierro de un individuo, a veces por plazos muy extensos. Por ello, en alguna medida importante, la teoría de la prueba es un freno, un programa de garantías del derecho penal, de límites al poder penal, cuya existencia a todos los individuos nos debería dar tranquilidad. Como bien sostiene Alberto Binder en el Programa de Posgrado de Litigación Penal de la UBA que juntos diseñamos, cada uno de los medios de prueba tiene determinados filtros para habilitar, a través de ellos, el ingreso la información. Comprender la existencia de esos filtros nos ayudará a dimensionar la teoría probatoria en sus distintas instancias.

Seguendo el pensamiento de Binder, sostenemos que existen seis medios de prueba y que cada uno de ellos debe superar determinados filtros para que la información pueda presentarse en juicio, el que resumimos en el cuadro que a continuación detallamos.

Medios de prueba	Filtros
Testimonial	Adquisición
Pericial	Conservación
Declaración de partes	Producción
Material	Control
Documentos	Valoración
Informes	

Aquellos límites a la verdad que provienen de la teoría probatoria -me refiero a la exclusión de la información de baja calidad, o que no reposa bajo el contradictorio (reglas epistemológicas), y la que da preeminencia a otros valores (regla política, no epistemológica)- se aplican sobre los medios de prueba, esto es, sobre los canales a través de los cuales la información ingresa al juicio.

Cada uno de esos medios de prueba presenta cinco filtros, los que serán analizados en distintas etapas del proceso. Pero no quiero ahora centrarme en las etapas de control (hay controles en la etapa intermedia y en el juicio mismo), sino en los filtros que cada uno de los medios de prueba presenta.

La prueba testimonial presenta filtros de adquisición, conservación, producción, control y, finalmente, valoración de esa información. Del mismo modo, esos filtros operan bajo cada uno de los restantes medios de prueba. Esos filtros reposan en normas procesales y en precedentes jurisprudenciales. A veces las normas son lo suficientemente estrictas y operan como reglas fijas (por ejemplo, no se admite un testimonio por escrito, sino que el testigo debe declarar en juicio), otras solo fijan estándares que la jurisprudencia debe dar contenido (no se admite prueba prejuiciosa; sin embargo no se define de manera clara qué entendemos por prueba prejuiciosa, quedando a los tribunales la determinación, en cada caso, de ese estándar). El litigante deberá tener una visión muy sólida sobre las normas procesales

que operan como filtros en cada medio de prueba y sobre la jurisprudencia aplicable al caso. Sino, corre el riesgo de perder su caso en la audiencia preparatoria de juicio al rechazarse los medios de prueba que pretendía ingresar al juicio para acreditar su teoría del caso.

Si bien este libro no tiene pretensiones de constituirse en una obra de derecho probatorio, sí nos tomaremos unos breves párrafos para clarificar la idea y dar ejemplos concretos de cada uno de los medios de prueba y de los filtros que existen al respecto. Solo que no lo haremos en base a un código específico porque pretendemos que esta obra se construya sobre el sistema penal adversarial latinoamericano, que tiene claros y suficientes lineamientos comunes. Comenzaremos con la prueba testimonial.

Medio de prueba	Filtros	Algunos supuestos
Testimonial y declaración de partes.	Adquisición	Se requiere juramento de decir verdad. Ofrecer el testimonio en la audiencia preparatoria de juicio. Delimitar los planos y puntos de interrogación
	Conservación	En caso de anticipo jurisdiccional de prueba, la testimonial deberá conservarse en soporte que permita su presentación en juicio. Se debe conservar la declaración brindada en juicio en soporte de audio o video para permitir el control de la decisión frente a un recurso.
	Producción	A través de las reglas del examen directo. No se permiten preguntas sugestivas sobre puntos en controversia Se debe dejar al testigo que declare. Se debe acreditar al testigo. No se puede interrogar sobre opinión personal o conclusión del testigo, a menos que demuestre conocimiento experto sobre la materia, No puede ser interrogado sobre planos donde exista una exclusión temática.
	Control	Se permiten preguntas sugestivas de un solo punto. No se permite maltratar al testigo. No se permite hostigar al testigo.

Como vemos, estos son algunos de los filtros vinculados a la prueba testimonial. Claro que existen muchos más filtros. Esta obra no nos alcanzaría para desarrollarlos. Para ello será preciso comenzar estudiando las reglas de litigación de examen y contraexamen de testigos, como así también las objeciones a las preguntas en ambos casos. Detrás de esas

reglas, que a veces son enseñadas como si fuesen puros ejercicios de retórica, reposan una innumerable cantidad de filtros de la teoría probatoria, algunos surgen claramente de los ordenamientos procesales, otros fueron construidos por la jurisprudencia. Para graficarlo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el código procesal no es generoso en reglas de evidencia ni establece claramente cuáles son los filtros de prueba para el examen y contraexamen de testigos. Sin embargo, la práctica judicial y la jurisprudencia fueron delineando esos filtros y estableciendo, por ejemplo, que las preguntas sugestivas están permitidas en el contraexamen, no así en el examen directo, aun cuando el ordenamiento procesal sea más bien anodino y escueto sobre este punto (filtro probatorio construido jurisprudencialmente).

Asimismo, existen reglas específicas y particulares para la adquisición, conservación, producción y control de determinados testimonios. Así, si se trata de un menor de edad, los filtros de la prueba testimonial son bien diferentes a la declaración de un mayor. En estos casos existe una colisión de valores: por un lado el contradictorio y la posibilidad de contraexaminar a un testigo, y por el otro, la tutela y protección integral de los niños, niñas y adolescentes. El valor superior del niño/a está por encima del contradictorio en sentido puro (decisión política) por lo que el contraexamen será diferente y el abogado de la defensa o de la acusación, según sea el caso, no podrán interrogar directamente al menor, sino que tendrán que proponer cuáles son los planos sobre los que quiere que el menor dialogue, y será un psicopedagogo o personal especializado en menores el que se ocupe de interrogarlo directamente en una sala especialmente preparada para ello (Cámara Gesell), la que deberá ser monitoreada por las partes y el juez a través de una pantalla de video.

Del mismo modo, aun cuando en la región no existan reglas específicas sobre la materia, podría haber un tratamiento diferenciado en caso de testigos que padezcan de alguna dificultad mental que requieran de mayor tiempo para procesar las preguntas. Si es así, lógico es que el contraexamen tenga otro ritmo y otras secuencias (Carofiglio, 2010).

Estas reglas son, en líneas generales, similares para la declaración de partes. La única diferencia es que, teniendo en cuenta que el imputado no está obligado a declarar, podrá optar por no someterse al contraexamen. Nada menos persuasivo que no permitir un control sobre lo declarado, cuando además no se le exige promesa o juramento de decir verdad, pero ese es otra debate, es una discusión en todo caso de persuasión y estrategias procesales, pero no

de filtros probatorios. Lo que quiero remarcar con esto es que existen algunas diferencias en los filtros sobre esta prueba, según se trate de testigos o de declaración de partes. Del mismo modo, es posible que el juez no permita un contraexamen con la misma intensidad que los realizados sobre los testigos, precisamente porque no está obligado a declarar.

Por el lado de la víctima, también habrá casos que requerirá de tutela de parte de las autoridades. Por citar un ejemplo, una víctima de graves hechos de violencia de género requerirá de un mayor cuidado en cómo se desarrolla el contraexamen, en cuanto a su intensidad y desarrollo. Estos son temas que aún hay que desarrollar, pero que requiere de reglas de control diferenciadas.

La valoración de la declaración de partes también será diferente a la de los testigos. En este caso, existe un interés marcado de ambas partes en el hecho, por lo que sus dichos deberán ser analizados con cuidado al trabajar la credibilidad de la información brindada a través de esta fuente.

Con respecto a los peritos también las reglas son bastantes similares, solo que existen algunas adicionales que remarcaremos en el cuadro que sigue a continuación.

Medio de prueba	Filtros	Algunos supuestos
Pericial	Adquisición	Se requiere conocimiento previo sobre la materia. Que la pericia sea necesaria, esto es, no solo que ayude al juez a su decisión, sino que sea sobre una materia en la cual el juzgador no puede arribar a una conclusión sin contar con experticia (Duce, 2013, p. 55). Que el perito sea idóneo, esto es que tenga destacado conocimiento sobre la materia, no bastando un conocimiento generalizado. Que el informe que presentará sea confiable, esto es, que no se aparte del conocimiento general sobre la materia y que sus conclusiones tengan un bajo margen de error.
	Conservación	Se deben conservar las fuentes de información sobre las que construyó sus conclusiones, tanto el material peritado como las fuentes utilizadas (investigaciones, estudios, libros)
	Producción	En el examen se permitirán preguntas conclusivas. Podrá declarar teniendo a la vista su informe previo o un soporte de imagen o cuadros que permita graficar su explicación.

		No se permite la introducción por lectura del informe previamente realizado. Eso no constituye prueba. Se podrá interrogar por hipótesis. Las preguntas de opinión son válidas.
	Control	Se permiten preguntas por hipótesis. Las preguntas por el margen de error son válidas.

La casuística sobre filtros de prueba pericial es innumerable y supera claramente los objetivos de este libro. Cada una de las experticias sobre las que se puede llegar a declarar en juicio tendrá particularidades y exigencias distintas (medicina –con todas sus especialidades y subespecialidades-, química, física, accidentología, etc.) que generarán jurisprudencia sobre qué tipo de idoneidad y confiabilidad de la pericia puede ser exigible.

Como vemos, dado que las pruebas testimoniales, declaraciones de partes y pericial son realizadas en la audiencia misma de juicio (recordemos que solo es prueba la información que ingresa a juicio a través de la oralidad y contradicción, no así los documentos anteriores que contengan sus informes o dichos), los mayores filtros operan sobre la producción y el control en juicio. Al contrario, en los restantes medios de prueba (prueba material, documental e informes), la información se produce por fuera del mundo jurídico, por fuera de la audiencia de juicio, por lo que será necesario para su ingreso, en principio, de un testigo idóneo para presentarla y explicar cómo se obtuvo. Los filtros en estos casos serán mayores para determinar cómo se la adquirió y cómo se la conservó para poder presentarla en juicio. Veamos sobre estas tres pruebas en general, cuáles son algunos de estos filtros.

Medios de prueba	Filtros	Algunos supuestos
Material, documental e informes	Adquisición	El secuestro de la prueba material debe realizarse en presencia de testigos. Motivo previo para proceder a una detención o requisa, ya sea la existencia de un hecho flagrante o la existencia de motivos suficientes para presumir que el imputado lleva algo consigo.
	Conservación	Preservar la evidencia. Cadena de custodia.
	Producción	Incorporación a través de testigos hábiles. En documentos suficientemente estandarizados, se permite su incorporación por simple lectura.

	Control	Utilización de preguntas sugestivas para evidenciar fallas en la cadena de custodia, en la preservación de la evidencia, entre otras.
--	---------	---

6.4. Los filtros de la prueba y los estadios procesales.

Los filtros de la teoría probatoria operan con distinta intensidad y significancia según la etapa procesal en la que nos encontremos. Teniendo en consideración que prueba es solo la información que ingresa por un medio probatorio admitido al juicio a través de la oralidad y el contradictorio¹⁷⁰, toda la información que se recolecte con anterioridad (etapa investigativa), constituye evidencia que solo podrá ser utilizada por las partes para preparar su caso, solicitar y debatir medidas cautelares, preparar la acusación y defensa, y verificar la información que ha reunido la contraria. Las evidencias recolectadas durante la investigación son útiles para resolver planteos previos al juicio, en audiencias argumentativas donde se analizará el pesaje del caso y la probabilidad de que el hecho pueda ser sostenido y acreditado eficazmente en juicio. Siendo esto así, lógico es que la exigencia sobre la legalidad de las evidencias sea menor en la etapa inicial, y vaya aumentando a medida que avance el proceso penal, ya que aún no se contará con la posibilidad de examinar y contraexaminar de manera directa la fuente de información ni su credibilidad. En alguna oportunidad ello será viable, pero en líneas generales, es una etapa reservada exclusivamente para el Debate (Alliaud, 2016).

Sentada esa diferenciación entre lo que se considera una mera evidencia investigativa de lo que constituye una prueba, resta definir los distintos controles que existen sobre aquéllas. La teoría probatoria establece tres momentos para controlar y excluir información por las razones epistemológicas invocadas (falta de control o que resulte ser información de baja calidad) o por respetar otros valores que se consideran superiores (afectación de garantías o de otros valores definidos como superiores). Un primer momento opera en la discusión sobre la admisibilidad de la prueba (audiencia preparatoria de juicio), otro en la producción probatoria donde se podrá nuevamente excluir información (etapa de prueba del juicio oral) y, por último, en la etapa final de valoración probatoria donde las partes podrán solicitar la invalorable de determinada información y trabajar la credibilidad o falta de

¹⁷⁰ Así lo establecen la mayoría de los códigos procesales penales aprobados durante el presente siglo.

credibilidad de determinados hechos (alegatos de clausura del juicio oral). Veamos estas etapas y sus controles.

a. Admisibilidad de la prueba.

a.1. Pertinencia y relevancia.

Como decíamos, si sostenemos al juicio oral como el método más racional para arribar a la verdad, en un contexto de juego justo (fair trial) e igualdad de partes, ello exige necesariamente un debido control sobre qué información y cómo se presenta en juicio. El sistema europeo continental no lo ve así, suaviza los filtros de admisión de pruebas, entendiendo que es suficiente control una sentencia escrita y motivada. Por ello ha puesto el énfasis en este plano, sosteniendo que será la etapa de valoración probatoria y el buen juez el que le dará el peso específico a cada evidencia (método atomista de valoración de cada prueba en forma individual) y cómo repercute en el mosaico de información de toda la prueba (método holístico de valoración de prueba) para arribar a la solución adecuada del caso (Taruffo, 2008, p. 132). Sostienen que el sistema reposa en una sentencia motivada y escrita que sopesará esas evidencias y permitirá un control adecuada de toda decisión (garantía del doble conforme). Sin embargo no advierten la dificultad de controlar cómo efectivamente las evidencias de baja calidad (como pudiera ser un testigo de oídas o un acta escrita no controlada) pueden repercutir y penetrar en la mente del juzgador. Tampoco advierten como riesgosa la facilidad de los jueces de poder elaborar argumentos que pueden resultar engañosos, en el sentido de minimizar el apoyo que pudieron tener en evidencias de baja calidad en su decisión. Diciéndolo en lenguaje claro, ¿cómo podemos controlar la decisión de un juez que dice no apoyarse, por ejemplo, en una confesión extrajudicial o en un testimonio que, sin control de partes, declaró que otra persona le dijo que el imputado era el autor del hecho (testigo de oídas o hearsay), cuando el verdadero testigo no estuvo presente en el juicio? Las posibilidades que tiene un juez de maquillar su decisión, o incluso más riesgoso aún, convencerse de que esa información no impacta en su decisión, son enormes y no permiten un control genuino. Precisamente por ello, el sistema anglosajón va a realizar un control profundo sobre qué información puede ser admitida en juicio, evitando que los jurados o jueces profesionales, según sea el caso, se contaminen con información que pueda generar prejuicio o confusión.

Los sistemas anglosajones reposan en una distinción muy clara. No es suficiente la pertinencia como criterio de admisión probatoria, tal como la entiende el derecho continental europeo, sino que es preciso algo más, verificar que esa información sea relevante, esto es, tenga la calidad suficiente para poder ingresar al juicio. Es por ello que pivotean en un doble filtro: por un lado el criterio de pertinencia (que la información que se pretende ingresar guarde algún tipo de relación con el caso, esto es, nos acerque a comprobar, de alguna manera, nuestra hipótesis); y otro de relevancia (que la prueba tenga entidad, esto es, que no sea puramente prejuiciosa), aunque lo hacen con otra nomenclatura, bajo los términos de relevancia y admisibilidad, respectivamente.

Así se establecen, por ejemplo en las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, tres reglas vinculadas a determinar parámetros generales o estándares de ingreso probatorio:

- a. Regla 401. Definición de evidencia pertinente. Evidencia pertinente es aquella que tiende a hacer la existencia de un hecho, que tiene consecuencias para la adjudicación de la acción, más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia. Esto incluye la evidencia que sirva para impugnar o sostener la credibilidad de una persona testigo o declarante.
- b. Regla 402. Relación entre pertinencia y admisibilidad. La evidencia pertinente es admisible excepto cuando se disponga lo contrario por imperativo constitucional, por disposición de ley o por estas reglas. La evidencia no pertinente es inadmisibile.
- c. Regla 403. Evidencia pertinente excluida por fundamentos de perjuicio, confusión o pérdida de tiempo. La evidencia pertinente puede ser excluida, cuando su valor probatorio queda sustancialmente superado por cualquiera de estos factores:
 - a. Riesgo de causar perjuicio indebido.
 - b. Riesgo de causar confusión.
 - c. Riesgo de causar desorientación del jurado.
 - d. Dilación indebida de los procedimientos.
 - e. Presentación innecesaria de prueba acumulativa.

Estas reglas generales de admisión probatoria son similares en las Reglas de Evidencia Federales de los Estados Unidos y se repiten, al menos en los lineamientos

generales, en la mayoría de los sistemas anglosajones¹⁷¹. Como podemos observar en la nota anterior, más allá de sutiles diferencias de expresiones, estas tres reglas, que constituyen el núcleo de admisibilidad probatoria anglosajona, se repiten casi sin diferencia alguna. Hay una expresión que si llama la atención: mientras el sistema anglosajón utiliza el término de relevancia (ver regla 401) para definir que toda prueba en principio es admitida siempre que tienda a acreditar o desacreditar la existencia del hecho, las reglas de Puerto Rico sustituyen la palabra “relevancia” por la de “pertinencia” en esa misma regla. No es una diferencia menor. Si observamos el concepto de ambos términos, según la Real Academia Española, veremos que pertinente es: “1. Pertinente o correspondiente a algo; 2. Que viene a propósito; 3. Conducente o concerniente al pleito”; mientras que relevante es: “1. Sobresaliente, destacado; 2. Importante, significativo”. Vemos entonces que no toda prueba pertinente es relevante, ya que podrá ser que el aporte que se realice con la misma no sea “importante o significativo” y, por ende, no sea admitida, ya sea porque resulte acumulativa, provoque una dilación o desorienta al juzgador, generando confusión. La diferencia entre pertinencia y relevancia es cualitativa, por lo que opera como una suerte de filtros que hay que ir superando. Nos parece aconsejable utilizar la diferenciación entre pertinencia y relevancia; es más útil para la teoría probatoria y es el que utilizaremos de aquí en adelante.

Por de pronto quedémonos con la diferenciación de ambas categorías: pertinencia y relevancia, como dos estadios de análisis probatorio que deben ser superados para que una prueba sea admitida. Por el contrario, el sistema europeo continental, como lógica consecuencia de que la verdad está por encima de otros valores, no hace esa distinción. Así, es frecuente en el sistema europeo continental –como así también los códigos latinoamericanos que provenían de esa fuente- que se le permita al juez producir nuevas pruebas previo al juicio (instrucción suplementaria) o durante el debate aún sin petición de

¹⁷¹ Así las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos de Norte América disponen lo siguiente:
Rule 401. Definition of relevant evidence. Relevant evidence means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence.
Rule 402. Relevant evidence generally admissible; irrelevant evidence inadmissible. All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible.
Rule 403. Exclusion of relevant evidence on grounds of prejudice, confusion, or waste of time. Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence.

parte (ampliación probatoria), participar activamente en la producción probatoria interrogando testigos, afectando claramente así la imparcialidad ya que el juez pasa a gestionarla en vez de exigírsela al acusador (Binder, 2012, p. 222). Como dijimos, el Civil Law no ha puesto la mira en los filtros sobre la admisión probatoria, descansando todos los límites probatorios en la valoración de la sentencia, con los riesgos que ello trae aparejado y que ya expresamos. Es por ello que los códigos mixtos, heredados por estas tierras durante la segunda mitad del siglo XX, utilizaran diferentes términos para la exclusión probatoria, sin diferenciarlos ni darles contenido claro. Así, los códigos latinoamericanos expresaron como condición de admisión de pruebas términos tales como inconducente, impertinente, sobreabundante, inútil, irrelevante, sin fijar criterios distintivos entre dichos conceptos ni filtros genéricos como la regla de evidencia 403 recién vista. De allí que a los abogados latinoamericanos les cueste tanto esfuerzo comprender la diferencia entre ambas categorías y litigarlo. Es parte de la herencia cultural de los viejos sistemas inquisitivos. Es un nudo problemático que requerirá de nuevas teorizaciones sobre la prueba.

De a poco los nuevos códigos latinoamericanos por un lado, y la doctrina y jurisprudencia por el otro, empiezan a trazar las primeras pinceladas normativas sobre esta distinción y elaborar un bloque teórico que brinde mayor predicción y seguridad jurídica a la admisión probatoria y al juicio en sí. Por citar ejemplos, vemos que el Código Procesal Penal de Colombia ya lo regula expresamente con esta distinción. Así, establece en su artículo 357 lo siguiente: “Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad¹⁷² previstas en este código. Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.” Como vemos establece claramente el doble control de pertinencia y relevancia, bajo los conceptos de “pertinencia”

¹⁷² Utilizando la terminología anglosajona para estas categorías –pertinencia y admisibilidad-. Nosotros continuaremos trabajando con la terminología que creemos que más se acomoda a estas categorías –pertinencia y relevancia-. Solo cuando una prueba es pertinente y relevante será admitida en juicio.

y “admisibilidad”, estableciendo luego en el código cuáles son las reglas que impiden el ingreso de prueba pertinente.

Asimismo, desde la doctrina, se han observado claros desarrollos teóricos que permiten interpretar, aún frente a códigos procesales que no definen de manera clara este doble juego de control de admisibilidad probatoria (bajo los conceptos de pertinencia y relevancia), que ese pivote es factible desde el control de las garantías en el proceso penal. Así, sostienen que la pertinencia puede entenderse no solo en el sentido epistemológico – para lo cual probablemente la norma sea además superflua, ya que si la prueba no tiene ni una mínima vinculación con los hechos a nadie se le ocurriría ofrecerla-, sino también como garantía, en el sentido de la obligación de ponderar los valores en juego y prevenir prejuicios injustificados que podrían generarse con la introducción de determinada información (Hernández Basualto, 2010, p. 43). Es desde ese mismo enfoque que se ha sostenido que la pertinencia puede ser analizada bajo dos dimensiones. Un primer nivel de análisis está constituido por la pertinencia lógica de la prueba, que exige que exista vinculación entre el contenido de la prueba y los hechos debatidos en juicio. Pero existe otro nivel de análisis, denominado pertinencia legal, en el cual corresponde realizar “un análisis de costo y beneficio en el que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera genera su incorporación al mismo” (Duce, 2010, p. 61). Lo que se trata en definitiva es de verificar si el potencial valor probatorio de una evidencia ofrecida es superior al eventual perjuicio que con la misma se puede llegar a producir en el juzgador. Si el perjuicio es superior, entonces debe rechazarse por falta de pertinencia legal, que no es otra cosa que el concepto de relevancia antes explicado.

El concepto de relevancia de las pruebas se regula bajo tres tipos de normas. Por un lado, los códigos suelen fijar estándares o criterios generales. Así no será admitida a juicio por falta de relevancia, toda información que provenga de una prueba que pueda generar confusión, perjuicio, resulte innecesaria o sobreabundante o genera dilaciones indebidas. Estos conceptos, se observan claramente en la regla de evidencia nro. 403 (tanto de las federales como de las reglas de Puerto Rico) como así también, aunque de forma desperdigada, en los códigos latinoamericanos, bajo la regulación de estándares, más no como reglas fijas. No es posible fijar de antemano si un caso genera un perjuicio, confusión

o dilación indebida. Se trata de conceptos genéricos a los que no se les puede dar un contenido específico, sino que tiene que ver con los valores que están en juego en cada caso en particular. Así, para ver si hay un perjuicio indebido hay que analizar cuál es el peso de la información que se pretende introducir y cuánto es el perjuicio que la información trae aparejada en el caso. Del mismo modo, la dilación indebida no se puede regular y definir en un término específico, requiere de analizar cuál es la demora en el caso, cuál es el peso probatorio de la evidencia que se pretende ingresar y si la misma se justifica o no en base a si existe otro modo de acreditar esos hechos. Será la jurisprudencia la que irá fijando las reglas precisas que se derivan de aquélla, y los abogados que preparan su caso deberán tener un claro estudio y conocimiento de la jurisprudencia para poder tener predictibilidad de su caso.

En segundo lugar, existen otras normas que son derivación directa de la vigencia y aplicación de los principios constitucionales del sistema penal. Los tres principios de primer orden que determinan las condiciones de verificación, esto es la imparcialidad, el contradictorio y la publicidad, imponen deberes a los estados. Nos exigen que esos principios sean garantizados evitando la incorporación de información si es el juez quien la produce, ya sea interrogando testigos o ampliando el plexo probatorio del juicio, ya sea a través de una instrucción suplementaria o ampliando las pruebas en el juicio mismo¹⁷³. A veces esas normas existen en forma expresa, otras veces es una derivación de una norma específica que suele estar en la parte inicial de los códigos¹⁷⁴, otras veces no se cuenta con esa norma, pero es el juez quien debe construirla desde esos principios para evitar el ingreso de información por razones de garantía¹⁷⁵ y por razones epistemológicas también, ya que es información no controvertida y que amplía el margen de error de la decisión judicial y, por ende, debe ser desechada.

¹⁷³ Compartiendo la opinión de Guzmán, en el sentido de que el acto de interrogar nunca es plenamente neutral (2006, p. 153). Esa misma visión parece desprenderse del pensamiento de Ferrajoli al criticar al sistema inquisitivo y sostener que el proceso de verificación aportado por la epistemología acusatoria es un método de verificación, refutación, quedando la decisión en manos del juez (1998, p. 606).

¹⁷⁴ Por ejemplo, el Código Procesal Penal de Chile, ordena al Juez de Garantías excluir toda prueba “obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”.

¹⁷⁵ En ese sentido, sostiene Hernández Basualto que “el derecho a la presunción de inocencia y en la garantía del juez imparcial, entendiendo que la aplicación de las reglas legales a la luz de dichas garantías conduce naturalmente al reconocimiento de reglas no escritas de exclusión probatoria” (2010, p. 43).

Sin embargo el concepto de relevancia no se completa exclusivamente con ese estándar. Hay supuestos en los que se dispone de normas específicas que operan como reglas rígidas que evitan el ingreso de determinada información. Ello ocurre cuando la irrelevancia es tan evidente que se establece de manera expresa. Así, se regula que no pueden ingresar, por ejemplo, declaraciones testimoniales por simple lectura (prueba de referencia para el sistema anglosajón); documentos sin que sean incorporados por un testigo hábil, salvo que se trate de documentos públicos o privados suficientemente estandarizados (Baytelman y Duce, 2004, p. 266); pruebas de mal carácter¹⁷⁶, salvo supuestos especiales; actas de detención y secuestro¹⁷⁷; testigos de oídas, salvo que esté validado por el testigo principal de los hechos (hearsay rule); peritos que no sean necesarios, idóneos y sus informes confiables, etc. No se trata de una obra de derecho probatorio propiamente tal, por lo que dejaremos estos ejemplos de supuestos específicos donde el legislador consideró que la prueba no es confiable y por ende no debe ser admitida en juicio.

a.2. Legalidad.

Otro supuesto que debe analizarse al momento de verificar la admisibilidad de la prueba está centrado en la legalidad de su adquisición. Tratándose de un conflicto formalizado, no solo debemos medir la pertinencia y la relevancia de la información que se pretende ingresar a través de un medio de prueba, sino también si la misma fue obtenida conforme a los parámetros legales y constitucionales. Concretamente hacemos referencia a la exclusión de toda prueba que no haya sido obtenida por medios lícitos o que existan otros valores en juego que el legislador les haya dado preeminencia. En estos supuestos, la falta de admisibilidad de la prueba no reposa ya en criterios epistemológicos propiamente dichos, como operaba en los casos anteriores, sino en la relevancia de otros valores que el constituyente en algunos casos, o el legislador en otros, ha considerado más valiosos para nuestra conformación social. Por ello sostenemos que, en definitiva, se trata de otro supuesto de exclusión por relevancia¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Las pruebas sobre el carácter del imputado y la víctima tienen una regulación específica en el sistema anglosajón. Sobre reglas de carácter ver las reglas 405 y siguientes de las Reglas de evidencia de Puerto Rico.

¹⁷⁷ Estas no son más que las declaraciones efectuadas por los propios policías, que están plasmadas en un formato de acta de detención y secuestro.

¹⁷⁸ Se trata de información pertinente –guarda relación con el objeto procesal y tiende a acreditarlo– pero que, al analizar su relevancia, hay valores más importantes en juego que impiden su utilización.

Es la etapa intermedia del proceso, por excelencia, donde se controlará la admisibilidad de la prueba y se podrá verificar si fue obtenida a través de medios legales o violando principios constitucionales. Este es el momento para controlar cómo se ha obtenido una evidencia, ya sea el haber tomado conocimiento de la existencia de un testigo, una prueba material o cualquier otra información relevante para el caso. Antes de esta etapa procesal, en principio, no corresponde su tratamiento, puesto que la acusación no ha expresado aún si utilizará o no esa información¹⁷⁹. Pudiera ocurrir que la acusación, al ver que la evidencia fue obtenida de forma ilegal, opté por no ofrecerla al juicio y, entonces, pierde sentido la moción de exclusión. Ese es el motivo central por el cual el momento procesal oportuno para su tratamiento es la audiencia preparatoria de juicio. Es allí donde existirá una petición concreta para incorporar esa información al juicio. Con esto no queremos decir que no haya posibilidad de plantearlo en un estadio anterior. Si la acusación está utilizando esa fuente – presuntamente ilegal- de información para obtener una medida cautelar, la defensa, lógicamente, se encuentra facultada para petitionar su exclusión¹⁸⁰. En el sistema anglosajón se encuentra regulada la práctica de mociones de exclusión de prueba que pueden ser utilizadas antes del debate. Pero este será un supuesto excepcional, siendo la audiencia preparatoria de juicio el hábitat natural para la petición de exclusión probatoria por las razones que fueran, incluido, claro está, los motivos de ilegalidad.

Como bien sabemos, todos los principios constitucionales se encuentran determinados en la Constitución Nacional y/o en los Tratados Internacionales de Derechos

¹⁷⁹ Sin perjuicio de ello, como bien señala Moreno, pudiera eventualmente realizarse un planteo de exclusión en etapas iniciales de la investigación penal preparatoria, cuando se pretendiera utilizar la misma para sustentar una petición, como pudiera ser, una medida cautelar. Así afirma el autor lo siguiente: “...si bien en la etapa de investigación no parece razonable el solicitar una exclusión probatoria de manera directa al juez de garantía, ...si es perfectamente posible a nuestro juicio el que la defensa pueda plantear a propósito de la obtención de evidencia con vulneración de garantías constitucionales, que ella no sea considerada por el juez al momento de debatir sobre la procedencia, mantención o revisión de una medida cautelar o respecto de una solicitud de una medida intrusiva. Se trataría como ha señalado la doctrina de un caso de inutilizabilidad” (Moreno, 2012, p. 105).

En igual sentido, afirman Horvitz Lennon y López Masie que “constituye un deber del juez de garantía en cumplimiento de la función de protección que la ley le ha asignado, negarse a reconocer valor a los elementos probatorios obtenidos ilícitamente al momento de pronunciarse sobre medidas cautelares e intrusivas (2010, p. 210), sosteniendo luego que en Italia la inutilizabilidad es una posibilidad legalmente prevista, a diferencia del sistema de los Estados Unidos, donde no cabe invocar la regla de exclusión en audiencias preliminares.

¹⁸⁰ Aunque el control sobre la legalidad es menor, puesto que aún no fue utilizada bajo el concepto de prueba (donde se fortalece el contradictorio y los controles y exigencias sobre la información que a través de aquella se pretende incorporar a juicio), sino solo como una evidencia para demostrar riesgos, fuerza y plausibilidad del caso.

Humanos, siendo los códigos procesales penales y diversas leyes las que reglamentan su ejercicio y garantizan su vigencia a través de sanciones en caso de su incumplimiento (teoría de las formas procesales), para que el principio no sea vulnerado. Así por ejemplo, de nada serviría que la Constitución reconozca el principio de defensa en juicio si luego, a través de las leyes respectivas, éste no está garantizado suficientemente. Así si el Código Procesal Penal al garantizar el principio de la defensa en juicio solo permitiese al imputado ser asesorado técnicamente desde la etapa de juicio, mal podríamos hablar de un principio que esté suficientemente garantizado. Para determinar si nos encontramos efectivamente en un estado de derecho no debemos limitar nuestra mirada a la existencia de principios, sino antes bien, observar cómo esos principios se encuentran garantizados¹⁸¹ a través de las normas que los reglamentan, invalidando todo acto que los violente. Es importante observar cómo se interpreta jurisprudencialmente la vigencia de dichos principios, esto es, cómo nuestros máximos tribunales interpretan los términos en que cada principio se encuentra garantizado.

Una vez que verificamos cómo se encuentra garantizado determinado principio, es el momento de observar si su afectación trajo aparejado un agravio concreto. Puede ocurrir que el acto inválido no traiga aparejado consecuencia o afectación alguna (por ejemplo un allanamiento sin orden judicial y por fuera de las excepciones a la necesidad de orden, pero que solo se obtuvo prueba favorable al imputado), en cuyo caso no corresponde la invalidez del acto, sino su saneamiento y convalidación. La afectación de una forma procesal marca una advertencia, nos avisa sobre un peligro o afectación a un principio. Si ese principio tuvo una afectación concreta, entonces corresponderá invalidar el acto y todas las consecuencias que dependan directamente de él. Pero debemos tener presente que no todo quebrantamiento de las formas implica un acto inválido. El acto defectuoso puede ser saneado o puede convalidarse para los casos en que se absorbe el defecto (Binder, 2000, p. 94).

En caso de que exista un agravio concreto, entonces, restará determinar cuál es el alcance del remedio, esto es si solo habrá que excluir la prueba hallada (regla de exclusión) o si el alcance también involucrará otros actos, esto es, los actos que dependan de dicho cauce

¹⁸¹ Como sostuve en un trabajo anterior, de lo que se trata es de abandonar la visión meramente teórica de los principios de primer orden (imparcialidad del tribunal, contradicción y publicidad). Ellos no existen de forma pura y acabada por su mero reconocimiento constitucional, sino que son las reglas y las formas del juicio oral que los contienen y definen su espesor. Mientras no trabajemos en las reglas necesarias para potenciar su vigencia, el juicio oral naufragará entre principios sin práctica y prácticas sin principios, aun bajo una matriz epistemológica adversarial (Rua, 2018, p. 217).

de investigación (teoría del fruto del árbol venenoso). Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los precedentes “Montenegro”¹⁸² y “Fiorentino”¹⁸³ adoptó la regla de exclusión al reconocer que se debe excluir toda prueba o información que sea consecuencia de la realización de actos ilegales. Como bien señala Carrió, aceptar la prueba obtenida en violación a garantías constitucionales equivale a otorgar valor al resultado de un delito y a comprometer la buena administración de justicia, dando la impresión que la erradicación de estos males solo quedará asegurada si queda claro que es la Constitución la que impone la exclusión de tales pruebas (2014, p. 347).

Con respecto al alcance de la regla de exclusión, nuestra Corte reconoció la vigencia de la teoría del fruto del árbol venenoso en el precedente “Rayford”¹⁸⁴ donde sostuvo que: “si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél”. Este criterio fue ratificado y puntualizado con mayor detalle en el precedente “Daray”¹⁸⁵, en el cual se sostuvo que: “no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado”.

El punto para todo litigante está centrado en reconocer cómo están regulados y garantizados cada uno de los principios constitucionales del proceso penal, para poder determinar si las pruebas, favorables o de la parte contraria, superarán el test de legalidad. Trabajar estos puntos es fundamental para litigar la audiencia preparatoria de juicio. Para ello será preciso conocer adecuadamente cómo se encuentran regulados y qué ha dicho nuestro más Alto Tribunal con respecto al alcance de dichas garantías. El problema que nos encontramos aquí es que en nuestros sistemas judiciales aún contamos con una pobre cultura sobre la doctrina del precedente. Por un lado, existe cierto desapego a seguir la doctrina que nuestros más Altos Tribunales fijan en precedentes. La anomia, la falta de cultura sobre la

¹⁸² Fallos 303:1985.

¹⁸³ Fallos 306:1752.

¹⁸⁴ Fallos 308:733.

¹⁸⁵ Fallos 317:1985.

legalidad que ha operado en América Latina se anidó, como era de esperar, en la falta de control, seguimiento y respeto por la doctrina que nuestra Corte Suprema fija para casos análogos. A pesar que ya desde sus primeros pasos, la Corte estableció la doctrina que los casos iguales deben ser tratados del mismo modo¹⁸⁶ me animaría a afirmar que en el foro de abogados, jueces, fiscales y defensores públicos hay cierta desidia a tomar con seriedad esa doctrina. Pero también hay otra razón tan potente como la primera. Y está centrada en que el formato con que la Corte y los tribunales inferiores elaboran sus sentencias dificulta la visión de los hechos del caso y la identificación de la “ratio decidendi”. Fallos farragosos, extensos, que se concentran con mayor ahínco en los hechos que no están en el caso (obiter dictum) que en el propio supuesto donde elaboran su doctrina e interpretación normativa, son moneda corriente en nuestras prácticas.

Algunas ideas que todo litigante deberá tener en cuenta. En primer lugar, no hay dos casos iguales (Cueto Rua, 1982, p. 131). A pesar que los casos similares deben tratarse de igual modo, doctrina elaborada por la Corte desde sus primeros cimientos, es preciso verificar qué hechos son los relevantes para fijar una determinada doctrina, para luego constatar cuáles son los hechos del caso que se pretende como similar. En palabras de Garay,

“una sentencia resuelve concretamente un caso o controversia, constituido por un grupo de hechos y circunstancias únicas, acaecidos en el pasado. Estos hechos o circunstancias, junto con lo pedido por las partes, es lo que define el caso a resolver y delimita la competencia del Tribunal” (2013, p. 139).

En segundo lugar, corresponde determinar cuál ha sido la “ratio decidendi” del caso anterior. Para ello es preciso encontrar dentro del fallo cuál es la doctrina que se ha fijado para los hechos del caso anterior. Una vez fijada la “ratio decidendi” es preciso determinar la obligatoriedad del precedente. En este punto, los abogados debemos tener sumo cuidado.

Como bien señala Garay,

“muchas veces encontraremos sentencias que dan como fundamento expreso pautas o principios generales (creados en esas decisiones o no) de excesiva latitud y que, por lo tanto, abarcan supuestos demasiados genéricos o excesiva o inconvenientemente alejados de los que el caso a resolver presenta. Este es un vicio bastante frecuente, contra el cual debemos estar prevenidos. Esos obiter dictum no hacen parte de lo resuelto en el caso” (2013, p. 140).

¹⁸⁶ Fallos 1:148 del año 1864.

Esta dificultad es aún mayor si analizamos que muchos de los precedentes de la Corte están apoyados en normas que ya han sido modificados y habrá que analizar si la doctrina puede mantenerse estable, o si esa “ratio decidendi” ya no es aplicable al caso. Estos tres pasos tienen límites muy estrechos y nos demuestran que el razonamiento que debemos realizar tiene tintes analógicos.

Como explican Cross y Harris, los pasos del razonamiento analógico son los siguientes:

“En primer lugar, el juez examina si existen similitudes relevantes entre el precedente y el caso concreto bajo examen. En segundo lugar, el juez determina la ratio decidendi del caso anterior, y en tercer y último lugar, evalúa si dicha ratio se debe o no aplicar al caso concreto. Aunque podría afirmarse que la analogía puede utilizarse en la primera etapa, es claro que la misma no juega ningún papel en la segunda etapa, pero frecuentemente resulta decisiva en la tercera etapa, en donde el juez tiene que decidir si los hechos del caso concreto son lo suficientemente similares a los del caso anterior como para que deba aplicar la ratio decidendi de este último, o si sirven apenas para justificar que la aplique si desea hacerlo” (2012, p. 223).

Sentado ello, corresponde adentrarnos a determinar los estándares de cómo se encuentran regulados, entre otros, el principio de defensa en juicio, la libertad personal, la intimidad de los elementos que uno lleva consigo, del domicilio y de la correspondencia privada, y del derecho a no declarar contra uno. La extensión de esta obra supera la posibilidad de desarrollar estos principios con minuciosidad y determinar cómo se encuentran garantizados en nuestro ordenamiento. Ello nos obligaría no solo a verificar el plano normativo de cada uno de los estados de Argentina, y del resto de los países de la región, sino también como está garantizado jurisprudencialmente cada uno de los principios, diferenciando casuísticas en particular.

Por ello solo nos detendremos de manera breve en algunos de aquéllos principios. Con respecto al principio de la libertad durante el proceso, el mismo se encuentra garantizado, entre otras formas, a través de la exigencia de una orden judicial para poder proceder a la detención de un individuo. Solo en determinados supuestos excepcionales, las fuerzas de seguridad se encuentran facultadas para proceder a la detención de una persona siempre que el imputado se encuentre en situación de flagrancia, entendiendo por tal cuando existan indicios vehementes de culpabilidad de que una persona acaba de cometer un delito,

siendo detenido en el momento o inmediatamente después de cometido¹⁸⁷. Para ello será preciso verificar todos los hechos concomitantes existentes antes de la detención, no debiéndose valorar los hechos posteriores a la captura ni admitirse el mantener “in pectore” los motivos de la detención. Esta doctrina que fue fuertemente respaldada en el precedente “Daray”, luego disminuyó en su alcance, con los posteriores fallos “Tumbeiro”¹⁸⁸, “Monzón”¹⁸⁹ y “Szmilowsky”¹⁹⁰, en los cuales nuestro máximo tribunal consideró como suficiente para habilitar una detención aspectos tales como, nerviosismo frente al móvil policial, actitud sospechosa sin mayores detalles, vestimenta inapropiada para la zona, sin que se muestren en esos casos parámetros fácticos claros. Si un litigante toma como estrategia debatir un control de legalidad de la detención, ya sea al inicio del caso o en la audiencia preparatoria de juicio, entonces tendrá que tener claridad sobre el plano normativo, como así también la doctrina elaborada por nuestro más alto tribunal.

Con respecto al principio de intimidad, el mismo se encuentra garantizado a través de la exigencia de una orden judicial para proceder a ingresar en el domicilio de una persona, revisar su correspondencia privada o inspeccionar las cosas o efectos que una persona lleva consigo. Excepcionalmente se habilita a las fuerzas de seguridad a ingresar al domicilio en supuestos muy reducidos¹⁹¹. Asimismo se autoriza a requisar a una persona o a un automóvil siempre que se den determinadas circunstancias que demuestren que existen motivos suficientes para presumir que una persona porta un efecto del delito consigo o dentro de su vehículo, o se trate de controles vehiculares genéricos. Sobre estos puntos, la CSJN ha fijado pautas muy concretas. En lo pertinente al ingreso al domicilio ha considerado en el precedente “Fiorentino”, que no es suficiente para legitimar un allanamiento sin orden judicial, contar con el consentimiento para el ingreso del imputado o de los propietarios de la vivienda, si no se le hicieron saber sus derechos ni está munido de garantías suficientes¹⁹². En lo que respecta a la requisa de vehículos ha establecido en el precedente “Fernández

¹⁸⁷ En líneas generales ese es el concepto de flagrancia que han adoptado la mayoría de los códigos latinoamericanos.

¹⁸⁸ Fallos 321:2947

¹⁸⁹ Fallos 325:3322

¹⁹⁰ Fallos 326:41

¹⁹¹ La mayoría de los códigos de la región lo limitan a situación de peligro o a situaciones donde el personal policial está en la persecución de un individuo que ingresa a un domicilio.

¹⁹² Fallos 306:1752

Prieto”¹⁹³ que hay que distinguir en la inspección de una casa, de un negocio, respecto de los cuales la orden judicial puede ser rápidamente obtenida y la requisita de un vehículo a cuyo respecto no es factible obtenerla porque el rodado puede ser prontamente sacado de la jurisdicción o localidad en la que aquélla debe ser obtenida, agregando que la legalidad de esa requisita depende de la probable o razonable causa para creer que el transporte detenido lleva mercadería proveniente de un delito.

Por último en cuanto al principio de prohibición de declarar forzosamente contra sí, se la ha garantizado a través de normas procesales que impiden la declaración bajo coacción. Sobre este punto, la CSJN ha fijado en el precedente “Montenegro”¹⁹⁴ que no puede utilizarse la información que provenga de una confesión bajo apremios ya que el Estado no puede muñirse de un acto ilegal.

Cada uno de estos principios no solo presenta regularidades muy específicas, sino que la CSJN, a lo largo de los años, ha fijado diversas doctrinas aplicables para diversos supuestos. No podemos en esta obra dedicarnos a su desarrollo. Resulta claro que el litigante debe tener un acabado conocimiento de los precedentes para poder defender la legalidad en la obtención de prueba favorable, como así también rechazar la prueba de la parte contraria obtenida por fuera del marco legal. A continuación presentamos un pequeño cuadro que pretende orientar en la búsqueda de los fallos más relevantes sobre la materia. No se trata de un cuadro que grafique todas las dimensiones que se pueden generar, en absoluto. Es tan solo un mecanismo de trabajo para orientar la labor del litigante en torno a la teoría probatoria. Nos concentraremos en cuatro grandes áreas, esto es detenciones, requisas, allanamientos y confesiones.

Principio afectado	Garantizado	Fallos de CSJN más relevantes.	Agravio	Remedio	Alcance
Libertad Personal	Orden judicial. Excepcionalmente facultades policiales	“Daray” “Tumbeiro” “Monzón” “Szmiliowsky”	Privación de libertad y obtención de información (detención e información derivada)	Regla de exclusión. “Rayford”	Teoría del fruto del árbol envenenado “Daray”
Intimidad	Orden judicial para requisas.	“Fernández Prieto”	Afectación a la intimidad y	Regla de exclusión	Teoría del fruto del

¹⁹³ Fallos 321:2947.

¹⁹⁴ Fallos 303:1938.

	Excepcionalmente facultades policiales		obtención de pruebas (secuestro de prueba material y demás datos)		árbol envenenado
Inviolabilidad del domicilio	Orden judicial y facultades policiales en casos urgentes	“Fiorentino” “Torres” ¹⁹⁵ “Yemal” ¹⁹⁶ “Minaglia” ¹⁹⁷ (estos tres últimos sobre fundamentos de la orden de allanamiento)	Afectación a la intimidad (secuestro de evidencia y demás datos)	Regla de exclusión	Teoría del fruto del árbol envenenado
Prohibición de declarar contra si	Entrevista profesional y conocimiento claro y cierto de sus derechos antes de presentar un descargo.	“Montenegro” “Vázquez Ferrá” ¹⁹⁸ (sobre extracción de sangre compulsiva) “Zambrana Daza” ¹⁹⁹ y “Baldivieso” ²⁰⁰ (sobre el secreto profesional)	Declaración perjudicial (confesión)	Regla de exclusión	Teoría del fruto del árbol envenenado

b. Producción probatoria.

La preocupación por los límites a la prueba no podría reposar exclusivamente en la admisión de pruebas. Es preciso tener controles y filtros suficientes que habiliten a las partes a cuestionar la información que la contraria pretende ingresar en juicio. De nada servirían los controles estrictos sobre la admisibilidad probatoria, previos al juicio, si durante la sustanciación del debate no tenemos forma de garantizar la calidad de la información y su contradictorio. De allí que cada uno de los medios de prueba presente filtros de producción y control, como lo hemos detallado en esta obra.

¹⁹⁵ Fallos 315:1045.

¹⁹⁶ Fallos 321:510.

¹⁹⁷ Fallos 330:3801.

¹⁹⁸ Fallos 326:3758.

¹⁹⁹ Fallos 320:1717.

²⁰⁰ Fallos 333:405.

Tenemos que tener presente que los filtros de admisibilidad puede ser de dos tipos:

- a. completo, esto es, se prohíbe el ingreso de una determinada fuente de información (por ejemplo no se autoriza la declaración del testigo X, por razones de pertinencia, relevancia o legalidad); o
- b. parcial, que opera cuando es admitido el medio probatorio ofrecido, pero bajo límites, como por ejemplo, solo podrá declarar sobre determinados hechos, o se dispone una exclusión temática (no podrá declarar sobre el hallazgo de una prueba que se determinó su ilicitud). Para llevarlo a un ejemplo concreto, se admite como prueba en juicio la declaración de un oficial de policía que detuvo al imputado en un hecho flagrante, pero bajo una exclusión temática, consistente en que no podrá declarar sobre el hallazgo de un elemento secuestrado en un allanamiento declarado ilegal.

Durante la sustanciación del juicio, las partes deberán velar por incorporar sus evidencias –ofrecidas y admitidas- para acreditar los hechos relevantes y favorables del caso, verificando que la parte contraria no introduzca información impertinente, irrelevante (ya sea porque se trate de información de baja calidad, no sujeta al contradictorio, que pueda generar confusión) o ilegal, por fuera de los parámetros establecidos normativamente²⁰¹.

Las partes cuentan con un recurso procesal durante la sustanciación de la actividad probatoria: podrán utilizar las objeciones para evitar que ingrese información impertinente, irrelevante o ilegal. Las objeciones no son otra cosa que un mecanismo para evitar que la parte contraria, a través de un medio probatorio, ingrese información por fuera de los parámetros legales establecidos en la teoría probatoria, en planos centrales del debate. Cuando un litigante -luego que la contraparte formula una pregunta a un testigo y antes de que éste brinde la respuesta-, realiza una objeción, le está indicando al juez profesional dos cuestiones centrales muy concretas:

- a. la primera, esa información no puede ser admitida bajo las reglas legales de la teoría probatoria (podrá ser porque es impertinente y no queremos hacerle perder tiempo al tribunal; irrelevante porque es una información de baja calidad o puede generar prejuicio, ya sea porque existe una norma específica que prohíbe esa información o por aplicación de una norma genérica de criterio de pertinencia y afectación a garantías constitucionales; o ya sea por afectación a la legalidad en su obtención); y

²⁰¹ Sugerimos al lector revisar las causales trabajadas en este libro.

b. la segunda, le genera un agravio concreto porque la información que se pretende ingresar recae sobre un hecho que es central en su teoría del caso y está controvertido.

En síntesis, una objeción bien formulada debe reunir dos condiciones, se trata de un incumplimiento de las formas procesales vinculado a la teoría probatoria, y le causa un agravio concreto. Fuera de esos supuestos, las objeciones deberían ser rechazadas de plano.

Si analizamos las objeciones desde la teoría probatoria, veremos que siempre responden a los filtros o criterios de admisibilidad probatoria trabajados durante la audiencia preparatoria de juicio. Cada uno de los supuestos utilizados para objetar una pregunta -y también para objetar una respuesta y pedir que se borre de los registros- tiene ese sentido, esto es, interpretar la prueba como límite bajo los presupuestos establecidos en la etapa intermedia. Veámoslo a continuación con el cuadro que elaboramos en base a los principales motivos de objeción.

Tipo de objeción	Afectación	Ejemplos en base al caso Falcon Crest
Impertinente	Esta por fuera de los hechos debatidos en el caso y afecta la celeridad y concentración de la prueba en hechos controvertidos	Digame Oficial Furloti, nos dijo que antes de trabajar en la División de Alcoholes estuvo en la división canes de la Policía, ¿cuáles eran sus funciones allí? Se trata de una pregunta que claramente nos hará perder el tiempo porque es sobre un hecho absolutamente impertinente.
Irrelevante	Si bien está vinculada a los hechos, su formulación no permite el control, o la información que se pretende ingresar es de baja calidad o prejuiciosa	¿Furloti, en su experiencia, es común que los encargados de tiendas de alcohol vendan a personas ebrias? Es una información de baja calidad porque es absolutamente prejuiciosa. Nada tiene que ver con este caso ni hay datos de que Furloti tenga estadísticas al respecto.
Por opinión o conclusión	Si no se acredita experticia en la materia, es información de muy baja calidad y, por ende, irrelevante.	Furloti, ¿en el local Falcon Crest, se venía alcohol a personas ebrias? Es una conclusión que no está basada en hechos por lo que la respuesta es de baja calidad. Para poder realizar esa pregunta es preciso primero interrogar sobre supuestos anteriores, existencia de condenas y allí la conclusión estará sustentada en hechos.
Sugestiva	No está permitida en el examen directo si es sobre puntos	Furloti, ¿Ud. Le secuestró a Talacasto una botella de Ginebra? Esa pregunta

	centrales y contradictorios del caso. Fuera de ello está permitida porque no causa agravio. En este último supuesto es un caso de incumplimiento de las formas procesales pero sin agravio que no permite la objeción. Es una pregunta de baja calidad que cae bajo los presupuestos de la irrelevancia.	sugestiva es sobre un hecho contradictorio por lo que la formulación de una pregunta que sugiere la respuesta en un punto en controversia es información de baja calidad. Debe reformularse.
Compuesta	Las preguntas compuestas son de baja calidad porque no permite comprender si la respuesta afirmativa o negativa incluye ambos supuestos y puede inducir a error. Es por ello que, por más que se encuentre vinculada a los hechos (pertinencia), es de baja calidad y puede generar confusión (irrelevante)	SR. Furloti, ¿Ud. Le secuestró a Talacasto una botella de Ginebra que había comprado en el local Falcon Crest instantes previos a su detención? Esta pregunta, además de ser sugestiva, incluye muchos hechos y por ello no es admisible. Hechos incluidos: a. compro una botella; b. es de ginebra; c. la adquirió en el local Falcon Crest; d. fue detenido Talacasto; y e. unos instantes después de salir del local.
Ambigua	La pregunta poco clara genera confusión (irrelevancia)	En un contraexamen. Furloti, cuénteme cómo puede ser que estaba mirando el local desde una ventana, si su función es la de control de venta de alcohol y nunca ingreso allí. Es una pregunta que no se entiende ni el objetivo ni hacia donde apunta. No queda claro si es la distancia a la que se encontraba el problema, o si debe ingresar al local o cualquier otra cuestión.
Exclusión temática	Si específicamente se consideró irrelevante que un testigo se exprese sobre determinada cuestión, la objeción sobre exclusión temática no es otra cosa que validar lo decidido en la instancia anterior	Suponiendo que se consideró ilegal el secuestro de la botella de ginebra, se le pregunta a Furloti, ¿dígame, se le secuestró algún elemento al Sr. Talacasto? El testigo tenía una exclusión temática para declarar sobre esos puntos por tratarse de un procedimiento declarado ilegal.
Prueba ilícita	Idem.	Suponiendo que se consideró ilícito el secuestro de la botella de Ginebra, se formula la siguiente pregunta, pido al tribunal autorización para exhibir la botella secuestrada en el caso.
Por fuera de la experticia	Si no se acredita experticia en la materia, toda respuesta que se brinde es especulativa y de baja calidad de información (irrelevante)	Supongamos que Cavic, el oficial que secunda a Furloti, está colaborando y no tiene conocimiento sobre alcoholes, se le formula la siguiente pregunta; ¿Cavic, para Ud. Talacasto estaba ebrio y cuáles

		son los síntomas clínicos para arribar a esa conclusión?
Especulativa	La pregunta especulativa parte de un supuesto inexistente, por lo que la pregunta puede generar confusión (irrelevante)	Se le pregunta al imputado lo siguiente. Dígame, si Ud. Vendiese mucho alcohol a personas ebrias, esto daría enormes ganancias al local y su jefe estaría contento seguramente con ello, ¿no es así? Parte de supuestos contra fácticos por lo que la pregunta no puede prosperar.

Como pueden observar, muchos de los filtros delineados para cada uno de los medios probatorios cobran especial relevancia en la producción de la información. Un buen litigante debe tener un buen manejo de estos filtros para poder planificar adecuadamente su caso.

c. Filtros de credibilidad de la prueba.

Finalmente, debemos tener presente que sobre toda la información incorporada al juicio a través de los medios probatorios admitidos, existen además filtros que impiden la valoración de pruebas ilegales y, además, filtros de credibilidad.

Sobre el primer punto, esto es la imposibilidad de valorar una prueba, existen contornos claros y precisos. Nos estamos refiriendo a los supuestos en que, luego de realizado el juicio, se concluye que una prueba fue obtenida por fuera del marco legal. Está claro que de haberse determinado ello en la audiencia previa al juicio, tal información no hubiese sido admitida. De modo tal que, una vez determinada la ilegalidad de su obtención, corresponde declarar la invalidez de determinada prueba.

Los filtros de credibilidad tienen contornos mucho más difusos que los de admisibilidad y producción probatoria. Estos filtros son más endebles, no tienen contornos claros puesto que están vinculados a la forma de observar la prueba, de darle credibilidad a las fuentes de información y requiere de una mirada específica y puntual para cada caso en particular. No sería posible tener un catálogo de reglas de valoración que pudiera determinar de antemano, para cada caso en particular, cuál es el peso específico de cada dato de prueba suministrado. Ello nos llevaría necesariamente al viejo sistema de prueba tasada, que impedía al juez, precisamente, valorar cada información, ya que venía tabulada de antemano. Resulta imposible fijar tal apreciación. Pero que resulte una tarea de imposible realización no quiere

decir que debamos quedarnos de brazos cruzados. Mucho menos someternos al arbitrio subjetivo de cada juez. Trabajar fuertemente los filtros de la prueba en las etapas de admisión y producción, para no tener luego límites o controles claros sobre la forma de valorarla nos llevaría nuevamente a una situación de arbitrariedad²⁰². Es preciso trabajar en pos de un método que nos permita tallar la credibilidad de cada fuente de información. Ese método de valoración de las pruebas, centrado en este caso en la credibilidad de cada fuente de información no es otra cosa que una derivación de tres grandes criterios: las máximas de la experiencia, la lógica y el conocimiento científico, y su aplicación sobre cada evidencia. Son estos tres criterios los que nos permiten precisar planos o aspectos a tener en cuenta al momento de trabajar la credibilidad de cada una de las fuentes de información.

Para precisar si una prueba es confiable, o mejor dicho, cuál es el grado de credibilidad de dicha fuente es preciso trabajar sobre lo que se denomina “credenciales de la prueba”, esto es, los puntos a tener en cuenta para determinar de manera objetiva si habremos de confiar en la información que nos fue suministrada a través de un medio probatorio. Ya hemos acreditado en la etapa intermedia la relevancia de esa información, resta entonces precisar su peso específico²⁰³ en el caso en concreto. Para graficar la idea, llevándolo al caso Falcon Crest, no podemos contentarnos con que el testigo Furloti haya referido, por ejemplo, que vio el momento preciso cuando el empleado del local procedió a venderle una botella de ginebra Llave al Sr. Talacasto, para tener por acreditado tal extremo. Se precisa aún muchas otras apreciaciones para poder tomar ese dato, que se deriva de un medio de prueba (dato de prueba), como un hecho acreditado. Aún tenemos preguntas pendientes tales como:

- a. ¿A qué distancia estaba de los hechos?
- b. ¿Cómo era la iluminación del lugar?
- c. ¿Cuánto tiempo estuvo observando?
- d. ¿Cuál era el grado de concentración que tenía en esa actividad?
- e. ¿Cómo es la capacidad visual del testigo?

²⁰² Precisamente por la falta de límites en la construcción de la valoración de la prueba, Ferrajoli definió el paso del sistema de prueba tasada al de libres convicciones, como “una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales (1998, p. 139).

²⁰³ Se trata de un proceso de filtros. En palabras de Anderson, Schum y Twining, “Hay tres características claves o credenciales de un dato probatorio que deben ser establecidas para el análisis de su relación con una hipótesis: relevancia, credibilidad y fuerza o peso probatorio inferencial. Ningún detalle viene con estas credenciales establecidas de manera previa; estas credenciales descansan sobre argumentos contruidos por los analistas. (2015, p. 94).

- f. ¿Cuál es el interés que tiene en el caso?
- g. ¿Hay alguna razón para creer que el testigo miente?
- h. ¿Ha mentido en otras oportunidades?, etc.

Las respuestas a esas preguntas derivarán en nuevos hechos que constituirán una piedra basal para dar mayor o menor credibilidad a esa afirmación. La sola afirmación de un hecho (dato de prueba) que se deriva de una fuente legal de información (medio de prueba) no es suficiente para que ese dato de prueba se convierta en un hecho acreditado. Es preciso verificar las credenciales de ese medio de prueba concreto. Pero esto no es materia exclusiva de la prueba testimonial. Lo mismo ocurre con un perito que declare en juicio o una prueba material incorporada. Supongamos que en el caso Falcon Crest se determinó a través de un alcoholtest que el Sr. Juan Talacasto tenía 2.3 gr/l de alcohol en sangre. Ese dato que surge de la prueba informativa requiere de varias precisiones para analizar la credibilidad de esa fuente de información. En este caso, las preguntas que aún quedarán pendientes, entre otras, serían las siguientes:

- a. ¿El alcoholtest estaba suficientemente calibrado?
- b. ¿Cuál fue el último control y calibración realizada?
- c. ¿Cada cuánto tiempo se recomienda que se efectúen controles, de acuerdo al manual de alcoholtest?
- d. ¿Se respetó la cadena de custodia para poder afirmar que el resultado que figura en el registro pertenece a Talacasto y, en su caso, cómo?, etc.

Son estos hechos los que le darán una mayor o menor credibilidad a la afirmación suministrada por ese medio de prueba. Del mismo modo que con la prueba testimonial, la sola afirmación que surja de una prueba tangible no es suficiente para convertir un dato de prueba en un hecho acreditado. Será preciso verificar determinados parámetros sobre la credibilidad de esa fuente de información. Claro que los parámetros que se derivan de toda prueba material o tangible no son idénticos a los que se derivan de una prueba testimonial, de partes o pericial.

La credibilidad de cada fuente de información involucra diversas dimensiones, vinculados a la forma de obtenerla, a la credibilidad de la fuente, al margen de error, etc. Solo

que esos atributos tendrán diversas características según se trate de una prueba testimonial o tangible. Efectivamente, tanto en la prueba testimonial como en la prueba tangible, la exactitud de la proposición fáctica que se deriva de la prueba es vital para su credibilidad, solo que mientras que en la prueba tangible la exactitud estará centrada en la confiabilidad de la fuente, basada en la forma de obtención y en la exactitud y rigor científico de los instrumentos utilizados; en la prueba testimonial la exactitud estará centrada más en la credibilidad del testigo y en su capacidad de percepción. Pero, en definitiva, en ambos casos estaremos centrándonos en el grado de veracidad y exactitud de los datos que surgen de las fuentes de información.

En la literatura anglosajona se suelen mencionar tres atributos relevantes para considerar y evaluar la credibilidad de la prueba tangible. Ellos son autenticidad, exactitud y fiabilidad (Anderson, Schum y Twining, 2015). El primero, el elemento más relevante de los tres está centrado en determinar si el efecto que se pretende introducir es efectivamente el que hacemos referencia en la prueba. Este atributo está especificado en la disposición nro. 901 de las reglas de evidencia de Puerto Rico y las Reglas de Evidencia Federales²⁰⁴. Si no se logra determinar su autenticidad, la prueba no es relevante y, por ende, es inadmisibles. Si esta fue admitida y luego en juicio no se puede determinar su autenticidad, entonces pierde credibilidad. Se pierde autenticidad cuando ha sido deliberadamente ideada para engañar a otros (prueba falsa), cuando no es confiable porque no se ha respetado la cadena de custodia de la evidencia²⁰⁵, o el testigo que pretende incorporar la misma no puede brindar precisiones que permitan dar cuenta de su autenticidad (dudas sobre su autenticidad).

El segundo y tercer atributo están muy vinculados entre sí. Se requiere que toda evidencia tangible sea exacta y fiable. Si la información se obtiene a través de un dispositivo, se requerirá que éste no presente margen de duda o error y que tenga los controles adecuados. Así, la prueba tangible no será creíble si, por ejemplo, estamos en un caso de un video y la imagen que proporciona no es nítida y clara, o si un dispositivo de alcoholemia, radar de

²⁰⁴ La regla de evidencia nro. 901 de Puerto Rico establece lo siguiente: “Regla 901. Requisito de autenticación o identificación. El requisito de autenticación o identificación como una condición previa a la admisibilidad se satisface con la presentación de evidencia suficiente para sostener una determinación de que la materia en cuestión es lo que la persona proponente sostiene. ...”

²⁰⁵ No todo quebrantamiento de la cadena de custodia tiene el mismo efecto. Si se trata de una prueba muy sensible y de fácil contaminación difícilmente esa evidencia podrá superar el test de admisibilidad. Pero si se trata de una prueba menos contaminable, como pudiera ser el secuestro de un vehículo, la falta de control sobre la cadena de custodia pudiera tener menores efectos.

velocidad o cualquier otra información no cuente con los controles periódicos respectivos que permitan dar certeza a la información que se obtiene del mismo.

La credibilidad de un testimonio debe ser analizado desde dos enfoques diferentes. Por un lado precisar cuál es la base sobre la que reposa la afirmación que realiza el testigo. ¿Se trata de una afirmación que brinda por conocimiento personal, esto es, la información se obtuvo a través de sus propios sentidos? En este caso no caben dudas que se trata de una información, en principio, altamente confiable. Habrá que ver si luego, en base al segundo criterio de credibilidad, podemos sostener esta postura. Pero también el conocimiento del testigo puede provenir de segunda mano, esto es, tratarse de una afirmación que el testigo brinda no ya por conocimiento personal, sino porque esa información le fue suministrada por otro. Esta información es menos creíble que la primera y su relevancia estará vinculada a diversos matices. Si el testigo que percibió estos hechos de primera mano declarará en juicio, el testigo de segunda mano o “hearsay” podrá declarar y sus dichos darán mayor o menor credibilidad al primer testigo. Pero si no se cuenta con el testigo de primera mano, en principio y siempre que no se den en el caso determinadas excepciones, el testimonio “hearsay” o testigo de oídas no será admitido en juicio. Se trata de prueba poco confiable que puede inducir a error el juez o jurado. Por último, con menor credibilidad aún, se trata de las inferencias que realizan los propios testigos. Hay que tener mucho cuidado al analizar el caso porque es muy frecuente que las personas hablemos realizando inferencias casi sin advertirlo. Por ejemplo, es frecuente que en la vida cotidiana uno arribe a conclusiones que se derivan de procesos inferenciales internos que realizamos de manera automática y casi irreflexiva (Kaheman, 2012, p. 33). Si el colectivo no llega a horario asumimos que es porque venía despacio y por eso no llegó en el tiempo debido a la parada. Si un compañero de oficina no llega al trabajo a horario asumimos que se quedó dormido o que salió tarde de su casa. Cuando un testigo declara lo hace del mismo modo. Nos dice el colectivo venía despacio, mi compañero de oficina se quedó dormido, el imputado corría desesperado, el señor X estaba preocupado por su situación económica, cuando tal vez en cada uno de esos hechos haya otra explicación. Por ejemplo, el colectivo tuvo un desperfecto mecánico y por eso llegó tarde, el compañero de oficina tuvo que pasar por el banco, el imputado corría pero no estaba desesperado ni nervioso porque no sabía que era perseguido y el señor X estaba preocupado pero por una razón familiar y no económica. No es el testigo quien debe construir inferencias,

sino que esa es tarea de los abogados y, luego, del juez o jurado. La inferencia es una opinión personal del testigo que, si está por fuera de su experticia, es irrelevante.

La credibilidad de la prueba testimonial también está centrada, al igual que la prueba tangible, en determinados atributos. El primero es la veracidad. Debemos determinar cuáles son los hechos que nos permiten tomar por cierto lo afirmado por un testigo. ¿Dice la verdad el testigo, cree decir la verdad pero se confunde, o simple y llanamente miente? Un testigo que miente en una parte de su relato pierde credibilidad en todo su testimonio. Ya no será una fuente confiable en ninguna parte de su relato (método atomista de valoración). Pero si se encuentra confundido, entonces habrá que analizar con cuidado el resto de su testimonio, pero no diría que debe desecharse de plano. Para poder tomar en cuenta si se trata de un testigo que dice la verdad no solo habrá que analizar la coherencia interna de su testimonio y la coherencia con el resto de las evidencias. También es muy relevante tomar en cuenta las tres grandes reglas antes mencionadas:

- a. las máximas de la experiencia,
- b. la lógica; y
- c. el conocimiento científico.

Las máximas de la experiencia no son otra cosa que el conocimiento que hemos adquirido a lo largo de los años y que nos permite realizar procesos inferenciales. Las máximas de la experiencia constituyen conocimiento que se construye a través de procesos racionales. Y aun cuando estas expectativas sean el resultado de la experiencia elemental que las personas recogemos y compartimos a lo largo de vidas enteras y, aun cuando sea éste un elemento que no tiene pretensiones de científicidad, no por eso es menos poderoso al momento de evaluar la credibilidad (Baytelman y Duce, 2004, p. 379). Por ejemplo, yo puedo concluir que si un lugar no está iluminado es poco probable que un testigo pueda observar el rostro de una persona a más de doscientos metros. No necesito contar con un perito para tal aseveración. A través de las máximas de la experiencia y de la lógica yo puedo concluir que, en líneas generales se observa más de día que de noche, que si una persona está en un determinado lugar es imposible que a esa hora esté a la vez en otro lugar. El conocimiento científico también nos proporciona información para analizar la credibilidad de una fuente de información. Sabemos que si arrojo un elemento con fuerza hacia una dirección éste caerá unos metros más adelante en la misma dirección que lo arroje. Estos

conocimientos son vitales y constantemente los utilizamos para dar mayor o menor credibilidad a una fuente de información y para construir nuestras inferencias. El riesgo está en confundir las máximas de la experiencia con nuestros sesgos o prejuicios. Los prejuicios no son otra cosa que juicios infundados y previos que, si los aplicamos, generan un riesgo de error en nuestras inferencias.

Pero no solo debemos tomar en cuenta este conocimiento para verificar la veracidad de un testimonio. Es preciso tomar en consideración si el testigo presenta condenas anteriores por delitos vinculados a falsedades, o conductas contrarias a la honestidad, si presenta interés en el caso, en qué consiste ese interés y cómo podría repercutir en su veracidad. También hay que verificar si puede operar en la fuente lo que se ha denominado “sesgo testimonial”, esto es, si el testigo tiene razones para sostener una u otra postura basadas en su mayor predisposición para relatar una historia (Anderson et al., 2015, p. 104). Ese sesgo puede deberse a diversas variantes, necesidad de reconocimiento social, compromiso con una postura u otra, imposibilidad síquica de reconocerse como víctima, etc. Por último verificar si su declaración es contraria a la información vertida por otras fuentes de información (medios de prueba) que gozan de mayor credibilidad, ya sea porque esa fuente es más creíble, ya sea porque se encuentra respaldada con otras fuentes confiables.

El segundo de los atributos es la objetividad. No solo requerimos para tener por acreditado un hecho que nos proporciona un testigo que el mismo haya sido veraz en su afirmación, esto es, que no nos esté mintiendo, sino que tiene que ser objetivo. Realmente lo que nos dice el testigo, ¿es lo que pasó, o se trata de una percepción que, al estar basada en sus intereses y creencias, puede estar incurso en error o, al menos, en un riesgo de error? La información que proporciona un testigo que no tiene interés en el caso, en principio, gozará de mayor credibilidad de aquél que puede estar movido por sus intereses o sesgos. También habrá que tener en consideración las fallas de la memoria. Este punto, que ya fue abordado en otras obras (Rua, 2015), es vital al momento de analizar la credibilidad de un testimonio. La memoria de las personas no funciona como una grabación donde por más que la pasemos una infinidad de veces, observaremos la misma película. La memoria se va retroalimentando con información externa a medida que va pasando el tiempo, por lo que existe un riesgo de que un testigo se retroalimiente con los dichos de otras personas o que llene lagunas de su memoria con otra información de situaciones o circunstancias que olvidó o no observó

(Mazzoni, 2010, p. 17). Finalmente, no debemos perder de vista los sesgos de objetividad, ya sea por prejuicios o intereses que lo lleven a convencerse de que un hecho ocurrió o no, a pesar de la prueba sensorial que obtuvo.

Por último, el tercer atributo de la credibilidad de un testigo está basada en sus condiciones de percepción. No solo se trata de que el testigo esté convencido de sus afirmaciones sino de precisar cuáles fueron sus condiciones de percepción. Así si un testigo afirma haber reconocido al autor de un hecho, aún restan muchos hechos para acreditar que esa información (dato de prueba) sea creíble. Es preciso determinar:

- a. ¿A qué distancia observó al imputado?;
- b. ¿Cuánto tiempo lo observó?;
- c. ¿Cómo eran las condiciones de visibilidad?;
- d. ¿Había algún elemento que obstaculizaba su visión?;
- e. ¿Cuántos detalles dio al momento de observarlo?;
- f. ¿Volvió a verlo antes de su declaración en juicio?;
- g. ¿Dio las mismas especificaciones que dio en su primera declaración al momento de reconocerlo?, etc.

Cada uno de estos hechos, que se verán cotejados con las máximas de la experiencia, la lógica y el conocimiento científico, serán vitales para analizar la credibilidad de un testigo. Finalmente debemos tener presente cómo pueden operar los sesgos sensoriales que se refieren a las variadas formas en que nuestra visión, audición u otros sentidos pueden haber sido afectados por sesgos, quizás por formas ingeniosas del engaño (Anderson et al., 2015, p. 104). Como podemos observar no se trata de contar con una afirmación sino que, para que esa afirmación pueda resultar creíble, esto es pasar de ser un mero dato de prueba a un hecho acreditado, será preciso contar con varios hechos o proposiciones fácticas vinculadas a los atributos de la prueba que den mayor sustento a su credibilidad. Un abogado tiene que tener conocimiento de la necesidad de estos hechos para trabajar la credibilidad de cada afirmación que se deriva de un medio de prueba.

Sintetizándolo, en el cuadro que realizamos a continuación podremos observar de manera clara los motivos que impactan en mayor medida en cada uno de estos tres atributos de credibilidad del testimonio (Anderson et al., 2015, p. 105).

Atributos de credibilidad	Causas
Veracidad	Presencia o ausencia de condenas vinculadas a una falsedad. Conductas vinculadas a falta de honestidad. Interés en el caso. Manifiesta contradicción con otras pruebas que gozan de mayor credibilidad. Sesgo testimonial
Objetividad	Fallas en la memoria. Expectativas en el caso. Interés. Sesgos de objetividad
Condiciones de percepción	Tiempo de visión. Distancia. Obstrucción del sentido Condiciones de percepción Foco de atención Sesgo sensoriales

6.5. El litigio y la teoría probatoria.

Como vimos, es extenso el caudal de información que precisamos para litigar un caso de manera profesional. No solo requiere del abogado un meticuloso conocimiento de la nueva teoría probatoria. También lo interpela a planificar todos esos hechos vinculados a la teoría probatoria y a cambiar los métodos de enseñanza. De nada serviría continuar bajo un modelo teórico de enseñanza que nos sirva para comprender el nuevo bloque teórico del derecho probatorio, si no podemos llevar esos conceptos al terreno de juego, esto es, a la praxis judicial, al litigio en cada una de sus audiencias.

Un abogado litigante debe desmenuzar toda la información que nos proporciona la teoría probatoria en dos grandes apartados. Por un lado, concentrarse en todo lo vinculado a la admisibilidad de la prueba, y por el otro, recolectar los hechos necesarios para sustentar la credibilidad de cada fuente de información y la credibilidad de cada dato o información que se derive de aquélla.

Veámoslo por separado.

Dijimos que, en primer lugar, nos debemos concentrar en que nuestras evidencias puedan ser admitidas, ya que caso contrario, pudiéramos perder el litigio antes del juicio, en la audiencia preparatoria. De allí la enorme relevancia de esta audiencia. Esto implica no solo

reconocer con qué medio probatorio pienso acreditar cada uno de los hechos o proposiciones fácticas que ya hemos marcado como necesarias para ganar el caso, sino anticiparme a los planteos de la parte contraria, con una mirada estratégica. No solo debo seleccionar las evidencias de las que pienso valerme en juicio, sino también preparar mis argumentos para sostener la pertinencia y la relevancia de aquéllas. Esa relevancia no debe estar limitada al medio de prueba en general, sino que también debo analizar la relevancia de algunas afirmaciones que resultan vitales para nuestro caso.

Ese trabajo deberé realizarlo con cada medio de prueba que pretendo ingresar en el juicio. Sobre cada medio de prueba debo realizar las siguientes preguntas:

- a. ¿El medio de prueba que pretendo ingresar es pertinente, esto es, me permite acercarme más a la verdad o falsedad de uno de los postulados de la acusación o de la defensa?
- b. ¿Ese medio de prueba es relevante, esto es, es información confiable?
- c. ¿Esa información puede ser controvertida en juicio?
- d. ¿Ese medio de prueba fue obtenido de manera legal, sin afectar garantías constitucionales o impedimentos legales?

Si la respuesta a todas estas preguntas es afirmativa la prueba será admisible. Debemos verificar si nuestra contraparte puede lograr la exclusión tanto de la prueba, como de determinadas proposiciones fácticas. Por ejemplo, si la prueba pericial es idónea o confiable, si las afirmaciones que realiza el testigo están dentro del ámbito de su conocimiento o si son mero prejuicio, si la prueba material fue obtenida de manera legal y se respetó su cadena de custodia, etc. Cada una de estas afirmaciones requiere de hechos, hechos claros, hechos concretos que se derivan de la prueba, hechos, hechos y más hechos. El litigio siempre se sostiene sobre hechos y quien no lo entienda seguramente pasará un mal momento en una sala de audiencias. Decir, por ejemplo, que la prueba pericial es idónea o confiable requiere de nuestra parte precisar que nuestro perito es experto en la materia porque tiene n° cantidad de años en esa materia, es el Jefe de determinado lugar, tuvo tal o cual premio y su método ha sido considerado como el más prestigioso con un margen de error de 0,05 %. Esos hechos que se afirman tienen que derivarse de las evidencias que hasta ese momento fueron recolectadas y que en la audiencia preparatoria de juicio habré de presentar y argumentar.

Lo mismo ocurrirá con la prueba de la parte contraria. El abogado litigante deberá hacerse las mismas preguntas a los efectos de verificar si alguna evidencia de la contraparte puede ser excluida del juicio o, si se quiere, excluir alguna afirmación derivada de un medio de prueba (exclusión temática).

La planificación de un caso también debe comprender los hechos que sustentan la credibilidad de sus propias fuentes de información. De nada serviría que nuestra prueba sea admita en su totalidad, si no analizamos previamente si los medios de prueba que pensamos utilizar son fuentes creíbles y confiables. El abogado debe realizarse dos grandes preguntas:

- a. ¿Por qué consideramos que un juez o jurado habrá de creerle a nuestras fuentes de información, esto es, a nuestros testigos, peritos, nuestro cliente, la prueba informativa, documental y material que habremos de presentar (visión general de la fuente de información)?; y
- b. ¿Por qué consideramos que un juez o jurado le va a dar mayor peso a nuestras afirmaciones que a las de la parte contraria? En otras palabras por qué habrá de tomar por cierta cada una de las proposiciones fácticas (hechos) que se deriven de la prueba y que recaen sobre los puntos controvertidos del caso (puntos de inclinación de un caso).

En ambos casos se trata de organizar cuáles son los hechos que sostienen la credibilidad tanto de la fuente de información, como de los hechos más relevantes que se derivan de aquéllas. No se trata de sostener luego en un alegato que hay que creerle al testigo tal o cual, sino de enunciar cuáles son los hechos que le dan sustento o credibilidad al testimonio. Y es allí donde el derecho probatorio echa raíces en el litigio y en la praxis judicial, exigiendo que el abogado acredite hechos que luego utilizará para argumentar sobre la admisión o exclusión de determinadas evidencias, su credibilidad y su fuerza probatoria.

Veámoslo pues en un caso concreto. Concentrémonos nuevamente en el caso Carmen y observemos, en base al cuadro de planificación en el que ya habíamos concluido cuáles eran las proposiciones fácticas relevantes, ubiquemos las pruebas necesarias para acreditar tales extremos.

El primer paso al analizar las pruebas, no puede ser otro que determinar con qué evidencias contamos para acreditar cada una de las proposiciones fácticas, para luego analizar

la posibilidad de obtenerlas, su pertinencia, relevancia y credibilidad. Veamos pues nuevamente en base al caso Carmen.

Teoría Jurídica	Proposiciones Fácticas	Pruebas
1. Tenencia	<ol style="list-style-type: none"> 1. La Sra. Carmen tenía entre sus ropas marihuana. 2. La campera en donde estaba la marihuana era de su propiedad (hipótesis que requiere aun investigación que lo confirme). 3. No había prestado esa campera a nadie (hipótesis que requiere acreditarla; proposición fáctica negativa) 	Testigos de detención, oficial de policía, Carmen.
2. Estupefaciente	<ol style="list-style-type: none"> 1. La sustancia secuestrada fue peritada y se determinó que era marihuana en 90 gramos. 2. El material peritado es el mismo que el secuestrado. 3. Se respetó la cadena de custodia. 4. El subinspector interviniente firmó y lacró el sobre con el contenido, tal como lo recibió quien lo peritó. 	Perito que determina el objeto secuestrado, cadena de custodia, prueba material
3. Dolo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carmen sabía el contenido que tenía en su campera. 2. No era la primera vez que Carmen tenía marihuana. 3. Ella sabía que tenía consigo marihuana. 	Carmen, oficial de policía, secuestro de la campera
4. Finalidad de comercialización	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carmen sabía que tenía marihuana y la ofrecía a estudiantes por dinero (hipótesis a comprobar). 2. Carmen comercializaba marihuana (hipótesis a comprobar). 3. Carmen estaba rodeada de estudiantes intercambiando objetos. 4. Tenía plata y estaba sin trabajo. 5. Los billetes eran de bajo valor y en gran cantidad. 6. Tiene balanza de precisión en su domicilio (hipótesis a verificar). 7. La marihuana estaba separada en sobres de 10 gr cada uno. 8. La marihuana se vende por gramo. 	Oficial interviniente, estudiantes, testigos de un posible allanamiento, elemento secuestrado, peritos, dinero y bolsas secuestradas, testigo experto en drgoas
5. Autoría	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carmen ofrecía sola la marihuana y la tenía consigo. 2. No estaba acompañada de otras personas más que los estudiantes que se escaparon corriendo. 	Testigos de detención y oficial preventor
6. Consumación	<ol style="list-style-type: none"> 1. El personal policial intervino luego de que intercambiaran objetos. 	Ídem
7. ¿Validez del procedimiento?	Opción A. Carmen no tenía documentos y al buscarlos por pedido del policía, posibilitó que éste	Subinspector, campera secuestrada.

	<p>viera que tenía marihuana consigo y es allí donde se ordena su detención.</p> <p>Opción B. Carmen fue requisada por la policía por no tener documentos.</p> <p>Opción C. La policía ordena la detención de Carmen por encontrarse con estudiantes en actitud sospechosa consistente esta en: a. mirar para ambos lados; b. estudiantes que salen corriendo al ver al policía; y c. intercambiar objetos y palabras de manera nerviosa.</p>	
--	---	--

Como se observa del cuadro de teoría del caso, por cada proposición fáctica se requiere una o más evidencias que la respalden. Así la proposición fáctica de que Carmen ofrecía marihuana a estudiantes por dinero (que pretende probar el elemento jurídico subjetivo distinto del dolo) podrá acreditarse no solo con los dichos del subinspector interviniente, sino también con los estudiantes que allí se encontraban y que adquirieron ese material. Como veremos contamos con más de una evidencia para acreditar esa proposición fáctica. De allí que podamos sacar una primera conclusión. Es preferible contar con más de un medio probatorio para acreditar cada proposición fáctica, ya que, en caso de que no logremos dar con alguno de ellos (por ejemplo, nada hace pensar que a través de una investigación logremos dar con los estudiantes que adquirieron la marihuana y que podrían quedar implicados en el caso), siempre tendremos una segunda fuente para acreditar la proposición fáctica. Esto no quiere decir que necesariamente, de tener muchas evidencias para probar una proposición fáctica, siempre resulte aconsejable ofrecer todas ellas²⁰⁶. Supóngase el caso de que contemos con cinco oficiales de policía para acreditar un procedimiento policial que terminó con una detención. Se suele decir que la fortaleza de la cadena es tan grande como débil uno de sus eslabones²⁰⁷, por lo que bastará con que un oficial de policía presente una debilidad para que todo el procedimiento quede debilitado²⁰⁸. También la decisión de reforzar la acreditación de un hecho con dos o más medios de prueba va a depender de la centralidad de la afirmación que pretendo acreditar. Si se trata de un hecho que se constituye en un punto de inclinación del caso, posiblemente estemos más

²⁰⁶ Ya que, conforme lo manifiesta Lorenzo, puede resultar monótono y poco persuasivo (2012, p. 184).

²⁰⁷ Bergman sostiene que “la cadena es tan sólida como el eslabón más débil, lo que sugiere que la escasa credibilidad de un testigo puede afectar a todos los testigos (1989, p. 113).

²⁰⁸ Es por ello que los litigantes deben conocer acabadamente las evidencias con que cuenta, sus fortalezas y debilidades, para decidir a través de que prueba acreditaran sus proposiciones fácticas.

predispuestos a rodear ese hecho de numerosa prueba, que cuando estemos trabajando sobre hechos circunstanciales o no controvertidos.

Un segundo punto a analizar guarda relación con la fortaleza o debilidad de la evidencia presentada. Así como era necesario contar con proposiciones fácticas fuertes para poder acreditar cada uno de los elementos de la teoría jurídica, del mismo modo, será necesario contar con evidencias fuertes desde el punto de vista de la credibilidad para poder tener una adecuada teoría del caso. La fortaleza o debilidad de la evidencia debe ser analizada con el prisma o test de credibilidad (Baytelman y Duce, 2004, p. 89), bajo los parámetros aquí establecidos.

Capítulo 7.

La construcción final del relato y el peso probatorio del caso.

7.1. Los puntos ciegos de la versión tradicional de la teoría del caso.

Hasta aquí, a través de los recursos que nos proporciona la teoría del caso, hemos construido el relato del hecho que luego, eventualmente, será sostenido en una acusación. Hemos determinado su calificación jurídica, desdoblado los diversos elementos de la teoría legal, identificando hechos favorables y desfavorables que permiten acreditar o discutir la existencia de aquéllos, como así también las pruebas necesarias para constatar esas proposiciones fácticas, verificando si son admisibles (juicio de pertinencia y relevancia) y su peso probatorio (juicio de credibilidad). Para todo ello hemos elaborado guías analíticas. No es poco. Pero tampoco lo es la información que pretendemos procesar con esa metodología de trabajo, por lo cual se generan nuevas dificultades.

Por un lado debemos tener en consideración, como ya vimos, que cada caso presenta un sinnúmero de hechos, favorables y desfavorables, relevantes y no relevantes, de común acuerdo y contradictorios. La inclusión de todos esos hechos en una planilla común, como la que estuvimos utilizando como herramienta de trabajo en los capítulos anteriores, no es tarea sencilla ni práctica, dificultando sobremanera el trabajo y la visión definitiva del caso. El cuadro tradicional utilizado para el estudio de la teoría del caso, a nuestro juicio, no termina por resultar una guía analítica útil y práctica para la toma final de decisiones de un caso.

Por otro lado, a los hechos principales, esto es, los hechos que pretenden acreditar de manera directa un elemento sostenido por la acusación, hay que adicionarles los hechos secundarios, ya sea que éstos sean útiles para construir una inferencia sobre un hecho principal, o se trate de hechos que estén vinculados a aumentar o disminuir la credibilidad de las fuentes de información (credibilidad de un testigo o perito) o de sus afirmaciones (hechos que dan mayor o menor credibilidad a determinada afirmación que un testigo formula). La identificación y posterior análisis de los hechos vinculados a lo que denominamos “credenciales de la prueba” complejizan aún más nuestra labor como analistas del caso.

La inclusión de esta gran cantidad de hechos se constituye en un obstáculo para que la guía analítica, tal como la presentamos hasta aquí, pueda cursar el efecto esperado, esto

es, constituirse en un timón que permita dirigir eficazmente el caso. Pero no sería correcto comenzar a definir la versión tradicional de la teoría del caso -tal como se la ha estudiado en la región (Baytelman y Duce, 2004; Lorenzo, 2012; y Moreno, 2012) - por lo que carece, sino antes bien, es preferible definir qué nos ha proporcionado hasta aquí.

En primer lugar, esta guía analítica es de extrema utilidad para identificar la categoría jurídica donde se centrará el litigio. Tal como vimos y concluimos en los capítulos anteriores, la existencia de hechos fuertes y sólidos vinculados a un elemento de la teoría jurídica, que estén acreditados con prueba admisible y de alta credibilidad permite tener por cierto que el litigio no debe centrarse sobre esos planos. Esto no quiere decir que no haya que acreditarlos, pero sí que nuestro caso no debe centrarse allí, sino que debe concentrarse en los puntos en conflicto. Si observamos el caso Carmen, en su versión final, veremos que no hay chances que la defensa pueda cuestionar la tenencia de estupefacientes²⁰⁹, la autoría o que sabía que el elemento que tenía era marihuana y que ello está prohibido. Resulta claro que el litigio, de haber juicio, se concentrará en la finalidad con que Carmen tenía esa droga. ¿La tenía para consumo personal y de su marido epiléptico, o por el contrario, la tenía para comercializarla? Es este el punto de discusión del caso, el llamado “punto de inclinación” donde se debe centrar el debate. La construcción de la narración del caso que se centre en hechos vinculados a categorías jurídicas no controvertidas resulta ser un error persuasivo y estratégico de alto costo.

El reconocimiento de la categoría jurídica por donde pasa el litigio nos permite arribar a conclusiones derivadas de esta afirmación, a saber:

- a. Identificación de los hechos controvertidos;
- b. Aproximación a los posibles puntos de inclinación del caso; y
- c. Posibilidad de acuerdos probatorios.

Estos tres puntos son un buen basamento para la mirada profesional del caso pero, como demostraremos, aún faltan pasos vitales para lograr una visión más estratégica de nuestro asunto. Por de pronto, estos tres puntos no solo nos permiten abandonar una mirada amateur o intuitiva, también nos faculta a identificar como hechos relevantes y controvertidos solo los que giran sobre la categoría jurídica donde se centra el litigio (en el caso Carmen,

²⁰⁹ Salvo, claro está, que se considere ilegítima la detención en la audiencia inicial de control de detención.

sobre la finalidad ultra típica de la tenencia de la droga). Con esto estamos afirmando que debemos tener una mirada atenta y precisa sobre el listado de hechos favorables y desfavorables que giran en torno a esa categoría.

En segundo lugar la identificación de ese listado de hechos es lo que nos permitirá tener una mirada aguda para encontrar cuál o cuáles son los puntos de inclinación del caso, esto es, los puntos vitales que si logramos acreditar tendremos mayores probabilidades de ganar el caso.

Por último, y no por ello menos importante, si concluimos que debemos concentrarnos en el listado de hechos vinculados a la categoría jurídica por donde se centrará el litigio -eso quiere decir que la teoría de ambas partes pasa por afirmar o negar ese hecho con significancia jurídica-, podemos derivar que hay un acuerdo, una falta de discusión sobre la existencia del resto de los hechos. Como afirmamos en otra parte de esta obra, no sería muy persuasivo ni aconsejable que la defensa de Carmen planteara que su clienta no tenía droga encima, que si la tenía no sabía que se trataba de un material considerado estupefaciente y que si lo sabía, en realidad lo tenía para consumo personal. Discutir que la tiene para consumo personal implica hacerse cargo de que tenía ese elemento, y que sabía cuál era su efecto. Ese acuerdo sobre el resto de los elementos del tipo penal escogido por la acusación, es lo que permitirá a las partes arribar a un acuerdo probatorio y lograr que el juicio se centre exclusivamente en los hechos en controversia.

Más allá de estos descubrimientos, que no son pocos, aún nos quedan muchas preguntas pendientes y la guía analítica tradicional de la teoría del caso no nos proporciona las herramientas adecuadas para su solución. Algunos de estos interrogantes son;

- a. ¿Cómo saber cuáles son los puntos de inclinación del caso?;
- b. ¿Cómo determinar bloques de información para realizar una inferencia adecuada?;
- c. ¿Cómo identificar cuáles son los hechos más relevantes de mi hipótesis, de modo de poder rodearlos de información y centrar una narración persuasiva en torno a ellos?;
- d. ¿Cómo determinar cuáles son los hechos (datos de prueba) y los testigos (medios de prueba) que requieren ser fortalecidos en su credibilidad?; entre otros.

En síntesis, la teoría del caso, tal como se nos la ha explicado, se muestra poco receptiva, poco práctica como guía analítica para dar respuesta a estos interrogantes. Es por

ello que debemos trabajar en una nueva guía analítica que parta de la información que la propia teoría del caso ya nos ha proporcionado.

7.2. Centrar el caso en la categoría jurídica por donde pasa el litigio.

Comencemos pues con el principal insumo que hemos obtenido de la guía analítica de la teoría del caso, esto es, concentrémonos en los hechos exclusivamente vinculados a la categoría jurídica por donde pasa el conflicto. Es lo que algunos autores del mundo anglosajón denominan “teorías provisionales del caso”. El analista debe formular las que considera las teorías provisionales más fuertes del caso para ambas partes. Esto es necesario por dos razones. Primero, el abogado necesita conocer la teoría que es más probable que vaya a enfrentar, para evaluar cómo será organizada la prueba en contra de su asistido. Segundo, si la teoría opuesta no es desplegada, el abogado podría acabar desarrollando una teoría que se desvíe del asunto central, una teoría que ataque a un hombre de paja (Anderson et al., 2015, p. 169).

Si el caso se gana o se pierde exclusivamente en una categoría jurídica, entonces la planificación exigirá de nosotros contar con un listado de hechos lo más detallado y minucioso posible sobre ese plano, evitando la anotación de hechos compuestos o complejos. La sencillez y simplicidad en su descripción será vital para poder desmenuzar bien la información y poder verificar luego la fortaleza del caso y cómo litigarlo. Debemos tener presente que en los sistemas judiciales la decisión se toma en base a información que es preciso corroborar con rigor, ya que por más detallado y profesional que resulte nuestra labor, siempre estará sentado en información que será incompleta y falible, producto de las apreciaciones subjetivas de cada testigo, fallas de la memoria y transcurso del tiempo (Rua, 2015, p. 55), y que se guiará a través de inferencias, con el riesgo que ello implica. Precisamente por eso, la forma de registrar y organizar la información será uno de nuestros principales insumos y, por ende, vital para la labor del litigante.

Un método de análisis profesionalizado de organización de la información nos permitirá, por de pronto:

- a. Identificar cuáles son los hechos más relevantes; y
- b. Anticiparnos a las debilidades de nuestro caso.

Estas dos circunstancias son vitales no solo para la planificación del caso, sino también para su posterior litigación. Los hechos relevantes nos permitirán no solo una buena planificación, sino también construir una narración persuasiva centrada en los hechos más favorables para nuestra parte. Como bien se señala, una narración persuasiva es aquella que no solo es consistente y respaldada con la prueba, sino que también minimiza los posibles puntos en los que es vulnerable de ataque (Anderson et al., 2015, p. 192). Identificados los hechos favorables, el litigante intentará centrar allí su relato en juicio, valiéndose de los medios de prueba admitidos. Debemos recordar que el relato de la prueba no es un relato libre, sino que es persuasivo y dirigido por el abogado (Rua, 2015, p. 48).

Anticiparnos a las debilidades del caso, implica también un trabajo de planificación de la información, toma de decisiones (¿hay alguna explicación sobre estos puntos desfavorables que me persuade para igualmente presentar mi caso a juicio?) y forma de presentarlo, a través de las reglas de litigación. En el litigio deberé encontrar hechos favorables y presentarlos a través de la prueba para mitigar las debilidades de mi caso y presentar una explicación razonable sobre tales extremos. Se trata de contestar esos agravios y volver a mi zona de confort, esto es, a los hechos más favorables que sostienen mi caso. Se trata de identificar la debilidad de mi caso para planear cómo puedo persuadir que la narración de mi contraria tiene fallas o es menos creíble que la historia que defiendo (Anderson et al., 2015, p. 193).

Para poner el foco sobre estos puntos será preciso trabajar en un esquema gradual de pasos que nos permitan planificar adecuadamente nuestro caso y, finalmente, tener una visión precisa de la fuerza probatoria de nuestra hipótesis y saber dónde posicionarnos en el litigio. Veamos, pues, esos pasos.

a. El Listado de hechos.

Dos son los métodos más conocidos por los analistas para la selección y organización de los hechos relevantes de un caso. Por un lado se cuenta con el método de listado. A través de este diseño se debe realizar una lista clave de los hechos relevantes del caso descompuestos en pequeñas oraciones, en forma cronológica, con el afán de poder observar rápidamente todos los hechos relevantes sobre las teorías o versiones en pugna. Convertir toda la información disponible en proposiciones fácticas ordenadas en una cronología

estricta, en cualquier etapa, simplifica la tarea de descubrir posibilidades de relatos que pueden construirse a partir de la prueba disponible. Por demás, también facilita la visión del caso, permitiendo observar y descubrir lagunas en el relato, que deberán ser llenadas a través de procesos inferenciales, o a través de la búsqueda y selección de nuevos hechos.

El método de listado puede ser construido desde dos perspectivas diferentes. Una individual, basada en cada evidencia, donde se colocan y describen cronológicamente cada uno de los hechos que se derivan de cada prueba. El producto de esta metodología termina en varias listas de hechos. La otra, a través de un único listado maestro, que nuclea todos los hechos que se derivan de cualquier medio probatorio en una única lista maestra de hechos relevantes.

El segundo método es el denominado método de esquema. El método de esquema, construido inicialmente por Wigmore, resulta ser el más riguroso de los métodos de análisis, puesto que no se conforma con una lista maestra de hechos relevantes sino que intenta representar el peso de cada proposición fáctica y su convergencia con otros hechos que le den soporte (bloques de información) procurando a través de un mapa detallado y gráfico, identificar el peso probatorio de cada uno de ellos, las relaciones existentes entre sí y los puntos de inclinación del caso. El método wigmoreano parte necesariamente del primero – listado de hechos-, puesto que utiliza como una de sus herramientas principales la lista clave, solo que a partir de ella, elabora un mapa detallado que muestra cómo las proposiciones inferidas de los datos probatorios pueden ser lógicamente organizadas para entregar los argumentos más fuertes en apoyo o en contra del “probandum final” (Anderson et al., 2015, p. 166), esto es, el hecho a acreditar.

Ambos métodos requieren de habilidades de analista, esto es, tener visión del caso para desmenuzar la información en pequeños hechos relevantes, y un buen manejo de procesos inferenciales, para poder reconocer el peso específico de cada caso y tomar, en base a ello, decisiones estratégicas. Claro que los abogados no hemos recibido capacitación en análisis; sin duda la práctica de analizar evidencias a través de casos concretos y valiéndonos de un método adecuado nos servirá para ir perfeccionando la técnica y la observación requerida.

Es cierto que el método de esquema nos permite arribar a conclusiones más claras, pero su utilización es algo más compleja y, no siempre, necesaria. Por ello entiendo que uno

debe comenzar a trabajar con el método de listado maestro de hechos y, luego, eventualmente, utilizar el método de Wigmore para precisar los puntos de inclinación del caso y agrupar, en base a nuestros hechos más relevantes, bloques de información que los fortalezcan. Pero, claro está, tratándose de una guía analítica, cada analista y/o litigante deberá observar cuál es el método de trabajo que le resulta más sencillo, efectivo y adecuado al caso.

Para trabajar en el método de listado maestro de hechos²¹⁰ será preciso, en primer lugar, tener identificadas -a través de la guía analítica de la teoría del caso- las teorías provisionales del caso o, como hemos dicho en esta obra, la categoría jurídica por donde pasará el litigio. Tratándose de un libro eminentemente práctico, continuaremos nuestro análisis con el caso Falcon Crest. A continuación presentamos el cuadro de hechos favorables y desfavorables que ya habíamos trazado en el capítulo vinculado a las proposiciones fácticas, para partir desde allí con nuestro trabajo de analistas.

Teoría Jurídica	Proposiciones fácticas favorables a la acusación	Proposiciones fácticas favorables a la defensa
Venta de alcohol	<p>Juan Talacasto fue detenido a unos metros del local con una botella de ginebra marca Llave.</p> <p>El local vende esa marca de ginebra.</p> <p>La botella estaba cerrada.</p> <p>Talacasto entró al local sin llevar nada en sus manos.</p> <p>Salió del local con una bolsa de madera con una ginebra en su interior.</p> <p>Existen denuncias previas de venta de alcohol a personas intoxicadas.</p> <p>Se comprobó que hubo un diálogo breve en el interior del local entre el imputado y Talacasto.</p> <p>Luego de ese diálogo, el imputado Zucardi fue hacia el interior del local y regresó instantes después.</p>	<p>No hay ningún ticket de venta (proposición fáctica negativa que no está detallada en el acta).</p> <p>Talacasto tenía un abrigo amplio con grandes bolsillos donde entraba una botella de ginebra Llave (proposición fáctica afirmativa que se derivará de la observación de la prueba material –secuestro de abrigo-.</p> <p>No se observa desde el exterior si Zucardi le entregó una botella a Talacasto.</p> <p>La observación de los oficiales de policía es desde afuera.</p> <p>La visión es reducida, a través de una ventana que presenta varias calcomanías y con visión reducida.</p> <p>Nadie escuchó el diálogo de estos dos sujetos.</p> <p>El sobre de papel madera donde se halló la botella de ginebra no tiene ningún membrete del local (prop fáctica negativa)</p>

²¹⁰ Nos parece más útil trabajar con un único listado maestro de hechos que tener diversos listados por cada medio de prueba. La separación de los hechos en diversos listados cercena nuestra posibilidad de observar lagunas en los relatos y nos limita también en la identificación de posibles procesos inferenciales.

Ebriedad	<p>Talacasto antes de entrar al local, trastabilla en reiteradas oportunidades.</p> <p>Tuvo que frenar, tomarse a un poste y darse un empujón para seguir avanzando.</p> <p>Los oficiales detectan olor a alcohol a un metro de distancia.</p> <p>Talacasto presenta ojos rojos y vidriosos.</p> <p>Talacasto se encuentra balbuceante.</p> <p>Se lo hace caminar en línea recta tocándose la punta de los zapatos y presenta dificultad.</p> <p>También dificultad en tocarse la nariz con un dedo y en levantar las monedas del piso.</p> <p>Los oficiales comprueban que se encuentra ebrio.</p>	<p>No se le extrajo sangre a Talacasto.</p> <p>NO hay ningún test de alcoholemia para comprobar si presentaba algún tipo de graduación de alcohol en sangre.</p>
Dolo (sabía que estaba ebrio)	<p>Zucardi tuvo un diálogo con Talacasto para realizar la compraventa.</p> <p>El mostrador mide cerca de un metro y están encima del mismo.</p> <p>Talacasto se encontraba desarreglado.</p> <p>Talacasto tenía ojos rojos y vidriosos, aliento etílico y le costaba caminar.</p> <p>Talacasto, momentos antes y después le costaba caminar en línea recta.</p> <p>Zucardi obedecía las políticas de la empresa que eran las de estar atento a quien venden alcohol y no venderle a personas que presenten un cuadro de intoxicación.</p>	<p>Los oficiales de policía debieron realizar varios estudios de campo para comprobar el estado de ebriedad.</p> <p>Los oficiales tienen varios años de experiencia en alcoholemia.</p> <p>Zucardi no tiene experiencia en alcoholemia.</p> <p>A Zucardi no le permiten realizar test de control de alcoholemia.</p> <p>Zucardi es empleado.</p> <p>Zucardi no tiene ganancias ni porcentaje de las ventas realizadas.</p> <p>Zucardi no observó el caminar errático de Talacasto antes de entrar al local.</p> <p>Talacasto no trastabilló dentro del local.</p>
Autoría	<p>Solo Zucardi atiende el local.</p> <p>No había ninguna otra persona en ese momento (proposición fáctica negativa favorable a la acusación)</p>	<p>No hay proposiciones fácticas para presentar en sentido contrario.</p>

Como sostuvimos oportunamente, estos son los hechos más relevantes del caso, los que tenemos que tener en cuenta para adoptar una decisión estratégica. Como dijimos, a través de la teoría del caso corresponde definir cuáles son las teorías provisionales sobre las que se litigará, esto es, en que categoría jurídica se centrará el debate. Mal pudiera un defensor trazar una estrategia negando cada uno de los hechos, basado zonzamente en que corresponde a la acusación probar los hechos más allá de toda duda razonable. Eso nada tiene de estratégico. Un defensor sensato no puede sostener que Zucardi no vendió una botella de ginebra a Talacasto, y que si ello se acreditase, Talacasto no estaba ebrio, y si ello también

se logra acreditar su cliente no sabía que aquél estaba en estado de ebriedad. Por las inferencias que trabajamos sobre la prueba y tal como concluimos oportunamente, sostenemos que el litigio se debe centrar sobre la posibilidad que tuvo Zucardi de advertir que Talacasto estaba ebrio. Tal como dijimos, podríamos descartar la primera de las defensas posibles (no hubo venta de alcohol) por lo siguiente: ¿Si Talacasto ya tenía una botella de alcohol en su poder, por qué motivo entró al local Falcon Crest? Es dable suponer que una persona ingresa a un local de venta de alcohol para adquirir un producto (generalización²¹¹) y, por otro lado, Zucardi afirma recordar que esa noche vendió una botella de ginebra, mientras que los oficiales de policía refirieron que, antes de ese momento, no hubo ninguna venta. Es por ello que no parece ser ésta la mejor defensa.

También, como antes expresé, sugiero descartar la segunda de las hipótesis, esto es, que Talacasto no estaba intoxicado. Si bien no se cuenta en el caso con un estudio que determine cuál es la graduación de alcohol en sangre que tenía Talacasto, también es cierto que son muchas las proposiciones fácticas que dan cuenta del estado físico en que se encontraba, que balbuceaba y tenía aliento etílico. Para refutar estos hechos solo obtendremos una proposición fáctica que dirá que no hay un estudio científico para determinar la graduación. Pero lo cierto es que no se exige una única forma de acreditar ese extremo como si ocurre con otras pruebas. Es válido acreditar que una persona está intoxicada a través de otros medios probatorios que muestren signos evidentes de ese estado, lo que ocurre en el presente caso.

Por ello, parece claro que el debate, el litigio, debiera centrarse en torno a si efectivamente Zucardi tuvo conocimiento o no sobre el estado de intoxicación que padecía Talacasto al momento de venderle una botella de ginebra. Es ahí donde se presentan más hechos para debatir y, siendo esto así, allí debiera presentar la defensa su historia. Queda claro, entonces que sobre el dolo girará el litigio. Esa es, pues, la categoría jurídica por donde pasa el conflicto.

Sentado este punto²¹², solo debemos concentrarnos en los hechos vinculados a esa categoría jurídica. Claro que los restantes hechos habremos de acreditarlos, aunque lo más probable es que existan acuerdos probatorios sobre tales extremos, o que el debate sea de una

²¹¹ Más adelante explicaremos detalladamente cómo se construyen las generalizaciones a través de las máximas de la experiencia, la lógica y el conocimiento científico. Por de pronto es suficiente con mencionarla.

²¹² Este es el mayor insumo que nos proporciona la guía analítica tradicional de la teoría del caso.

menor intensidad y que en el alegato de apertura de la defensa, este extremo sea reconocido argumentativamente al presentar su propia versión de los hechos.

Así, pues, los hechos a trabajar entonces se circunscribirán a los vinculados específicamente al dolo. Solo que esa lista inicial, seguramente, al poner el foco allí, requerirá de mayores detalles y ampliaciones. Por de pronto quedémonos con esa lista maestra de hechos relativa a si Zucardi sabía o no que Talacasto estaba alcohólico al momento de proceder a la venta. A continuación presentamos ya solo los hechos vinculados al dolo. Como vemos estamos poniendo el ojo exclusivamente en este plano. ¿Pero estos son todos los hechos que podemos encontrar vinculados a esta categoría? Como veremos más adelante, este es solo el primer paso, el primer eslabón para poder construir adecuadamente procesos inferenciales. Ahora, al poner la lupa en esta categoría, aparecerán muchos más hechos sólidos y relevantes para la construcción final del caso.

Teoría Jurídica	Proposiciones fácticas favorables a la acusación	Proposiciones fácticas favorables a la defensa
Dolo (sabía que estaba ebrio)	<p>Zucardi tuvo un diálogo con Talacasto para realizar la compraventa.</p> <p>El mostrador mide cerca de un metro y están encima del mismo.</p> <p>Talacasto se encontraba desarreglado.</p> <p>Talacasto tenía ojos rojos y vidriosos, aliento etílico y le costaba caminar.</p> <p>Talacasto, momentos antes y después le costaba caminar en línea recta.</p> <p>Zucardi obedecía las políticas de la empresa que eran las de estar atento a quien venden alcohol y no venderle a personas que presenten un cuadro de intoxicación.</p>	<p>Los oficiales de policía debieron realizar varios estudios de campo para comprobar el estado de ebriedad.</p> <p>Los oficiales tienen varios años de experiencia en alcoholemia.</p> <p>Zucardi no tiene experiencia en alcoholemia.</p> <p>A Zucardi no le permiten realizar test de control de alcoholemia.</p> <p>Zucardi es empleado.</p> <p>Zucardi no tiene ganancias ni porcentaje de las ventas realizadas.</p> <p>Zucardi no observó el caminar errático de Talacasto antes de entrar al local.</p> <p>Talacasto no trastabilló dentro del local.</p>

b. Identificar los hechos incontrovertibles.

Antes de comenzar a trabajar sobre la base de los hechos relevantes vinculados a la categoría jurídica por donde se trabará fundamentalmente la litis, es preciso verificar la existencia de hechos incontrovertibles sobre esos planos. Nos referimos a hechos que no puedan ser controvertidos por las partes con un fuerte peso probatorio.

Veamos cuáles son, pues, las exigencias que estableceremos para definir esos hechos que denominamos incontrovertibles. En primer lugar, que sea o al menos que aparezca como incontrovertible, esto es, que no admite (o al menos, parece no admitir) duda o disputa. En segundo lugar que ese hecho acredite (o desacredite) o al menos tenga una gran incidencia en la categoría jurídica por donde pasa el conflicto. Con esto queremos decir que si se acredita el hecho incontrovertido, parece poco probable o, cuanto menos, difícil, que se pueda acreditar o desvirtuar la existencia de la categoría jurídica en disputa (en el caso, el dolo del autor que consiste en saber que Talacasto estaba ebrio al momento de venderle una botella de ginebra). En tercer lugar, que ese hecho provenga de una prueba material o tangible. Ello se debe a que resulta más sólido o difícil de revertir una prueba material que una prueba testimonial, en la que aún resta trabajar todo lo concerniente a la credibilidad de la fuente y de la afirmación brindada, las que tienen un juego enorme en el proceso inferencial²¹³. Claro que una prueba material también puede ser controvertida. Por ejemplo, que el imputado haya sido encontrado con un cuchillo ensangrentado, aún puede ser debatido. Lo incontrovertido será, en su caso, que el oficial de policía refirió que el imputado tenía un cuchillo ensangrentado en su poder y que labró las actas respectivas. Si bien es difícil de controvertir aún hay explicaciones al respecto, tal vez la policía le puso el arma, tal vez asentó algo falso.

Si observamos nuevamente el caso veremos que hay algunos hechos incontrovertibles derivados de prueba tangible que tienen un peso probatorio evidente y que, por consiguiente, exigirán de alguna explicación de la parte que lo perjudica, a saber:

- a. La medida de la mesada. Se menciona que tiene 0.75 mts. de ancho. Esto quiere decir que siempre hubo un obstáculo entre Zucardi y Talacasto que no les permitía acercarse. La acusación deberá buscar una explicación al respecto (estuvo cerca de la mesada y por ende, hubo cercanía entre uno y otro; efectuó el pago por lo que requirió acercarse necesariamente).

²¹³ Con esto no estamos negando las credenciales de la prueba existentes sobre la prueba tangible, sólo que es menos complejo revertir un dato que se deriva de la prueba testimonial (vinculado a fallas de la memoria, objetividad, veracidad, condiciones de percepción, etc.) que la prueba tangible.

- b. Talacasto tenía ojos rojos y balbuceaba. Esta afirmación requerirá de una explicación por parte de la defensa si pretende sostener que el imputado no pudo comprobar el estado de ebriedad que Talacasto padecía en ese momento. Tal vez tenga que ver con que la compra de una botella de ginebra no requiere mayor diálogo, tal vez el estado de cansancio que tenía Zucardi o la iluminación del lugar permitan encontrar alguna explicación a ello.

Si en el caso no lográsemos encontrar una explicación sólida a los hechos incontrovertibles, entonces no debiéramos litigar el caso. Por ello consideramos vital que la selección de estos hechos y su explicación sea uno de los primeros pasos en esta etapa.

c. Agrupar los hechos en escenas cronológicas y ejes temáticos.

A medida que avanzamos en la determinación y clasificación de los hechos relevantes vinculados al foco del litigio, podremos observar que resulta ser un recurso demasiado amplio. Hechos relevantes contradictorios, de común acuerdo, hechos principales sobre esa categoría jurídica, secundarios, hechos que fortalecen o debilitan la credibilidad de una fuente de información, que fortalecen o desacreditan la credibilidad de determinadas afirmaciones, hechos vinculados al interés de las partes, etc. Como siempre decimos, hechos, hechos y más hechos.

Por más que trabajemos con un esquema cronológico, puede que esa cantidad de hechos sean los suficientes como para desanimarnos y desalentar la practicidad de nuestra guía analítica. E incluso, en algunos casos, el recurso cronológico puede que no sea la mejor opción, algunos hechos no podrán ser clasificados en base a criterios temporales, ya que responden a una visión temática. Los hechos vinculados al interés de un testigo, o a la credibilidad de sus afirmaciones no responde a un criterio cronológico sino que su vinculación está centrada más en una visión temática, y así debe ser clasificado. Y aun cuando la mayoría de los hechos puedan ser clasificados cronológicamente, esta circunstancia puede convertir ese listado en un formato inmenso, poco práctico y difícilmente abarcable. Por ello, en lo personal prefiero la agrupación de los hechos en varios capítulos o escenas, siempre que este recurso metodológico no nos termine operando en contra y sean tantos los capítulos que dificulte la visión holística del caso. En lo personal, si se puede, prefiero trabajar con un grupo de no más de cinco o seis capítulos; luego me resulta más dificultoso su estudio. Sobre

este punto recordemos que se trata de criterios metodológicos y no científicos, por lo que cada litigante analizará el caso dividiendo los hechos en tantos grupos como le resulte cómodo y útil trabajar²¹⁴.

Para la división cronológica es bueno pensar en escenas. Precisar los hechos que ocurren en un determinado momento y lugar resulta útil para la visión del caso, como si se tratase de una película y un director de cine debiera filmar todo lo que ocurre en esa escena. Así, en el caso Falcon Crest observaremos que dividiendo temporalmente la historia, operan tres o cuatro grandes escenas: la primera cuando Talacasto es divisado fuera del local por la policía y todo lo que ocurre hasta que ingresa al almacén; la segunda todo lo que ocurre en el interior del Almacén Falcon Crest, esto es el diálogo entre Talacasto y Zucardi, los pasos que allí realiza, la compra, el estado del local, etc; la tercera estará referida al momento en que Talacasto sale del local y es interceptado por los oficiales Furlotti y Cavic, las pruebas de campo y el diálogo que mantienen; y la cuarta estará vinculada al diálogo entre los oficiales y el imputado Zucardi.

Los ejes temáticos están vinculados a la agrupación atemporal de determinados hechos. Éstos, muchas veces, responden al valor o los valores que hay en juego en el juicio (puede estar vinculado con el consumo de drogas, con envidias profesionales, necesidades o cualquier tipo de móvil o motivo que a una persona lo haya llevado a cometer un hecho), o a cuestiones más vinculadas a la credibilidad de una fuente de información o de una afirmación. Como podemos observar, siguiendo el pensamiento de Taruffo se tratará por lo general de hechos secundarios, pero no por ello menos importantes (2011, p. 119), ya que, como hemos dicho, muchas veces los casos se ganan o se pierden con hechos secundarios que atacan o fortalecen la credibilidad de un medio probatorio o una afirmación que de allí se desprende. En el caso Falcon Crest no parece haber ejes temáticos fuertes para trabajarlos por separado.

d. Identificar los hechos y las escenas más favorables.

No se trata de quedarnos con la primera impresión y registro de los hechos, sino de actualizar esa lista con hechos vinculados también a la credibilidad de las afirmaciones y de sus fuentes de información²¹⁵. Así agregando nuevos hechos con un mayor detalle, y

²¹⁴ Bajo una misma óptica aunque con distintos recursos, Anderson et al. (2015, p. 175).

²¹⁵ Nos referimos concretamente a los hechos que se derivan de las credenciales de la prueba.

desdoblándolo en las escenas seleccionadas, el cuadro de hechos debiera quedarnos de este modo:

Escenas (exclusivamente vinculadas sobre el dolo)	Hechos favorables a la acusación	Hechos favorables a la defensa
1er contacto visual	<p>Talacasto tiene un estado de ebriedad evidente (opinión o conclusión admitida)</p> <p>Talacasto se da un empujón en un poste para continuar.</p> <p>Camina con dificultad</p> <p>Se tropieza en dos oportunidades, una frente al local</p> <p>Talacasto está desalineado</p> <p>El local tiene antecedentes de vender alcohol a personas ebrias.</p>	<p>Zucardi no tenía visión hacia esa esquina</p>
Dentro del Almacén	<p>Zucardi mantiene una corta conversación con Talacasto.</p> <p>Se encuentran frente a frente.</p> <p>Zucardi se retira y vuelve hacia el área de la caja registradora</p> <p>Talacasto está desarreglado</p> <p>Talacasto tiene ojos rojos, vidriosos, aliento etílico y le cuesta caminar.</p> <p>Zucardi estaba atento a las órdenes de la empresa de no vender alcohol a personas ebrias.</p> <p>El local tiene una mesada de 0.75 mts.</p>	<p>Zucardi no está autorizado a realizar estudios de campo para determinar alcoholemia</p> <p>Zucardi no tiene estudios en alcoholes</p> <p>Talacasto antes de ingresar se agarró de la puerta, se enderezó e ingresó.</p> <p>El diálogo fue de unas pocas palabras.</p> <p>La iluminación del local es tenue.</p> <p>La visión de los policías es limitada ya que observan todo a través de una ventana que tiene calcomanías.</p> <p>Zucardi no tiene ganancias por las ventas.</p> <p>Zucardi es empleado y no recibe porcentajes.</p> <p>Talacasto no trastabilló dentro del local (proposición fáctica negativa).</p> <p>Tampoco balbuceó ni se comportó de manera inapropiada.</p> <p>Zucardi no tenía visión hacia el exterior.</p> <p>Estaba a más de un metro de distancia por la separación del mostrador</p>
Encuentro de Talacasto con policías	<p>Sintieron el olor a alcohol a un metro de distancia</p> <p>Talacasto tenía ojos vidriosos e inyectados en sangre</p> <p>Habla con dificultad</p> <p>Realizaron pruebas de campo. Era incapaz de caminar en línea recta, ni levantar monedas, ni tocarse la</p>	<p>Talacasto puede responder a las órdenes.</p> <p>Le piden documentación y la proporciona sin problemas.</p> <p>Brinda su nombre y domicilio.</p> <p>Recién con las pruebas de campo, los oficiales pudieron comprobar la ebriedad (inferencia)</p>

	punta de la nariz con los brazos extendidos Los oficiales Cavic y Furlotti tienen una hoja de vida sin sanciones. No tienen interés en el caso	
Encuentro imputado y oficiales	Desde el local se observa la esquina Zucardi tiene un antecedente de vender alcohol y que luego esa persona provoque un accidente por manejar ebrio.	Zucardi dice que no miraba hacia esa esquina Zucardi reconoce que Talacasto estaba desalineado pero no le pareció que estuviese ebrio. Zucardi no vende a personas ebrias

Como observarán son muchas las proposiciones fácticas vinculadas a si Zucardi tenía conocimiento o no sobre el estado de intoxicación de Talacasto. Las proposiciones fácticas mencionadas en la primera escena son prueba directa del estado de ebriedad no así del dolo. También son prueba indiciaria del conocimiento que Zucardi debió tener sobre el estado de intoxicación que padecía Talacasto, solo que requiere de un proceso inferencial que está vinculado con el siguiente razonamiento: una persona que camina con esa dificultad antes de ingresar y que, luego de egresar del local, no logra hablar adecuadamente ya que solo balbucea, siguiendo las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, no pudo haber perdido ese estado de embriaguez por los instantes en que estuvo en el interior del local Falcon Crest²¹⁶. De allí que sirva como prueba indiciaria del dolo. Con esto no queremos decir que no haya otras proposiciones fácticas relevantes en la primera escena, solo que si debemos fijar nuestra atención en el elemento jurídico donde se dará la batalla dialéctica, retórica y del litigio, entonces esos son los hechos que deben fijar nuestra atención, como prueba indiciaria del dolo.

La segunda escena contiene proposiciones fácticas más fuertes en orden al dolo, puesto que es al momento de la venta de alcohol cuando el imputado tiene que tener conocimiento del estado de embriaguez. Y allí contamos con el diálogo que se da entre Zucardi y Talacasto, frente a frente y a corta distancia. Y no se trata de un diálogo que se da en un momento de desconcentración, puesto que es el mismo imputado quien dice que estaba atento por las expresas indicaciones de la empresa. Por el lado de la defensa, basaran su

²¹⁶ Por ahora nos alcanza con explicar esta inferencia. Más adelante nos posicionaremos en la estructura del proceso inferencial.

postura (desconocimiento sobre el estado de ebriedad) en que el local estaba oscuro, el diálogo se limitó a solo una expresión –pedir una ginebra Llave- y que dentro del local se comportó normalmente, esto es, no se tambaleó, no balbuceó ni realizó otro gesto o conducta que pudiera hacerlo sospechar de su estado de ebriedad. En esta escena hemos anotado algunos hechos que no están definidos de manera clara y objetiva, ya que de momento se comportan como conclusiones o adjetivaciones. Me refiero a determinadas apreciaciones de Furlotti sobre Talacasto. Así refiere que estaba desalineado (conclusión), en vez de determinar que hechos concretos lo llevan a esa afirmación (tenía la camisa desabotonada, arrugada, o qué). Del mismo modo afirmó que tenía dificultades para hablar (conclusión), sin explicar cómo arriba a aquélla (tartamudeaba, no podía pronunciar algunas letras, se olvidaba lo que decía, etc.)²¹⁷. En las entrevistas previas al juicio corresponderá contar con esa información para preparar adecuadamente el caso.

La tercera escena tiene el mismo peso inferencial que la primera, esto es, se trata de hechos que permiten acreditar de manera directa la ebriedad. Pero no solo eso, al poder comprobar cómo se encontraba Talacasto nos permite inferir cuál pudo haber sido el comportamiento de éste dentro del almacén, unos instantes antes. Estos hechos servirán para realizar procesos inferenciales. Si Talacasto no puede hablar –balbucea- ni caminar recto, cómo puede ser que Zucardi, siguiendo la expresa directiva de la empresa de verificar el estado en que se encuentra un posible comprador, no haya advertido ese cuadro. Por el lado de la defensa intentarán minimizar las posibilidades que Zucardi tuvo de advertir ello, basándose en proposiciones fácticas negativas (no puede realizar test de campo, no tiene conocimiento en ebriedad ni alcoholes) y que los oficiales expertos tuvieron que realizar varios test de campo para llegar a esa conclusión. La cuarta escena no aporta mayores datos al caso.

Una vez identificadas todas las proposiciones fácticas corresponde hacer un ejercicio de medición de fuerza e impacto para percibir cuáles son los hechos y las escenas que potencian la historia de cada una de las partes. Los hechos que se seleccionen serán la estructura central donde se posicionará la narración persuasiva que cada parte presentará y que servirá como exposición inicial del juicio. Para ello será preciso tomarse unos minutos y

²¹⁷ Sobre estos puntos invitamos al lector a revisar el capítulo vinculado a las proposiciones fácticas de esta obra.

observar cómo juegan los hechos y las posibles inferencias que se puedan construir a través de aquéllos. Invitamos al lector a tomarse unos minutos para observar los hechos y procesar la información.

De la observación y análisis inferencial sobre estos hechos concluyo que lo más relevante para la acusación -y, por ende, donde deberían posicionar su relato-, está centrado en dos hechos:

- a. el diálogo existente frente a frente entre el imputado Zucardi y Talacasto para realizar la compra venta de la botella de ginebra marca Llave; y
- b. el aliento etílico, hablar balbuceante y demás rastros comprobados por Furloti y Cavic. No nos referimos a las pruebas de campo que la policía practicó sobre Talacasto, sino a la primera visión que tuvieron de él. Las pruebas de campo presentan una debilidad, esto es, permite a la defensa ubicarse en que Zucardi no estaba habilitado para realizar ese tipo de pruebas para comprobar si una persona esta ebria. Por el contrario si nos centramos en que a simple vista se advertía el estado de ebriedad, el caso cobra otra dimensión.

Por el lado de la defensa, los hechos más relevantes -y donde debiera posicionar su narración persuasiva- están centrados en:

- a. el diálogo entre Zucardi y Talacasto fue breve, que le permitirá sostener que el estado de ebriedad pudo haber sido ocultado; y
- b. el contexto de la compraventa: es un lugar con luz tenue y la venta no representa ningún tipo de ganancia para el imputado. La defensa debiera mantenerse en esos hechos y cuando la acusación hable, a través de la prueba, del estado del imputado (ojos rojos, balbuceante, andar con dificultad, etc), expresar que eso no ocurrió en el local y que allí se comportó adecuadamente. Añadir que los oficiales con amplia experiencia debieron realizar varias pruebas de campo para comprobar la ebriedad y que a su cliente eso no le está permitido, para inmediatamente después volver a su zona de confort, esto es los hechos favorables a su historia.

Y así como la escena más favorable para la acusación es la tercera, porque allí se comprueba el estado visible de ebriedad en que se encontraba Talacasto, la defensa se sentirá más cómoda hablando de los hechos que están detallados en la segunda escena, ya que demostrará que fue un mero intercambio de palabras que no llegó a convertirse siquiera en un diálogo, en un local con luz tenue.

e. Los puntos de inclinación del caso.

Como sostuvimos en esta obra, los puntos de inclinación del caso son los nudos fácticos que definen, en gran medida, el éxito o el fracaso de un caso. En la mayoría de los asuntos que no se logra arribar a un acuerdo, ello se debe a que existe prueba indiciaria que permite arribar a una conclusión asertiva sobre el suceso, solo que esa prueba, al no ser directa, requiere de cumplir con ciertos pasos inferenciales complejos para arribar a la afirmación de la hipótesis. Y sobre esos hechos, la defensa puede realizar procesos inferenciales diferentes que le permiten arribar a otra conclusión. Reconocer esos hechos enfrentados es una de las principales virtudes de un analista. El o los puntos de inclinación del caso son, en definitiva, el centro del litigio. Otros autores utilizan la expresión “punto de inclinación del caso” para referirse al centro emocional del asunto que permite dar una explicación sobre lo acontecido. Así hacen referencia a que la determinación del punto de inclinación permite, finalmente, entender por qué los hechos ocurrieron de una determinada forma, cuál es la razón por la que los acontecimientos pasen de una situación de normalidad a una secuencia de hechos que culminan con el ilícito a juzgar (Moreno, 2012, p. 72). Creemos que es muy útil trabajar los valores en juego de un caso y que, como bien señala el autor chileno, muchos asuntos tienen una explicación desde los valores, y son precisamente esos valores los que quedan evidenciados en varios hechos que sirven para explicar el caso. Sin embargo, más allá de su utilidad, ello no es así en todos los casos. No siempre podemos plantear ese punto de reacción y, aun existiendo, no siempre es visible. Ahora bien, lo que siempre definirá el éxito o el fracaso de un caso será encontrar sus puntos nodales, es decir, esos hechos que entran en franca competencia. Y el éxito o el fracaso de cada teoría, en definitiva, dependerá de cómo está rodeado ese hecho o esos hechos, a través de un bloque de información que lo posicione, le de sustento y credibilidad. Llevándolo al terreno práctico, en el caso Falcon Crest no se encuentran puntos de inclinación emocionales (no parece haber una razón visible para que Zucardi vendiera una botella de ginebra sabiendo de la ebriedad del comprador), más si veremos a continuación que encontraremos hechos en conflicto que orientarán el resultado del caso.

Como vemos en el caso Falcon Crest, el punto de inclinación está centrado en un pequeño diálogo que existió entre Zucardi y Talcasto (hecho no controvertido) para la venta

de una botella ginebra marca Llave, y si Zucardi advirtió el estado de ebriedad del comprador. Para acreditar tal extremo la acusación presentará el hecho de que Talacasto tenía una ebriedad notoria a simple vista y que estuvieron frente a frente, cara a cara, a una distancia aproximada de un metro, manteniendo el diálogo necesario para una compraventa. Por su lado, la defensa presentará como hecho relevante que el local estaba oscuro y que dentro del local Talacasto se comportó de manera correcta por lo que Zucardi no pudo advertir el estado del comprador. Este es pues el centro del caso, el núcleo del litigio. Claro que estos hechos estarán rodeados de hechos secundarios, generalizaciones y procesos inferenciales necesarios para determinar si la hipótesis de la acusación se comprueba o no. Este es, finalmente, el corazón del caso.

f. Los hechos y el razonamiento jurídico.

Para determinar el peso probatorio de los hechos centrales del caso se requiere transitar por dos fases. En primer lugar, rodearlos de manera clara de hechos que le den soporte y permitan apoyar al hecho principal y darle mayor sustento. En segundo lugar, realizar procesos inferenciales que permitan arribar a la conclusión que el hecho central sostenido por la acusación –o por la defensa- realmente aconteció.

Vayamos pues al caso. Si analizamos el caso Falcon Crest, la acusación tendrá que acreditar que el día 5 de junio de 2018, alrededor de las 20.45 hs (cuándo), en el interior del local Falcon Crest, sito en la intersección de las calles Ituzaingó y Boulevard San Juan, ambas de la Ciudad San Alberto (donde), Mario Zucardi (quién), le vendió una botella de ginebra marca Llave a Juan Talacasto, en momentos en que éste se encontraba intoxicado por la ingesta de alcohol (qué y cómo), infringiendo con esta conducta lo dispuesto la Resolución de la Administración Estatal de Alcoholes nro. 38/97, art. 16 inc. a. La acusación constituye lo que en el sistema anglosajón se denomina “probandum final” y, tal como vimos, requiere que cada elemento jurídico sea acreditado con hechos sólidos y confiables, basado en prueba admisible y creíble. Por su lado, la defensa sostendrá que su asistido Zucardi trabaja ocho horas diarias en un local de venta de alcohol con una iluminación débil y un salario bajo, sin ganancias sobre las ventas del local. Que ese día, al final de una extensa jornada, vendió una botella de ginebra marca Llave a una persona que ingresó al local en aparente buen estado de salud y fue por ello que procedió a la venta. Nada hacía suponer que estaba alcoholizado.

Mientras que, al confeccionar las teorías provisionales de ambas partes, veremos que el litigio pasa por una de las “probandas penúltimas”, esto es, solo uno de los elementos del tipo será debatido fuertemente (claro que habrá casos que se puedan discutir dos elementos de la teoría jurídica sin caer en contradicciones sistemáticas, aunque éstos serán la menor cantidad de veces). En el caso la “probanda penúltima” en debate será si hubo dolo, si Zucardi sabía o no del estado de ebriedad que padecía Talacasto al momento de venderle la botella de ginebra marca Llave.

Como dijimos, para acreditar tal extremo la acusación presentará sus proposiciones fácticas. Estos hechos son los que consideramos más relevantes del listado de hechos maestro sobre la categoría jurídica “dolo”:

- h.1. Zucardi estuvo frente a Talcasto al venderle la ginebra;
- h.2. Tuvieron un diálogo para realizar la compra venta;
- h.3. La distancia de ambos era aproximadamente de un metro;
- h.4. Talacasto trastabilló antes de entrar al local y le costaba mantenerse erguido.
- h.5. Talacasto tenía aliento etílico que se percibía a un metro de distancia.
- h.6. Talacasto tenía ojos rojos y vidriosos
- h.7 Talacasto balbuceaba.

Mientras que la defensa presentará los siguientes hechos para desacreditar el conocimiento del autor sobre la intoxicación de Talacasto. Estos son los hechos más relevantes de la lista maestra;

- h.1. Talacasto caminó normalmente dentro del local;
- h.2. el diálogo se limitó a pedir una ginebra;
- h.3. el local tiene luz tenue;
- h.4. Talacasto respondió correctamente, instantes después a las órdenes policiales, dando su documento, su nombre y domicilio;
- h.5. Zucardi no tiene autorización para realizar tareas de campo para detectar ebriedad;
- h.6. Zucardi no tiene conocimientos de alcoholes ni le brindaron curso alguno al respecto; y
- h.7. Zucardi es empleado y no tiene ganancias adicionales en base a las ventas que se realicen en su turno.

Estos son los hechos que entran francamente en debate, y será el modo en que se presenten y las inferencias que de ellos se puedan realizar lo que determinará el éxito o el

fracaso de cada hipótesis. Desde el punto de vista del juez, la concepción lógica de los argumentos permitirá realizar inferencias adecuadas para arribar a la decisión del caso. Desde el punto de vista de los abogados, hilvanar en forma adecuada los hechos es lo que permitirá la construcción de una narración persuasiva y su argumentación, a través de la dialéctica y la retórica, acercándose al resultado esperado.

Para hilvanar esos hechos y elaborar un argumento es preciso construir inferencias. No podemos penetrar en la mente del imputado para saber en forma directa si sabía o no que Talacasto presentaba un cuadro de intoxicación por ebriedad. No tenemos pruebas directas sobre la categoría jurídica en conflicto. Por lo que habrá que construir una cadena de pasos inferenciales como forma de valorar la prueba.

No se trata de construir la decisión a través de un método de valoración subjetivo. La valoración de las pruebas debe ser libre, en el sentido de que el juez no esté sujeto a valores previamente determinados sobre el peso de cada evidencia (prueba tasada), pero esa libertad no puede ser subjetiva (Laudan, 2005, p. 106). La libertad de valoración no implica reposar en criterios subjetivos, de acuerdo a lo que le parece a tal o cual juez en base a sus propias concepciones y prejuicios sobre la conformación social y las relaciones humanas, lo que volvería arbitraria e impredecibles las decisiones judiciales. Se trata de establecer parámetros objetivos de valoración que permitan verificar si los hechos sostenidos por la acusación se acreditaron más allá de toda duda razonable. No se trata de verificar si la hipótesis acusatoria resulta más o menos creíble que la defensiva. Contamos con sólidos principios políticos reconocidos constitucional y convencionalmente que han optado, frente al riesgo de error judicial, por una preferencia de los falsos negativos por sobre los falsos positivos; esto es preferir el riesgo de un culpable suelto a un inocente preso. De allí que el bloque constitucional vinculado al principio de inocencia establezca que la carga de la prueba le corresponde al acusador, que la defensa no tiene obligación de acreditar ningún extremo y que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al acusado.

Las expresiones utilizadas por los códigos procesales de cuño europeo continental, seguidos aquí en Latinoamérica, para valorar pruebas en general han estado circunscriptas a “íntima convicción” y “sana crítica racional”²¹⁸. Estas dos expresiones, lejos de cumplir su

²¹⁸ Como bien señala Ferrer Beltrán, la expresión íntima convicción presenta tres inconvenientes. En primer lugar la propia expresión parece apelar a certezas; tan es así que, de hecho, a veces se ha usado también la expresión “certeza moral” para referirse a la íntima convicción. En segundo lugar, esta concepción de la prueba

objetivo, esto es, exigir del juez un sistema objetivo de valoración de pruebas, han permitido una jurisprudencia vacilante y poco exigente en el control sobre la valoración probatoria. De allí que nos parezca más adecuada la utilización de la expresión, de cuño anglosajón, “más allá de toda duda razonable”, ya que tiene la ventaja de no hacer apelación a certezas de ningún tipo, aun cuando no contenga ni proporcione mecanismos o formas de valorar objetivamente esa prueba (Laudan, 2011, p. 63). El desafío es claro: se trata de fijar esos pasos para la valoración objetiva de pruebas tanto del juez, como el trazado de argumentos sólidos y persuasivos por parte de los litigantes. Y para ello será preciso contar con herramientas de razonamiento jurídico.

La resolución de un caso penal responde a procesos deductivos, inductivos y abductivos. Inicialmente responde a un proceso deductivo, tal como surge de la utilización del silogismo judicial. Dada una premisa normativa –premise mayor- (en el caso, “el que vende bebidas alcohólicas a una persona intoxicada, sabiendo de su estado de intoxicación será sancionado con X multa”), y una premisa fáctica –premise menor- (Zucardi vendió una ginebra a Talacasto sabiendo que éste estaba ebrio), debe ser una sanción (multa). En forma de silogismo, queda del siguiente modo:

Premisa Mayor: El que vende bebidas alcohólicas a una persona intoxicada, sabiendo de su estado de intoxicación, será sancionado con multa de X

Premisa menor: Zucardi vendió una bebida alcohólica a Talacasto sabiendo que estaba ebrio.

Conclusión: Zucardi debe ser sancionado con una multa de X.

Este tipo de razonamiento deductivo se denomina silogismo y toda sentencia judicial responde a esta estructura silogística; de allí su denominación de silogismo judicial. Pero para determinar la premisa fáctica, esto es si efectivamente el autor cometió el hecho graficado en la premisa mayor, es preciso trabajar con otro tipo de razonamiento. Así, la premisa fáctica (en el caso, si Zucardi vendió una bebida alcohólica a Talacasto, sabiendo de su estado de intoxicación), requerirá de procesos inductivos y abductivos.

A diferencia de los procesos deductivos en los que la conclusión no encierra ninguna información que no esté en sus premisas, en los razonamientos inductivos la conclusión no

establece una conexión necesaria y suficiente entre la creencia del juzgador y la prueba. Por último, tratándose de un estándar que apela a las creencias del sujeto que decide, éste tiene un carácter eminentemente subjetivo que hace incontrolable su utilización (2007, p. 144).

sigue de las premisas con necesidad lógica, puesto que la conclusión contiene más información de la que había en las premisas (García Amado, 2013, p. 61).

Por ello afirmamos que el razonamiento deductivo no necesita basarse en la experiencia, mientras que el proceso inductivo sí, es la experiencia la que le permite construir inferencias para afirmar ciertos hechos, que se denominarán generalizaciones. Es, en definitiva, a través de las máximas de la experiencia, la lógica y el conocimiento científico que se construyen generalizaciones, esto es, afirmaciones de un hecho más allá de toda duda razonable que serán de suma utilidad para acreditar un caso. Si observamos la acreditación del dolo, éste siempre requiere de prueba indiciaria que se nutre de inferencias realizadas a través de generalizaciones. Cuando en un caso sostenemos que el autor de un homicidio obró con dolo, lo hacemos en base a inferencias que provienen de otros hechos. Por ejemplo, si tenemos acreditado que A compró un arma un día antes del hecho, que dialogó con un amigo de que estaba cansado de que B no le pagase la deuda que mantenía con él, que existe una deuda que había sido reclamada sin éxito y que vieron a A entrar a la casa de B y disparar contra él seis tiros, vamos a construir un hecho inferencial (A tenía intención de matar a B), basado en una generalización (todo el que dispara seis veces contra una persona tiene intención homicida) construida en base a las máximas de la experiencia.

Las máximas de la experiencia, la lógica y el conocimiento científico constituyen conocimiento que tiene una base inductiva compartida. Son enunciados que recogen lo que por regla general acontece y que cualquiera con una mínima experiencia sabe que es lo normal y esperable en determinados sucesos, aunque hipotéticamente la excepción no sea absolutamente descartable (García Amado, 2013, p. 63). Vayamos al caso Carmen con una pequeña modificación. Supongamos que a Carmen le encuentran en posesión de diez kilos de cocaína. En ese caso, sin contar con una confesión, se puede tener por acreditado el dolo y que la finalidad de Carmen era la comercialización. Y esa máxima de la experiencia obedecerá a un razonamiento de base inductiva, que responde al siguiente diseño:

Premisa Mayor: todo el que tiene diez kilos de cocaína la tiene para comercializarla.

Premisa menor: Carmen fue sorprendida en la calle con diez kilos de cocaína;

Conclusión: Carmen tenía esa droga para comercializarla.

El razonamiento es correcto siempre que la premisa mayor construida a través de las máximas de la experiencia sea correcta. Y esa proposición fáctica –generalización- (todo el

que tiene diez kilos de cocaína es para comercializarlo) se construyó a través de un proceso inductivo con soporte en máximas de la experiencia y conocimiento científico. El soporte de esa generalización está centrado, entre otros, en los siguientes hechos: a. cuánto puede consumir una persona por dosis; b. cuántas dosis puede tomar en un día; c. cómo se encontraba fraccionada la droga; d. cómo se vende; etc. Este conocimiento se obtiene desde el conocimiento médico y de la experiencia de la investigación de casos. Y son esos datos los que nos permiten construir una generalización (proposición fáctica) que sostuvimos en el caso (todo el que tiene diez kilos de cocaína la tiene para comercializarla).

Las máximas de la experiencia son un insumo fundamental para la decisión de los casos penales y la construcción de sus argumentos. Sin embargo, hay que utilizarlas con sumo cuidado, ya que allí reposa uno de los mayores riesgos de error judicial. Incluso hay veces que el límite entre las máximas de la experiencia y los prejuicios es realmente difuso y, por ello, el juzgador debe tener sumo cuidado en su elaboración.

Como bien señala García Amado, a quien seguimos en estos puntos, un prejuicio

“es una creencia que carece de base inductiva suficiente, de experiencia bastante que la respalde y convierta en razonable, a ojos de un observador normal, el contenido de la correspondiente afirmación”. Por el contrario, “las máximas de la experiencia bien traídas recogen hipótesis con una base empírica tan fuerte o tan de sentido común, que se presumen verdaderas y no necesitan ser probadas, mientras que sí pueden ser refutadas o bien demostrando que no hay base para tal hipótesis general, o bien que en el caso se presenta la excepción a lo postulado por la máxima” (2013, p. 63).

Las máximas de la experiencia nos proporcionarán entonces lo que se denominan “generalizaciones”, que se presentan como afirmaciones derivadas de esos conocimientos y que podrán ser presentadas en los alegatos (inicial y clausura). De hecho, las generalizaciones mismas podrán ser objeto de prueba en el proceso a efectos de determinar su corroboración (Ferrer Beltrán, 2007, p. 133), esto es presentar hechos a través de los medios de prueba admitidos para darle otro contenido a la generalización que se pretende construir.

El método inductivo es útil para valorar cada elemento de juicio, cada afirmación que proviene de un medio de prueba, como también sobre la credibilidad y fiabilidad de cada prueba. De hecho, ese es el primer paso del razonamiento probatorio, pues la valoración individual de la prueba, como bien afirma Ferrer Beltrán,

“resulta imprescindible para posteriormente realizar una valoración conjunta. Una vez valorada la prueba individual, si la hipótesis que afirma su veracidad (esto es, que T vio lo que dice haber visto) se considera probada, entonces podrán hacerse inferencias a partir de

ella tomándola como cierta. Esto supone que a cada paso del razonamiento probatorio, que se produce normalmente en cadena, se asumen como ciertas las hipótesis que han sido aceptadas como probadas anteriormente” (2007, p. 125).

El proceso de construcción de la decisión también responde finalmente a razonamientos abductivos. Así, mientras que en la inducción concluimos en un enunciado universal a partir de datos individuales, en la abducción o reducción a la hipótesis más verosímil opera del siguiente modo, a partir de una serie de datos diversos concluimos con un enunciado individual. Por ello la decisión final que es individual requiere de un proceso abductivo.

Ahora pues solo resta determinar cómo ordenar esos hechos en un caso para realizar los procesos inferenciales necesarios para construir generalizaciones, verificar la credibilidad y acreditación de cada dato de prueba para luego construir con ellos procesos inductivos y abductivos para sostener el peso del caso.

g. La utilización del método de esquema como herramienta final para planificar un caso.

Para determinar de manera clara cuál es el peso probatorio de cada uno de los hechos que se derivan de la prueba, cómo se enlazan los diversos hechos en bloques de información argumentativo, cómo utilizar las generalizaciones que provienen del conocimiento adquirido a través de las máximas de experiencia, la lógica y el conocimiento científico, no hay mejor método que la utilización de un esquema que nos permitirá visualizar cada proceso inferencial y cada línea argumentativa.

El método de esquema requiere de un trabajo muy puntilloso de parte del analista para poder identificar cada paso del razonamiento probatorio y la escala de inferencias realizadas.

El método de esquema nos permitirá identificar los diferentes elementos de la teoría jurídica que debemos acreditar, como así también, a través del listado de hechos ya explicado, estructurarlos en base a la categoría jurídica que está en el centro del litigio. Con este método finalmente obtendremos dos productos. Por un lado, el listado maestro de hechos que trabajáramos, pero por el otro un mapa detallado que nos servirá para observar la cadena de nuestro razonamiento que se valdrá de los hechos acreditados que se derivan de medios de

prueba admitidos, las proposiciones fácticas que nacen de procesos inferenciales y la línea argumental que será presentada en los alegatos de clausura.

Será preciso agregar en el listado de hechos no solo las proposiciones fácticas relevantes -positivas y negativas- que acreditaremos en juicio, sino también aquellos hechos que pueden ser inferidos a través del razonamiento inductivo, ya sean proposiciones fácticas de respaldo a la acusación, o explicativas del oponente que tienden a desacreditar un elemento de la teoría jurídica.

No es sencillo identificar las proposiciones fácticas inferidas. Para arribar a aquellas será preciso trabajar sobre generalizaciones. Sin ellas no se puede construir inferencias derivadas de la prueba. Por ello y tal como explicamos, las generalizaciones son garantías que sirven como el pegamento que enlaza un elemento de prueba con un probandum intermedio o final particular, al mostrar que aquél es relevante (Anderson et al., 2015, p. 322).

La construcción de las generalizaciones trae aparejado un gran riesgo. Determinar si aquella fue construida de manera correcta o si, por el contrario, se trata de un caso de prejuicio, no siempre es de sencilla visualización. No se debe trabajar con generalizaciones que se presenten como vagas y de apoyo débil. Ello desembocaría en una construcción de posibles argumentos falaces. Llevándolo al caso Falcon Crest, la acusación podría intentar argumentar y construir un proceso inferencial en base a la siguiente generalización: “todos los comerciantes tienen la intención de aumentar sus ganancias y realizan cualquier conducta con esa finalidad”. Si esta generalización fuese cierta, podríamos sostener que, entonces, Zucardi vendió alcohol contra la disposición que prohíbe vender alcohol a personas ebrias porque era el encargado del local y quería ganar dinero a cualquier costa. Sin embargo esa generalización no es cierta. Parece claro que los comerciantes tienden a realizar acciones para obtener mayores ganancias económicas, pero no es cierto que todos ellos estén dispuestos a mejorar sus ingresos infringiendo la ley. Esa generalización resulta ser muy vaga y de apoyo débil por lo que si construimos una inferencia a través de la misma, nuestra argumentación será equívoca y falaz.

La seguridad que brinda la utilización de una generalización en el razonamiento inferencial radica en que ésta presente fortalezas en los siguientes ejes:

- a. Generalidad. Se requiere que sean universales o ampliamente compartidas dentro de la comunidad. Esta dimensión de la generalización no es suficiente por sí sola porque

podiera tratarse de una opinión generalizada y no por ello tener buen basamento. Los actos discriminatorios, en algún momento, pudieron o pueden aún hoy, en algunos casos, ser mayoritarios, pero no por eso se convierten en una generalización; si no tiene un basamento sólido y científico aplicable al caso se tratará más bien de un sesgo o prejuicio.

- b. Fiabilidad. En segundo lugar se requiere que la generalización sea fiable, esto es, que su confiabilidad haya sido suficientemente testeada. Es esta dimensión la que evita caer en prejuicios o sesgos. Se requiere que ese conocimiento generalizado sea fiable.
- c. Fuente. También se exige que ese conocimiento generalizado tenga una fuente sólida, ya sea porque provenga de un conocimiento experto o de un conocimiento generalizado basado en la experiencia de determinadas prácticas.

Solo será admisible la utilización de generalizaciones que se construyan sobre estas tres dimensiones.

El secreto del éxito de un método de esquema, a nuestro criterio, no radica en la cantidad de símbolos utilizados para estructurar los hechos e inferencias en el mapa esquemático, sino más bien en la inclusión de hechos relevantes debidamente puntualizados (tanto favorables como desfavorables a nuestra teoría del caso) y la inclusión de generalizaciones bien estructuradas (que responda a estándares fiables como acabamos de observar).

Por ello hay que tener sumo cuidado en la estructuración de esos hechos y generalizaciones, como así también en la construcción de cada paso inferencial. Como bien se sostiene, si bien no hay reglas fijas para la construcción de los hechos que habremos de incluir en el esquema –no podría haberlas, puesto que no olvidemos que se trata de una guía analítica y no de conocimiento científico–, sugerimos las siguientes recomendaciones:

- a. Contar con hechos simples. Las afirmaciones que surgen de la prueba a través de testigos, peritos o declaración de partes suelen estar cargadas de hechos. Es preciso evitar introducir hechos compuestos y proceder a desagregar cada uno de los hechos.
- b. Lenguaje claro. Intentar precisar en un lenguaje claro cada uno de los hechos que nos permitirá construir de manera menos dificultosa un proceso inferencial.
- c. Hechos, no adjetivaciones o conclusiones. Los hechos deben ser claros, para ello será vital evitar adjetivaciones o conclusiones derivadas de la prueba. No corresponde al

testigo concluir y realizar procesos inferenciales; esa es tarea de la argumentación del abogado.

- d. Generalizaciones y la forma en que éstas fueron construidas. No solo asentar las generalizaciones que nos permiten realizar inferencias y acreditar nuevos hechos, sino también la forma en que ésta fue construida, teniendo en cuenta las dimensiones de generalidad, fiabilidad y fuente recién explicadas.
- e. Hechos relevantes. Los hechos que se asienten en el listado maestro deben ser relevantes para la acreditación o desacreditación de ese elemento de la teoría jurídica. Si bien hay que tener cuidado con excluir hechos que inicialmente pudieran no parecer tan importantes, la inclusión de una suma de hechos poco relevantes dificultará la visión del caso.
- f. Hechos derivados de inferencias. No solo debemos contar con hechos que hayan sido acreditados a través de pruebas, sino que habrá hechos intermedios que se construirán en base a generalizaciones. Es importante asentarlos para marcar las cadenas de inferencias y construir la argumentación de manera clara.

El método de esquema del que nos valdremos, tal como dijimos, fue desarrollado inicialmente por Wigmore. El método wigmoreano se vale de una serie de símbolos para desarrollar un esquema que represente los hechos e inferencias utilizados para construir los posibles argumentos del caso. Para realizar ese esquema Wigmore parte desde las teorías provisionales del caso, identificando la categoría jurídica por donde se situará el litigio o disputa. Y sobre ese elemento de la teoría jurídica –“probanda penúltima”- elabora los argumentos que sostendrá cada parte a través de los hechos que se acreditarán en juicio, las generalizaciones utilizables y la cadena de inferencias a utilizar a través del razonamiento inductivo y abductivo.

No es preciso a nuestro juicio trabajar necesariamente con todos los símbolos utilizados por el esquema de Wigmore. La utilización de todos ellos, en algunos casos, puede resultar muy confuso; y teniendo en consideración que, al final de cuentas, se trata de una guía analítica, utilizaremos aquí el mecanismo o formato que creemos más útil para la identificación de líneas argumentales. Si bien se suele criticar el método wigmoreano en que no precisa la fuerza probabilística de cada uno de los enlaces fácticas y de su cadena de razonamiento (Anderson et al., 2015, p. 319), entendemos que es sumamente útil para

observar cada uno de los argumentos y determinar si la acusación acreditó más allá de toda duda razonable su imputación o si, por el contrario, no se pudo descartar alguna hipótesis defensiva lógica y planteada por la contraria. En nuestra opinión será suficiente trabajar con las siguientes variables:

- a. Datos de prueba que surgen de un medio de prueba admitido (dp);
- b. Propositiones o hechos inferidos (hi);
- c. Generalizaciones y de donde provienen (G); y
- d. Explicaciones alternativas del oponente (eao).

No nos preocuparemos por el dominio de los símbolos de la paleta wigmoreana. Ello puede ser muy confuso. Quedará en cada lector la posibilidad de ampliar su uso. Para la finalidad de esta obra, nos parece más relevantes tener identificadas las cadenas inferenciales que sostienen cada argumento. La importancia de ello radica en que, como bien sostienen Anderson et al., la prueba directa también requiere de un proceso inferencial (2015, p. 113). Que un testigo afirme que ocurrió determinado suceso es un dato de prueba, esto es, una información que se deriva de un medio de prueba, pero que aún no podemos tenerlo por acreditado y probado, aun cuando se trate de una prueba directa sobre un hecho. La acreditación de ese hecho o proposición fáctica dependerá de las llamadas “credenciales de la prueba” que abordáramos en el capítulo anterior. Por citar un ejemplo, la afirmación de un testigo de haber visto al imputado disparar contra la víctima (dato de prueba) requerirá de un proceso inferencial que nos determine si el testigo dice la verdad y si es confiable su afirmación. Estas circunstancias se acreditarán a través de otros hechos que darán cuenta de la credibilidad de esta afirmación. Así, verificaremos si tiene interés, si es objetivo, cuáles son las condiciones de percepción sensorial del testigo, etc. Es en base a esos hechos que inferiremos que el testigo dijo la verdad y que aquél dato de prueba se convierta en un hecho acreditado y probado. Luego veremos qué hacemos con ese hecho probado y si tendremos que construir con aquél otro proceso inferencial (escala de inferencias).

Sentados estos conceptos procederemos a realizar el análisis final del caso Falcon Crest para trazar el esquema tentativo y ver cuáles son los bloques de información y cómo se deben construir las líneas argumentales del caso. Volvamos a observar el cuadro de hechos en disputa.

Hechos favorables a la acusación	Hechos favorables a la defensa
<p>h.a.1. Zucardi estuvo frente a Talcasto al venderle la ginebra;</p> <p>h.a.2. Tuvieron un diálogo para realizar la compra venta;</p> <p>h.a.3. La distancia de ambos era aproximadamente de un metro;</p> <p>h.a.4. Talacasto trastabilló antes de entrar al local y le costaba mantenerse erguido.</p> <p>h.a.5. Talacasto tenía aliento etílico que se percibía a un metro de distancia.</p> <p>h.a.6. Talacasto tenía ojos rojos y vidriosos</p> <p>h.a.7 Talacasto balbuceaba.</p>	<p>h.d.1. Talacasto caminó normalmente dentro del local;</p> <p>h.d.2. el diálogo se limitó a pedir una ginebra;</p> <p>h.d.3. el local tiene luz tenue;</p> <p>h.d.4. Talacasto respondió correctamente, instantes después a las órdenes policiales, dando su documento, su nombre y domicilio;</p> <p>h.d.5. Zucardi no tiene autorización para realizar tareas de campo para detectar ebriedad;</p> <p>h.d.6. Zucardi no tiene conocimientos de alcoholes ni le brindaron curso alguno al respecto; y</p> <p>h.d.7. Zucardi es empleado y no tiene ganancias adicionales en base a las ventas que se realicen en su turno.</p>

Estos son los hechos que entran en debate. Los hechos que intentarán del lado de la acusación acreditar la “penúltima probanda” Zucardi sabía del estado de intoxicación de Talacasto al venderle la botella de ginebra marca Llave, mientras que de la defensa intentarán sostener que Zucardi no tenía conocimiento de ese estado de intoxicación que padecía Talacasto.

Comencemos por el análisis de la acusación. Si analizamos todos los hechos aquí seleccionados, veremos que es posible armar bloques de información con distinta finalidad. Los tres primeros hechos tienen por objetivo inferir que si Zucardi estuvo frente a Talacasto, mantuvo un diálogo a una distancia de aproximadamente un metro, se encontraba en condiciones de advertir el estado de embriaguez, siempre que este sea notorio y la persona tenga síntomas claros de ello. Pero para llegar a esa conclusión es necesario marcar los pasos inferenciales. En primer lugar, será preciso acreditar esos tres hechos (datos de prueba) a través de medios de prueba. Esos tres hechos serán manifestados tanto por Cavic como por

Furloti. Para que esas afirmaciones (datos de prueba) se conviertan en un hecho probado (prueba) se requerirá realizar un proceso inferencial, aun cuando se trate de una prueba directa. Y para ello será preciso verificar las credenciales de la prueba, esto es, si la fuente de información es creíble. Allí advertiremos que ni Cavic ni Furloti tienen interés en el caso²¹⁹ (es una inferencia que se construye desde los siguientes hechos: se trata de un asunto más en el que intervinieron por disposición de la superioridad –h.a.8.-, no tienen sanciones en su legajo ni denuncia alguna –h.a.9.-, hace muchos años que trabajan como policía de alcoholes –h.a.10.-, de lo que se infiere que tienen amplia experiencia en esa área –h.a.11 inferido²²⁰-) y tenían buena visibilidad, ya que observaron todo a unos pocos metros de distancia y veían todo lo que ocurría desde los hombros hacia arriba sin tener obstrucción visual alguna en la parte superior del cuerpo -h.a.12 y h.a.13-). Estos hechos que surgen de la prueba (datos de prueba) permiten sostener que los hechos 1, 2 y 3 de la acusación se encuentran acreditados (hechos acreditados).

Por otro lado habrá que agregar un hecho que surge de una generalización que es el siguiente: “toda persona que se encuentre a un metro de distancia de otro, mantenga un pequeño diálogo estando frente a frente, podrá advertir el estado de embriaguez de aquél, siempre que este sea notorio” (lo llamaremos h.a.14). Esa generalización podrá ser debatida en juicio a través de prueba, pero parece irrefutable. Se podrá discutir qué se entiende por notorio, pero si tiene síntomas claros e inequívocos esa generalización parece correcta y surge de las máximas de la experiencia que nos indican que cuando una persona está lo suficientemente ebria, su estado es notorio a la vista (rasgos, movimientos), oído (balbucear, incoherencias), olfato (olor a alcohol), etc. Seguramente aquí la defensa presentará una explicación alternativa consistente en que se puede ocultar por un tiempo breve los síntomas de la ebriedad.

Los hechos 4, 5, 6 y 7 tienen otra finalidad, y por ello se deben agrupar como otro bloque de información. Esos hechos tienden a demostrar que el estado de embriaguez de Talacasto era realmente notorio (inferencia h.a.15). Así en primer lugar la acusación tendrá

²¹⁹ A los efectos del trabajo del caso Falcon Crest y de maximizar el análisis de los procesos inferenciales agregaremos hechos de credibilidad sobre las credenciales de la prueba que no surgen del caso en sí.

²²⁰ Como vemos aquí hay un proceso inferencial anterior. El hecho de que tengan, supóngase, 20 años trabajando en la policía de alcoholes permite inferir que tiene una amplia experiencia en estos temas, ya que una generalización correcta estaría basada en que toda persona que se dedique 20 años a una actividad tendrá conocimiento sólido sobre esa materia. Se trata de una cadena anterior en el proceso inferencial.

que acreditar que Talacasto antes de entrar, trastabilló y les costaba mantenerse erguido y que esto ocurrió instantes antes de ingresar al local Falcon Crest. Y que instantes después de salir del local, Talacasto tenía un marcado aliento etílico que se percibía a un metro de distancia en un lugar abierto (en la calle), que presentaba ojos rojos y vidriosos y que balbuceaba. Estos hechos (por ahora, datos de prueba) serán acreditados a través de la credibilidad de las mismas fuentes de información (nos referimos a los hechos que dan cuenta de su credibilidad y que presentamos como h.a.8, 9, 10, 11, 12 y 13). De allí que esos datos de prueba se convertirán en hechos acreditados (probados). Y esos hechos permitirán inferir que el estado de Talacasto era notorio (h.a.15, hecho inferido). Y al acreditar este último hecho, nos permitirá concluir que la generalización que marcamos como h.a.14 (“toda persona que se encuentre a un metro de distancia de otro, mantenga un pequeño diálogo estando frente a frente, podrá advertir el estado de embriaguez de aquél siempre que este sea notorio”) sea aplicable al caso (máxime que el lugar donde se efectuó la venta de la botella de ginebra es un lugar cerrado y el aliento etílico puede ser más fácilmente percibido (h.a.16, construido sobre máximas de experiencia) y permita sostener que efectivamente Zucardi sabía que Talacasto estaba ebrio cuando le vendió la botella de ginebra en el almacén Falcon Crest. Ese es pues el razonamiento que debe utilizar la acusación para argumentar su caso y, previo a ello, verificar si es un caso sólido para presentar en juicio.

Trabajemos ahora con los hechos de la defensa. Antes de comenzar con el proceso inferencial de la defensa, debemos remarcar que no se trata de que la acusación analice sus hechos y la defensa haga lo propio con los suyos. Corresponde a ambas partes analizar los hechos integrales del caso para poder observar la fortaleza o debilidad de su caso. Como bien dice mi amigo Leonel González, la teoría del caso es un juego de espejos y debemos entender que la fortaleza del caso de mi contraparte nos estará marcando una debilidad en nuestros hechos que exigir. Sentado ello corresponde trabajar en la elaboración de bloques de información con los hechos relevantes. Así observemos que los hechos 1 y 4 de la defensa se orientan a una misma inferencia. Acreditando que Talacasto caminó normalmente dentro del local y que respondió correctamente a las órdenes policiales, dando su documento, su nombre y domicilio (datos de prueba) podremos construir una inferencia consistente en que Talacasto podía responder a órdenes y ocultar su estado de embriaguez. Pero antes tenemos que determinar si esos datos de prueba se convierten en prueba. Para ello tendremos en cuenta

las credenciales de la prueba, que son las mismas que utilizó la acusación, esto es, los testimonios de Cavic y Furloti que por los hechos de la fiscalía (h.a.8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la acusación) son fuente confiable y creíble por lo que esos datos de prueba quedarán acreditados como prueba. De esos hechos entonces se podrá inferir que Talacasto podía ocultar su estado de ebriedad (h.d.8 hecho inferido) y concentrarse en caminar normalmente dentro del local sin tropezar y responder a un diálogo corto como es el de pedir una botella de ginebra.

Otros hechos estarán orientados a mostrar cómo eran las condiciones del local para poder percibir un estado de ebriedad. Allí a través de los hechos 2 y 3 de la defensa que determinan que el diálogo fue breve y que la luz del local era tenue²²¹ (datos de prueba) se pretende dar sustento a las condiciones de la venta. Estos datos de prueba serán acreditados a través de los dichos de Cavic, Furloti y del propio Zucardi. Las fuentes Cavic y Furloti dijimos que son confiables, pero no pueden determinar cuál fue el diálogo mantenido, solo pueden determinar que fue por breves instantes. Por su lado Zucardi, podrá determinar que solo dijo una ginebra, que le dio el precio y se limitó a pagar (h.d.9). Pero este hecho no está sostenido a través de sólidas credenciales de la prueba, ya que Zucardi declarará sin promesa o juramento de decir verdad (h.d.10), y tiene un marcado interés en el caso (h.d.11) por lo que difícilmente los dichos de Zucardi que no estén apoyados en otra evidencia puedan tomarse por ciertos, quedarán solo como una hipótesis posible que no puede ser descartada. Es posible que el diálogo haya sido solo ese, o que haya sido más intenso. Simplemente es una hipótesis posible no descartada que juega en favor de la defensa por los principios políticos y constitucionales de inocencia y carga de la prueba. Con la acreditación de los hechos 2 y 3, por un lado y el hecho 9 de respaldo por el otro (hechos probados), podremos inferir que las condiciones para percibir un estado de ebriedad no eran óptimas (h.d.12).

Luego tendremos los hechos 5 y 6 de la defensa tendientes a determinar las pocas posibilidades que tenía Zucardi para detectar una ebriedad. Así si acreditamos los datos de prueba que el imputado no tenía autorización para realizar tareas de campo ni estudios o conocimiento experto en alcoholes veremos que tenía menos chances que un oficial de policía para detectar una ebriedad. Esos hechos serán acreditados con la hoja de vida de Zucardi (estudios) e informes del local Falcon Crest que indiquen que le exigían y/o que podía realizar

²²¹Hecho agregado a los efectos didácticos y pedagógicos del caso.

para detectar una alcoholemia. Siendo bases probatorias sólidas (credenciales de la prueba), esos datos de prueba quedarán acreditados y podremos concluir que Zucardi no estaba autorizado ni tenía herramientas para detectar una alcoholemia. Sin embargo la acusación podrá presentar sobre estos hechos, el dato de prueba que Zucardi debía estar atento a no vender a personas ebrias por política de la empresa, debiendo observar si tiene aliento etílico, ojos rojos, prestando atención a la manera de hablar y caminar (h.18 de la acusación). Y este hecho presenta suficiente credibilidad ya que proviene del imputado y es una declaración contra su propio interés.

Por último, la defensa tiene hechos para acreditar respecto que el imputado no tiene un móvil. Zucardi es empleado y no tiene ganancias por ventas (h.d.7), tiene una remuneración fija (h.d.13) y no tiene ninguna mejora salarial en base al éxito o fracaso de la empresa (h.d.14). Estos datos de prueba serán acreditados a través de informes de la empresa y pareciera ser que son fuentes creíbles porque estarán sustentados en documentación presentada al Estado (recibos de haberes, ingresos denunciados, etc). A través de esos hechos se podrá inferir la siguiente proposición fáctica, Zucardi no tenía ninguna ganancia –personal, económica ni de ningún tipo al realizar una venta ilegal (h.d.15). Sobre esta inferencia, la acusación podrá presentar otro hecho basado en una generalidad negativa: no siempre un hecho se realiza para obtener una ganancia económica, sino tan solo por desapego a la ley (h.17 de la acusación; generalidad) basado en la experiencia de los sistemas de justicia.

Estas serán las argumentaciones que ambas partes deberán sostener en juicio y el juez resolver en base a estas discusiones. Si en base a la prueba que se desarrolle en juicio queda un margen para sostener que el diálogo fue tan breve que Talacasto pudo disimular su estado de intoxicación, corresponderá pues la absolución. Si esa hipótesis se cae, teniendo en consideración que Zucardi estaba atento al estado de sus clientes por política de la empresa, entonces parece difícil no tener por acreditado el conocimiento de Zucardi sobre el estado de alcoholemia y parece muy factible una condena.

Así, el cuadro final de hechos a utilizar por ambas partes y su manera de esquematizarla partirá de este listado final de hechos.

Hechos favorables a la Fiscalía	Hechos favorables a la defensa
<p>h.a.1. Zucardi estuvo frente a Talcasto al venderle la ginebra;</p> <p>h.a.2. Tuvieron un diálogo para realizar la compra venta;</p> <p>h.a.3. La distancia de ambos era aproximadamente de un metro;</p> <p>h.a.4. Talacasto trastabilló antes de entrar al local y le costaba mantenerse erguido.</p> <p>h.a.5. Talacasto tenía aliento etílico que se percibía a un metro de distancia.</p> <p>h.a.6. Talacasto tenía ojos rojos y vidriosos</p> <p>h.a.7 Talacasto balbuceaba.</p> <p>h.a.8. Covic y Furloti (C y F) intervinieron por orden de la superioridad.</p> <p>h.a.9. C y F no tienen sanciones ni denuncias en sus legajos.</p> <p>h.a.10. C y F trabajan hace varios años en la policía de alcoholes.</p> <p>h.a.11. C y F tienen una amplia experiencia en policía de alcoholes (inferencia a través de las máximas de la experiencia)</p> <p>h.a.12. C y F observaron lo que ocurría dentro del local a una distancia de 10 mts sin obstáculos visuales desde los hombros hacia arriba.</p> <p>h.a.13. La visualización era buena y no había ningún obstáculo.</p> <p>h.a.14. Toda persona que se encuentra a un metro de distancia e otro, y que mantenga un pequeño diálogo estando frente a frente, podrá advertir el estado de embriaguez de aquél,</p>	<p>h.d.1. Talacasto caminó normalmente dentro del local;</p> <p>h.d.2. El diálogo se limitó a pedir una ginebra;</p> <p>h.d.3. El local tiene luz tenue;</p> <p>h.d.4. Talacasto respondió correctamente, instantes después a las órdenes policiales, dando su documento, su nombre y domicilio;</p> <p>h.d.5. Zucardi no tiene autorización para realizar tareas de campo para detectar ebriedad;</p> <p>h.d.6. Zucardi no tiene conocimientos de alcoholes ni le brindaron curso alguno al respecto; y</p> <p>h.d.7. Zucardi es empleado y no tiene ganancias adicionales en base a las ventas que se realicen en su turno.</p> <p>h.d.8. Talacasto podía disimular su estado de ebriedad.</p> <p>h.d.9. Talacasto solo dijo “una ginebra” y Zucardi se la entrego, le dijo el precio y Talacasto se limitó a pagarla.</p> <p>h.d.10. Zucardi presta declaración sin que se le exija promesa o juramento de decir verdad.</p> <p>h.d.11. Zucardi tiene un marcado interés en el caso porque está en juego su libertad (inferencia)</p> <p>h.d.12. Las condiciones para percibir el estado de ebriedad, por visualización y contacto eran menores (inferencias).</p> <p>h.d.13. Zucardi percibe una remuneración fija.</p>

<p>siempre que éste sea notorio (generalización, que proviene de máximas de experiencia)</p> <p>h.a.15. El estado de ebriedad de Talacasto era realmente notorio (inferencia)</p> <p>h.a.16. El aliento etílico, como cualquier otro olor, se percibe más en lugares cerrados que en lugares abiertos (generalización).</p> <p>h.a.17. No siempre un delito se realiza para obtener una ganancia económica; puede deberse al simple desapego de la ley (generalización).</p> <p>h.a.18. Zucardi debía estar atento a no vender alcohol a personas ebrias, prestando atención a la forma de hablar, caminar, ver si tiene ojos rojos o aliento etílico.</p>	<p>h.d.14. Zucardi no tiene una mejora salarial en base al éxito o fracaso de la empresa.</p> <p>h.d.15. Zucardi no tiene ninguna ganancia personal ni económica con la realización de ventas ilegales (inferencia)</p>
--	---

h. El esquema final.

Como vemos, la inclusión de los procesos inferenciales y las generalizaciones son vitales para comprender el peso específico del caso y los pasos inferenciales que intentaremos acreditar en el juicio, como así también conocer los procesos inferenciales que nuestra contraparte puede realizar para planificar el caso y decidir si lo llevaremos o no a juicio.

Intentaremos esquematizar el caso recién analizado, valiéndonos de algunos símbolos para tener clarificado cuáles son los hechos que entran en conflicto.

A los efectos del esquema que realizaremos a continuación, utilizaremos los siguientes símbolos e iniciales.

h.a. hecho de la acusación bajo la numeración antes detallada.

h.d. hecho de la defensa bajo la numeración antes detallada.

G. generalización de acuerdo a las máximas de la experiencia, lógica y conocimiento científico.

i. inferencia.

d.p. dato de prueba que surge de la prueba y que aún no ha sido acreditado.

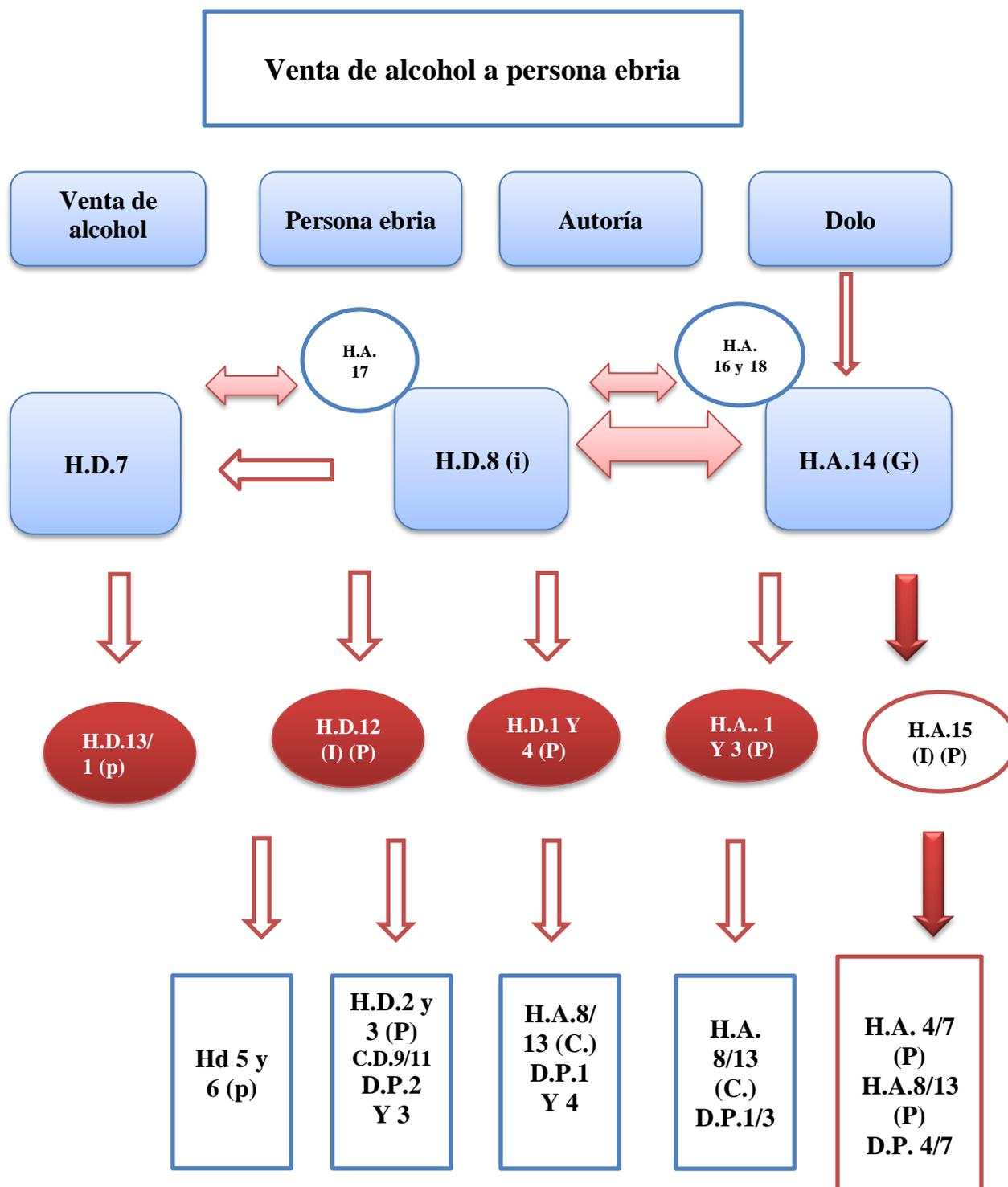
p. hecho probado, que se deriva de un dato de prueba que ha sido corroborado y fortalecido por hechos derivados de credenciales de la prueba.

c. hecho secundario que fortalece un hecho primario y que constituye una credencial de la prueba.



Indica que nos encontramos en presencia de explicación alternativa del oponente.

Esquema del caso Falcon Crest.



Capítulo 8.

Conclusiones.

A lo largo de este trabajo he pretendido poner en evidencia las dificultades de dejar atrás el viejo diseño inquisitivo de justicia, con sus prácticas secretas y escriturales. La epistemología inquisitiva ha dejado una marca cultural en los operadores del sistema de justicia que continúa erosionando la praxis judicial.

A pesar de los innegables avances y el gran esfuerzo realizado para superar esa valla cultural, aún estamos lejos de contar en toda la región con un sistema de justicia democrático y republicano acorde a los claros y sólidos postulados constitucionales. Han transcurrido más de 25 años de procesos de reforma pero aún el litigio no logra dar el paso necesario para consolidarse como una praxis adversarial profesional.

A comienzos de esta nueva oleada de reformas a los sistemas penales, operada a comienzos de los ochentas, Alberto Binder refirió que hay que dejar de lado el fetichismo normativo, en el sentido de tener una visión simplista de la reforma consistente en una creencia de que transformar el sistema de justicia penal debía centrarse en las reformas normativas. La historia de los procesos de reforma nos enseñó que transformar la justicia penal, de un diseño inquisitivo a uno de corte adversarial, no es sustituir un código por otro. Esa es solo una de las tareas imprescindibles para operar el cambio.

La transformación de la justicia nos interpela a tener mayores líneas de acción. Es preciso ahondar los esfuerzos en áreas tales como capacitación, reorganización judicial y nuevos enfoques teóricos para lograr ese cambio.

En este trabajo hemos demostrado que los procesos inquisitivos han dejado una profunda huella cultural que hoy repercute en la forma en que los abogados preparan sus casos y planifican la información con la que cuentan. He podido observar, tanto en el trabajo que realice en la región como de las investigaciones aquí citadas, que aún hoy el estudio de los casos es abordado sin una adecuada planificación de los hechos y sin contar con guías analíticas sofisticadas que permitan un mejor posicionamiento en la defensa de los valores que están detrás de cada caso.

Hemos advertido que las principales causas por las que no se logra profesionalizar el litigio están centradas en cierto arraigo de las viejas prácticas. La epistemología inquisitiva

en la búsqueda de la verdad, la visión del delito como una infracción a la ley y no como un conflicto que debe ser gestionado, la confusión de roles requirente y jurisdiccional en su vínculo con la prueba, la excesiva duración de los procesos, la ausencia de un método de enseñanza masivo que aborde el análisis de un caso desde los hechos, la carencia de una matriz investigativa y una organización deficiente de las instituciones que componen el sector justicia sin duda son algunas de las causas que conspiran con el cambio de metodología en la planificación de un caso penal.

Acreditado el inconveniente, intenté desarrollar un método de análisis y planificación de los casos penales que pueda mejorar la calidad del litigio.

Valiéndonos de la teoría del caso como metodología para analizar la información de un caso y litigarlo adecuadamente, procuré desarrollar un formato más moderno y completo de planificación.

Para ello, tomando la teoría del caso tradicional como insumo, profundicé el análisis de los hechos a través de técnicas más sofisticadas de depuración de información como lo son el método de listado de hechos y el método de esquema, propios del mundo anglosajón.

Procuré identificar los principales puntos que dificultan la visión del caso centrándome en cinco grandes dimensiones.

En primer lugar, trabajé en un método que permita identificar adecuadamente los hechos que habrán de ser sostenidos en una eventual acusación. Para ello el abogado deberá identificar los hechos con relevancia jurídica penal. Separar los hechos de la prueba es vital para poder luego procesar adecuadamente la información. La identificación de los hechos que serán sostenidos en una acusación cobra singular importancia sobre los límites al poder punitivo, en cuanto fija el soporte fáctico sobre el cual se centrará el litigio. Pero también repercute sobre la planificación de un caso en cuanto a que una correcta identificación de la acusación es vital para organizar las proposiciones fácticas que se derivan de la prueba.

En segundo lugar, partiendo de la base que el derecho penal es un límite al poder punitivo, la dogmática penal debe ser interpretada no como un mecanismo de política criminal, sino antes bien, como una herramienta de garantía, un método analítico de la conducta humana que tiende a acotar el poder punitivo. Desde esta perspectiva, la dogmática penal proporciona al abogado defensor una serie de filtros derivados de los principios

acotantes del poder punitivo que permiten una salida al caso. Identificar los lineamientos jurídicos con hechos relevantes al caso es una de las tareas principales del litigante.

En tercer lugar, trabajé en una metodología clasificatoria de hechos. Hechos relevantes y no relevantes, positivos y negativos, contradictorios y de común acuerdo, incontrovertibles, de credibilidad, de refutación y contra refutación. Son los hechos los que permiten acreditar los elementos de la teoría jurídica y tener una clara clasificación de los mismos permite al abogado presentar los argumentos adecuados.

En cuarto lugar, es preciso adecuar el litigio a la moderna teoría probatoria. Partiendo de la teoría probatoria como límite y no como libertad, es preciso identificar cuáles son los límites que el sistema penal coloca a los efectos de evitar el ingreso de información a un caso. Procedí a identificar las razones epistemológicas que impiden el ingreso de información, a través de los principios de pertinencia y relevancia, como así también los límites no epistemológicos. Verifiqué que los límites a la prueba proceden tanto en la etapa de admisión, producción como en la valoración, a través de las credenciales de la prueba.

Por último una quinta dimensión está centrada en elaborar una nueva guía analítica que permita identificar cuáles son los hechos relevantes sobre la categoría jurídica donde reposará el litigio, valiéndome del listado maestro de hechos. Sobre ese listado elaboré un método que debe pasar por distintos filtros para procesar adecuadamente la información. Así diseñé un sistema que no solo clasifica los hechos relevantes (principales y secundarios), sino que establece diversas etapas de análisis, siendo estas: a. identificar de los hechos incontrovertibles derivados de la prueba tangible; b. agrupar los hechos relevantes en escenas cronológicas y ejes temáticos; c. identificar hechos y escenas favorables; d. asentar los puntos de inclinación del caso; e. construir procesos inferenciales; y f. utilización del método de esquema para construir los procesos argumentativos y medir el impacto probatorio del caso.

Apéndice.

Casos utilizados.

1, Caso Carmen.

“El 6 de julio pasado, alrededor de las 16:45 horas, mientras el subinspector Jara de la P.F.A. estaba realizando un patrullaje motorizado en las inmediaciones de la plaza lindante con la Facultad de Medicina, de la Universidad de Buenos Aires, ubicada en Av. Córdoba 2123 observó una serie de jóvenes presumiblemente estudiantes universitarios, que se encontraban rodeando e intercambiando palabras y elementos de manera nerviosa, observando en diferentes direcciones, con una mujer adulta, de aproximadamente unos 65 años, quien vestía una chaqueta de cuero negro, pantalones y zapatillas. Al pretender acercarse a ellos, los jóvenes se retiraron rápidamente, quedando sólo la mujer. Luego de identificarse, el funcionario policial procedió a solicitar a la mujer su documentación. Ésta luego de revisar sus ropas, le indicó que no poseía identificación alguna. En estas circunstancias el funcionario pudo observar que la mujer portaba en distintas partes de su vestidura una gran cantidad de billetes de bajo monto y algunas bolsitas, usadas ordinariamente para vender droga, por lo cual procedió a revisarla encontrando en el bolsillo interior derecho de su chaqueta 9 bolsitas rectangulares de color blanco y \$ 4000.

Al revisar el contenido de una de las bolsitas, encontró una especie de yerba de color verde, similar a la marihuana. Ante dicha situación el funcionario procedió a la detención de la mujer, haciéndole saber sus derechos, trasladándola luego a la Comisaría, donde aquella se identificó como Carmen Rosales, domiciliada en la Av. Córdoba 1297 de esta ciudad. Al formalizarse cargos, en su primera presentación a las 24 hs del hecho Carmen dijo vivir en ese inmueble con su marido epiléptico y sus seis hijos. Además agregó ser consumidora de marihuana y que la encontrada en su poder tenía esa finalidad, además de compartirla con su marido que era epiléptico, ya que así le fue indicado a éste por su médico, para el tratamiento de su enfermedad. El dinero y la droga (90 gramos) fueron retirados a la detenida, guardándolos en dos bolsas plásticas selladas y rotuladas”.

2. Falcon Crest.

La Policía Administrativa de Alcoholes ha acusado al defendido por una violación a la norma establecida Resolución de la Administración Estatal de Alcoholes, Número 38/1997, art 16, inc. a). Esta disposición sanciona a quien “venta bebidas tóxicas (alcohólicas) a una persona intoxicada, con conocimiento de su estado de intoxicación”. La sanción para un local involucra una multa de hasta 5 Unidades Económicas (\$ 4.000) y la posibilidad de perder el permiso de venta de bebidas tóxicas.

Los elementos de la norma contenida en la disposición del inc. a) del art. 16, Res. 38/1997 son:

1. Conocimiento (interpretado por la doctrina y jurisprudencia como haber conocido o serle exigible al agente haber conocido).
2. Venta.
3. De bebidas tóxicas (cerveza, vino, licores, aguardientes, etc.)
4. A una persona intoxicada (interpretado como persona que se encuentra ostensiblemente intoxicada).

Como un caso de aplicación de una sanción de policía administrativa, la Administración Estatal tiene la carga de la prueba de cada uno de los elementos de la norma aplicable, por preponderancia de prueba. La defensa ha requerido un juicio oral.

La acusación de la Administración Estatal sostiene que Mario Zucardi, un empleado del almacén de bebidas Falcon Crest, propiedad de Cristóbal López, deliberadamente vendió una botella de Ginebra Llave a Juan Esteban Talacasto, quién en ese momento se encontraba en estado de intoxicación. Zucardi y la firma Falcon Crest niegan completamente los hechos alegados por la Administración Estatal de San Alberto.

El testigo principal de la Administración Estatal es el Inspector Roberto Furloti. Furloti es un inspector con siete años de experiencia en la oficina de Policía Administrativa de Alcoholes. Antes de ocupar dicha posición, fue oficial de policía durante ocho años. A lo largo de su carrera como policía inspector de alcoholes ha investigado todo el rango de posibles infracciones a las disposiciones de la Administración Estatal de Alcoholes.

En respuesta de la solicitud hecha por la defensa, la acusación ha provisto el parte de la investigación confeccionado por Furloti sobre el procedimiento llevado adelante por el mismo con fecha 5 de junio de 2018. El texto del parte se transcribe a continuación.

“El que suscribe, Investigador Furloti, ha sido comisionado junto con su compañero, agente Carlos Cavic, para investigar múltiples denuncias hechas por vecinos respecto a que el almacén de bebidas Falcon Crest, situado en la intersección de calle Ituzaingó y Boulevard San Juan de la Ciudad de San Alberto, se encontraba vendiendo alcohol a personas intoxicadas y a menores de edad. La vigilancia del comercio comenzó a las 19:30 horas, el día 5 de junio de 2018. Se montó la vigilancia en la mano este del Boulevard San Juan, del otro lado de la calle y hacia el sur del almacén de bebidas Falcon Crest. Desde esta posición se podía observar completamente la intersección y además podía observarse hacia el interior del local a través de una vidriera de vidrio transparente que se extiende a lo largo de la mayor parte del frente del almacén, sobre Boulevard San Juan. La visión hacia el interior del local se hallaba algo obstruida por carteles y calcomanías comerciales adheridos a la vidriera.

Desde las 19:45, hasta aproximadamente las 20:45 no se notó actividad inusual de ningún tipo. Varios clientes ingresaron al local, hicieron sus compras y salieron del local. El empleado del local, luego identificado como Mario Zucardi se encuentra sólo atendiendo el negocio. Aproximadamente a las 20:45, un sujeto luego identificado como Juan Esteban Talacasto es divisado en la esquina noroeste de la intersección, apoyado contra un poste de alumbrado público. El sujeto se muestra desalineado y lleva puestos pantalones oscuros, camisa blanca, zapatillas blancas y un piloto impermeable liviano. Talacasto se da envión contra el poste y continúa caminando en dirección sur, a través de la intersección. Talacasto camina con dificultad mientras cruza la intersección y en el centro de la calle tropieza, pero se recupera antes de caer al suelo. Talacasto procede a doblar en dirección hacia la esquina suroeste de la intersección, donde tropieza nuevamente justo antes de subir el cordón de la esquina suroeste, frente al sindicado negocio, al tiempo que estira sus dos manos hacia delante como evitando el golpe de la caída pero logra recuperar el equilibrio antes de caerse y no alcanza a golpear contra la vereda.

Después de tropezar y caer en la esquina, Talacasto se endereza y camina hacia la entrada del almacén Falcon Crest, donde se detiene por un instante frente a la puerta de vidrio del sindicado local comercial y entonces entra en el comercio. Procede entonces hacia el mostrador, donde se encuentra de pie el empleado Zucardi y parece tener una conversación con el mismo. Mientras Talacasto se encuentra dentro del negocio, podemos verlo a él y a Zucardi desde los hombros hacia arriba, debido a la obstrucción de la publicidad en la

vidriera. No se nota ninguna otra obstrucción. Luego de una corta conversación, Zucardi gira y se aparta de Talacasto y sale del rango de visión por un corto tiempo y entonces regresa hacia el mostrador en el área de la caja registradora. Luego de completar su transacción, Talacasto salió del negocio llevando en su mano una bolsa de papel color madera que no llevaba en el momento que ingresó al negocio.

Mi compañero y yo nos acercamos a Talacasto y lo detuvimos fuera del negocio. Desde una distancia de un metro sentimos el olor a alcohol del sujeto y notamos que tenía los ojos vidriosos e inyectados de sangre. Le solicitamos una identificación y el sujeto nos la entregó. Siendo el sujeto interrogado, nos manifestó su nombre y domicilio. Notamos que hablaba con dificultad. Procedimos a requisar la bolsa que llevaba el sujeto, la que contenía una botella cerrada y sellada de Ginebra Llave. No se encontró recibo ni ticket de compra dentro de la bolsa. Interrogado sobre dónde había comprado la ginebra, el sujeto manifestó que era del almacén Falcon Crest. Entonces se procedió a efectuar pruebas de campo para evaluación de sobriedad. El sujeto es incapaz de caminar en línea recta pegando el talón de un pie con la punta del otro, ni de levantar monedas de la vereda, ni de tocarse la nariz con la punta del dedo con los brazos extendidos hacia los costados. El sujeto Talacasto es detenido por encontrarse en estado de intoxicación en la vía pública.

Entonces ingresamos al comercio y entregamos un acta de infracción al empleado del almacén, Mario Zucardi y al almacén Falcon Crest, por violación de la norma del inciso a), art. 16 de la Res. No. 38/1997 de la Administración Estatal de Alcoholes, por venta con conocimiento de bebidas tóxicas a personas intoxicadas. Zucardi no hace declaraciones. Nótese que la puerta de ingreso al negocio es una puerta de vidrio transparente con barras de seguridad de acero y sistema de alarma. Sólo un cartel colgado en la puerta donde se indican los horarios de atención del comercio y que la pared del local que da a calle Ituzaingó también es de vidrio transparente con carteles y calcomanías de publicidad. Desde el punto de observación del mostrador se puede visualizar la esquina noroeste de la intersección y las calles Ituzaingó y Boulevard San Juan. Se hace constar también el ancho del mostrador, (aproximadamente 75 centímetros), en el que se ubica la caja registradora y que el negocio vende Ginebra Llave, la que se encuentra ubicada en un estante, ubicado aproximadamente cinco metros detrás del mostrador. Se retorna al móvil y se conduce a Talacasto a la central de policía de San Alberto para ser procesado (se adjunta al parte un diagrama del lugar).”
Firmado: Roberto Furloti, Inspector Policía de Alcoholes.

Investigaciones posteriores revelaron que Talacasto fue encontrado culpable por la falta de Intoxicación en la vía pública al pago de una multa por \$ 150. El Inspector Furloti declaró en dicho proceso de manera consistente con su reporte.

Mario Zucardi y el almacén de bebidas Falcon Crest niegan todos los hechos alegados por la Administración y aseguran que Juan Talacasto no aparentaba estar intoxicado en la noche del 5 de junio, cuando estaba en el negocio.

Mario Zucardi fue interrogado por la acusación y dio, en parte, la siguiente declaración:

“Mi nombre es Mario Zucardi, y vivo en la calle Rifledos Escoceses al 1577 en San Alberto, trabajo como el encargado del turno tarde/noche (16:00 a 24:00) del almacén de bebidas Falcon Crest en la esquina de Ituzaingó y San Juan. Soy recibido del secundario, de cincuenta años de edad, y trabajo en Falcon Crest desde que quedé licenciado de la Marina Mercante, en 2015.

Estaba trabajando en el turno de cuatro a doce en la tarde del 5 de junio, 2018. Yo no conozco a Juan Talacasto. Me han mostrado su foto y me parece que tiene una cara conocida. No puedo decir que lo recuerde de que haya sido un cliente el 5 de junio o cualquier otro día. Al mismo tiempo, tampoco puedo decir que nunca haya sido un cliente mío. Puede que haya sido. Si le vendí una botella de ginebra barata a un tipo diez o quince minutos antes que el Inspector ingresara en el negocio que puede haber sido Talacasto. No recuerdo si fue Llave, el hombre estaba un poco desarreglado pero no me pareció que estuviera borracho a mi. Si me hubiera parecido lo hubiera corrido del negocio. La política del negocio es no venderles a personas que se encuentran visiblemente borrachas o intoxicadas, La forma en que hacemos este tipo de determinaciones es observando, buscando signos típicos de intoxicación, que hablen de forma fuertemente atravesada, olor o aliento a alcohol, ojos rojos, que tropiecen o caminen en zigzag.

La tarde del 5 de junio de 2018 estuvo normal el movimiento del negocio entre las 4 y las 10 de la noche. Hice un número de ventas en ese rato. En ningún momento le vendí alcohol a alguien que pareciera borracho. Eso va en contra de las reglas de la empresa, me podrían despedir por hacer eso. Hace varios años le vendí un vino a un tipo que luego fue condenado por manejo en estado de ebriedad y por chocar a otro auto. No estaba borracho cuando yo le vendí el vino, debe haberse emborrachado después. Eso lo manejó la Compañía de Seguros de la empresa. Creo que hicieron un arreglo. Esa experiencia me hizo muy cuidadoso en a quién le vendo alcohol en el negocio. Yo entiendo que un par de negocios de la empresa han tenido algunos problemas, pero yo nunca he tenido un problema con la Policía de Alcoholes.

El 5 de junio yo recibí un acta de infracción de un Inspector Furloti por venderle con conocimiento del estado de intoxicación a una persona intoxicada, pero yo negué haber hecho una venta así. Furloti me dio el acta de infracción y la citación y me dijo si quería hacer declaraciones a él. Para ser sincero, me sorprendió, y casi le hablo, pero me acordé que las instrucciones que tenemos de la empresa son no hablar con inspectores de la Administración de Alcoholes si nos vienen con acusaciones de violación de las normas de venta de la Administración. Solamente le recibí los papeles y después se los pasé a mi patrón.”

Firmado: Mario Zucardi

Se ha establecido que Juan Talacasto no está más en la jurisdicción y no estará dispuesto para declarar como testigo en el juicio. El agente Cavic tampoco está disponible.

El caso ahora está en juicio y Roberto Furloti es el primer testigo de la Administración Estatal de Alcoholes.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alliaud, Alejandra, Audiencias preliminares, Ed. Didot, Buenos Aires, 2016.
- Anderson, Terence; Schum, David; y Twining, William, Análisis de la prueba, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Andres Ibañez, Perfecto, Tercero en discordia, Ed. Trotta, Madrid, 2015.
- Anitua, Gabirel Ignacio, Historia de los pensamientos criminológicos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal. Parte General, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, Litigación Penal. Juicio oral y prueba, Ed. Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.
- Bergman, Paul, La defensa en juicio, Ed. Abeledo Perrot, 1989.
- Biling, Ernst, Derecho Procesal Penal, Ed. Labor SA, Barcelona, 1943.
- Benavidez, Farid; Binder, Alberto; y Villadiego, Carolina, La reforma a la justicia en América Latina, Fescol, Bogotá, 2016.
- Binder, Alberto, Análisis Político Criminal, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011.
- Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal, Tomos I, II, III y IV, Ad. Hoc, Buenos Aires, 2013.
- Binder, Alberto, El elogio de la audiencia oral y otros ensayos, Ed. Poder Judicial del estado de Nuevo León, México, 2014.
- Binder, Alberto, El incumplimiento de las formas procesales, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Binder, Alberto, Introducción al derecho penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- Binder, Alberto, Introducción al derecho procesal penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000,
- Binder, Alberto, La implementación de la nueva justicia penal adversarial, Ed. Ad-Hoc, 2012.
- Binder, Alberto, Reflexiones doctrinales, en AAVV, El debido proceso penal, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 2015, nro, 1.
- Binder, Alberto; Cape, Ed; y Zaza, Namoradza, Ed. De Justicia, Colombia, 2015.
- Binder, Alberto; Cordero, Luis; y Hartmann, Mildred, Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe, CEJA, Santiago de Chile, 2005.
- Binder, Alberto y Obando, Jorge, De las repúblicas aéreas al estado de derecho, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- Bovino, Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- Burton, Stephen, Introducción a la defensa penal, Ed. Hammurabi, 2015.
- Carofiglio, Gianrico, El arte de la duda, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Carrio, Alejandro, Garantías constitucionales en el proceso penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- Chabris, Christopher; y Simons, Daniel, El gorila invisible, Ed. Siglo XXI, 2011.
- Chaia, Rubén, La prueba en el proceso penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2013.
- Cross, Rupert y Harris, J.W., El precedente en el Derecho inglés, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

- Cueto Rúa, Julio, Las fuentes del derecho, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- De Castro, Delia; González, Leonel; Fandiño, Marco; y Rúa, Gonzalo, Informe final del proceso de evaluación y recomendaciones sobre la implementación del Sistema Penal Acusatorio, CEJA, Santiago de Chile, 2017.
- Duce, Mauricio, Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales, en AAVV, Formación y valoración de la prueba en el proceso penal, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010.
- Duce, Mauricio, La prueba pericial, Ed. Didot, Buenos Aires, 2013.
- Duce, Mauricio y Riego, Cristian, Proceso Penal, Ed. Jurídica de Chile, 2007.
- Duff, Anthony, Sobre el castigo, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
- Emmanuelli Jiménez, Rolando, Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño, Ed. Situm, Puerto Rico, 2010.
- Fandiño, Marco; Rúa, Gonzalo; Moreno, Leonardo; y Fibla, Gonzalo, Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile, CEJA, Santiago de Chile, 2017.
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Ed. Trotta, Madrid, 1998.
- Ferrer Beltrán, Jordi, La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana, en AAVV, Formación y valoración de la prueba en el proceso penal, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010.
- Ferrer Beltrán, Jordi, La valoración racional de la prueba, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Fontanet Maldonado, Julio, Principios y técnicas de la práctica forense, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2010.
- Fuchs, Marie Christine, Fandiño, Marco y González, Leonel, La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley, CEJA, Santiago de Chile, 2018.
- Garay, Alberto, La doctrina del precedente en la Corte Suprema, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- García Amado, Jorge Antonio, Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias, Eolas ediciones, León, España, 2013.
- García Yomha, Diego y Martínez, Santiago, La etapa preparatoria en el sistema adversarial, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2014.
- Garibaldi, Gustavo, El juicio criminal y la determinación de la pena bajo los presupuestos del acusatorio, Ed. Ad Hoc, 2003.
- Goldberg, Steven, Mi primer juicio oral, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994.
- Gómez Urso, Juan, El juicio oral, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- González Postigo, Leonel y Emmanuelli Jiménez, Rolando, Reglas de evidencia de Puerto Rico. Un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales, Ed. CEJA, Santiago de Chile, 2018.
- Guzmán, Nicolás, La verdad en el proceso penal, Ed. Del Puerto, 2006.
- Harfuch, Andrés, El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2013.
- Harfuch, Andrés y García, Marcelo, La defensa penal pública, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2016.

- Hernández Basualto, Héctor, Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba, en AAVV, Formación y valoración de la prueba en el proceso penal, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Massie, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.
- Jakobs, Gunther, La imputación objetiva, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ed. Comares, Granada, España, 1993.
- Kaneman, Daniel, Pensar rápido, pensar despacio, Ed. Debate, Buenos Aires, 2012.
- Langer, Máximo, Revolución en el proceso penal latinoamericano, Ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2004.
- Laudan, Larry,
- Laudan, Larry, El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- Ledesma, Ángela, La reforma procesal penal, Nova Tesis, Rosario, 2005.
- Lorenzo, Leticia, Alcance de la impugnación en el juicio por jurados, en AAVV, El debido proceso penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- Lorenzo, Leticia, Manual de litigación, Ed. Ediar, 2012.
- Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Tomo 1, Ed. Del Puerto, 1996.
- Martín, Adrián, Detenciones policiales ilegales y arbitraria en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2010.
- Mauet, Thomas, Trial Techniques, Aspen Publishers, New York, 2002.
- Mazzoni, Giuliana, ¿Se puede creer a un testigo?, Ed. Trotta, Madrid, 2010.
- Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, Tecfoto, Barcelona, 1996.
- Moreno Holman, Leonardo, Teoría del caso, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012
- Morosi, Guillermo y Rua, Gonzalo, Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentado y anotado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- Neyra Flores, José, Tratado de Derecho Procesal Penal, Lima, 2015.
- Neyra Flores, José, Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral, Ed. Idemsa, Lima, 2010.
- Nino, Santiago, Fundamentos del Derecho Constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.
- Niño, Luis, Delitos contra la propiedad, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.
- Ortega Jara, Waldo, Litigación oral para el proceso penal, Ril, Santiago de Chile, 2012.
- Pásara, Luis, Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo, Ed. Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2015.
- Ramos González, Carlos y Vélez Rodríguez, Enrique, Teoría y práctica de la litigación en Puerto Rico, Michie of Puerto Rico inc., 1996.
- Rivero García, Danilo, Ley de procedimiento penal, Ed. ONBC, La Habana, 2012.
- Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- Rua, Gonzalo, Contraexamen de testigos, Ed. Didot, Buenos Aires, 2014.
- Rua, Gonzalo, El Juicio oral en el Código del Proceso Penal de Uruguay desde una mirada adversarial, en AAVV, Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2018.

- Rua, Gonzalo, Examen directo de testigos, Ed. Didot, Buenos Aires, 2015.
- Rua, Gonzalo, La dimensión política de la reforma procesal penal en América Latina, en AAVV, Estudios sobre el sistema penal adversarial, Ed. Didot, Bs. As., 2018.
- Rusconi, Maximiliano, Derecho Penal. Parte general, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007.
- Salas, Denis, Kafka. El combate con la ley, Colección el bien común, Dir. por Antoine Garapon, Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2013.
- San Martín Castro, César, Derecho Procesal Penal, Lima, 2014.
- Schiavo, Nicolás, El juicio por jurados, Ed. Hammurabi, 2016.
- Schiavo, Nicolás, Inconducta de las partes en la formulación de sus alegatos, en AAVV, Estudios sobre el sistema penal adversarial, Ed. Didot, 2018.
- Schiavo, Nicolás, Valoración racional de la prueba en materia penal, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2013.
- Schum, David, The evidential foundations of probabilistic reasoning, Northwestern University Press, 2001.
- Silvestroni, Mariano, Manual del abogado defensor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- Taruffo, Michele, La prueba, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Taruffo, Michele, La prueba de los hechos, Ed. Trotta, Madrid, 2011.
- Tau Anzoátegui, Víctor, La codificación en Argentina, Ed. Librería Histórica, Buenos Aires, 2008.
- Tedesco, Ignacio, El acusado en el ritual judicial, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- Velez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1986.
- Vial Campos, Pelayo, Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno, Ed. Librotecnia, 2007.
- Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; y Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; y Slokar, Alejandro, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

GONZALO RUA

- Argentino. Abogado. Programa de posgrado en Derecho Penal por la Universidad de Palermo.
- Director y docente titular del Programa de Posgrado de Actualización en Litigación Penal (2014/2019) (Res. CD 782/18).
- Juez Penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 2003 a la fecha.
- Miembro del Centro de Formación Judicial del Poder Judicial de la CABA, como Consejero Académico por el estamento de los Jueces (2008-2012).
- Consejero en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el estamento de los Jueces (desde mayo de 2020).
- Miembro de la Junta Directiva del INECIP desde el año 2009 a la fecha. Director del área de Reforma y Democratización de la Justicia del INECIP (2009/2018).
- Participó por el INECIP, como Coordinador y Asesor en la implementación de la reforma procesal penal en los estados provinciales de Entre Ríos (2009/2013 y 2015/2016), Salta (2011), Tucumán (2012/2013) Santiago del Estero (2010/2013) y Río Negro (2012/2016), Argentina.
- Consultor del Centro de Justicia de las Américas (CEJA) desde el año 2014 a la fecha.
- Ha participado como consultor y/o capacitador en varios países latinoamericanos (Chile 2008 y 2014/2016, Paraguay 2008, Guatemala 2008 y 2018, Panamá 2009/2010 y 2014/2016, México –en los estados de Nuevo León, Distrito Federal y Querétaro- 2011/2016 y 2018-, Perú 2011 y 2015, Cuba 2011, 2015 y 2017, Ecuador 2009/2013, Canadá 2013, Brasil, 2015 y 2017, Nicaragua 2016, Uruguay 2016/2018, Bolivia 2017, entre otros).
- Fue consultor internacional por Organismos de Cooperación Internacional en la implementación del sistema penal ecuatoriano (USAID, 2011/2012), en la evaluación de la implementación del Sistema Penal Acusatorio en Panamá (UNODC, 2014/2015), en la elaboración del Código Penal Único en Bolivia (UNODC, 2017), en la evaluación de la Reforma Procesal Penal en Chile (CEJA, 2015/16) y en el proyecto de reingeniería de la Procuración General de la República, México (BID, 2018), entre otros.
- Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, desde el año 1996. Fue docente Titular del Posgrado en la Especialización en Magistratura en la Universidad Nacional de La Matanza (2015/2016), de la Universidad de Palermo (2003-2006) y en diversas Universidades Nacionales y Extranjeras (Maestría en la Universidad Nacional del Pilar, Paraguay, 2008; Universidad San Carlos de Guatemala, 2009 y 2018, entre otras).
- Intervino como docente, consultor y asesor en distintos programas de Reformas Penales, en las provincias argentinas de Santa Fe, Salta, Río Negro, Neuquén, Córdoba, Chubut, La Pampa, San Luis, Tucumán, Santiago del Estero, Ciudad de

Bs. As., Entre Ríos, Corrientes, Formosa, San Juan y Prov. de Buenos Aires, entre otras.

- Docente de litigación penal oral en diversas instituciones en América Latina.
- Capacitador en diversos Colegios de Abogados, entre los que se pueden destacar los de Tucumán, Entre Ríos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Santiago del Estero, entre otros.
- Participó como consultor y asesor en la redacción de proyectos de leyes orgánicas y reformas al Código Procesal Penal (entre otras, comisión de redacción del código procesal penal de la CABA -2006-, proyecto de reforma al CPP de Catamarca -2009-, proyecto de reforma al CPP Santiago del Estero -2011-, proyectos de leyes orgánicas de Neuquén -2013-, reforma al CPP de Entre Ríos -2013-, comisión de redacción del CPP de Río Negro -2014-, proyecto de reforma al código procesal penal CABA -2018-).
- Ex becario del Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA) en el Programa de “Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal” (2007) y en el Programa “Desafíos y oportunidades en la Valoración de la prueba en los juicios orales acusatorios (2010).
- Capacitador por el CEJA en Lima, Perú (2011), Panamá (2014), San Pablo, Brasil (2015), Chile (2015), Nicaragua (2016).
- Docente por el CEJA en el Programa de Capacitación para Jueces, destrezas en la conducción de audiencias (2015 a la fecha).
- Director del Programa de Capacitación para la Reforma Procesal Penal en Argentina (co-organizado por el CEJA y el INECIP, 2015/2018), y de la revista Sistemas Judiciales (coeditada por las mismas instituciones, desde el año 2016 a la fecha).
- Conferencista y autor de numerosas publicaciones en materia penal, procesal penal y contravencional.
- Director del Centro de Litigación Penal, espacio destinado al debate de la litigación y los sistemas adversariales (2016 a la fecha).
- Codirector, junto con el Dr. Alberto Binder, de la colección "Conceptos fundamentales del sistema acusatorio", Nuevo León, México (2016).
- Director de la colección “Estudios sobre el sistema penal adversarial”, Editorial Didot (2018 a la fecha).
- Coordinador del Libro “Código del Proceso Penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay”, editado por la Universidad de Montevideo, Uruguay, 2018.
- Coautor de los libros “Código Contravencional comentado de la CABA” (2010), Ed. Abeledo Perrot; “Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile” (2017); e “Informe final del proceso de evaluación de Panamá” (2017), estos dos últimos editados en Chile por el CEJA.
- Autor del libro “Contraexamen de Testigos” Ed. Didot, Bs. As. (2014), y Ubijus, México (2014); y del Libro "Examen directo de Testigos", en las mismas editoriales de Bs. As. y México, (2015).