



ANEXO DE LECTURAS COMPLEMENTARIAS

**CURSO "LA ORALIDAD EN EL NUEVO MODELO
PROCESAL PENAL"**

**UNIDAD I: CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL
CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

1) LORCA NAVARRETE, Antonio. "Algunas propuestas acerca de la adopción de un modelo adversarial de proceso penal", en: AAVV. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, tomo II, Ara, Lima, 2006.

ALGUNAS PROPUESTAS ACERCA DE LA ADOPCIÓN DE UN
MODELO ADVERSARIAL DE PROCESO PENAL

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE*

* Antonio María LORCA NAVARRETE, es Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco en la Facultad de Derecho de San Sebastián, España.
E-mail: institutovascoderechoprocesal@leyprocesal.com - Web: www.leyprocesal.com

1. La sustantividad del proceso penal adversarial

El Derecho Procesal Penal, con independencia de hallarse regulado por un conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la organización de los Tribunales penales (*Derecho procesal orgánico*), regula, además y fundamentalmente, *el ejercicio de la función jurisdiccional penal*.

Cuando se afirma que el Derecho Procesal Penal regula la función jurisdiccional penal, se quiere indicar que las normas que contiene son las únicas que posibilitan la validez de los actos procesales penales [*principio de legalidad procesal penal*]. Y sobre esta afirmación no parece posible plantear duda hermenéutica alguna. Pero, lo que sí plantea duda hermenéutica es que el *principio de legalidad procesal penal* y las normas procesales penales que acoge *se hallen encaminadas a la imposición de penas o a la represión*. No es cierto que la “*represión*—como indica el artículo 1 Ley de enjuiciamiento criminal española [en adelante LECrim]— *incumba a la jurisdicción ordinaria*”.

Para que pueda predicarse la validez del acto procesal penal *no es necesario abocarlo*, como hace el artículo 1 LECrim, a la imposición de penas o a la represión. El artículo 1 LECrim debiera, por el contrario, *postular* que, mediante las *garantías* que la propia LECrim establece [y que las tiene], se obtenga una *efectiva tutela judicial* de los derechos sin que *en ningún caso* se produzca indefensión (art. 24.1. de la Constitución española). Y esa postulación garantista y no represora la exijo de una futura ley procesal penal.

El modelo de función jurisdiccional penal a que aboca el artículo 1 LECrim *ha de ser preterido* así como su filosofía aplicativa. En el artículo 1 LECrim se contiene la filosofía aplicativa de la LECrim

que en la actualidad, sin embargo, y como cultura jurídica, naufraga en las procelosas aguas del mar en el que navega la Constitución española.

Consistiendo la función jurisdiccional penal en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en el ámbito penal el logro de esa proyectada funcionalidad no se encuentra dirigida a la "represión", como pudiera desprenderse del artículo 1 LECrim, sino más bien a la actuación *autónoma de la norma procesal penal [no instrumentalizada por la inescusable aplicación de la norma penal que conlleva la actividad represiva]* con arreglo al sistema de *garantías* contenido tanto en la Constitución española como en la LECrim [que las tiene] y que posibilita la aplicación de una norma procesal penal *sustantiva y garantista [garantismo jurisdiccional]* acomodada al "aquí y ahora" del texto constitucional español vigente.

El *garantismo* como metodología enseña que a la norma procesal penal *no tanto le ha de interesar que "la represión incumba a la jurisdicción ordinaria"* (art. 1 LECrim), cuanto que la norma de Derecho Procesal Penal *sea garantía de aplicación de la norma penal.*

El *garantismo* como *metodología* de estudio del proceso penal no es una construcción abstracta o programática que se justifique en la retórica del lenguaje. El proceso penal es *garantista* por cuanto que es la Constitución española la que *garantiza* a todos el acceso "a un proceso público (...) *con todas las garantías*" (art. 24.2. de la Constitución española). El proceso público "*con todas las garantías*" es un mandato constitucional de *aplicación directa* que permite construir una *nueva metodología* en el estudio de un nuevo "proceso [de la función jurisdiccional penal] público" a elaborar por los legisladores españoles. Es la *metodología garantista o justificada en el garantismo* escasamente estudiada o nada estudiada por la procesalística española.

Este debería ser, sin duda, el primer punto de partida *irrenunciable* en la reforma de las leyes procesales penales españolas, por lo que no vale cualquier metodología de base a aplicar al proceso penal sino tan solo la *garantista*. En consecuencia, la actuación de la función jurisdiccional penal, objeto de estudio del Derecho Procesal Penal, se caracteriza porque *no se encuentra dirigida a la represión penal.*

El Derecho Procesal Penal, *no es represor*. El Derecho Procesal Penal *no es un derecho represor*. Es preciso marcar la diferencia desde el principio. El proceso penal no es el medio o instrumento que, según GÓMEZ ORBANEJA, permite “*infligir un mal al culpable*”¹.

Las propuestas de GÓMEZ ORBANEJA, sin duda, han creado cultura jurídica. Pero, en el momento presente, han de ser absolutamente preteridas. ARMENTA DEU, en cambio, parece asumirlas plenamente para explicar la denominada de consuno *forma acusatoria* que el proceso penal español parece adoptar en orden a *justificar* la actuación del Derecho Penal².

Y es que sólo como producto de aviesas intenciones metodológicas se puede aún defender, como lo hace SAMANES ARA, que con el proceso penal, la finalidad que se persigue es *castigar al culpable del delito*³.

¹ Según GÓMEZ ORBANEJA, “el Derecho Penal material o sustantivo determina qué acciones u omisiones son punibles (delitos o faltas) y marca las penas. Nace en virtud de él el derecho del Estado a infligir un mal al culpable y el deber de éste de sufrirlo. Pero para que pueda ser impuesta la pena se requiere una actividad del propio Estado encaminada a averiguar el delito y el delincuente y a medir su responsabilidad. Tal actividad es el proceso penal. Sin el proceso el *ius puniendi* carecería de realización. Y no sólo en el sentido de que la amenaza de la pena, al fin de la conservación del orden jurídico, estaría desprovista de eficacia, sino más radicalmente, porque el efecto jurídico del delito sólo mediante el proceso puede hacerse efectivo”. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Madrid, 1972, p. 1.

² ARMENTA DEU, dice que el “fin del proceso penal es la actuación del derecho penal mediante la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber de persecución”. A esta definición de WACH, autores de tan reconocido prestigio como son GÓMEZ ORBANEJA en España o ROXIN en Alemania y los países de su amplia zona de influencia jurídica, añaden la siguiente consideración. “Este fin es independiente de la *forma* que el proceso adopte, no lo es, sin embargo, —dice— la forma respecto de la concepción que se tenga del derecho penal sustantivo y de los factores políticos y sociales dominantes en cada época”. Si echamos una breve y aleccionadora vista atrás en la historia de los sistemas que ha adoptado la administración de justicia penal nos encontramos —como es conocido— que la forma acusatoria —dice— fue la más temprana de todas». ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1995, p. 21.

³ SAMANES ARA, dice que «en el proceso penal (...) de lo que se trata, fundamentalmente es de castigar al culpable del delito». C. SAMANES ARA, “La acción civil en los procesos ante el Tribunal del Jurado”, en *RVDPA*, 2, 1999, p. 269.

En otras ocasiones, la afirmación acerca de que el proceso es un instrumento de represión se justifica en la aplicación del principio de legalidad tal y como postula DE LA OLIVA SANTOS. Para DE LA OLIVA SANTOS el principio de legalidad, consagrado en la Constitución española, si bien no acoge expresamente el *ius puniendi* "como deber del Estado de castigar, sí presupone ese deber del Estado"⁴.

El Proceso Penal no, es un instrumento de represión sino de garantía. El proceso penal desea hacer frente a la *aplicación patológica* de la norma jurídica cuestionada *mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo*. De ahí que también el proceso penal sea el derecho que *trate de poner remedio a la patología jurídica*. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema, *cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias ajenas a la represión o el deseo de "infligir un mal al culpable"*.

El Derecho Procesal Penal, al no encontrar su justificación en la represión punitiva, aplica la norma penal a través del *sistema de garantías* que ha de regular con el carácter de *autónomas* [se entiende las garantías]. No interesa tanto que la "represión incumba a la jurisdicción ordinaria" (art. 1 LECrim), *cuanto que la norma de Derecho Procesal Penal sea garantía de esa aplicación*.

La normativa que hace posible el proceso penal no se halla encaminada, como equivocadamente pudiera desprenderse del artículo 1 LECrim a la imposición de penas o a la represión, sino, más exactamente, a hacer posible que, mediante las **garantías** que se han de contener en esa normativa, se obtenga una *efectiva tutela judicial* de los derechos sin que *en ningún caso* se produzca indefensión.

⁴ DE LA OLIVA SANTOS, dice que "no constituye una minucia ni insignificancia matizar, ante todo, que el principio de legalidad, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, aunque no *formula* expresamente el *ius puniendi* como deber del Estado de castigar, sí *presupone* ese deber del Estado".

DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESSES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., TOMÉ GARCÍA, A. J., *Derecho Procesal Penal*, 5^ª ed., 2002, p. 46.

El Derecho Procesal Penal es, por tanto, funcionalmente *autónomo* en relación con el Derecho penal por cuanto que *su cometido es actuar la norma penal en tanto en cuanto se aplique la norma procesal penal autónomamente. Su autonomía rechaza un pretendido carácter vicariante del proceso penal.*

El proceso penal no es un subsistema. El proceso penal es un sistema *autónomo y sustantivo* de garantías [*es un derecho sustantivo*] y, por tanto, posee una proyección metodológica con una marcada *sustantividad* en modo alguno desdeñable respecto de la que ostentan disciplinas comúnmente denominadas sustantivas. El proceso penal *no es una realidad instrumental*. Ni tampoco la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal es instrumental tal y como parece postular MONTERO AROCA⁵.

Partiendo de la premisa opuesta a la mantenida por MONTERO AROCA, es preciso comenzar por la más que necesaria oportunidad de desterrar la idea del proceso penal como un *subsistema* o como una *realidad instrumental* que también es posible hallar en ámbitos disciplinares no excesivamente lejanos del Derecho Procesal Penal como es el Derecho Penal. Quizá quienes mejor reflejen ese desenfoco metodológico, desde el punto de vista del Derecho penal, sean MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN⁶.

El Derecho Procesal Penal *no es* un subsistema o una realidad instrumental, como parecen postular MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, en orden a la *represión* como aún se halla caracterizado en el vigente artículo 1 LECrim y como quizá aún se enseñe todavía en multitud de Facultades de Derecho ya que la *regulación de las garantías procesales penales se realiza al margen del Código Penal* [en adelante CP].

⁵ Para MONTERO AROCA, la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho Penal tiene un doble contenido: “el Derecho Penal —dice— lo actúan los tribunales y por medio del proceso”.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal (Incluye ley de juicios rápidos)*, 11ª ed., Valencia, 2002, p. 14.

⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, afirman que “el Derecho Procesal Penal sirve para la realización del Derecho Penal en la realidad. Sin él, el Derecho Penal sería un simple objeto decorativo, sin eficacia alguna”.

MUÑOZ CONDE F. y GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal*, 4ª ed., revisada y puesta al día, Valencia, 2000, p. 33.

La aplicación de la norma procesal penal, justificada en las garantías que proyecta, es *sustantiva y acomodada a la realidad constitucional de "aquí y ahora" constitucional*. La *garantía* como vertiente funcional autónoma de la aplicación de la norma procesal penal *no es adjetiva, acrítica, ni procedimentalista sino sustantiva*.

2. El modelo adversarial de proceso penal

En 1882 se instaura en España un modelo de justicia penal en el que, según la exposición de motivos de la LECrim, el sumario «era [es] después de todo, la *pedra angular del juicio y de la sentencia...*» pero que, no obstante pretendía *rechazar* «... un sistema en el que el sumario era el *alma de todo el organismo procesal, por no decir el proceso entero*» y *sustituirlo* «...en la hora presente por [de] un método en el cual el sumario *es una mera preparación del juicio*, siendo en este orden donde deben esclarecerse *todos los hechos* y discutirse *todas las cuestiones* que jueguen en la causa», por lo que «no es posible sostener aquella antigua regulación, tan inflexible y rigurosa que (...) pugnaria hoy abiertamente con la índole del sistema acusatorio y con la esencia y altos fines del juicio público y oral».

Pero, siempre según la exposición de motivos de la LECrim, «todas estas *concesiones* al principio de libertad que, en una parte de nuestros Jueces y Magistrados, parecerán sin duda exorbitantes, no contentarán aún probablemente *a ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad* que el proyecto de Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta la sentencia firme. No niega el infrascrito que insignes escritores mantienen estos temas con ardor y con fe; pero hasta ahora no puede considerársela más que como un "*ideal*" de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos. ¿Se realizará algún día por completo? El Ministro que suscribe lo duda mucho».

Las expresivas palabras del "Ministro infrascrito", Manuel ALONSO MARTÍNEZ son reacias a que el denominado «"*ideal*" de la ciencia» pueda en alguna ocasión realizarse.

El pronunciamiento indubitado de ALONSO MARTÍNEZ a fines del siglo XIX se hallaba quizá justificado, pero no en el siglo XXI. Si se

admitiera, se justificaría la *impotencia* de la ciencia [procesalista española] para superar los esquemas que imponía la LECrim alonsoniana [de ALONSO MARTÍNEZ] de 1882. Hubiera sido manifiesta.

Es necesario superar esa impotencia manifiesta de la procedimentalística procesal penal española de fines del siglo XIX, y proceder a ubicar las piezas del desvencijado puzzle *orgánico* que configuraba el proceso penal español de la LECrim de 1882 en cada una de las funciones o cometidos que les corresponden, ya que el instructor no puede ser el origen *orgánico* de una *inquisitio generalis* —no va a ser operativo el “gran inquisidor” que tipificaba la LECrim de 1882—, cuya *omnipotencia* [instructora] *mediatizaba y esfumaba* la relevancia constitucional del juicio o plenario. El instructor de la LECrim no es el que resuelve *ponderadamente* el conflicto de intereses que pueda plantear la instrucción en torno a la investigación de los hechos presuntamente punibles, sino un instructor que, como elemento *orgánico* y funcional que opera, sin fisuras, con el inquisitivo, no es ajeno del todo a la parcialidad que debe rehuir.

Por su parte, el fiscal se ha de ubicar, de una vez por todas, en su cometido de proteger los intereses de la colectividad a través del ejercicio de una *investigación instructora que corresponda a un modelo adversarial de justicia penal*. El fiscal no ha de ser el contrapeso que *equilibre* los poderes del instructor alonsoniano. Su audiencia no tiene porque ser *determinante* en la marcha de la instrucción alonsoniana. Todo es más fácil: *la instrucción ha de confiarse al fiscal*. De ese modo, se constituye [el Ministerio Fiscal] en la pieza *esencial* que permite pasar del modelo acusatorio-formal de la alonsoniana LECrim al modelo *adversarial*, quedando aquél [el modelo acusatorio-formal] *plenamente superado*.

El fiscal ha de poseer una autonomía funcional instructoria *plena*. El fiscal ha de ser la *parte adversarial instructora* imprescindible. *Pero en todo caso una parte*. No un sujeto privilegiado por el “poder instructorio” que goza el instructor alonsoniano de la LECrim. Otra cosa es la proyección *orgánica* que implica un fiscal vinculado por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. ¿La *perversidad orgánica* puede neutralizar la actuación del fiscal como *parte adversarial*? La respuesta, en todo momento, ha de ser negativa. La unidad y dependencia

jerárquica se enquista en el órgano, no en la *función* en la que, en todo caso, *el fiscal ha de gozar de plena autonomía*.

Con esa finalidad se ha de proceder a *cambiar la instrucción* con el objetivo de que, desde el punto de vista *funcional*, deje de ser inquisitiva para pasar a ser adversarial y para que desde la vertiente *orgánica* se encuentre abocada a que el instructor, al tiempo que permanece, ya no sea un inquisidor sino el elemento orgánico *decisor y de garantía* en función del modelo adversarial que se propugna. No es un mero espectador. *Técnicamente su cometido funcional ha de ser determinante*.

Para ello hay que dismantelar todo el andamiaje del inquisitivo en la instrucción y, por tanto, sus elementos tributarios como el *secreto* y a través de él la *hipervaloración de las funciones del instructor* ajenas a criterios constitucionales —su actuación era y es en la mayoría de los supuestos preconstitucional—, *eliminándose* el producto más emblemático del inquisitivo instructor como es el *auto de procesamiento*, auténtico “juicio sin juicio” que se ha de dismantelar sin paliativos optándose por un modelo *adversarial* de instrucción penal.

No es casual, por tanto, sino justamente deliberado, el *no haber omitido* la contraposición entre *modelo adversarial y principio inquisitivo* en un enjuiciamiento criminal vertebrado *esencialmente* mediante el principio inquisitivo o modelo *acusatorio formal*, pues de lo que se trata es de *desterrar* el enjuiciamiento criminal aún sustentado *sustancialmente*, en una de sus fases, en el principio inquisitivo, como así sucede con el sistema de enjuiciamiento que adopta la LECrim de 1882.

Se trata de *desconocer*, con la mejor intención, la instrucción que, históricamente, surgió y actualmente es operativa bajo la égida del principio inquisitivo. Sin duda, es una *cuestión de principios* que supone optar *definitivamente* por la implantación de un modelo adversarial de instrucción en el Proceso Penal español a cargo del fiscal, con *total declinación*, de una vez por todas, del modelo inquisitivo y de su producto más emblemático: *el auto de procesamiento*.

Todo lo cual no supone, por lo demás, convertir al fiscal en un instructor inquisitivo, según el modelo de la actual LECrim de 1882, en detrimento del aún vigente instructor inquisitivo que inquiera e in-

vestiga, porque de lo que se trata es de *superar* el esquema funcional de la instrucción *basado* en el modelo inquisitivo de instrucción y hacer operativo otro tipo de instrucción *basado* en un modelo *adversarial* a cargo del Ministerio Fiscal. Y *en ella es fundamental el fiscal instructor*.

En la instrucción no ha de inquirir e investigar *inquisitivamente* el instructor. Por tanto, no se trata de realizar reubicaciones funcionales no justificadas. Se trata simplemente de un nuevo modelo de instrucción en el que la “*inquisición*” o la “*investigación*” se encuentre a *remolque* de un modelo *adversarial* de instrucción. Y en ese nuevo desarrollo funcional es preciso advertir, con la contundencia que sea precisa, que el cometido funcional del instructor es *troncal*.

Por tanto, el *gran debate* de la doctrina procesal española de principios del siglo XXI estriba en establecer las grandes líneas maestras de la futura justicia penal. No me cabe duda que el “*ideal de la ciencia*” no se halla ya en la LECrim de 1882. *Existe un más allá que la ciencia procesal española y la sociedad entera debe asumir*.

Es preciso “*enterrar*” a ALONSO MARTÍNEZ.

3. Propuestas a tener en cuenta para la adopción de un modelo adversarial de proceso penal

La función jurisdiccional penal consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado ha de responder a un concreto y específico *modelo funcional*. Ese *modelo funcional* de proceso penal ha de ser *conceptual*. En cambio, el modelo funcional de procesal penal, que adopta aún la LECrim, es *descriptivo*. *En modo alguno es conceptual* por cuanto *no existe*, a lo largo de su articulado, *precepto alguno* que defina, *conceptualmente*, el modelo funcional que acoge.

De otro lado, tampoco es posible desconocer que el *modelo funcional* de proceso penal de la LECrim de 1882 *responde* a unos criterios funcionales que se justifican *en razón* de la *aplicación de la norma penal*. En cambio, en la *autonomía funcional* de modelo de proceso penal que se postula se ubica el proyectado valor de *garantía* que la norma procesal penal ha de cumplir.

Si atendemos al desarrollo histórico del modelo proyectado *descriptivamente* por la LECrim, se evidencia que se han adoptado tres sistemas fundamentalmente acordes con las diversas estructuras básicas procesales penales ensayadas a través de la historia. Según la terminología más usual se distingue históricamente un proceso *acusatorio*, un proceso *inquisitivo* y un proceso *mixto*.

Esos tres sistemas han proyectado un modo *muy diverso* de hacer operativa la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por lo que se caracterizan por *su falta de homogeneidad*.

Esa falta de homogeneidad, a su vez, no es sólo formal, sino *sustantiva*, por cuanto que a nivel de la aplicación de la norma procesal penal acomodada a la existencia de *garantías* como vertiente funcional *autónoma*, no siempre se ha primado la *sustantividad* de la misma *justificada* en su aplicación *garantista y autónoma*. Por el contrario, la historia enseña que, en esa aplicación, se han antepuesto criterios *estrictamente formales* basados exclusivamente en que la "represión incumba a la jurisdicción ordinaria" (art. 1 LECrim). Semejante opción metodológica justificada en la "represión" ha de ser preterida en orden a redactar una futura ley procesal penal.

La *falta de homogeneidad* del modelo funcional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado *ha sido, históricamente, objeto de muy diverso tratamiento técnico*. Se observa que la sofisticación que en etapas pretéritas alcanzó el sistema inquisitivo, fue el resultado de la adopción de un modelo o esquema procesal penal técnicamente imperfecto y extravagante. La historia del procesalismo penal se salda en España con un intolerable protagonismo aplicativo de los sistemas inquisitivos. Siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA se podría afirmar por el contrario que, el sistema acusatorio surge históricamente emparejado no ya con una concepción *privada* del Derecho Procesal Penal, sino con unos componentes técnicos de puesta en escena *contradictorios, orales y públicos* acordes con su carácter eminentemente *participativo*. De ahí que GÓMEZ ORBANEJA *asocie* el sistema acusatorio con el juradismo⁷.

⁷ GÓMEZ ORBANEJA, dice que «respondiendo a sus condiciones históricas, los caracteres fundamentales del proceso acusatorio son: a) El juez no procede por iniciativa propia,

No es casual que el enjuiciamiento criminal opte por el sistema acusatorio o por su opuesto denominado inquisitivo, o en fin por la *aproximación* a ambos. No es casual por cuanto, cualquier ámbito funcional de la jurisdicción, no es susceptible de ser construido en abstracto *sic et simpliciter* al margen de un sistema o criterios principales que le sirvan de justificación.

En sus orígenes la justicia penal fue acusatoria, “Primitivamente” acusatoria. Pero al fin y al cabo acusatoria, pues respondía a una concepción vindicativa de la justicia. Esto es, la víctima pedía, a quién administraba justicia, que acordara acerca de su derecho de vengarse y la extensión del mismo. Por ello la “justicia penal” era tan sólo un sucedáneo aparentemente civilizado de la Ley del Tali6n.

La situaci6n cambia en la Edad Media con la introducci6n de los Tribunales de la Inquisici6n instituidos para luchar contra los herejes. No era una justicia vindicativa. Se iba m6s all6. Se trataba de extirpar la herejía en nombre de una “verdad superior” con la finalidad de que la Iglesia mantuviera su derecho y la integridad de la fe.

Con el tiempo esta nueva concepci6n *atrajo* a la justicia laica y de ese modo el inquisitorio se institucionaliza a partir del siglo XIV, desde el momento en que ese tipo de “justicia penal” es uno de los bastiones m6s fuertes del absolutismo y autoritarismo de lo que a partir de la revoluci6n francesa se conoce como *ancien r6gime*.

La ilustraci6n, a trav6s de autores importantes de la historia universal como BECCARIA o VOLTAIRE, denunci6 los excesos del inquisitivo laico y puso de relieve la importancia del Derecho natural e inalienable del derecho de defensa de toda persona.

“ex officio”. Ni poner en marcha el procedimiento, ni investigar dentro de 6ste los hechos, es misi6n suya. Su papel consiste exclusivamente en examinar lo que las partes aporten y decidir sobre su verdad. Dirige el combate y anuncia el resultado. b) Consiguientemente, el proceso acusatorio es contradictorio, oral y p6blico. c) En la decisi6n —como en la acci6n— la comunidad est6 representada, no por funcionarios, sino por particulares, jueces profanos o jurados, no adscritos a una jerarquía. De esta condici6n, y de la oralidad e inmediatez del procedimiento se deriva necesariamente otro car6cter del sistema: instancia 6nica». G6MEZ ORBANEJA E., *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Madrid, 1972, p. 96.

A partir de entonces, la historia de la justicia penal es la historia por reforzar, con todas las *garantías* posibles, el derecho de defensa.

En la funcionalidad jurisdiccional que caracteriza al enjuiciamiento criminal español de 1882 el modelo acusatorio no se sustenta plenamente en la dialéctica procesal surgida entre dos partes contrapuestas [acusador y acusado] que es resuelta por un órgano distinto a ambas. Totalmente antitético a ese modelo acusatorio se halla el *inquisitivo*, en el que el órgano jurisdiccional es, al propio tiempo órgano de la acusación, por lo que su ámbito funcional de actuación se plantea *con prevención* hacia las partes de la instrucción. El desarrollo funcional de la jurisdicción es escrito y se halla caracterizado por el secreto tanto externo como interno en el sentido en que el desarrollo de la *función* no sólo debe permanecer secreto para los sujetos extraños al mismo sino también para el propio imputado lo que origina *una total disparidad de poderes* entre el órgano jurisdiccional acusador y el imputado por esa acusación que origina que la prueba la provoque el propio órgano jurisdiccional de oficio *sin que se reconozca al imputado derecho alguno respecto de la asunción de la prueba así obtenida*.

En fin, no es de extrañar que las disfunciones que provoca la LECrim de 1882 se pretendan corregir mediante las previsiones contenidas en la disposición final cuarta de la Ley del jurado española [en adelante LJ] según la cual la generalización de los criterios procesales instaurados en la LJ deben inspirar la *reforma futura de la LECrim*.

En una opción opuesta, en cambio, se sitúa DE LA OLIVA SANTOS que, quizá con ignorancia inexcusable o sofisticada interesada, se ubica en conclusiones posiblemente lamentables derivadas de la confusión en torno a conceptos como “principio acusatorio” y/o “sistema acusatorio”, por cuanto el *principio acusatorio* puede que no sea técnicamente el *contínente* del *sistema acusatorio*, sino uno de sus posibles *contenidos*. Pero repárese que en tales hipótesis surge como *uno de sus posibles contenidos mediáticos*. No el único. Y además por esa razón no determinante para tipificar un tal *sistema acusatorio*. Por ello se comprende que aludir al sistema alonsoniano de la LECrim como *acusatorio es una falacia* porque *mediáticamente* se ubique en él un tal *principio acusatorio*. Si se parte de la premisa, como lo hace DE LA OLIVA SANTOS, consistente en que “el impulso inicial del

proceso penal ante la noticia de un hecho con apariencia criminal pueda proceder *ex officio* del juez (...)" y se añade que «en una tal incoación del proceso penal no hay vulneración alguna del denominado "principio acusatorio", bien entendido» no se hace sino tipificar un contenido del principio acusatorio en el continente de un aparente sistema acusatorio a través de la que podría llamarse tesis de la apariencia. Esto es, no es preciso que el sistema sea acusatorio basta que lo parezca⁸. Siempre claro está que, según DE LA OLIVA SANTOS, se trate de un principio acusatorio "bien entendido".

El sistema inquisitivo surge entonces como correlativo del denominado principio acusatorio "bien entendido", y como reacción a los esquemas excesivamente participativos del continente constituido por el sistema acusatorio con el fin de desterrar de la aplicación de la norma procesal penal cualquier atisbo de contradicción, oralidad y publicidad que pueda preterir el protagonismo del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. En el sistema inquisitivo no existe propiamente acusación de partes ni menos aún ámbito adversarial en el que operar. La actuación de oficio del Juez o Tribunal es determinante lo que implica ausencia de contradicción en acusación y defensa. El juez arrebató para sí esas posibilidades.

La prevalente práctica del sistema inquisitivo justificó históricamente la urgente necesidad de neutralizar sus perversidades, evidenciadas a partir de la labor de los revolucionarios franceses. Surge así en el continente europeo la "tercera vía" que, sin ser inquisitiva ni acusatoria, es, en cambio, los dos modelos a la vez. Se trata del modelo mixto o acusatorio formal, que se caracteriza porque recoge, como no podía ser menos, elementos técnicos del inquisitivo y del acusatorio con indudable prevalencia hacia este último en la fase más importante de ese modelo: el juicio.

Contrariamente a lo que se ha sustentado, el principio acusatorio formal o mixto de la LECrim en ningún caso es técnicamente acusatorio. Es tan sólo formal o mixto y esa realidad mixta formalmente es absolutamente incompatible con un modelo adversarial de justicia penal. No se trata pues de una cuestión de opción. Esto es, que se opte por un instructor que in-

⁸ Cif. "El futuro proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal", en TJ, N° 1, 1997, p. 16

quiere o por unas partes que imputan en base a las pretendidas excelencias de quien inquiera, sino de una cuestión *estrictamente técnica* que abogaría por la preterición de un modelo de proceso penal, *formalmente mixto*, por declinación del acusatorio “puro” en plenario. No es una cuestión de desarrollar una “*cruzada de parcheo constitucional*” para salvar un modelo mixto como el de la LECrim, sino que justamente de lo que se trata es de desechar las “mixturas” y abordar, de una vez por todas, la técnica adversarial ya que al final, según el “parcheo” elaborado por el Tribunal Constitucional español, *no existe más abocamiento que el que propicia un modelo adversarial de justicia penal*. Se comprende fácilmente que las razones técnicas del modelo adversarial se impongan sobre las del inquisitivo y que frente a una realidad técnicamente *mixta* se propugne la adversarial *sin ambages*.

La LECrim española no adopta el modelo acusatorio de justicia penal. Ha de advertirse que no es el modelo acusatorio sustentado técnicamente, *desde el inicio mismo del modelo*, en los principios de contradicción, oralidad y publicidad, sino un sistema acusatorio *mediático* por el oscurecimiento de tales principios, que sólo resultan ser operativos cuando se ha *asegurado* previamente el *ius puniendi*, mediante la averiguación o inquisición que realiza un sujeto—llamado comúnmente *juez instructor*—para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación jurídica, así como la culpabilidad de los autores del hecho punible averiguando su persona y responsabilidad (art. 299 LECrim). En esa averiguación e inquisición, el *instructor no actúa obviamente acusatoriamente o en base a una imputación acusatoria de partes*.

Surge así un sistema acusatorio, no sólo mediático, sino *estructuralmente condicionado en sus resultados acusatorios* por la actividad de inquisición o averiguación al que, técnicamente, sólo es posible calificarlo como acusatorio “*a medio camino*”, que no debe ni puede satisfacer las aspiraciones de una buena administración de justicia penal y que, por tales razones, acoge lo que podría ser calificado como “*teoría de la apariencia acusatoria*”, consistente en admitir no tanto que el modelo es acusatorio, como que *aparentemente desea cumplir* sus postulados técnicos como tal modelo acusatorio. De aquí que se le denomine *acusatorio formal o mixto* por cuanto no existe *materialmente* desde el principio impu-

tación acusatoria, sino *formal* actividad de inquisición o investigación que, una vez finalizada, se *mixtifica* con la acusación de parte a través de la celebración del juicio o plenario.

Sin duda, no vale el proceso penal alonsoniano de 1882 *anclado* en las propuestas inquisitivas sumariales. ALONSO MARTINEZ, que ha pasado a la historia jurídica por ser uno de los ínclitos juristas españoles, pergeñó en 1882, a través de la LECrim, el sistema de proceso penal que luego se llamó *acusatorio formal o mixto*.

Históricamente la fórmula de ALONSO MARTINEZ fue una fórmula de *compromiso* que reflejaba la asunción de una propuesta continuista sumamente perversa: *no se rompía con el pasado de este país educado cultural y jurídicamente en la inquisitio generalis*. Pero, justo y debido al continuismo alonsoniano, se originaba el efecto más perverso de su propuesta: *técnicamente el juicio oral era tan sólo un trasunto de lo que en instrucción sumarial se realizaba*. En la propuesta alonsoniana, el juicio no poseía justificación alguna. *Era una copia del original pergeñado en instrucción sumarial. Sólo era necesario clonarlo*. De ahí que lo realmente importante era la instrucción *bien* pergeñada y que el instructor hiciera bien o, a ser posible, muy bien sus deberes.

La LECrim española, cuando adopta el modelo que responde al *sistema acusatorio formal o mixto*, lo hace, sin duda, con el deseo confesado de *armonizar* [mediante una *mixtura* que no deja de plantear problemas] dos modelos teórica y técnicamente *irreconciliables* como son, de un lado el modelo *inquisitivo* y de otro el *acusatorio*. Del primero se adopta la necesidad de que el instructor, al que se le confía la instrucción sumarial, actúe *de oficio* sin previa imputación acusatoria, igual y contradictoria, asumiendo, respecto de la instrucción sumarial que realiza, una posición *comprometida* con la instrucción misma que, técnicamente, le aleja de los criterios *garantistas* y, por razón de ese distanciamiento garantista, de su vocación de *imparcialidad*, pues el inquisitivo, en la instrucción sumarial, acaba arrastrándolo hacia la adopción de un criterio *parcial*, quizá justificado por su ensimismamiento en defender una tesis de imputación inquisitiva que, aún cuando sea válida, su sentido de la inquisición puede *perturbarle* hasta el punto de llegar a convertirse en un *inquisidor en su laberinto*.

Su labor de inquisición es técnicamente *relevante*, pues a través de ella, el instructor deberá [él sólo] concretar la imputación que ha venido elaborando o, si ello no ha sido posible, admitir que a la misma [a la imputación inquisitiva] no ha podido acceder, por lo que en este caso deberá adoptar lo que técnicamente se conoce como *archivo* o, en su caso, *sobreseimiento*.

Tanto su labor de *imputación o archivo o sobreseimiento inquisitivo* [puesto que es el instructor, y sólo él, “dueño y señor” de la inquisición que realiza] surge con lo que se denomina *instrucción sumarial* y finaliza a su término. Se tramita de ese modo, la primera gran fase que regula la LECrim de 1882: *la fase de instrucción*.

A continuación, y con carácter *intermedio*, se lleva a cabo el *examen* de esa actividad de imputación inquisitiva a través de un órgano jurisdiccional distinto al instructor, o *por el propio instructor*, que ha de *confirmar* esa imputación por lo que, si se observa bien, en el trance intermedio de confirmar o no *el buen hacer inquisitivo* del instructor en la instrucción sumarial, *el órgano del tránsito*, ya sea distinto al instructor o el propio instructor, se *contamina e implica con esa actividad de inquisición*. Y tanto es así, que en ese trance *intermedio* [en orden a pasar a juicio], la LECrim española *no preveía expresamente la audiencia del investigado por el instructor*. Surge así la segunda gran fase que se desprende de la LECrim. Es la denominada *fase intermedia*.

Cuando en *tránsito intermedio* se considera que la actividad de imputación inquisitiva realizada por el instructor *ha sido la oportuna*, es justo en ese momento en que técnicamente se accede a la *tercera fase*, que comprende el sistema *formal* en la LECrim española denominada *fase de juicio o plenario*. En ella desea irrumpir, *no un acusatorio formalmente guiado y conducido por el instructor* tipificado por la imputación inquisitiva, sino un *acusatorio materialmente conducido por las partes*, originándose una *mixtura* a través de una *alquimia* que pretende lograr *la transmutación maravillosa e increíble del modelo de inquisición en acusación*. Y en esa labor de transmutación maravillosa e increíble, bastante ha tenido que decir el Tribunal Constitucional español desde 1978, año en que se promulga la Constitución española.

En base a la *operatividad* de ese modelo *acusatorio y mediáticamente conducido por las partes en plenario*, es como se configuran, tanto el modelo de instancia procesal *única*, como el de *doble examen jurisdiccional* que acoge la LECrim. Ambos modelos se *tipifican* a partir de la *apreciación juradista según conciencia* de “las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos acusados [procesados]” (art. 741 LECrim), de modo que, es a raíz de un modelo técnicamente *juradista* [aún cuando posea el pecado original de la inquisición instructoria], como a través de él, el Tribunal dictará sentencia imponiendo o no, en su caso, la correspondiente pena.

Esá apreciación en conciencia justifica que, después de ella, *no exista, ni pueda existir técnicamente, una doble instancia al modo de la apelación civil.*

4. Un nuevo proceso penal adversarial

El nuevo proceso penal que ha de regular una futura ley procesal penal española ha de sustituir a los esquemas procesales propios del esquema acusatorio-formal de la LECrim de 1882 por cuanto *la actividad dispositiva de las partes personadas ha de ser determinante para su inicio, desarrollo y conclusión.*

La total estructura del nuevo proceso penal español se ha de justificar en los nuevos cometidos *adversariales* que asumen las partes, el instructor y el fiscal. Comenzando por este último parece no plantear dudas que el ministerio fiscal se ha de ubicar *finalmente* en el ámbito funcional que le es propio justo al *redescubrirse* sus auténticas dimensiones de instructor de la investigación del hecho punible y de parte. Por su parte, el imputado *reencuentra la par conditio* en relación con la acusación del fiscal al originarse las condiciones más óptimas para que haga uso del *derecho a la prueba*. Por último el instructor, que puede ejercer de “otriedad”, al tiempo que se tipifica por su cometido de *control*, asume *una función de garantía* acerca de la *disposición funcional adversarial de las partes en el proceso*. Se rechazan, pues, maximalistas hermenéuticas de lo que puede ser un proceso de partes al modo civil introduciéndose un modelo de estructura *rigurosamente adversarial* en el que, conjuntamente con la importante función de *control y de garantía* que ejerce el instructor, se diseña una actividad instructora de investigación del fiscal *exclusivamente complementaria y adversarial* de la

que también pueden *disponer* las partes en cuanto a la incoación y finalización de aquella.

Desde esa perspectiva, el nuevo proceso penal español ha de poseer una intensidad instructora totalmente desconocida por la alonsoniana LECrim de 1882, por cuanto supone la *total declinación* de los argumentos doctrinales que giran en torno a un particular modo de entender el principio de necesidad del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Para BARONA VILAR —que no hace más que seguir los argumentos de MONTERO AROCA— la puesta en práctica de ese principio supone que “*no existe la titularidad de los particulares de la relación jurídica material-penal*” por lo que concluye —siguiendo a MONTERO AROCA— que esas partes “*no pueden disponer del proceso penal, ni para la incoación ni para la finalización del mismo*”⁹.

Contrariamente a lo indicado por BARONA VILAR, el *modelo adversarial* se encuentra presente en el modelo de instrucción que ha de asumir el fiscal. Y con tal intensidad que desplaza periclitándolo al alonsoniano principio inquisitivo de la LECrim.

El ámbito *adversarial* que ha de surgir entre partes y fiscales y la *imparcialidad* del instructor son los signos *distintivos* del nuevo proceso penal *adversarial* alejados de los anómalos privilegios reconocidos en la LECrim de 1882 a fiscales e instructores por lo general “*emparejados*” los unos respecto de los otros.

Por tanto, *los criterios legislativos contenidos en la LECrim no son determinantes. Ni tampoco son claves los contenidos doctrinales sustentados al amparo de aquellos criterios legislativos.*

La razón es preciso hallarla en una LECrim española de 1882 preocupada más en justificar un [sucedáneo de] modelo que pretendía ser el paradigma de la *superación* del modelo inquisitivo y del modelo acusatorio. Su propuesta era algo así como lo que sigue: *no adopción del todo del modelo inquisitivo pero por ello no adopción del todo y, por contra, del modelo*

⁹ Cifr. “La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”, RGDN° 618, p. 1831.

acusatorio. Era y es como “*un quiero y no puedo*”. Quiero [el legislador] un modelo inquisitivo pero frente a ese tal anhelo se erigía su perversidad histórica. Pero a la vez quiero [el legislador] un modelo acusatorio pero frente a su anhelo se erigía su liberalidad y, en cierto modo, su descontrol que pudiera hacer peligrar el “orden establecido” [lo que denota falta de madurez del destinatario del modelo]. Por ello, no es de extrañar que la LECrim española de 1882 adoptara un modelo que, *al final no era, ni es un modelo a seguir porque precisamente no adopta modelo alguno*, sino más bien refleja la *tensión* entre dos modelos que por ser antitéticos *se repelen*. Esa antítesis ha obligado, no sólo al Tribunal Constitucional español a abanderar posturas más que epidérmicas en favor del modelo acusatorio en detrimento del inquisitivo, sino que más bien aquella antítesis, originada por la *ausencia de modelo en la LECrim*, ha justificado de consuno un tratamiento unidimensional de la misma basado en la operatividad del modelo inquisitivo *en contraposición al modelo acusatorio o viceversa*. De tal modo esa ausencia de modelo ha imprimido carácter, que la LECrim de 1882 sólo era examinada y aprehendida a través de la *falsedad* de los postulados de ese tratamiento unidimensional dada la *aparente* operatividad [al propio tiempo] de ambos modelos. El final de ese planteamiento es el despropósito legislativo y también el doctrinal obligado a actuar *exclusivamente* a través de los esquemas de dos modelos como el inquisitivo y el acusatorio que por propia naturaleza se repelen. Más allá de tales modelos justificadores de una LECrim, que no posee modelo, no existía capacidad de resolución doctrinal.

En el futuro no es posible seguir actuando de ese modo. *Ahora, ha de existir modelo*. Es el *adversarial* desconocido en el esquema aplicativo de la LECrim de 1882.

Pero obsérvese que, en razón a que se adopta un *modelo, se superan* las señas de identidad del modelo acusatorio *pergeñado* a través de la actuación referente del modelo inquisitivo. Y es así porque en el nuevo modelo adversarial de proceso penal ya no existe inquisición. Se puede percibir entonces que, en el nuevo modelo de proceso penal que se postula, no existe un modelo acusatorio *tutelado* por la inquisición, sino más bien de operatividad *plena* de *otro modelo distinto como el adversarial* en el que no interesa tanto la acusación formal o adjetiva justificada en los

elementos inquisitivos sino más exactamente la existencia de un ámbito *adversarial* que *provoca la reacción dispositiva del adversario que pasa de ser víctima formal o adjetiva por razón de los elementos inquisitivos determinantes de la acusación en parte sustantiva y autónoma en relación con la acusación planteada [adversarial] [se pasa de la víctima al adversario]*.

Por tanto, frente a un modelo acusatorio pergeñado inquisitivamente y tutelado inquisitoriamente se accede a un modelo *sustantivamente adversarial*, lejano del modelo acusatorio pergeñado en la LECrim española de 1882 y cercano por contra al "*adversary system*" de trazo anglosajón. **El modelo acusatorio ha de ser desterrado de nuestro enjuiciamiento criminal. El Tribunal Constitucional español ha evidenciado que históricamente ha sido un modelo sumamente imperfecto y técnicamente muy reprochable.**

5. La preterición del juez instructor

La instrucción sumarial, tal y como se tipifica en la LECrim española de 1882 es un producto procesal perverso. Apoyada aún en la aplicación, sin paliativos, del principio inquisitivo, la instrucción sumarial proyecta perversidad ya que en el ámbito *orgánico*, la aplicación del principio inquisitivo provoca que el instructor se constituya en la consecuencia ineludible del desarrollo del principio y que, por tanto, sea un *inquisidor que muta su condición orgánica* —de órgano jurisdiccional de *garantía* de la acusación y defensa— en la de *simple acusador*. Se produce así un *mutante orgánico*.

La aplicación del principio inquisitivo, al tiempo que orgánicamente tipifica un inquisidor, provoca, como no podía ser menos, que actúe *funcionalmente* —en el ámbito funcional de la jurisdicción— como tal inquisidor. Esto es, con poderes de instrucción *ilimitados* en orden a la acusación inquisitiva. Surge así un *acusador funcional* que suplanta a través de la función inquisitiva que asume, la actividad acusatoria de los personados en la instrucción. El instructor pasa así, de órgano jurisdiccional, a *acusador parcial* en la medida en que se *alinea* con la posición de una de las partes personadas. Se origina, por tanto, un *mutante funcional*.

Además, el modelo del órgano inquisidor que actúa funcionalmente como tal *no es procesal*. Podrá ser un modelo funcional administrativo-

judicial. *Pero no procesal*. La ausencia en la instrucción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad que ceden ante la aplicación del principio inquisitivo y su investigación no jurisdiccional supone una instrucción *ausente de garantías adversariales*. La desconfianza de la LECrim de 1882 hacia ese tipo de instrucción es de tal intensidad que luego, ella misma [la LECrim de 1882], acude a las garantías que no existieron en la instrucción y las *ubica* en la fase de plenario por lo que, salvo prueba preconstituida practicada con todas las garantías, nada de la instrucción debería pasar al plenario.

En consecuencia, el “coste orgánico” es tremendo: *supone mutar el órgano jurisdiccional en un ente que actúa con arreglo a parámetros administrativos-judiciales inherentes a una investigación inquisitiva no jurisdiccional con lo que se le atribuye una funcionalidad totalmente alejada de la que le caracteriza constitucionalmente, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117.3. de la Constitución) *con todas las garantías como “juez de garantías”*. Surge así un modelo orgánico “inconstitucional” que, a la vez que mutante, tipifica la instrucción a través de un desvincijado puzzle orgánico *en la medida en que el cometido administrativo-judicial-no jurisdiccional de investigar en el órgano jurisdiccional no es constitucional*.

Con la tesis expuesta, [y que planteé en mi trabajo *¿Es constitucional la figura del instructor acusador?* (Cfr. AJA, N° 233 de 1996)], se sitúa RODRÍGUEZ RAMOS para quien instruir no es función jurisdiccional por cuanto —dice— que *“instruir no es juzgar, ni hacer ejecutar lo juzgado ni, en fin, proteger derechos fundamentales o inclusive no fundamentales —meramente procesales— de las personas, salvo en casos muy concretos, supuestos en los que si tendría que intervenir un órgano jurisdiccional; instruir —añade— es más bien una actividad policial investigadora, encaminada al esclarecimiento de los hechos para poder constatar prima facie si hay apariencia de delito y de posible autoría y de participación en el mismo, y en caso positivo, aportar las investigaciones al órgano jurisdiccional que tendrá que enjuiciar —juzgar— tales hechos y personas; si finalmente hay condena, el mismo órgano deberá hacer ejecutar lo juzgado”*¹⁰.

¹⁰ Cfr. “¿El juez de instrucción es inconstitucional?”, en AJA N° 261, 1996.

6. Un nuevo juez de garantías

En el nuevo proceso penal español que se postula *permanece* el instructor, pero ya no es el instructor que ha tipificado la historia más reciente del procesalismo penal español.

Ningún tipo de reproche a la proyección *estrictamente orgánica* al instructor de la LECrim de 1882. Muy distinta es, en cambio, *la tipificación funcional* que se ha de realizar *en relación* con ese órgano jurisdiccional. Ciertamente no podía ser de otro modo desde una *justificación exclusivamente técnica y adversarial*.

La instauración del modelo *adversarial* de proceso penal que se postula tiene que afectar, sin ningún tipo de duda, al *ámbito funcional* del instructor de la LECrim de 1882, *que deja de ser un instructor inquisitivo*, por lo que *de entrada* se comienza por abandonar el sistema instaurado en 1882 por la LECrim y se pasa a postular la existencia de un *juez de garantías*.

El inquisitivo presente en nuestra LECrim de 1882 era proclive a crear un “inquisidor general” cuya actividad tendente a la *pesquisa total no poseía límite alguno en la práctica*. Ahora esto ya no será posible —al menos en el modelo de enjuiciamiento que se postula—.

En la LECrim de 1882 el instructor es clave para comprender el *ahocicamiento inquisitivo* de nuestra historia procesal penal, por cuanto a través de ese instructor se tipifica una fase de naturaleza *no jurisdiccional* que tiene por objeto buscar y asegurar la prueba tendente al esclarecimiento del hecho punible y aún cuando tales actos de investigación tenían y tienen una función cautelar, sin embargo, en la realidad práctica *adquirían y adquieren también una función probatoria*.

De ahí que el instructor inquisitivo de la LECrim de 1882 encargado de la investigación *no pueda ser imparcial* en la medida en que no sólo tiene como función *la búsqueda y formación de la prueba, sino que decide a la vista de todo lo practicado probáticamente por él mismo* [auto de procesamiento: artículo 384 LECrim]. *Por ello resultaba evidente aludir a un instructor-acusador*.

Ese “instructor-acusador” no sólo realiza una actividad de *búsqueda e investigación de los medios de prueba* relativos al hecho punible y su presunto

autor sino que también, y al mismo tiempo, asume una actividad de *formación* de la prueba, que después es conocida en plenario o juicio. Ese conocimiento se posibilita a través de la lectura de los actos instructorios en el juicio, con lo que el resultado de la instrucción puede llegar a fundamentar la decisión final del proceso, siendo utilizados esos actos como “fuentes imparciales de prueba” y contribuyendo a formar la íntima convicción del Tribunal del plenario”. Como consecuencia de todo esto, la fase del juicio se convierte *en una mera verificación de todo lo acaecido en la previa instrucción*.

En el nuevo modelo de enjuiciamiento que se propugna, la tradicional tipificación *orgánica* de la figura del “juez instructor” va a poseer —a diferencia de la tipicidad que le caracteriza en la LECrim de 1882— *una proyección funcional esencialmente garantista*. Esta *proyección funcional de garantía* supone que, conjuntamente con la obviedad de que el nuevo “juez de garantías” no va a poder instruir, su cometido funcional se reubique *en función de garantizar la plena operatividad del modelo adversarial en la instrucción*. Desde esa perspectiva, el instructor deja de ser *el centro de la instrucción* y pasa a ser el elemento orgánico *indispensable* que suponga *garantizar la plena operatividad del modelo de imputación adversarial en la instrucción*.

En consecuencia, su cometido funcional *en nada le vincula con un instructor “juzgador”* que deba resolver *cuasi juicios*. *No se van a realizar juicios o “cuasi juicios” en la instrucción*, que sólo tienen lugar —los juicios, no los *cuasi juicios*— en la fase de plenario o juicio oral. Por tanto, no existe el peligro de que el órgano jurisdiccional *se convierta* en juzgador “garantista” que elimine la *garantía* del justiciable a ser juzgado por un órgano jurisdiccional distinto.

Además, la *proyección funcional de garantía* que asume el órgano jurisdiccional supone que su operatividad descansa *en la garantía de su imparcialidad* de modo que la *proyección funcional de garantía* que le caracteriza, pivota sobre la *garantía de su imparcialidad* porque *ha de garantizar la plena aplicación del modelo adversarial de imputación en la instrucción*. Por ello, no es de extrañar que, la *garantía de imparcialidad* del órgano jurisdiccional se refuerce especialmente, pero porque justamente se atiende a la vez a pretensiones y resistencias contrapuestas o de signo contrario

[adversariales], formuladas las unas por la acusación, las otras por la defensa, lo que supone según el modelo que se postula la *reubicación* del juez instructor de la LECrim de 1882 y la *eliminación* de su producto inquisitivo más emblemático como es el caso del “auto de procesamiento” exigido por la necesaria *unidad del sistema* en lo concerniente a la imputación adversarial.

El nuevo órgano jurisdiccional ha de ser un “*moderador*” *garantista de la instrucción confiada al fiscal*. Su “*moderación*” *garantista* se debe traducir en la *exclusión* del carácter inquisitivo de la instrucción del fiscal. Lo que significa que *desde el momento en que la actividad investigadora se dirige por el fiscal contra persona determinada el órgano jurisdiccional solamente puede actuar a requerimiento de parte adversarial*.

Es, por tanto, un órgano jurisdiccional que se aleja del modelo *objetivo* de la *inquisitio generalis* sustentado en la *pesquisa inacabable* que *hurta* el debate *contradictorio, inmediato, público y adversarial* cuando justamente de lo que se trata es que esos elementos del enjuiciamiento sean *operativos* desde su inicio mismo. En tal sentido, la *pesquisa* ya no es válida para el nuevo “juez de garantías” por cuanto la instrucción del fiscal sólo se va a justificar en los elementos de imputación que adversarialmente introduzcan las partes personadas, pero no como hacía el instructor de oficio con la LECrim de 1882. Se diseña así un *sumario participativo y corresponsable* que, con apoyo en el modelo adversarial, *garantizará* su pronta terminación o archivo. Pero en modo alguno se permite que una *inquisitio generalis* propia de la “*perversidad sumarial*” de la LECrim de 1882 hurte indefinidamente el debate contradictorio.

La circunstancia de que el órgano jurisdiccional en la instrucción actúe predominantemente a *excitación y garantía de parte adversarial* no supone un mal entendimiento de lo que es un juez imparcial (“no contaminado”) ni tampoco que se asista a una supuesta “*privatización del proceso penal*” a la que coadyuve un supuesto *desdoblamiento* de su personalidad o *metamorfosis* dependiendo del trámite en que intervenga.

Por el contrario, la presencia del órgano jurisdiccional en la instrucción es *garantía de la judicialización del sumario*. Se trata de un *órgano plenamente jurisdiccional, carente de capacidad indagatoria, con funciones de garantía y control imparcial de la actividad de las partes personadas*.

Surge así aquel carácter de *otriedad* determinante para tipificar a un órgano jurisdiccional no interesado en el desarrollo ni en el resultado de la actividad *adversarial* de parte. Muy al contrario, se mantiene al margen de la misma debiendo adoptar sus resoluciones sobre la *base* de los elementos adversariales aportados por las partes personadas.

Esa *imparcialidad* se acentúa cuando las declaraciones efectuadas en fase de instrucción y en su presencia, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tienen valor probatorio alguno de los hechos en ella afirmados. Esa exigencia no implica, en modo alguno, derogación de su imparcialidad por cuanto, a través de ella, no se le reconoce ningún poder de iniciativa en relación con esa prueba ni tampoco se le permite construir líneas de investigación ya que sólo actúa en ese ámbito *garantizando la actuación adversarial de las partes personadas*.

De lo expuesto, se deriva la existencia de un órgano jurisdiccional que es *garantía y protección* de los derechos y libertades fundamentales del imputado. Asume el *control y garantía* de la duración de la instrucción. Asume igualmente el *control y garantía* del ejercicio adversarial de la imputación penal y, en fin, es *garantía* de la formación de la prueba [preconstituida] durante esa instrucción.

En materia de libertad personal, le corresponde *garantizar* adversarialmente la adecuada adopción de las medidas cautelares personales (detención, prisión preventiva y libertad condicional), *controlar* la duración de la instrucción impuesta por la válida actuación del modelo adversarial y *controlar*, igualmente, el ejercicio de la imputación penal en el sentido de asegurar, de un lado, la observancia de la obligatoriedad del *debido* proceso con todas la garantías (art. 24 de la Constitución) y, de otro, *impedir* su ejercicio de forma indiscriminada.

Por último, su competencia esencial es la de *garantía sobre la formación de la prueba*. El instructor asume la función de *garante* de la legalidad y del ámbito adversarial en orden al desarrollo de un acto, la asunción de prueba, que se configura como *excepcional* en un sistema donde su investigación es preterida y la imputación *adversarial* tiene como única finalidad la búsqueda de las fuentes de pruebas *necesarias para el plenario*, además de evitarse la *dispersión de la prueba no repetible en el juicio*.

7. Un nuevo fiscal adversarial

Es preciso atribuir al ministerio fiscal el cometido de *órgano investigador de la acusación constituyéndose, a la vez, en parte acusadora adversarial*.

Con ocasión de la vigencia de la LECrim española de 1882 el ministerio fiscal, aún cuando asume el cometido de órgano de la acusación, se caracteriza por su *prevalente* misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, para lo cual debe “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u *oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda*”.

Este cometido del ministerio fiscal le permite a los fiscales poder plantear la *absolución* del acusado e impugnar, en su caso, la sentencia en interés de la acción de la justicia. La LECrim de 1882 atribuía —y sigue atribuyendo— también a los fiscales “que intervengan en el procedimiento penal” cuidando “dentro de los límites de su respectiva competencia, *de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallase asistido de defensor*” (art. 2 LECrim). Las anteriores indicaciones legales evidencian el carácter sumamente *híbrido* del ministerio fiscal al que *difícilmente* se le puede definir como órgano de la acusación en la LECrim cuando, al propio tiempo, se sostiene que puede “instruir [al acusado] de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar”.

La *equivocidad* del ministerio fiscal resulta extremadamente lampante lo que obliga, bajo la vigencia de la LECrim de 1882, a que los fiscales en sede sumarial puedan estar presentes en diligencias sumariales, no como partes sino, como órganos cuyo cometido no es otro que el de la *promoción* de la justicia y no propiamente el de un órgano de la acusación. ALONSO MARTÍNEZ a través de la exposición de motivos de la LECrim lo indicaba bien claramente cuando señalaba “...reconocida y sancionada la existencia del ministerio fiscal, a quien se encomienda la misión de promover la averiguación de los

delitos y el castigo de los culpables, *sin dejar por esto de defender a la vez al inculpado inocente...*”.

La *híbrida* funcionalidad del fiscal podría resultar incluso *inconstitucional* en todos los casos en que “su promoción de la justicia” le permita estar presente en la instrucción sumarial *emparejado* con el instructor *con exclusión* de las partes personadas.

En la futura reforma del proceso penal español se desea *evitar* esa equivocidad perfilándose, de una vez por todas, el cometido acusatorio y adversarial del ministerio fiscal. Pero indicado lo anterior, no es menos cierto que, una vez obtenidos los elementos idóneos para justificar la acusación *no le corresponde a los fiscales obtener los posibles medios probatorios con exclusión de las demás partes personadas por cuanto las pruebas se obtienen en un ámbito adversarial*. Por ello, el cometido adversarial de parte de los fiscales surge más netamente definido cuando el resto de acusaciones y la defensa *pueden actuar adversarialmente* ya que, en caso contrario, —modelo LECrim de 1882— el ministerio fiscal, en aplicación de su cometido en orden a promover la acción de la justicia, deberá actuar a través de un esquema procesal en el que *su condición de parte adversarial no se encuentra tan netamente delineada*.

En ese ámbito el fiscal *no inspecciona absolutamente nada ni protege a nadie*. El acusado y las víctimas ya tienen sus abogados defensores para que les protejan. Y, por lo demás, el impulso y simplificación del procedimiento son cometidos de los nuevos ámbitos funcionales que asumen el “juez de garantías” de la instrucción.

Pese a las anteriores indicaciones, lo cierto es que el guión, pergeñado con la connivencia de la LECrim de 1882, actúa *implacable*. Y así es posible seguir asistiendo a un fiscal que continúa “promoviendo la acción de la justicia” y que, con tan singular híbrida funcionalidad *igual acusa que defiende, igual es apelante que apelado*.

Esa *disfunción* es preciso eliminarla. Incluso pueden surgir concretos y puntuales piques —y no tan concretos— entre el fiscal y el resto de las acusaciones *pretendidamente* justificados en el rango de autoridad que ostenta el fiscal respecto del resto de las acusaciones. El fiscal es, sin duda, un elemento distorsionante.

El fiscal es quien inquiere e investiga. En la instrucción *adversarial se inquiere y se investiga*. Y se instruye en función del ámbito adversarial que *dispositivamente* plantean las partes personadas respecto del cual el cometido funcional de *garantía* que asume el órgano jurisdiccional, salvaguardando las garantías de la instrucción, *es troncal*. Pero sobre todo, el fiscal instructor *no es el instructor inquisitivo alonsoniano*. El modelo procesal penal español al admitir, *conjuntamente con la acusación particular, la popular permite afirmar que, técnicamente y mientras subsistan tales acusaciones, el fiscal va a poder instruir porque, si no se le permitiera instruir al fiscal, al resto de las acusaciones se les vedaría actuar adversarialmente. Además, es posible que esas acusaciones —exceptuada la acusación del fiscal claro está— actúen adversarialmente quizá con mejor criterio que el del fiscal por cuanto nunca será posible ontológicamente que tales acusaciones puedan alinearse con una postura de no agravamiento de la responsabilidad penal del acusado como así puede suceder con el fiscal híbrido que tipifica el artículo 2 LECrim.*

La *incomprensión técnica* de la metodología adversarial quizá pueda originar la *altivez corporativa* que puede que no se muestre indolente frente a esta nueva concepción del fiscal en la que dejaría de ser un *postulador privilegiado*. Es simplemente un acusador adversarial más que puede ser incluso *superado funcionalmente* por el resto de los acusadores personados en la causa. En consecuencia no es de extrañar que el cambio que se opere plantee la *perplejidad corporativa* de quien —el fiscal quizá se considere traicionado desde la atalaya privilegiada que le brinda el *sistema* [judicial] vigente de la LECrim de 1882 por cuanto el *nuevo sistema* le sitúa *al ras de la postulación adversarial*.

Compartir acusación con el resto de los acusadores puede originar el *desconcierto personal y el desorden metodológico* de la LECrim de 1882 que tipifica al fiscal con unos perfiles orgánicos y funcionales [funcionariales] sustentados en la *centenaria desconfianza* hacia los operadores jurídicos postulantes respecto de los cuales era preciso *marcar la diferencia* a través de la creación de especiales capacidades de capacitación funcionariales legitimadoras de su ámbito orgánico *pero posiblemente no siempre de su proyección funcional*. En el importante cometido del juicio la postulación *no conoce de grados funcionales*. Es *democrática y adversarial* y quien mejor postule es quien *atrapará* la convicción

del Tribunal. No quien en su postulación *solo* le asiste la pertenencia corporativa y funcional.

La declinación del modelo de desarrollo funcional inquisitivo y la conceptualización del ministerio fiscal como elemento clave en la estructuración de un ámbito adversarial justifican la cualificación de su cometido como esencial tanto en trámite de instrucción e intermedio como en el acto del juicio oral.

En la nueva reforma del proceso penal español se ha de exigir del Ministerio Fiscal, un permanente y decidido compromiso instructorio, procesal y material, que redunde en la protección del interés público tutelado por la ley.

Pero, al propio tiempo, no pasa desapercibido que una de las más importantes novedades que ha de aportar la futura reforma procesal penal ha de consistir en reducir a la nada —al mínimo— el valor probatorio de las investigaciones instructoras o en sede intermedia *con el fin de otorgar plena actuación al ámbito adversarial en el momento de la formación de la prueba.*

Por contra, en la LECrim española de 1882 las pruebas ubicadas en fase de instrucción o en sede intermedia, *ingresan* en el juicio oral con el fin de transformar el contradictorio en orden a la formación de la prueba *en un contradictorio sobre la prueba ya formada.* Este cometido, sancionado aún por la vigente LECrim, resulta particularmente anómalo cuando esas pruebas *son asumidas* por el órgano del que justamente se demanda el ejercicio de la acusación. Se ha de eliminar esa grave anomalía y consecuentemente acentuar las connotaciones de *parcialidad adversarial* de los fiscales en el nuevo proceso penal que se instaure.

Se ha de abordar, por tanto, la cuestión relativa a si existe o debe existir "*pretensión instructora*" por parte de los fiscales. Pero, la prueba va a ser tan sólo la que se asuma adversarialmente por lo que, en sede instructora o intermedia, se accede sólo a elementos, *a consecuencia de la acusación adversarial ejercitada*, que no deben, en ningún caso, asumir valor probatorio en sede de juicio oral. Si se observa bien, la noción de instrucción acuñada por la LECrim de 1882 no poseería ningún significado o relevancia en el nuevo proceso penal acorde con la *declinación* de cualquier forma de jurisdiccionalización del ministerio fiscal.

De lo que no cabe duda, por tanto, es de la necesidad de que el fiscal *instruya*. Justo porque la instrucción inquisitiva *desaparece* es por lo que no es posible que ahora se reivindicque esa misma instrucción para el fiscal para situarse *en el lugar* del instructor inquisitivo. La instrucción del fiscal surge de la exigencia de los *nuevos cometidos instructorios que se postulan que no son los de la alonsoniana LECrim sino los adversariales*.

Por ello causa extrañeza la convicción expresada por BARONA VILAR, sin duda de modo vehemente y poco meditada, al indicar que «no comparto la opinión de quienes mantienen que la instrucción *debería dirigirla el Ministerio Fiscal*. Creo en la necesidad de que el Fiscal tome conciencia, como parece lo está haciendo, de la necesidad de colaboración y práctica en determinadas diligencias de investigación, pero no considero que la dirección de la investigación deba asumirla el Fiscal, fundamentalmente por la configuración orgánica del mismo, por los peligros que esa configuración podría llevar aparejados en determinados casos en que la justicia dejaría de ser igual para todos, al permitirse la no sujeción de determinados sujetos “con poder” a la fiscalización penal»¹¹.

Quizá los términos expresados por BARONA VILAR solo pueden justificarse en el desatino metodológico.

8. La introducción de la parte adversarial en el proceso penal

Frente a las veleidades de cierto sector doctrinal español, postulador de la preterición de un concepto *procesal y adversarial* de parte en el ejercicio funcional de la jurisdicción penal, especialmente influenciado por modelos extranjeros, quizá *faltos de una visión garantista adversarial* o, posiblemente, caracterizados por una concepción de corte *autóctona e ideológica* del concepto de parte [por ello totalmente preterida], es preciso reclamar y *aclamar* la existencia en una futura reforma del proceso penal de un concepto de parte *procesal adversarial*.

¹¹ Cfr. “La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”, *RGD* N° 618, p. 1829.

La preterición de un concepto *procesal y adversarial* de parte quizá surja, resueltamente expuesta, del estudio del proceso penal alemán en el que, según indica GÓMEZ COLOMER, el concepto de *parte procesal* [no ya la *parte procesal adversarial* que por supuesto es preterida] es prescindible¹².

El modelo de partes del proceso penal alemán no es útil para la adopción de un modelo adversarial de partes en el futuro proceso penal español. No debe ser el modelo a seguir al menos en el modo en que lo explica GÓMEZ COLOMER. Es más, sus atributos técnicos, concretados en un ejercicio del *ius puniendi* irreductiblemente autóctono, sólo deben ser contemplados como *curiosidad legislativa* que, no sólo no hay que seguir sino que, es preciso superar y preterir. Un concepto adversarial y procesal de parte así lo exige.

En efecto, y frente a tendencias doctrinales amparadas en el derecho comparado postuladoras de la desaparición del concepto de parte o de un concepto de parte *inmerso* en el laberinto inquisitivo o cuasi inquisitivo, o *formalmente acusatorio*, es preciso reclamar y proclamar la existencia de partes procesales en el proceso penal que, lejos de ser *tributarias* de una conceptualización *acusatoria formal*, se personen *adversarialmente* y en el plano de *iguales garantías adversariales* en una funcionalidad jurisdiccional que actúe, no a remolque de esa conceptualización *formal*, sino de una caracterización *sustantiva* y de *iguales garantías adversariales* de parte procesal que posibilite *preterir* aquella conceptualización *formal tributaria* de la actividad de inquisición o investigación basada en esquemas de "autoridad", *no jurisdiccional*, del instructor.

La exclusión sin paliativos de ese modelo conceptual, contemporáneamente cómplice con postulados ideológicos que flore-

¹² Señala GÓMEZ COLOMER que, "a diferencia de la ZPO, la StPO no emplea ni una sola vez el concepto de "parte", sino el de "participante". Con ello la Ley trata de poner de manifiesto, puede pensarse —dice—, que en el proceso penal no existen partes que luchen entre sí por intereses propios, que tengan una contradicción de intereses, y que los persigan y defiendan en igualdad de condiciones".

GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona 1985, p. 67.

cieron en los años treinta del siglo XX y que impregnaron lo que luego se denominaron códigos fascistas acerca del proceso penal, [como era el caso del *Codice di Procedura Penale italiano* vigente hasta fechas muy recientes en Italia] ha de ser determinante. No es posible preterir el concepto de parte procesal, como era común hacer en aquellos códigos fascistas [en sus contemporáneos y en los que les precedieron] que actuaban *acordes* con el postulado ideológico según el cual lo conveniente técnicamente consistiría en la exclusión, *sino total*, si al menos *sustantiva y adversarialmente*, del concepto de parte, por cuanto, de admitirse lo contrario, se quebrantarían los cimientos en los que la imputación inquisitiva, y como no, los poderes omnímodos del instructor inquisidor, se sustentaban. La parte *procesal* no sólo había que excluirla, sino que había que *recluirla* a características conceptuales *meramente formales* para, de ese modo, no ensombrecer, no ya los postulados ideológicos del poder establecido sino, los poderes que asumía el instructor inquisitivo en una misma línea de continuidad entre el *poder establecido-poderes instructorios*.

Bien, todo este esquema conceptual es preciso preterirlo. *Y lo curioso es que la LECrim de 1882 no lo excluye*. Se ha de insistir en esa curiosidad crítica en tanto en cuanto, que tales esquemas conceptuales no pueden permitir *ontológicamente* construir el concepto de parte *procesal*. *Y menos aún el concepto de parte procesal que actúa en un plano de igualdad de garantías adversariales. Es absurdo que quien omnímodamente actúa como instructor inquisidor permita que, conjuntamente con él, actúen otros como partes. Admitirlo sería algo como alcanzar la cuadratura del círculo*.

Ni siquiera es parte el fiscal en la LECrim española de 1882. La práctica nos muestra un fiscal que, al no poder ser técnicamente parte, se *empareja* con el instructor, lo que, sin duda, origina una situación de descerebramiento técnico inequívocamente inconstitucional por cuanto, ante la banalidad del fiscal de llevar a cabo semejante postulación como parte, se admite, en la conceptualización técnica de la inquisición o investigación (art. 299 LECrim), como un inquisidor más que pugna, o en el mejor de los casos se *empareja*, en esa actividad de inquisición con el instructor. Al final, el resultado es tremendamente perverso: *existen dos inquisidores y el fiscal obviamente no es parte*.

Ese esquema conceptual es, sin duda, una barbaridad técnica y la LECrim de 1882 al acogerlo es cómplice con semejante barbarie. Pues, si se observa bien, el *concepto de parte no existe* en semejante esquema conceptual. El fiscal -no es parte. Pero, tampoco el resto de sujetos personados en el proceso penal. A lo máximo a que pueden aspirar es a que sean considerados *formalmente* [no sustantivamente ni por supuesto adversarialmente] partes y siempre que esa formalidad *no disturbe ni perturbe* la actividad de inquisición o investigación (art. 299 LECrim) [no jurisdiccional] que realice el instructor o, en su caso, el fiscal.

Al final los personados, salvo el fiscal *cuando se empareja* con el instructor, son *meros espectadores* de una escena o puesta en representación inquisitiva o de [proceso] persecución a los que le es negada una sana *imparcialidad garantista* del instructor.

Una vez más es preciso postular que, todo lo indicado, debe desaparecer en una futura reforma de la ley procesal penal; y, para que desaparezca, es preciso preterir no la instrucción que debe permanecer, sino el *cometido funcional* del instructor *y que pase de ser un instructor comprometido con la acusación [y con la actividad de inquisición e investigación que realiza] a un instructor que presuma de otriedad garantista, permitiendo que, no formalmente, sino con sustantividad adversarial garantista, las partes planteen sin complejos técnicos un modelo adversarial de justicia penal.*

Entonces, justo entonces, habrá partes en el proceso penal y, de una vez por todas, no habrá que acudir a tal o cual legislación extranjera para explicar la función de las partes en el proceso penal, y justo también entonces se superarán los obstáculos, que aún existen en la LECrim de 1882, para postular la existencia de auténticas partes *sustantivas y adversariales* en el proceso penal y, por tal razón, *acreedoras de unas mismas garantías.*

Y no se postule que tales partes ya existen cuando redactan sus escritos de acusación o de conclusiones provisionales, porque, en fase de plenario, tampoco existen técnicamente partes por cuanto que, en aquello en que aquellas partes concluyen o es objeto de acusación, *no han intervenido materialmente [dispositivamente] y adversarialmente.* Son partes *mediáticas* puesto que no han hecho uso de una imputación adversarial

por cuanto que la actividad de inquisición o investigación no jurisdiccional (art. 299 LECrim) del instructor, o en su caso del fiscal emparejado, *no les permitió imputar adversarialmente*.

La imputación, que esas partes personadas plantean en fase de plenario, es el producto de la *mixtura formal* de la LECrim de 1882 *que es ajena totalmente a un modelo procesal y adversarial de parte*.

En consecuencia, ¿existen partes procesales en la LECrim de 1882? La respuesta ha de ser rotunda: NO. Y esta conclusión, sólo achacable a la LECrim de 1882, obliga a *preterirla* y a postular un texto legal que, de una vez por todas, admita el concepto de parte procesal en su proyección *sustantiva y adversarial* y que suponga, como no podía ser menos, la *exclusión total* de la conceptualización de parte *formal* acorde con el esquema *formal o mixto* [inquisitivo-acusatorio] postulado por la LECrim de 1882.

Con arreglo a los postulados del ejercicio funcional del modelo *formal o mixto* no es posible aludir a partes procesales adversariales en la LECrim de 1882. Sólo existen partes desde la exclusiva proyección *formal o mixta*. Desde esa sola perspectiva la LECrim de 1882 ha llevado a cabo *tan sólo* una *fijación semántica* de las partes en el proceso penal.

Esa fijación semántica es especialmente relevante en el artículo 19 LECrim. En ese precepto se alude, no ya a la existencia *semántica* de partes en el juicio de faltas (art. 19.1º LECrim), sino a la fijación semántica de esas partes en la instrucción, conocimiento y fallo de los procesos por delitos. En ese precepto se evidencia que el legislador procede a la fijación semántica del *fiscal* como parte y, conjuntamente con éste, del *acusador particular*, del *procesado* y la *parte civil*, *ya figure como actora* [actor civil] *ya aparezca como responsable* [responsable civil]. Y no hay más. Existe el desco de *sistematizar semánticamente* los sujetos que intervienen en el enjuiciamiento criminal a que alude la LECrim de 1882 sumamente *imperfecto* con el que se no se les ha preterido *formalmente*. Muy al contrario, la LECrim *se sirve de ellos*. Pero, *no existe un concepto adversarial de parte*.

UNIDAD II: VERDAD PROCESAL, LITIGACIÓN, PERSUASIÓN Y ORALIDAD

- 1) NEYRA FLORES, José. Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Código Procesal Penal, disponible en: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0bc81c80443f92d68dc8dde309de3e9/ManualJuzgamientoo_NEYRA+FLORES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0bc81c80443f92d68dc8dde309de3e9, pp. 39-53.
- 2) SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2015, pp. 73-80.

UNIDAD II: VERDAD PROCESAL, LITIGACIÓN, PERSUASIÓN Y ORALIDAD

- 1) NEYRA FLORES, José. Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Código Procesal Penal, disponible en: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0bc81c80443f92d68dc8ddeb309de3e9/ManualJuzgamientoo_NEYRA+FLORES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0bc81c80443f92d68dc8ddeb309de3e9, pp. 39-53.

UNIDAD II: VERDAD PROCESAL, LITIGACIÓN, PERSUASIÓN Y ORALIDAD

2) SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2015, pp. 73-80.

UNIDAD III: PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD

1) MAUET, Thomas. Estudios de Técnicas de Litigación, Jurista, Lima, 2007.

THOMAS A. MAUET

ESTUDIOS DE TÉCNICAS DE LITIGACIÓN



JURISTA
editores

PENALÍSTICA

WWW.JURISTA.COM

LA PSICOLOGÍA DE LA PERSUASIÓN DEL JURADO*

* El presente trabajo fue realizado en coautoría con *Michael Owen Miller*. Ph. D. (1980), Universidad de Michigan; J.D. (1984), Universidad de Arizona.

I. Introducción

El objetivo en cada juicio de jurado es persuadir a suficientes integrantes del jurado de que nuestra conclusión final es justa conforme a los hechos y garantizada por la ley. Para alcanzar ese objetivo, cada abogado litigante debe entender los principios psicológicos con el objeto de:

- predecir cómo los presuntos miembros del jurado probablemente reaccionarán ante las medios de prueba.
- explicar los mecanismos de aprendizaje que asisten o dificultan la comprensión de los diversos tipos de información presentada en el proceso, y
- aconsejar qué formas de argumento funcionan en un marco grupal.

Los principios psicológicos que afectan a los jurados han sido el objeto de tratamiento de una gran cantidad de libros¹. Mucha de la literatura publicada en esta área, sin embargo, está dirigida a sociólogos o peritos forenses. Las discusiones de métodos experimentales, el uso de la estadística y el lenguaje especializado hacen desistir al abogado litigante de consultar esta literatura con confianza.² Además, los experimentos individuales explican con frecuencia un punto relativamente estrecho, que es de utilidad limitada para la mayoría de procesos. Los libros especializados contienen con frecuencia todos estos problemas, así como la carga de requerir el tiempo considerable para entender.

¹ Ver, p.ej, Sonya Hamlin, *What Makes Juries Listen: A Communications Expert Looks at the Trial* (1985); Reid Hastie et al., *Inside the Jury* (1983); Bruce Dennis Sales, *The Trial Process* (1981); Thomas Sannito & Peter J. McGovern, *Courtroom Psychology for Lawyers* (1985); Donald E. Vinson, *Jury Persuasion: Psychological Strategies & Trial Techniques* (1993); Lawrence Wrightsman et al., *In the Jury Box: Controversies in the Court-room* (1987).

² Las diferencias entre la formación en la ciencia legal y la sociología han sido bien documentadas. Ver, p.ej, Lawrence Friedman, Conferencia de Evaluación, *Developments in Law and Social Science Research*, 52 N.C. L. Rev. 969, 1068 (1974).

El objetivo de este trabajo es examinar una variedad de estudios sociológicos, especialmente aquellos que emplean los modelos de jurado para aproximarse a condiciones verídicas, con el objetivo de extraer la información que el abogado litigante pueda utilizar con confianza. Incluso una discusión general de los principios extraídos de esta literatura, sin embargo, refleja invariablemente la naturaleza de remiendo de la investigación de jurado. Por lo tanto, integramos estos principios en una fórmula que debe ser incluida en cada estrategia de proceso.

II. ¿Es Confiable la Investigación de Jurado?

La investigación del jurado tiene apenas treinta años.³ Aunque los tempranos esfuerzos de la investigación comenzaron con proyectos interesantes que implican verdaderos jurados,⁴ los estudios subsecuentes tenían muchas limitaciones.⁵ Por ejemplo, ellos confiaban excesivamente en argumentos de corte universitario en situaciones artificiales.⁶ Otros problemas en estos estudios comprendían una falta de deliberaciones entre los temas y las medidas inapropiadas de prueba, tales como «el grado de responsabilidad» antes que de culpabilidad o inocencia.⁷ Las Cortes citaban estas limitaciones cuando rehusaban adoptar las recomendaciones políticas basadas en tales datos.⁸

³ El primer estudio serio de jurado por un científico del comportamiento tuvo lugar al final del siglo pasado. Ver a Hugo Munsterberg, *On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime* (1908). Aunque las observaciones de Munsterberg acerca del testimonio todavía tengan valor hoy, éstas eran en su mayoría ignoradas hasta los años 1960 y el resurgimiento de la investigación forense moderna.

⁴ Ver p. ej., Harry Kalven, Jr. & Hans Zeisel, *The American Jury* (Ed. Esp. 1993).

⁵ Ver Shari Seidman Diamond, *Illuminations and Shadows from Jury Simulations*, 21 *Law & Hum. Behav.* 561 (1997); ver también a William C. Thompson, *Research on Jury Decision Making: The State of the Science*, en *Individual and Group Decision Making: Current Issues* 203 (N. Ed. en Cast. 1993). Sin embargo, estudiar el comportamiento de verdaderos miembros de jurado tenía sus propios críticos. Ver Coment., *Jury Eavesdropping: A Scalpel in the Hands of the «Recognized Scholar»*, 68 *Nw. U. L. Rev.* 908 (1973).

⁶ Diamond, *supra nota* 5, p. 563.

⁷ *Id.* p. 564-66.

⁸ *Pe.*, *Lockhart v. McCree*, 476 E. U. 162, 170-73, 106 S. Ct. 1758, 1763-65, 90 L. 2º Ed. 137, 145-48 (1986); *Free v. Peters*, 12 F.3º 700, 705-06 (7º Cir. 1993).

En respuesta a estos problemas, la investigación de jurado en los diez últimos años ha incorporado métodos de diseño más rigurosos. Mientras que los argumentos universitarios eran utilizados en las etapas preliminares, los datos finales se basan en argumentos elegibles por el integrante del jurado. Las simulaciones comprenden el testimonio de proceso actual o producciones profesionalmente organizadas. Las condiciones experimentales incluyen la oportunidad de deliberaciones entre los argumentos. Desde luego, hasta los experimentos mejor diseñados, por lo general, no pueden copiar la longitud y la complejidad de los procesos actuales. El costo de emprender procesos naturalísticos es absolutamente prohibitivo. Hasta que la investigación con jurados actuales en procesos actuales esté disponible,⁹ las preocupaciones por la generalización siempre existirán. No obstante, los resultados de la investigación sociológica bien diseñada pueden proporcionar considerable ayuda al abogado litigante que estaría, por otro lado, limitado por sus propias experiencias y por las evidencias anecdóticas de otros.

III. ¿Seleccionar al Jurado es lo mismo que dirigir el Veredicto?

Es a veces aseverado que los integrantes del jurado entran en la salón de la Corte con tan fuertes opiniones, tendencias, y prejuicios que casi la mitad de los mismos forma una fuerte inclinación a favor de quién debería ganar después de que ellos oyen los nombres de las partes y la naturaleza de las demandas.¹⁰ Otra afirmación consiste en que una mayoría clara de los integrantes del jurado «se decide por la conclusión de las declaraciones de apertura.»¹¹ Tales afirmaciones son ofrecidas como prueba de que las preferencias del miembro de jurado son la variable

⁹ Por ejemplo, en el Condado de Pima, Arizona, un estudio está en marcha en el cual las deliberaciones reales del jurado están siendo grabadas en vídeo. «*Discusiones del Jurado Durante el Proceso: ¿Ayuda para la Comprensión o Invitación al Juicio Prematuro?*» Instituto Grant de Justicia Estatal SJI-97-N247.

¹⁰ V. Hale Starr & Mark Mc. Cormick, *Jury Selection: An Attorney's Guide to Jury Law and Methods* § 9.0, p. 319-20 (2ª ed. 1993).

¹¹ *Id.* §9.0, p. 319.

principal en los veredictos del jurado.¹² Si esta aseveración es exacta, el proceso actual sería un poco más que el escaparate del proceso de selección de los integrantes del jurado más favorables de los que son seleccionados¹³ al azar del pool del jurado. Mientras tal visión puede reflejar el consejo que muchos abogados dan a sus clientes - que los procesos siempre implican «hacer rodar los dados» - la investigación de apoyo no resulta tan concluyente.¹⁴

Si bien la selección del jurado no predice con eficacia la mayor parte de los resultados del proceso, esto no significa que tenga poca importancia. Al contrario, el abogado litigante no puede olvidar el objetivo central de la selección de jurado: la eliminación de integrantes de jurado con tendencias contrarias al cliente.¹⁵ Si bien las tendencias son mediadas por la deliberación del proceso y palidece ante evidencias fuertes, ellas pueden convertirse en factores que rompen el lazo en casos cercanos. Por esta razón, así como la extraña pero posible oposición por causa al testigo,¹⁶ los abogados litigantes deben ser conscientes de la investigación en características particulares.

¹² *Id.* p. 319-20. Los comentaristas de jurado atribuyen excesivamente este descubrimiento a Kalven y Zeisel en *El Jurado americano*; sin embargo, el descubrimiento real es completamente diferente. Kalven y Zeisel observaron que «con muy pocas excepciones la primera votación decide el resultado del veredicto. Y si esto es verdad, entonces la verdadera decisión a menudo es tomada antes de que la deliberación comience.» Kalven y Zeisel, *supra* nota 4, p. 488.

¹³ Los problemas en la obtención de un jurado verdaderamente representativo han sido bien documentados. *Ver, p. ej.* Jon Van Dyke, *Jury Selection Procedures: Our uncertain commitment to representative panels* (1977). No está claro si los intentos de aumentar la participación de más personas, tales como el uso de las listas del registro de votantes y las licencias automáticas, hayan traído mayor equilibrio racial y socioeconómico en los jurados. *Ver* a Lyle Knowles & Kenneth Hickman, *Selecting a Jury of Peers: How Close Do We Get?*, 12 *J. Police Sci. & Admin.* 207 (1984).

¹⁴ John Berman & Bruce Dennis Sales, *A Critical Evaluation of the Systematic Approach to Jury Selection*, 4 *Crim. Just. & Behav.* 219 (1977); Michael J. Saks, *The Limits of Scientific Jury Selection: Ethical and Empirical*, 17 *Jurimetrics J.* 3 (1976).

¹⁵ *Ver p. ej.*, 28 U.S.C.A. § 1870; Fed. R. Civ. P. 47(b); Fed. R. Crim. P. 24(b); A.R.S. § 21-221; *Dixon v. Hardy*, 591 So. 2d 3 (Ala. 1991); *El Estado v. Richards*, 182 W. Va. 664, 391 S.E.2º 354 (1990).

¹⁶ *Batson v. Kentucky*, 476 E. U. 79, 106 S. Ct. 1712, 90 L. 2a Ed. 69 (1986).

La información demográfica fácilmente averiguada es la más importante en aquellos casos donde ese factor demográfico está en discusión. Por ejemplo, los miembros femeninos del jurado con mayor probabilidad que los varones rendirán un veredicto culpable en los procesos de ataques sexuales.¹⁷ Como es lógico, la investigación de jurado también confirma que los miembros de jurado blancos con mayor probabilidad condenarán a demandados Afroamericanos por los mismos hechos que a demandados blancos.¹⁸ El efecto discriminatorio no parece ser debido a una suposición simplista, por miembros de jurado blancos racistas, de que los afroamericanos con mayor probabilidad cometerán delitos; más bien, su visión estereotípica influyó en su análisis del contexto y la causalidad, lo cual los hizo más tendentes a declarar la culpabilidad.¹⁹ Aunque tal investigación se concentraba en el estereotipo blanco versus negro, es probable que otras clasificaciones basadas en la raza u origen nacional tenga el mismo impacto.²⁰

Las cuestiones de selección de jurado también se concentran en las características personales de los miembros de jurado individuales. Por ejemplo, la tendencia hacia «el autoritarismo» puede ser importante en procesos criminales. Las personas que clasifican alto en este factor son caracterizadas como conservadoras, rígidas, y punitivas hacia aquellos que violan valores convencionales.²¹ En respuesta a una declaración como «Lo que la juventud necesita más es disciplina estricta, determinación severa, y la voluntad para trabajar y luchar por la familia y el país», ellos tienden a estar de acuerdo.²² Los altamente autoritarios con mayor probabilidad encontrarán al demandado criminal culpable e impondrán una

¹⁷ Nancy Brekke & Eugene Borgida, *Expert Psychological Testimony in Rape Trials: A Social-Cognitive Analysis*, 55 J. Personality & Soc. Psychol. 372, 375 (1988); Nicholas P. Spanos et al., *The Effects of Expert Testimony Concerning Rape on the Verdicts and Beliefs of Mock Jurors*, 11 *Imagination, Cognition & Personality* 37, 38(1991).

¹⁸ Bernd Wittenbrink et al., *Structural Properties of Stereotypic Knowledge and Their Influences and the Construal of Social Situations*, 72 J. Personality & Soc. Psychol. 526(1997).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ T.W. Adorno et al., *The Authoritarian Personality* (1969).

²² Donn Byrne, *An Introduction to Personality: Research theory and applications* 86-125 (1974).

sentencia más larga.²³ Como es lógico, los autoritarios extremos están mucho más favorablemente inclinados hacia la disponibilidad y el uso de la pena de muerte.²⁴ No obstante su caracterización como rígida, sin embargo, los miembros de jurado altamente autoritarios no necesariamente rechazan las visiones de otros y pueden ser más anuentes que otros para cambiar su voto inicial en el veredicto.²⁵ De hecho, aquellos que son caracterizados como escasamente autoritarios o «igualitarios» muestran mayor resistencia a cambiar de opinión y tienden a ser persuasivos con otros miembros de jurado.²⁶ Una vez que se alcanza un veredicto culpable, sin embargo, los jurados altamente autoritarios tienden a reforzar visiones de cada uno, siendo en el resultado final más probable que ellos impongan sentencias aún más largas después de las deliberaciones del jurado de lo que éstas eran antes de que las deliberaciones comenzaran.²⁷

Otra característica de personalidad importante es el sitio de control. Este factor describe el grado en el cual las personas atribuyen la responsabilidad de acontecimientos a sí mismos (internos) contra fuerzas exteriores (externos).²⁸ Los internos tienden a hacer mayor uso de la información disponible, requerir tiempos de decisión más largos, y son más confidentes en sus juicios.²⁹ Sin embargo, cuando los internos perciben que están perdiendo información, ellos con mayor probabilidad referirán que no pueden tomar una decisión.³⁰ En un contexto de juicio, estas características sugieren que donde la evidencia es voluminosa, el interno

²³ Robert M. Bray & Audrey M. Noble, *Authoritarianism and Decisions of Mock Juries: Evidence of Jury Bias and Group Polarization*, 36 J. Personality & Soc. Psychol. 1424 (1978).

²⁴ George L. Jurow, *New Data on the Effect of a «Death-Qualified» Jury on the Guilt Determination Process*, 84 Harv. L. Rev. 567, 570 (1971).

²⁵ Ver Bray & Noble, *supra* nota 23.

²⁶ John Lamberth, *Juror Decision Making: A Case of Attitude Change Mediated by Authoritarianism*, 16 J. Res. In Personality 419 (1982).

²⁷ Ver Bray y Noble, *supra* nota 23.

²⁸ Julian Rotter, *Generalized Expectancies for Internal Versus External Control of Reinforcement*, 80 Psychol. Monographs: General & Applied 1 (1966).

²⁹ Herbert M. Lefcourt, *locus of Control: Current Trends in Theory and Research* (1976).

³⁰ Wade Wheeler & John Davis, *Decision Making as a Function of Locus of Control and Cognitive Dissonance*, 44 Psychol. Reports 499, 501-02 (1979).

se tomará tiempo para examinarlo y se formará fuertes creencias acerca de la exactitud de su veredicto. Sin embargo, si la evidencia es escasa, los externos alcanzarán una decisión con mayor probabilidad.

Como con los miembros del jurado que poseen fuertes estereotipos raciales, el punto importante no es simplemente buscar a fondo o evitar ciertos tipos de personalidad que ayuden u obstaculicen a su cliente. Más bien, es mejor asumir que su opositor es igualmente capaz de identificar a los «mejores» miembros del jurado resultando de que ambos tendrán una mezcla de «buenos» y «malos» miembros del jurado. Una vez que el jurado sea nombrado, el abogado litigante debe adaptar la estrategia de litigio a la mezcla particular de personas en el jurado.

Los rasgos y las actitudes psicológicas pueden predecir veredictos de jurado porque éstos confían en señales o suposiciones cognoscitivas y emocionales para tomar decisiones. Para entender este proceso, hay que entender los aspectos únicos de ser un miembro de jurado. Para la mayoría de personas, la participación en un jurado requiere que ellos no sólo procesen más información que de costumbre, mucha de la cual puede ser desconocida, sino también tomar una decisión que tiene consecuencias serias. Pocas personas tienen responsabilidades análogas en su rutina cotidiana. La mayor parte de miembros del jurado quiere tomar la decisión correcta basada en inferencias lógicas de los hechos pertinentes.³¹ Ellos también quisieran que ello se «sienta» correcto.

Los rasgos y las actitudes psicológicas proporcionan baremos, indicadores contextuales importantes que ayudan a los miembros de jurado a comprender la información presentada ante ellos.³² Cuanto mayor es la ambigüedad o la ausencia de evidencia, los miembros de jurado más aptos confiarán en explicaciones antes sostenidas de por qué la gente hace lo que hace. En otras palabras, las características y las actitudes personales no dictan el resultado, pero pueden ser muy influyentes en la formación de los procesos cognoscitivos y afectivos que la mayor parte

³¹ Kalven & Zeisel, *supra* nota 4, p. 149-62; Joe S. Cecil *et al.*, *Jury service in lengthy civil trials* (Centro Judicial Federal 1987).

³² Ver a Martin F. Kaplan & Lynn E. Miller, *Reducing the Effects of Juror Bias*, 36 J. Personality & Soc. Psychol. 1443 (1978).

de jurados debe experimentar antes de alcanzar una conclusión final. Por suerte, los resultados de investigación consecuentemente indican que donde la evidencia es fuerte e inequívoca, las predisposiciones psicológicas no influyen en el veredicto final.³³ Por supuesto, muchos procesos no son tan unilaterales. En casos uniformemente emparejados, el abogado litigante puede ser capaz de anticipar varias mezclas de miembros de jurado con las características descritas anteriormente y planear estrategias específicas de cómo seleccionar y presentar evidencia para encajar mejor en la singular mixtura de jurados. Existen tantas configuraciones posibles como jurisdicciones en las que se puede proponer un caso; no obstante, los ejemplos siguientes ilustran los tipos de procesos que los abogados litigantes deben considerar.

Los altamente autoritarios con mayor probabilidad se percibirán como menos parecidos a los imputados que los menos autoritarios.³⁴ La percibida ausencia de semejanza indica que tales individuos también podrían creer que ellos no comparten experiencias, formación o valores. Esto los anima a encontrar la culpabilidad más rápidamente e imponer sentencias relativamente más severas. Sin tener en cuenta si esta percepción tiene una base objetiva, esto sugiere un método por el cual el abogado litigante puede dirigirse a un mecanismo psicológico potencialmente adverso. El testigo o el imputado deben ser «humanizados» al mayor grado posible para estos singulares miembros de jurado. Es decir, si el individuo mira o actúa diferente de la mayoría de sus miembros de jurado, sobre todo aquellos que son altamente autoritarios, entonces la diferencia debería ser minimizada o explicada. Esto típicamente implica el testimonio acerca de quién es el individuo, no sólo los hechos que son directamente relevantes a la última cuestión en el caso. Este testimonio es relevante para la credibilidad del testigo, tanto para la regla³⁵ como para la estrategia de litigio.

³³ Shari S. Diamond, *Scientific Jury Selection: What Social Scientists Know and Do Not Know*, 73 *Judicature* 178 (1990).

³⁴ Bray & Noble, *supra nota* 23.

³⁵ R. Fed. Evid. 401 y 403; *ver también* Thomas A. Mauet & Warren D. Wolfson, *Trial Evidence* 79-84 (1997).

Un punto central en suposiciones contextuales trabaja al mismo nivel de los estereotipos duraderos y profundamente arraigados. Por ejemplo, la investigación sobre la discriminación encontró que donde era posible presentar evidencia suficientemente contraria con las suposiciones contextuales de los miembros racistas del jurado, el efecto negativo de estereotipos raciales era reducido.³⁶ El punto no es convencer a los miembros del jurado de que sus estereotipos son errados; sino más bien, la exigencia sólo puede ser la de romper la cadena de inferencias para estas personas en particular, las cuales por otra parte causarían que ellos hicieran atribuciones negativas. Dicho de modo contundente, el abogado litigante puede tener éxito aun si algunos miembros de jurado todavía creen que la gente del color es perezosa, deshonesto, etcétera, siempre que el abogado pueda convencer a esos miembros del jurado que esta persona en particular no encaja en aquel estereotipo.

Esta observación significa que aun cuando el abogado litigante enfrente a un jurado reunido cuyas creencias y actitudes preconcebidas son adversas a los intereses del cliente, cierta evidencia puede ser presentada contradiciendo sus opiniones estereotípicas, lo cual a su vez permite un análisis más equilibrado de la última cuestión en el caso. Por supuesto, el abogado litigante debe estudiar detenidamente con anticipación qué factores estarán en juego cuando el jurado considera los hechos y cuestiones claves.

IV. ¿Cómo Procesan la Información los Miembros del Jurado?

Los jurados alcanzan un veredicto sólo luego de ser expuestos a muchas clases de información de fuentes diversas. Las fuentes incluyen no sólo a los abogados y la prueba, sino también al juez y otros miembros de jurado. La forma de la información puede ser clasificada como oral, visual, o táctil. El propósito de la información puede ser objetivo o argumentativo. La información puede ser tratada inmediatamente o mediatamente, y la información puede ser utilizada en varias situaciones, antes como durante las deliberaciones del jurado.

³⁶ Wittenbrink *et al.*, *supra* nota 18.

Con la finalidad de entender los efectos y las interacciones entre los factores durante el proceso de información, los sociólogos analizan los pasos en etapas y descripciones más pequeñas, un tanto arbitrarias. Por ejemplo, el proceso por lo general implica a emisores (juez, testigos, y abogados) quiénes comunican mensajes (declaraciones legales y argumentos) en una variedad de medios (testimonio oral, objetos expuestos, y demostraciones) a receptores (jurados). A fin de entender y explicarse la información, los miembros del jurado deben ser participantes activos en la recepción, codificación, recordación, y utilización de la información. Obviamente, cada paso se construye sobre el siguiente y, por lo tanto, es afectado por los pasos precedentes. El número de permutaciones basadas en todos estos factores perfilados anteriormente está sobre los millones. Afortunadamente, el simple entendimiento de unos pocos factores y algunas de las considerablemente potenciales interacciones anticipa a un abogado litigante la capacidad de trabajar la presentación de manera más eficaz.

V. Recibir y Entender la Información

El proceso de información comienza con el emisor. El miembro del jurado evalúa al emisor basado en el estado de la fuente, el conocimiento de la información transferida y estilo de presentación. El estado de la fuente describe los roles explícitos o implícitos, tales como el juez, el abogado, el perito, o el testigo menor de edad. El conocimiento del área es una evaluación subjetiva por el miembro de jurado en cuanto a si el emisor «sabía de qué estaba hablando.» Una evaluación «del conocimiento» del emisor esta positivamente correlacionado con el estado del emisor y una evaluación del estilo de presentación del emisor. Todos estos factores se combinan en una evaluación global de si el emisor es «creíble».

El estado de la fuente es un punto de partida importante. Por ejemplo, un juez experimentado con un excelente currículo recibió reacciones más favorables que un estudiante de ley dando el mismo discurso.³⁷ Los

³⁷ Carolyn L. Hafer *et al.*, *Message Comprehensibility and Persuasion: Effects of Complex Language in Counterattitudinal Appeals to Laypeople*, 14 *Soc. Cognition* 317, 324-27 (1996).

oyentes relataron que ellos estuvieron más convencidos por los argumentos del orador de alto estatus, aunque ellos no supieran el estado actual del orador.³⁸ Este hecho es corolario a los atributos negativos que los miembros del jurado pueden emplear con la actitud estereotípica racial o de otra índole. La evidencia existe, no obstante, que los oyentes estén probablemente más influenciados por el alto estatus cuando no estén muy motivados para entender el argumento.³⁹

El conocimiento o la experiencia del emisor en un área particular influyen en la evaluación del testimonio independientemente de la solidez de la evidencia.⁴⁰ En otras palabras, el testimonio presentado por un perito con muchas publicaciones en una especialidad particular es más influyente que el mismo testimonio presentado por un experto con pocas publicaciones. Esto es particularmente verdadero con la peritación altamente compleja.⁴¹

Lamentablemente, los estudios de investigación que documentan este fenómeno no intentan determinar la variable crítica: prestigio o experiencia cualquiera sea el campo, o experiencia en la especialidad. Es decir, un perito nacional, que publica con frecuencia en el asunto A y quién testifica en el asunto B, puede ser no más influyente, y quizás aún menos influyente, que una persona de bajo estatus que puede demostrar experiencia en el asunto B. De hecho, la sugerente, aunque -según las estadísticas- insignificante, investigación subsiste mostrando que el simple testimonio pericial es más persuasivo cuando es dado por una persona con credenciales más bajas.⁴² Una posible explicación de este resultado consiste en que el prestigioso, el perito que publica frecuentemente, viola las expectativas creadas por la narración de calificaciones, la cual por su parte produce un estado emocional negativo en los miembros del jurado.⁴³ No sería sorprendente si un similar proceso ocurre cuando los

³⁸ *Id.* p. 325-27.

³⁹ Richard E. Petty *et al.*, *Personal Involvement as a Determinant of Argument-Based Persuasion*, 41 *J. Personality & Soc. Psychol.* 847 (1981).

⁴⁰ Joel Cooper *et al.*, *Complex Scientific Testimony: How Do Jurors Make Decisions?*, 20 *Law & Hum. Behav.* 379, 390 (1996).

⁴¹ *Id.* p. 390-91.

⁴² *Id.* p. 391.

⁴³ *Id.*

peritos dejan sus verdaderas áreas de experiencia para testificar sobre algún tema para el cual ellos sólo están ligeramente calificados. En ese caso, las altas calificaciones pueden en efecto reducir su persuasión.

Aunque la experiencia y el conocimiento a fondo de los hechos sean importantes, la honestidad percibida del emisor ejerce una fuerza resistente, independiente. Una persona cuya confiabilidad es desafiada en un área sin relación con el testimonio sustancial se advierte que es mucho menos persuasiva.⁴⁴ Esta percepción es especialmente verdadera para miembros de jurado que no sienten una fuerte necesidad de entender completamente los hechos y argumentos.⁴⁵ Los miembros del jurado que disfrutaban el espectáculo pensando en la mayor resistencia para los efectos de honestidad ya que tienden a emprender el análisis sin considerar la honestidad percibida en el emisor.⁴⁶ Sin embargo, cuando el emisor es percibido como deshonesto sobre los hechos en cuestión, el impacto negativo en la credibilidad de éste es mucho mayor.⁴⁷

El estilo de presentación puede ser tan importante como esencial en la evaluación de la persuasión relativa de un testigo. Comienza con la confianza. La confianza de un testigo ocular en un delito es el pronosticador más poderoso de un veredicto culpable⁴⁸ a pesar de varios estudios de investigación que muestran que la confianza en el testigo ocular es sólo un débil pronosticador de la exactitud de la identificación.⁴⁹ Además, el testimonio de testigo ocular es fácilmente manipulado con la información errónea post-acontecimiento proporcionada por «provechosos» pero inexactos co-testigos, o por el sugestivo interrogatorio.⁵⁰ Además, es posible aumentar el nivel de confianza de un testigo simplemente

⁴⁴ Joseph R. Priester & Richard E. Petty, *Source Attributions and Persuasion: Perceived Honesty as a Determinant of Message Scrutiny*, 21 *Personality & Soc. Psychol. Bull.* 637, 649-51 (1995).

⁴⁵ *Id.* p. 650.

⁴⁶ *Id.* p. 651.

⁴⁷ *Id.* p. 652.

⁴⁸ Ver generalmente Brian L. Cutler *et al.*, Research Note, *Juror Sensitivity to Eyewitness Identification Evidence*, 14 *Law & Hum. Behav.* 185, 190 (1990).

⁴⁹ Robert K. Bothwell *et al.*, *Correlation of Eyewitness Accuracy and Confidence: Optimality Hypothesis Revisited*, 72 *J. Applied Psychol.* 691 (1987).

⁵⁰ Ver John S. Shaw III *et al.*, *Co-witness Information Can Have Immediate Effects on Eyewitness Memory Reports*, 21 *Law & Hum. Behav.* 503, 516-21 (1997).

por preguntar reiteradamente, aunque no haya ningún aumento de la exactitud del recuerdo del testigo.⁵¹ A pesar de estos problemas, la aseveración de un testigo que está muy confiado («estoy convencido de que ese es el hombre.») es uno de los más poderosos factores que predicen un veredicto culpable.

El lenguaje simple y directo persuade a los miembros del jurado.⁵² El lenguaje complejo no disminuye la memoria, pero esto esconde relaciones y distinciones donde la evidencia es compleja.⁵³ Mientras, más vívido el testimonio, mayor la persuasión.⁵⁴ El testimonio vívido es emocionalmente interesante y proporciona suficiente detalle, de modo que el jurado consiga una imagen concreta, clara.⁵⁵ Por ejemplo, el testimonio de testigo ocular de que el ladrón «tomó aproximadamente diez minutos para adquirir una caja del Kleenex, un six pack de cerveza Coors, y una barra de Chocolate Mars» es más vívido que el testimonio de que el ladrón entró en la tienda y agarró algunos artículos antes de acercarse al vendedor. El testimonio vívido entonces no es sólo eficaz al momento de ser presentado; de hecho, los efectos son típicamente más pronunciados cuando los juicios son largos a diferencia de cuando la toma de decisiones es inmediata.⁵⁶ Estos efectos del lenguaje no están limitados a las respuestas dadas por un testigo. La forma de la pregunta influye tanto en la respuesta del testigo como en la aceptación de jurado. La pregunta en sí misma se convierte en un mensaje.

El interrogatorio que cuestiona la reputación profesional de un experto («¿no es verdad que su trabajo es escasamente apreciado por sus colegas?»), aun cuando la carga no fue confirmada por otras pruebas, reduce la credibilidad del experto a los ojos del jurado.⁵⁷ El efecto no es

⁵¹ John S. Shaw III & Kimberley A. McClure, *Repeated Postevent Questioning Can Lead to Elevated Levels of Eyewitness Confidence*, 20 Law & Hum. Behav. 629,644- 48 (1996).

⁵² Hafer *et al.*, *supra* nota 37, p. 330-32.

⁵³ Irwin A. Horowitz *et al.*, *Effects of Trial Complexity on Decision Making*, 81 J. Applied Psychol. 757 (1996).

⁵⁴ Brad E. Bell & Elizabeth F. Loftus, *Vivid Persuasion in the Courtroom*, 49 J. Personality Assessment 659 (1985).

⁵⁵ *Id.* p. 660-63.

⁵⁶ *Id.* p. 664.

⁵⁷ Saul M. Kassir *et al.*, *Dirty Tricks of Cross Examinations: The Influence of Conjectural Evidence on the Jury*, 14 Law & Hum. Behav. 373, 380 (1990).

sutil ni fácil de contrariar. Si tal pregunta produce una negación, una objeción, o una admisión, el efecto todavía existe.⁵⁸ Diciendo aún más, aunque muchos miembros del jurado no aceptaban la presunción de la persona que interroga, «el testigo se convertía en un elemento dañado tan pronto como la pregunta de reputación era formulada».⁵⁹ Esto puede ser el resultado de un «efecto durmiente» donde la gente recuerda el contenido de un mensaje, pero olvida la fuente.⁶⁰ De modo que ellos no pueden recordar si la información negativa era la respuesta del experto, o sólo una pregunta al experto. Por otra parte, la investigación de comunicación indica que la gente tiende a creer que un interrogador tiene alguna base probatoria para hacer una pregunta que asume hechos particulares.⁶¹ La investigación no ha examinado, sin embargo, si el impacto negativo de preguntas no confirmadas puede ser eliminado por advertencias claras de la Corte o por acción punitiva tomada contra el interrogador. Adicionalmente, el cuestionamiento injusto no parece tener un impacto negativo en la credibilidad de víctimas femeninas,⁶² quizás porque esto es percibido por miembros del jurado como un método manifiestamente injusto que podría ser permitido con testigos pagados, pero que no es aceptable con otros testigos. Este también indica que el cuestionamiento injusto es efectivo solamente en ciertas circunstancias.

El estilo general del abogado durante el proceso también parece afectar el veredicto final. Interesantemente, esto no es un simple efecto lineal. Por supuesto, el abogado litigante que se queda dentro de expectativas maximiza las posibilidades de su cliente para un veredicto acertado, excepto éstos que hacen muy poco o demasiado daño a las posibilidades de su cliente.

⁵⁸ *Id.* p. 380.

⁵⁹ *Id.* p. 381.

⁶⁰ Anthony R. Pratkanis *et al.*, *In Search of Reliable Persuasion Effects: III. The Sleeper Effect is Dead. Long Live the Sleeper Effect*, 54 *J. Personality & Soc. Psychol.* 203 (1988).

⁶¹ *Ver generalmente* Robert Hopper, *The Taken-for-Granted*, 7 *Hum. Comm. Res.* 195 (1981).

⁶² Kassin *et al.*, *supra nota* 57, p. 378.

Un abogado de defensa con un estilo de presentación pasiva produce considerablemente menos absoluciones que uno con un estilo asertivo o agresivo.⁶³ Una cantidad mínima de contacto visual, titubeos, la lentitud del discurso, y una carencia general de los asertivos caracteriza el estilo pasivo. Sin embargo, no hay ninguna diferencia significativa entre los abogados que usan un estilo asertivo o agresivo.⁶⁴ Además, no hay ninguna diferencia entre los tres estilos como entre varones y mujeres, aunque la investigación previa haya reportado que en algunas mujeres del ambiente comercial con un estilo agresivo no fueron valuadas tan alto como los varones con un estilo agresivo.⁶⁵ Los estilos de presentación pasivos y agresivos también podrían ser caracterizados como ineficaces o molestos. De ser así, los abogados de defensa pasivos y agresivos pueden disminuir la probabilidad de absolución para sus clientes.

Para probar los efectos de la incomodidad pasajera, los investigadores alternaban el comportamiento desagradable y provocador entre el abogado de defensa, el fiscal, y el juez.⁶⁶ Aunque el precio del éxito del fiscal experimentaba de algún modo el comportamiento negativo, el abogado de defensa sufría la mayor parte del daño cuando deliberaba inmediatamente después de la presentación de pruebas. La tendencia causada por el mal comportamiento de abogado, sin embargo, fue mejorada por las deliberaciones.⁶⁷ Esto indica que los miembros del jurado están dispuestos a dejar de lado las influencias negativas a fin de juzgar justamente la evidencia. Sin embargo, no tiene mucho sentido molestar al jurado con la esperanza de que ellos olviden la molestia durante las deliberaciones. Lo más importante, esta investigación muestra que el jurado es sensible a la conducta del abogado que no promueve razonablemente el caso, ya sea debido a características ineficaces, «pasivas», o debido al comportamiento agresivo reiterativo.

⁶³ Janet Sigal *et al.*, *The Effect of Presentation Style and Sex of Lawyer on Jury Decision-Making Behavior*, 22 *Psychol.*, Q. J. Hum. Behav. 13, 16 (1985).

⁶⁴ *Id.* p. 17.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Kaplan & Miller, *supra nota* 32, p. 1444-46.

⁶⁷ *Id.* p. 1453.

El testimonio del testigo y el argumento del abogado arreglan la mayor parte de lo que ocurre durante un proceso. La investigación es muy clara, no obstante, que las presentaciones visuales son más eficaces que las presentaciones orales.⁶⁸ Además, ocurre menos incomprensión.⁶⁹

La información auditiva se pierde poco después de que es presentada.⁷⁰ Los medios impresos tienen una obvia ventaja práctica porque pueden ser usualmente revisados luego nuevamente por el receptor. Incluso cuando a las personas les es imposible revisar el material presentado visualmente, ellos recuerdan más del material impreso que el material auditivo.⁷¹ Un efecto de orden interesante también existe para el material auditivo, ausente para el material visual: la gente recuerda mejor las primeras que las últimas cosas que se les dijo.⁷² No hay ningún efecto de orden con materiales visuales. Estas conclusiones tienen un sentido muy práctico para los abogados litigantes: el mensaje dicho inicialmente debería ser cuidadosamente elegido porque éste tendrá un impacto mayor. El resto de la presentación debería incluir significativa presentación visual, preferentemente con versiones impresas proporcionadas al final.

Los abogados litigantes deben no sólo crear una buena mezcla de información auditiva y visual, deben también prestar cercana atención a los detalles de la presentación del abogado opositor. Los miembros del jurado son susceptibles de ser engañados por las entretenidas, pero objetivamente inaccesibles, visualizaciones animadas.⁷³ Por ejemplo, donde una animación por computadora muestra la trayectoria de un cuerpo que cae de un edificio y la pregunta era si la persona resbaló y se cayó (negligencia) o corrió y brincó (suicidio), los miembros del jurado con mayor probabilidad se decidirían por la negligencia si vieran una anima-

⁶⁸ Peter Wright, *Analyzing Media Effects on Advertising Responses*, 38 Pub. Opinion Q. 192(1974).

⁶⁹ Jacob Jacoby *et al.*, *To Read, View or Listen? A Cross-Media Comparison of Comprehension*, en *Current Issues & Res. In Advertising* 201, 209-13 (1983).

⁷⁰ Rao Unnava *et al.*, *Effects of Presentation Order and Communication Modality on Recall and Attitude*, 21 J. Consumer Res. 481, 489 (1994).

⁷¹ *Id.* p. 489.

⁷² *Id.*

⁷³ Saul M. Kassin & Meghan A. Dunn, *Computer-Animated Displays and the Jury: Facilitative and Prejudicial Effects*, 21 Law & Hum. Behav. 269, 279 (1997).

ción representando el cuerpo que cae directamente bajo el edificio aunque el testimonio oral claramente declarase que el cuerpo estaba a veinte o veinticinco pies del edificio.⁷⁴ En otras palabras, la animación hizo que los integrantes del jurado no hicieran caso de pruebas físicas relatadas (así como una comprensión por sentido común de que las cosas caen directamente para abajo).⁷⁵ El efecto de una animación engañosa sería probablemente aún mayor en situaciones donde los elementos físicos eran aún más complejos. Un abogado contrario debe estar alerta a los detalles engañosos, particularmente porque parece que la evidencia física real no borrará el efecto adverso de una animación engañosa.

Quizás el uso indebido más convincente de la información visual sea con fotografías gráficas. Los miembros del jurado a quienes se muestran fotografías de la autopsia que documentan el testimonio del examinador médico estarán más propensos a elegir un veredicto culpable que los miembros del jurado que sólo oyen el testimonio.⁷⁶ Por otra parte, el efecto ocurre independiente de si las fotografías son ofrecidas para demostrar que el imputado cometió el asesinato.⁷⁷ En otras palabras, aunque la modalidad de la muerte no implicara al imputado, las fotografías corroboraban parte de la historia del fiscal. Esta observación persuadió a más integrantes del jurado para aceptar otras pruebas mostrando la culpabilidad del imputado. Quizás más importante, los miembros del jurado a quienes se mostraban las fotografías no creían que éstas ejercieran una fuerte influencia en su veredicto culpable.⁷⁸ En parte, ellos intentaban seguir la instrucción de la Corte que la evidencia admitida para un objetivo no podía ser usada para otro objetivo. Sin embargo, la instrucción restrictiva no curaba la tendencia creada por las fotografías gráficas; más bien, parecía hacer a los miembros del jurado más reacios a reconocer el efecto. O bien, los miembros del jurado simplemente no reconocieron el impacto de las fotografías.

⁷⁴ *Id.* p. 279.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Kevin S. Douglas *et al.*, *The Impact of Graphic Photographic Evidence on Mock Jurors' Decisions in a Murder Trial: Probative or Prejudicial*, 21 *Law & Hum. Behav.* 485,493-94 (1997).

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.* p. 494.

VI. Los Alegatos del abogado

Después que los efectos de las predisposiciones del miembro del jurado, la eficacia del testigo, las representaciones visuales gráficas, y las preguntas del abogado son tomados en consideración, uno podría preguntar razonablemente si los alegatos finales tienen algún efecto en el veredicto. Por suerte, la respuesta parece ser un firme sí. Aunque puede que no sea posible eliminar todos los elementos extrínsecos o negativos, los alegatos finales tienen un impacto definido.

Los alegatos finales pueden ayudar a reducir la imparcialidad encargándose directamente de ésta. Por ejemplo, muchos juicios piden al jurado juzgar la conducta que ocasionó un resultado conocido, negativo. El análisis de este hecho es particularmente susceptible a un fenómeno de juicio humano llamado predisposición de visión retrospectiva.⁷⁹ Ésta es la tendencia de individuos con el conocimiento de qué ocurrió para sobreestimar la probabilidad del acontecimiento negativo y la capacidad de una persona de predecirlo. Bajo la predisposición de visión retrospectiva, es mucho más probable que un miembro del jurado concluya que un resultado negativo debería haber sido esperado y predicho. El abogado litigante que defiende a un cliente acusado de cometer actos, cuyo resultado deberían haberse «esperado», lucha una batalla ascendente aunque la presunción legal por lo general favorezca al cliente. Los abogados litigantes que emplean simples técnicas de prejuiciantes, tales como el enfoque en el tiempo anterior al acontecimiento y la explicación de los resultados alternativos, pueden reducir considerablemente la predisposición de visión retrospectiva.⁸⁰ Además, los alegatos del abogado fueron más efectivos reduciendo esta tendencia comparado con una instrucción simple en la que no se usa la visión retrospectiva.⁸¹

⁷⁹ Scott A. Hawkins & Reid Hastie, *Hindsight: Biased Judgments of past events after the outcomes are known*, 107 Psychol. Bull. 311, 311 (1990).

⁸⁰ Merrie Jo Stallard & Debra L. Worthington, *Reducing the Hindsight Bias Utilizing Attorney Closing Arguments*, 22 Law & Hum. Behav. 671, 680-81 (1998).

⁸¹ *Id.* p. 680.

El jurado también presta la atención al número de alegatos. Hay una correlación positiva entre el número de alegatos y la probabilidad de que el jurado adoptará la conclusión del abogado.⁸² Si el otro lado replica con una estrategia de argumento por argumento, el efecto positivo se elimina.⁸³ Esta investigación sugiere, sin embargo, que un abogado litigante no puede apoyarse en una o dos argumentos «balas de plata»; más bien, cada alegato de la oposición debería ser dirigido y respondido.

El número de alegatos puede ser aún más importante con un jurado que simplemente no entiende del tema. En esos casos, con mayor probabilidad el jurado confiará en estrategias de toma de decisiones alternativas tales como la duración y el número de alegatos, como moderados por la petición personal y el estatus del abogado que hace los alegatos.⁸⁴ Dicho de modo más simple, el jurado que tiene la dificultad para entender la evidencia con mayor probabilidad será persuadido por un abogado agradable, creíble que tiene más argumentos.

VII. Integrar los Datos Sociológicos en los Principios Operacionales

La investigación sociológica en jurados es relativamente joven y una aleación tiende a parecerse a una manta hecha con trozos de varios colores. No obstante, es posible establecer una serie de interpretaciones elaboradas que creemos están sustentadas por la literatura, a veces generalmente y otras veces en gran detalle. Los abogados litigantes con experiencia reconocerán muchos de estos principios, aunque éstos no estén por lo general organizados para cubrir el proceso en su totalidad.

A. Prepararse desde el punto de vista del Jurado

Aunque parezca obvio que la realidad del jurado es la única que cuenta en la Sala de la Corte, es bastante común oír que un abogado perdedor se queje: «el jurado simplemente no entendió mi caso.» Ése es

⁸² Bobby J. Calder *et al.*, *The Relation of Cognitive and Memorial Processes to Persuasion in a Simulated Jury Trial*, 59 *J. Applied Soc. Psychol.* 62, 63-67 (1974).

⁸³ *Id.* p. 63-67.

⁸⁴ Shelley Chaiken, *The Heuristic Model of Persuasion, en Social Influence: The Ontario Symposium* vol. 5 (1987).

un problema de abogado, no un problema de jurado. El abogado debe anticipar cómo el caso y cada una de las partes que lo compone serán recibidos por el jurado.

Los miembros del jurado no piensan como los abogados. Ellos con menor probabilidad usarán modelos lineales, lógicos para evaluar la evidencia y los argumentos. En la ausencia de evidencia abrumadora, los integrantes del jurado confiarán en creencias y actitudes anónimas para comprender hechos e inferencias contradictorias. El abogado litigante debe ser capaz de pensar como un miembro de jurado, y no esperar que el jurado piense como un abogado. Este proceso comienza con los miembros potenciales del jurado para un caso en particular.

El abogado debería investigar el probable panel de jurado. Se puede hacer una distinción si los jurados son exclusivamente seleccionados de las listas de votante o de otras listas del gobierno. Igualmente, el área geográfica de la cual los jurados son extraídos podría ser circunscritas a una ciudad, o podría incluir áreas rurales periféricas. No existe nada que reemplace la experiencia de la visualización de la selección del jurado¹ en varios casos en la jurisdicción donde ustedes someten a juicio el caso, y, de ser posible, con el mismo juez de proceso. Esto les da una intuición acerca de los tipos de personas en el panel, la proximidad física del interrogatorio (el cual no es necesariamente el mismo que en el proceso en sí), el ritmo de la selección, y las interacciones entre los participantes. Esta experiencia les ayudará a pensar en las personas que se encuentran delante de ustedes, como desearían variar la presentación dependiendo de la composición demográfica de su particular jurado, y los tipos de preguntas que ustedes formularán.

Incluso si hay tantas variables que la selección de jurado parece algo más que el lanzamiento de dardos en un tablero, ésta es la primera vez que el jurado oirá directamente a los abogados. Los miembros del jurado comenzarán a formar impresiones sobre la confianza, organización, conocimiento, estilo, y credibilidad de los abogados desde esa primera reunión. Además, porque éste es también la única vez en que los miembros

¹ Con el término *voir dire* —utilizado por el autor en la versión original— se alude al examen preliminar de los posibles integrantes del jurado.

del jurado tendrán la interacción de las preguntas y respuestas directas con los abogados, ellos formarán creencia acerca de la honestidad y eficiencia de cada abogado. Por otra parte, los miembros potenciales del jurado, muchos de los cuales no tendrá la experiencia previa como miembros de jurados, pueden tener reacciones emocionales fuertes a la forma y el contenido de preguntas que se les sugiere. Estas reacciones pueden afectar su interpretación y aceptación posterior de pruebas ofrecidas por el abogado. Este es el momento, más que ningún otro, en el que el abogado «está a prueba.» Así como los abogados escogen a los jurados, los jurados escogen a los abogados.

B. Desarrollar una Teoría del Caso

Los miembros del jurado crearán una breve descripción de su caso que explique de que se trataba y por qué ellos alcanzaron un veredicto particular («era sobre un tipo que robó una tienda» o «esta señora se emborrachó, condujo su motocicleta, y luego demandó al fabricante después de que ella produjo un accidente»). Las descripciones de los miembros del jurado abarcarán a los principales actores, lo que ellos hicieron, y lo que les pasó, y la descripción será expresada en un sentido que implique un veredicto preferido.

El abogado también debe tener una breve descripción de su caso, creada antes del inicio del proceso. A diferencia de los miembros del jurado, que tienen gran amplitud en la decisión de qué elementos incluir, la teoría del abogado no puede ser construida de una sola pieza. Debe ser consecuente con la evidencia indiscutible, una versión razonable de la evidencia discutible, y la ley substantiva aplicable.

La teoría del caso, antes que nada, explica por qué la gente implicada actuó del modo en que lo hizo. Debería ser consecuente con las creencias y actitudes de los integrantes del jurado sobre la vida y sobre cómo funciona el mundo. Ésta debería ser una historia persuasiva que constituya un fundamento para la presentación de la evidencia y los argumentos durante el proceso. La teoría del caso también sirve como punto de referencia por la cual cada ofrecimiento de testigo y de pruebas debería ser regulado: ¿Cómo este testigo o prueba instrumental mejora la teoría del caso? Finalmente, la teoría debe ser una declaración que una mayoría de los miembros del jurado podrían ellos mismos producir y

retener. En otras palabras, no puede ser largo en duración ni demasiado legalista, no importa cuán brillante sea el abogado.

C. Seleccionar los temas y las etiquetas

Los temas y las etiquetas les proporcionan su vocabulario de litigio. Éstos son los sobrenombres lingüísticos por los cuales la emoción y la lógica de su teoría son expresadas. Si éstos son apropiados y bien elegidos, se convierten en los anclajes psicológicos y lingüísticos que los miembros del jurado adoptan como suyos durante el proceso.

Los temas resumen los elementos críticos de su caso. Éstos son las palabras memorables o frases que encapsulan la esencia de su caso, que articulan su posición sobre responsabilidad y daños, y proyectan las imágenes que ustedes quieren que el jurado considere del caso. Un caso debería estar limitado a dos o tres temas, los cuales serán repetidos en cada parte del proceso.

Aunque cortos, los temas requieren una cuidadosa selección y desarrollo. Éstos deberían ser agradables, crear imágenes memorables, e implicar un veredicto justo conforme a la ley. Los mejores temas vienen de fuentes tradicionales que contienen verdades universales acerca de la vida, como la Biblia, Las Fábulas de Esopo, o dichos relacionados con la historia americana. Las solas palabras como amor, odio, confianza, honor, deber, responsabilidad, lujuria, sed de poder y venganza proporcionan explicaciones vívidas y poderosas del comportamiento humano. Las frases pueden transmitir posiciones morales, como «tener responsabilidad sobre nuestras acciones» y «las ganancias más que seguras.»

Las etiquetas son los clichés para describir a la gente, los acontecimientos, y las cosas implicadas en el caso. Las palabras transmiten imágenes. Llamar a alguien «el demandante» transmite una imagen diferente de «la Sra. Johnson.» Referirse a una camioneta como «el vehículo» comunica una imagen diferente que «un camión de 4,000 libras.» El hecho que alguien ha muerto es neutral; el hecho de que él fuera decapitado imprime una imagen durable.

Como todos los instrumentos poderosos, los temas y las etiquetas pueden ser mal empleados o descuidadamente elegidos. Aunque éstos debieran proporcionar soportes en todas partes del proceso, no debe-

rían aparecer en toda cuestión. La repetición puede hacer que pierda intensidad.

La opción de una palabra o frase singular debería ser hecha con la apreciación de que la otra parte podría convertirla en una espada si los hechos no lo respaldan. Del mismo modo, algunas frases simplemente manifiestan una conclusión («envían un mensaje») que podría igualmente aplicarse a la posición del opositor. Siempre consideren si la otra parte será capaz de usar sus temas y etiquetas contra usted. Al igual que el testimonio adverso será más perjudicial si esto viene de sus testigos, un tema o una etiqueta que trae consecuencias adversas será más dolorosa que el mismo creado por su opositor.

D. Enfocarse en la Gente

Los miembros del jurado son orientados por la gente. Generalmente, ellos no tienen ninguna formación legal. Durante los procesos, ellos quieren oír sobre la gente, no los problemas legales. Los jurados quieren saber a quién apoyar silenciosamente, quién lleva puesto el sombrero blanco. Ellos quieren que su veredicto sea «correcto».

Los miembros del jurado necesitan información sobre cada testigo de modo que ellos se sientan cómodos aceptando el testimonio del testigo y las pruebas instrumentales. Ellos quieren a testigos tridimensionales. Por supuesto, la cantidad de la información presentada sobre un testigo debería ser adaptada para emparejar la importancia y el papel de ese testigo en el proceso. Sin embargo, ningún testimonio debería ser ofrecido sin dar primero al jurado suficiente información para inferir que el testigo es creíble.

E. Usar Técnicas de Narración

La narración es el modo en que la gente se ha comunicado el uno con el otro desde el principio del tiempo. La historia oral precede mucho tiempo al lenguaje escrito. La gente instintivamente usa la narración para comunicarse con otros. No es de extrañar, entonces, que la narración siga siendo un instrumento clave en el arsenal de un abogado litigante.

Las buenas historias organizan, humanizan, y dramatizan. Ellas tienen argumento, personajes, y emoción. Alguien se convierte en

implicado en un acontecimiento, un conflicto surge y una crisis se alcanza, culminando en una resolución. Una lección moral es enseñada o aprendida de nuevo. La historia usa lenguaje sensorial, tiempo presente, y marca el ritmo. La historia se trama de un modo tal que el auditorio cree que ellos o sus seres queridos podrían haber sido parte de éste y, al final de historia, la audiencia se preocupa por lo que pasa con los personajes.

La narración efectiva es la base para la mayor parte de lo que ocurre durante un proceso. Con frecuencia, la estructura es dos historias dentro de una historia. La historia primaria es lo que le pasó a las partes que causaron este proceso. La historia primaria, sin embargo, se cuenta dentro de la estructura de un formato de historia. La declaración de apertura, la evaluación de los testigos, y el alegato de cierre constituye una historia en la cual los miembros del jurado son participantes. Los buenos abogados litigantes invariablemente cuentan buenas historias, y ellos reconocen que el relato de la historia es casi tan importante como la historia en sí.

F. Enfocarse en la Clave de los Hechos y las cuestiones Disputadas

En la mayoría de procesos, muchos de los hechos relevantes son indiscutibles. No obstante, el proceso es necesario para resolver relativamente unos cuantos hechos disputados. Los abogados litigantes tienen que entender lo que está en disputa y lo que no lo está, enfocarse en los hechos disputados, y francamente tratar con la evidencia tanto favorable como desfavorable.

Enfóquense en sus hechos más favorables en una disputa. ¿Cómo pueden ustedes resaltar los hechos, o el testimonio o las pruebas instrumentales más favorables? ¿Cómo pueden ustedes hacer esos hechos vívidos, realistas, y visuales? ¿Cómo pueden ustedes repetir sus hechos más favorables de modo que mantengan el interés de cada miembro del jurado? No «olviden» ni traten de esconderse de los hechos negativos. Más bien, ayuden al jurado a anticipar hechos negativos revelándoselos al jurado y atacándolos antes de que su oponente le haga parecer sorprendido o, peor, completamente mentiroso. Ordenen otros hechos que reduzcan o eliminen el impacto de los hechos negativos.

Un abogado inexperto por lo general pasa demasiado tiempo elaborando hechos indiscutibles. Él aburre al jurado, y el aburrimiento es la antítesis de la persuasión. Un abogado con experiencia pasa mucho tiempo encontrando a testigos y pruebas instrumentales que apoyen su versión de hechos disputados y preparando a sus testigos y pruebas instrumentales suficientemente de modo que ellos transmitan la versión de los hechos del abogado en una manera dinámica, confidente, detallada, y vívida. El abogado experimentado entiende que las guerras son ganadas o perdidas dependiendo de qué lado gana o pierde una batalla clave. Lo mismo es constante para los procesos.

VIII. Conclusión

La investigación sociológica en miembros de jurado inicialmente presentó caminos nuevos y diferentes al abogado litigante para pensar en el proceso judicial. Esto también fomentó la simplificación excesiva de conclusiones que se hicieron distorsionadas al volver a relatarlas. («La mayor parte de los miembros del jurado deciden hacia el final de las declaraciones de apertura.») La visión de la influencia de la todopoderosa sociología fue estimulada por la histeria que rodea los prematuros estudios con jurados reales. De hecho, la mayor parte de la investigación fue demasiado limitada en el alcance que justifica ya sea el peso de extensas generalizaciones o el miedo implícito de los veredictos de jurado manipulados.

Los abogados litigantes, y especialmente aquellos que instruirían a los aspirantes a abogados litigantes, se exponen al riesgo de la sobregeneralización cuando confían en estudios psicológicos que se concentran en partes limitadas del procedimiento del proceso. El problema es exacerbado cuando los investigadores no entienden cómo funciona la ley o emprenden «experimentos de jurado» para estudiar cuestiones teóricas. La investigación realmente útil requiere simulaciones de jurado apropiadas que prueben cuestiones del mundo real.

La investigación útil está surgiendo. Los abogados litigantes deben ser conscientes de los nuevos estudios del jurado que desafían creencias anecdóticas y prácticas de proceso que han sido transmitidas del abogado más antiguo al abogado principiante como un viejo archivo de fórmulas. La oída de que los estereotipos raciales afectan la creencia del jurado no

es sorprendente. Es mucho más interesante y útil para saber que los estereotipos tienen poca influencia donde la evidencia es fuerte o los testigos no encajan en el estereotipo.

Cuando los abogados de proceso se conviertan en usuarios más sofisticados de la investigación sociológica, las cuestiones y la metodología también mejorarán. Este proceso comenzó con seriedad en los años ochenta, cuando los investigadores con formación legal entraron al campo. Los abogados litigantes ignoran esta investigación en su perjuicio.

UNIDAD IV: LOS ALEGATOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1) REYNA ALFARO, Luis Miguel. Tratado Integral de Litigación Estratégica, segunda edición, Temis, Bogotá, 2015.

CAPÍTULO XXVII

TEORÍA DEL CASO Y ESTRATEGIAS DE DEFENSA

1. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA TEORÍA DEL CASO

A) *Concepto de teoría del caso*

La teoría del caso (*theory of the case*) puede entenderse de modos diversos: según el catedrático de Arizona THOMAS MAUET no es otra cosa que *la historia* que cada una de las partes presenta respecto a lo que ocurrió en la realidad¹; de acuerdo con los profesores chilenos BAYTELMAN y DUCE, se trata, en buena cuenta, *de un punto de vista*, una perspectiva desde la cual observar la prueba².

Este concepto de la teoría del caso como *historia, punto de vista, perspectiva*, etc., recogido con matices por la doctrina especializada, debe necesariamente complementarse con el propósito u objetivo que subyace a la utilización de la teoría del caso en el proceso penal: la teoría del caso es el medio con el cual se busca persuadir al juez³ de la mayor fiabilidad de nuestra propuesta de verdad procesal. La teoría del caso vendría a ser la propuesta de verdad procesal que postulan las partes y que se pretende sea adoptada por el juez. De allí la evidente conexión entre *litigación y persuasión*.

Justamente por esta razón, la teoría del caso debe dominar absolutamente todas las decisiones que toma la defensa en un proceso penal. En esa línea, SCHÖNBOHM, MIXÁN, RODRÍGUEZ y BURGOS identifican correctamente la teoría

¹ MAUET, *Trials*, *op. cit.*, pág. 18; similar RAÚL CADENA LOZANO & JULIÁN HERRERA CALDERÓN, *Técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio en el sistema acusatorio*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008, pág. 172.

² BAYTELMAN y DUCE, *op. cit.*, pág. 102; similar: PEDRO ÁNGULO ARANA, *La función del fiscal. Estudio comparativo y aplicación al caso peruano* [de aquí en adelante: ÁNGULO ARANA, *La función del fiscal*], Lima, Jurista, 2007, pág. 638; RAFAEL BLANCO SUÁREZ y OTROS, *op. cit.*, pág. 18; ORÉ GUARDIA y LOZA AVALOS, *op. cit.*, pág. 3.

³ ORÉ GUARDIA y LOZA AVALOS, *op. cit.*, pág. 2. Fuera de los contornos del proceso penal, destaca la trascendencia de la persuasión en la “guerra judicial”: LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA, “Tecnicismos procesales y convicción en el juicio con jurado: el caso de la película *Veredicto final*”, en CECILIA O’NEILL DE LA FUENTE (Ed.). *El derecho va al Cine. Intersecciones entre la visión artística y la visión jurídica de los problemas sociales*, Lima, Universidad del Pacífico, 2013, pág. 240.

del caso como una suerte de *mapa de ruta* en tanto conduce la actuación de las partes involucradas en el conflicto procesal desde su comienzo hasta su final⁴.

La teoría del caso determina entonces la actuación del abogado litigante durante el proceso penal sirviéndole de guía metodológica mediante la cual establecer qué actividad probatoria deberá desarrollar y en qué oportunidad hacerlo. De allí que se sostenga acertadamente que no es posible iniciar la defensa de un caso sin haber establecido una teoría del caso⁵.

La teoría del caso, como se ha establecido, determina la estrategia que tendrá que seguir el abogado para probar los hechos en que aquella se sustenta y lograr que el juez acepte el razonamiento jurídico postulado. Aunque la estrategia es definida por la teoría del caso, solo constituye un instrumento de aquella⁶.

B) Contenido de la teoría del caso

Una visión bastante atractiva y pedagógica de la función y contenido de la teoría del caso es expuesta por CLARK, DEKLE y BAILEY⁷. Para estos autores norteamericanos es como una *construcción*, como una *casa*, construida con los materiales proporcionados por la teoría jurídica y por la teoría fáctica, elementos que se relacionan mutuamente⁸. Esta relación se hace sumamente evidente si se toma en consideración que la teoría del caso es una propuesta de verdad procesal y esta, como hemos referido en el capítulo xxv, tiene componentes fácticos y jurídicos.

La *teoría jurídica* que sustenta la teoría del caso delimita los argumentos o hechos que deben ser debatidos durante el proceso, estableciendo, de ese modo, una hoja de ruta de lo que debe ser probado en el proceso y a qué nivel debe serlo⁹. La validez de lo antes indicado se revela con claridad en relación al contenido del dolo.

⁴ HORST SCHÖNBOHM *et al.*, *op. cit.*, pág. 424.

⁵ ROMERO SOTO y ROMERO ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 11.

⁶ Por eso discrepo de la conceptualización de la teoría del caso propuesta por los profesores MORENO HOLMAN y NEYRA FLORES que la califican como estrategia: LEONARDO MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 28; JOSÉ NEYRA FLORES, *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, Lima, Academia de la Magistratura, 2007, pág. 39.

⁷ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 10.

⁸ Precisamente es la concurrencia de ambos elementos (fácticos y legales) en la teoría del caso los que diferencian la forma en que la narrativa desarrolla las historias; así en MEYER, *op. cit.*, pág. 17.

⁹ Por esa razón SCALIA y GARNER, *op. cit.*, pág. 9, señalan que la importancia de los hechos en la preparación del caso no debe ser subestimada.

En efecto, conforme se ha reconocido anteriormente, en la doctrina jurídico-penal existe un debate trascendente en torno al contenido del dolo en virtud del cual se discute si el dolo es consciencia y voluntad (dolo volitivo) o si, por el contrario, es solo consciencia (dolo cognitivo). Nótese aquí los efectos que tendría en la formulación de la teoría fáctica la adopción de una determinada tesis en torno al dolo: si se recurre a la idea del dolo volitivo, los elementos que deben ser acreditados son mayores (conocimiento y voluntad).

Por su parte, la *teoría fáctica* propone los hechos de significación para los fines de consolidación de la teoría jurídica propuesta. Es la historia o perspectiva que sirve de contexto de explicación de la teoría jurídica. Sus características más importantes son: i) debe ser construida a partir de la evidencia existente; ii) debe ser idónea para sustentar la teoría jurídica, y iii) debe ser convincente, persuasiva¹⁰.

La teoría fáctica debe ser construida a partir del material probatorio existente¹¹. Desde esa perspectiva, la *historia o perspectiva* que constituye la teoría fáctica debe contener tanto los sucesos no discutidos como los que son objeto de controversia, aunque—como es lógico—el trato que merecen es distinto: los sucesos no discutidos requieren un tratamiento menos riguroso que los controvertidos.

Por otra parte, es necesario contrastar la teoría fáctica con la teoría jurídica a efectos de determinar si la primera proporciona una base idónea para la formulación de la última. Esta idea deriva de una premisa metodológica: la subsunción legal se realiza partiendo de un hecho predeterminado, debidamente acreditado probatoriamente. Sobre esto, es necesario tener presente que, como reconocen CLARK, DEKLE y BAILEY¹², el abogado no debe ir a juicio para encontrar la verdad, debe haberla encontrando antes de que inicie el juicio.

En ese contexto, la teoría del caso debe ser persuasiva y explicar, esclareciendo cada uno de los hechos del caso, porqué cada sujeto que intervino en el hecho debatido judicialmente actuó como lo hizo¹³.

La labor de la defensa en el proceso no es solo la de acreditar su teoría del caso, sino también debe desvirtuar la teoría del caso formulada por su oponente. Para esto es necesario que el abogado conozca la teoría del caso de su adversario¹⁴. A través del conocimiento de la teoría del caso antagonista podrá el abogado anticiparse y contrarrestarla adecuadamente.

¹⁰ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 13.

¹¹ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 13.

¹² CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 26.

¹³ MAUET, *Estudios, op. cit.*, pág. 61.

¹⁴ SCALIA y GARNER, *op. cit.*, pág. 10.

2. ELABORACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

A) *Identificación de los términos de la imputación y de la prueba en que se sustenta*

El principio acusatorio exige que la iniciación del proceso penal sea resultado de la excitación de la actividad jurisdiccional de parte del acusador, público o particular según corresponda. Por este motivo, cualquier intención de fijar una estrategia de defensa supone reconocer los estrictos términos en que se halla formulada la imputación y la prueba en que se sustenta. Esta necesidad deriva además de las características del sistema procesal de carácter adversarial que requiere una intervención inmediata del abogado que impide reconocer los hechos y las pruebas *sobre la marcha*¹⁵.

La identificación de los hechos resulta de fundamental importancia. Ya lo decía VON BELING: “El examen del tema comienza, pues, con la perfecta comprensión de los hechos dados como tales”. Esta labor debe realizarse objetivamente, sin pasar por alto hechos que puedan resultar significativos ni minimizando su significación ni mucho menos llenar los espacios en blanco arbitrariamente¹⁶.

Esto exige que el abogado revise, antes de realizar cualquier pronóstico, las actuaciones fiscales o judiciales. Los abogados litigantes deben revisar los autos para diseñar su estrategia; no pueden conformarse con decidir a partir de ciertos fragmentos de información ni con la información indirecta recibida por el propio cliente o por otros colegas.

La revisión del expediente de parte del abogado debe ser indispensable, objetiva e imparcial¹⁷. No se puede leer el expediente sesgadamente pues eso genera una percepción incorrecta del problema por resolver y, lógicamente, deriva en la formulación de una respuesta incorrecta. Un refrán popular reza: “No hay peor ciego que quien no quiere ver” y en el caso del abogado aplica perfectamente. El abogado debe estar decidido a *ver* con claridad los problemas que afectan a su defendido, pues solo así podrá hacer algo por él.

Sin embargo, la identificación del hecho imputado no resulta labor sencilla. Como señala CAPALDI: “Un autor rara vez inicia su obra anunciando cuál es su objetivo y describiendo su método”¹⁸, lo que resulta perfectamente aplicable a las “obras” elaboradas por los fiscales: el desorden y la falta de método son elementos caracterizadores de las disposiciones fiscales y las

¹⁵ USAID, *op. cit.*, págs. 59-60.

¹⁶ ERNST VON BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires, Librería El Foro, 2002, pág. 241.

¹⁷ BAYTELMAN y DUCE, *op. cit.*, pág. 104.

¹⁸ CAPALDI, *op. cit.*, pág. 27.

resoluciones judiciales. Justamente con tal propósito es necesario reconocer la importancia de la gramática y la puntuación¹⁹ en el objetivo de identificar adecuadamente los contenidos de las disposiciones fiscales y resoluciones judiciales. Mediante la gramática y la puntuación podremos identificar las premisas y las conclusiones que se postulan.

No obstante lo dicho, se pueden proponer ciertas reglas para identificar premisas y conclusiones. En primer lugar, *no se deben identificar las premisas y conclusiones por su contenido*, pues aquella labor debe realizarse recurriendo —como se dijo— a la gramática y a la puntuación. En segundo lugar, *no se deben identificar las premisas y conclusiones por su posición o ubicación dentro del párrafo*, pues la posición de determinada aseveración puede responder a criterios distintos (estilo, por ejemplo). En tercer lugar, *la identificación de las conclusiones se relaciona con la utilización de expresiones como “por tanto”, “por consiguiente” y otros sinónimos*²⁰.

Revisados los autos, el abogado debe poner atención primigenia al análisis de la imputación, pues de él se desprenderán una serie de posibilidades defensivas dignas de subrayar: de la imputación puede desprenderse la posibilidad de interposición de *nullidades procesales, excepciones, cuestiones previas y prejudiciales*²¹.

De más está resaltar la importancia práctica de la identificación de defensas previas, pues mediante ellas se puede herir mortalmente la pretensión punitiva que amenaza al imputado (por ejemplo, en el caso de las excepciones de improcedencia de acción o de prescripción) o, al menos, dilatar su culminación (como en las cuestiones previas y prejudiciales, excepción de naturaleza de juicio o nulidades procesales).

Verificadas las posibles defensas previas, corresponde llevar a cabo la identificación y valoración inicial de los medios de prueba en que se sustenta la imputación. Después de identificados todos y cada uno de los medios de prueba en que se sustenta la imputación, se debe valorar su *idoneidad probatoria*. En ese contexto pueden distinguirse *pruebas directas*, que permiten la representación inmediata del hecho objeto de la imputación, y *pruebas indirectas*, que acreditan un hecho accesorio desde el cual resulta posible llegar al hecho principal²².

B) Recepción de la versión del cliente

Dentro de las primeras labores que ha de realizar el abogado se encuentra la de recibir la versión de los hechos de su cliente, entrevistándose con aquél.

¹⁹ CAPALDI, *op. cit.*, pág. 28.

²⁰ CAPALDI, *op. cit.*, págs. 30-31.

²¹ TRAVERSI, *op. cit.*, pág. 46.

²² TRAVERSI, *op. cit.*, pág. 48.

Aquél es quien puede referir con mayor nivel de certeza si es o no responsable del hecho que se le atribuye y las pruebas que le sustentan.

Esta, por cierto, no es labor nada fácil. Los seres humanos tenemos una tendencia natural a negar nuestra responsabilidad o, al menos, atenuarla²³, y esto es mucho más obvio en los casos judiciales, en los que la responsabilidad genera consecuencias de gran magnitud. La mayoría de los clientes alegan ser inocentes, pero no todos lo son. Frente a estos casos, ¿debes creer todo lo que dice tu cliente?, ¿cómo separar la paja del trigo?, ¿cómo identificar al cliente que dice ser inocente y realmente lo es del que proclama inocencia falsamente? Dar respuesta a estas interrogantes resulta sumamente complicado pues aunque es cierto que la relación *abogado-cliente* se encuentra basada en la confianza, es también cierto que *no estás obligado a creer en todo lo que te dice tu cliente*²⁴.

El abogado, con este propósito, debe persuadir a su cliente de que solo la verdad le permitirá definir la estrategia que mejor convenga a sus intereses. Las posibilidades de curar a un enfermo aumentan si este le indica los síntomas al médico. Este tipo de analogías resultan muy útiles, pues transmiten al cliente la idea de que se busca protegerlo.

En el propósito de generar un escenario de confianza el abogado debe explicar a su cliente las características de la relación *abogado-cliente*²⁵ y los efectos que tiene para el letrado la infracción de sus obligaciones de confidencialidad.

Frente a la reflexión inicial del letrado, el cliente bien puede que se sincere y le narre la verdad de lo ocurrido, o puede mantener su posición de inocencia. En ambas circunstancias el abogado debe proceder a recibir la versión de su cliente. Durante este procedimiento debe ser sumamente perspicaz y confrontar con su cliente las dudas que generen su versión o la inconsistencia en ella. El abogado no puede ser un simple *receptor pasivo* de la narración que proporciona su defendido²⁶.

Esto, como es de entenderse, puede provocar vacilación en ciertos abogados sobre la posible susceptibilidad de su cliente. Justamente por estas razones resulta fundamental la explicación inicial que debe dar el abogado sobre el objeto de su indagación: proteger sus intereses, protegerlo a él.

C) Identificación y construcción de la teoría del caso: las estrategias

Tras identificar los términos de la imputación y su prueba sustentatoria y recibir la versión del cliente, le corresponde que al abogado identificar y construir su teoría del caso.

²³ TRAVERSI, *op. cit.*, pág. 29.

²⁴ GRAHAM, *op. cit.*, pág. 83.

²⁵ MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 65.

²⁶ TRAVERSI, *op. cit.*, pág. 31; MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 67.

En efecto, el abogado después de valorar diversos elementos, debe optar por su *estrategia de defensa*. La expresión “estrategia”, como correctamente recuerda TRAVERSI, proviene del léxico militar, evocando las confrontaciones bélicas. Justamente por ese motivo es posible recordar en este aspecto *El arte de la guerra*, de SUN TSU: “No hay cosa más difícil que el arte de la maniobra. La dificultad en este aspecto consiste en convertir un camino tortuoso en la vía más directa y en cambiar la desventaja en ventaja”²⁷.

El proceso penal adversarial, por sus características, tiene muchas similitudes con la guerra, lo que justifica la continua referencia a obras relacionadas con el fenómeno bélico²⁸. En efecto, el proceso penal de corte adversarial enfrenta a dos partes procesales caracterizadas por su disparidad. El órgano acusador (ministerio público) y el imputado carecen de *igualdad*. Por eso la confrontación que se da en un proceso penal se caracteriza porque uno de los contrincantes tiene mejor posición. Esta situación inicial exige que la asunción de una opción estratégica resulte fundamentalmente de cara al resultado final del proceso.

Se pueden reconocer dos diversas clases de estrategia: la *estrategia de negociación* o una *estrategia de refutación*²⁹.

a) *Estrategia de negociación*

a') *Presupuestos*. El abogado, de cierto modo, debe comportarse con su cliente como el médico con el paciente: debe darle un diagnóstico objetivo y real de su situación. En ese contexto, debe tenerse presente que no siempre nos enfrentaremos a una *simple gripe*, en ocasiones nos toparemos con *enfermos terminales* a los que solo podemos evitarles un sufrimiento innecesario. No siempre será prudente refutar o contradecir la imputación; en ocasiones debe aceptarse la responsabilidad y, a partir de ella, *negociar* ciertos beneficios en favor de nuestro cliente. Piénsese, por ejemplo, en los beneficios que le genera al imputado la *confesión sincera* de los hechos.

Sin embargo, optar por una estrategia de refutación no es siempre cuestión sencilla. Esto ocurre, en ocasiones, por la renuencia del abogado y en otras circunstancias por la renuncia del cliente.

La adopción de una estrategia de negociación supone que el abogado reconozca la concurrencia de los siguientes tres elementos: a) la existencia de un hecho real; b) que dicho evento constituya delito, y c) que existan elementos

²⁷ SUN TSU, *El arte de la guerra*, trad. de Elizabeth Courbet, Barcelona, Edicomunicación, 1999, pág. 97.

²⁸ PEDRO ÁNGULO ARANA, *El interrogatorio de testigos en el nuevo Código Procesal Penal* [de aquí en adelante: ÁNGULO ARANA, *El interrogatorio*], Lima, Gaceta Jurídica, 2007, págs. 105-109.

²⁹ Defensoría del Pueblo, *Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral*, Bogotá, disponible en www.pfyaj.com.

de convicción de su realización de parte de nuestro cliente³⁰. Nótese cómo no entra en el análisis el convencimiento del abogado respecto a la responsabilidad o inocencia de su cliente sino únicamente elementos que permitan reconocer si una defensa de refutación es o no viable³¹.

Esto no supone proponer, como lógica general, que el abogado deba tener una visión conformista y deba aceptar calladamente las imputaciones. La estrategia de refutación será la ruta que se debe seguir cuando: i) no sea viable atacar la subsunción normativa del hecho, mediante cuestionamientos a la tipicidad o la posible demostración de la concurrencia de causas de justificación o exculpación perfectas; o, ii) no sea posible afectar la idoneidad de los medios de prueba que determinan, más allá de toda duda razonable, la existencia del hecho y la relación del imputado con el mismo.

Bueno, si al abogado le resulta difícil optar por una estrategia de refutación, aceptarla resultará para el imputado incluso más complicado. La aceptación de cargos constituye un acto antinatural para el ser humano y por ello la renuencia a optar por una estrategia de negociación será una circunstancia común en la práctica forense. Para que el abogado pueda influir en la decisión del cliente tiene que haber establecido una relación de confianza que lleve a este a reconocer que buscas hacer lo más conveniente para sus intereses³². Si, pese a establecer una relación de confianza, no logras persuadir a tu cliente, podría ser de utilidad que recurras a sus familiares más cercanos, su esposa, su enamorada, sus amigos más cercanos³³.

b') *Etapa de pre-negociación*. El Código Procesal Penal, al hacer referencia a las reuniones previas informales entre el fiscal y el imputado, alude a la etapa de negociación entre ambos sujetos procesales. Sin embargo, cabe reconocer una fase previa, de prenegociación, que debe producirse entre el fiscal y la víctima (constituida o no como actor civil) y el abogado defensor con su patrocinado, destinada a lograr que ambos conozcan los intereses de las partes en conflicto³⁴.

1) *Reuniones previas entre el fiscal y la víctima del delito*. Dado que el fiscal tiene originalmente en sus manos el ejercicio de la pretensión resarcitoria (C. P. P., art. 11), no cumpliría su función si no se relacionase con el directamente perjudicado, esto es, con la víctima del delito, a fin de conocer sus intereses y pretensiones de indemnización.

³⁰ USAID, *op. cit.*, pág. 67.

³¹ En ese sentido WHITE, *op. cit.*, pág. 77.

³² WHITE, *op. cit.*, pág. 158.

³³ WELSH WHITE, *op. cit.*, págs. 159-160.

³⁴ FERNANDO UGAZ ZEGARRA, "Técnicas de negociación de acuerdos en el Nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a los acuerdos de terminación anticipada", en: AA. VV. *Selección de lecturas*, Lima, Instituto de Ciencia Procesal Penal, pág. 148.

La necesidad de la existencia de reuniones previas entre el fiscal y la víctima del delito, se encuentre o no constituida como actor civil en el proceso penal, no solo se sustenta en cuestiones de orden político-criminal destinadas a poner de relieve la posición de la víctima dentro del proceso penal, sino que tienen su origen en razones de índole práctica: si el acuerdo de terminación anticipada entre fiscal e imputado debe someterse a control judicial de legalidad —lo cual significa que la reparación civil deberá ajustarse a la regla establecida en el artículo 93 del Código Penal, que establece que comprende “la indemnización de los daños y los perjuicios”—, es lógico que la determinación y cuantificación del daño civil indemnizable, sobre todo en casos de daño moral y daño a la persona, requieran una ponderación adecuada de los efectos del delito sobre el perjudicado, en la cual su participación resulta fundamental.

Por ese motivo es necesario que el fiscal interesado en acudir al proceso de terminación anticipada tenga contacto, antes de la negociación previa o al comienzo de esta, con el imputado y con el perjudicado por el delito, se encuentre constituido o no como actor civil en el proceso penal respectivo. De este modo el fiscal no solo logra entrar a la negociación con el imputado mejor preparado tácticamente, por su mejor conocimiento de los intereses en juego, sino porque ingresará mejor preparado personalmente, dado que entrará más seguro y confiado al proceso de negociación gracias a que cuenta con el apoyo de la víctima del delito.

Del mismo modo, una relación inicial entre el fiscal y la víctima previa a la negociación de aquél con el imputado permite reducir los riesgos de una posible impugnación de la sentencia anticipada de parte del actor civil.

Existe, sin embargo, una razón de mayor importancia. La víctima del delito tiene una desconfianza natural con el sistema de justicia penal que puede verse aumentada al observar, en la negociación previa al comienzo formal del proceso de terminación anticipada, una interacción excluyente entre el fiscal y el imputado.

Esta desconfianza puede transformarse en auténtica *victimización secundaria* si además el acuerdo propio de la terminación anticipada es considerado injusto por la víctima, sobre todo si tomamos en cuenta que ella no siempre busca un resarcimiento patrimonial, sino que recurre a la justicia penal para que *aplique justicia*. Con la realización de reuniones previas entre el fiscal y la víctima, esta podrá comprender que la actuación del fiscal en el proceso de terminación anticipada está destinada a tutelar sus intereses.

2) *Reuniones previas entre el abogado defensor y el imputado*. Cualquier intento, de parte del abogado defensor del imputado de comenzar una negociación previa a la incoación del proceso de terminación anticipada con el fiscal exige que este se cerciore de la plena voluntad de aquél de introducirse al proceso de negociación, que es la terminación anticipada. Solo de ese modo

el abogado podrá conseguir que exista con su cliente una *relación colaborativa* que facilite el éxito de la negociación³⁵.

En estas reuniones previas entre abogado y patrocinado resulta indispensable que aquel sea capaz de transmitir al imputado la conveniencia de recurrir a la terminación anticipada. El abogado debe lograr que su cliente supere la tendencia natural de toda persona a negar sus responsabilidades y comprenda las ventajas que tiene acogerle al proceso de terminación anticipada. Es necesario que el abogado le transmita a su defendido la idea de que negociar no es pactar ni que implica una rendición incondicionada y que buscará lo que mejor convenga a sus intereses.

A partir de esta interacción previa el abogado podrá conocer mejor las pretensiones y esperanzas de su cliente en torno a la negociación y utilizarlos en ella.

c') *Hipótesis del plan de negociación*. A pesar de que la opción en favor de una estrategia de negociación supone *allanarse* a la pretensión persecutoria del ministerio público, esto es, supone *rendirse* ante el adversario, no tiene que tratarse de una *rendición incondicionada*, sino que puede ser negociada.

En este contexto, es necesario que la estrategia de negociación contenga ciertos elementos que funcionan a manera de hipótesis³⁶, estas son:

- *Identificación de la pretensión de la contraparte.*

Como en cualquier clase de negociación, la que se produce en el contexto de un proceso penal debe estructurarse identificando la pretensión de la contraparte, es decir, la pretensión del acusador —público o privado— y la del actor civil.

- *Reconocimiento de los márgenes de acción en la negociación. Las causas de justificación y exculpación imperfectas*

El planeamiento de la negociación exige identificar los márgenes de acción de esta, es decir, el mínimo que desea obtener y el máximo que podrá lograr. Es esencial, a este nivel, el conocimiento de los institutos procesales de negociación para seleccionar el que resulte más adecuado a las circunstancias y más beneficioso al defendido.

Para reconocer los márgenes de negociación será importante, además, que el abogado maneje los criterios básicos de individualización judicial de la pena en la medida que es precisamente *la pena a imponerse* la que será objeto de negociación. En ese contexto, el manejo de categoría que incidan en la medida de la pena (causas de justificación o exculpación imperfectas) resultará sumamente importante para la implementación exitosa de estrategias de refutación.

³⁵ UGAZ ZEGARRA, *op. cit.*, pág. 150.

³⁶ Véase USAID, *op. cit.*, pág. 68.

• *Elaboración de argumentos de negociación*

Después de haber reconocido nuestros márgenes de acción deben construirse los argumentos que permitan *maximizar* los resultados. Existe una directa correlación entre el nivel de argumentación y los resultados que de aquella deriven.

b) *Estrategia de refutación*

a') *Adopción de una estrategia de refutación.* El abogado debe decidir la estrategia que se ha de seguir conforme a los mejores intereses de su cliente y no a los propios. Es muy común observar en el abogado la actitud mezquina, motivada fundamentalmente por fines económicos (seguramente los honorarios de un proceso penal con juicio oral serán más provechosos que los correspondientes a un proceso penal que culmine con un arreglo de terminación anticipada), de decidir estrategias de refutación pese a la escasa posibilidad de éxito de ellas, privando a su cliente de los beneficios que puede significar la adopción de estrategias de negociación.

Siempre existirá alguna *tesis para venderle* al cliente como medio de refutación de la imputación penal. El derecho penal es tan rico en teorías que seguramente encontrar alguna que sustente nuestra pretensión no será tarea complicada.

En este caso no es tan importante determinar si existe alguna teoría que sustente nuestra postura, sino si es razonable y podrá admitirla el Tribunal. Es lógico, si el propósito de formular una teoría del caso es lograr *persuadir* al juez o tribunal de que nuestro punto de vista es el correcto, este debe ser creíble y convincente.

Sobre este punto es pertinente recordar las referencias hechas por CLARK, DEKLE y BAILEY en el sentido que la construcción de la teoría del caso es como la construcción de una casa³⁷. Si esto es así, su fortaleza dependerá de sus cimientos y estos, a su vez, dependerán de la consistencia de sus pilares.

Justamente por ese mismo motivo es recomendable que la teoría del caso se formule con la mayor simpleza posible. Esto, por cierto, no significa que sea *la teoría del caso* la que deba ser simple, pues no hay forma en que un caso penal sea simple (de serlo ni siquiera existiría caso), sino *su formulación* es la que debe ser sencilla, comprensible para el receptor del mensaje que propone la teoría del caso.

b') *Posibles estrategias de refutación.* TRAVERSI identifica dos posibles estrategias de refutación: *estrategia de refutación sin exposición de contrahipótesis* y *estrategia de refutación con exposición de contrahipótesis*³⁸.

En la *estrategia de refutación sin exposición de contrahipótesis* la defensa se limita a desbaratar la tesis inculpativa desvirtuando su contenido proba-

³⁷ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 10.

³⁸ TRAVERSI, *op. cit.*, págs. 55-57; similar MORENO HOLMAN, *op. cit.*, págs. 57-58.

torio o la coherencia lógica de las pruebas que impiden la corroboración de la imputación. En la *de refutación con exposición de contrahipótesis* se propone además una explicación alternativa de los hechos que resulta incompatible con la tesis inculpativa y por tanto la desbarata.

Aunque debido al contenido que resulta de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde al acusador, lo cual implica que la obtención de un resultado favorable para el imputado es ya posible recurriendo a una *estrategia de refutación sin exposición de contrahipótesis*, las posibilidades de suceso aumentan cuando, además, se logra exponer una contrahipótesis de los hechos³⁹.

c') *Determinación de las proposiciones fácticas y puntos focales del proceso (propuesta de verdad fáctica/ teoría fáctica)*. Después de asumir una estrategia de refutación y haberse optado por una tesis *razonable* de defensa, corresponde identificar las *proposiciones fácticas* y los *puntos focales del proceso*, como parte de la propuesta de verdad fáctica que se planteará durante el juzgamiento oral.

Como parte de la propuesta de verdad procesal que las partes formularán en juicio, corresponde plantear una propuesta de verdad fáctica, una propuesta de lo ocurrido. Esta propuesta de verdad debe descomponerse en *proposiciones fácticas*, como suerte de pequeños fragmentos que integrados componen la narración total del suceso⁴⁰. Por ejemplo, si sostenemos la inexistencia de delito de parte de nuestro cliente porque la acción de *matar a otro* fue en defensa de la propia vida, esa versión debe descomponerse para identificar una serie de elementos: La agresión ilegítima de la víctima, la racionalidad del medio empleado, la falta de provocación del autor, etc.

Dentro de esas proposiciones fácticas algunas tienen relevancia fundamental; esas proposiciones fácticas resultan ser los *puntos focales*⁴¹. Al desarrollar su teoría del caso el abogado litigante debe determinar los aspectos fundamentales y abordarlos. Esto guarda relación con lo sostenido anteriormente respecto a la necesidad de que el abogado litigante racionalice sus esfuerzos y la importancia de *atacar la yugular* sin perder tiempo en ámbitos intrascendentes. La identificación de los *puntos focales* permite diferenciar los puntos relevantes de aquellos completamente irrelevantes o de importancia menor.

d') *Acreditación de las causas de justificación y exculpación perfectas como mecanismo de refutación*. Partiendo de la idea que la verificación de una causa de justificación o una causa de exculpación determina que *el hecho imputado no constituya delito*, acreditar su concurrencia perfecta puede resultar

³⁹ MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 61.

⁴⁰ Sobre la descomposición del hecho imputado, TARUFFO, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, pág. 93.

⁴¹ TRAVERSI, *op. cit.*, pág. 34.

un camino idóneo para refutar la imputación. Incluso, cuando no sea posible lograr que la causa de justificación o exculpación tengan efectos justificantes o exculpantes absolutos, pueden resultar mecanismos idóneos para mitigar la responsabilidad penal y reducir la pena que se ha de aplicar.

e') *Determinación de los medios de prueba que acreditarán la validez de la estrategia de defensa escogida.* Establecido un rumbo eligiendo la estrategia de defensa, corresponde identificar los medios de prueba que servirán para corroborar los planteos defensivos.

A ese nivel debe entenderse que cada proposición fáctica que sustente nuestro caso debe contar con prueba suficiente que la acredite suficientemente; esta exigencia se hace más intensa en los denominados puntos focales. Si no resulta posible acreditar dichas proposiciones fácticas deberemos optar por una versión distinta de los hechos.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA DECISIÓN ESTRATÉGICA Y LA TEORÍA DEL CASO

A) *La teoría del caso debe diseñarse recurriendo a los principios de narración de historias (storytelling principles)*

a) *Importancia persuasiva de la utilización de los “storytelling principles”.* Los abogados, dice PHILIP MEYER, son narradores de historias cuya imaginación es informada, formada y limitada por los medios de prueba. Los argumentos legales, agrega, son, en realidad, *historias disfrazadas*⁴².

La utilización de los principios de narración de historias (*storytelling principles*), como señalan CLARK, DEKLE y BAILEY⁴³, ha sido recomendada por especialistas en materia del comportamiento humano debido a la reconocida preferencia del cerebro humano por absorber la información entregada en forma narrativa.

Esta idea además ha sido corroborada por estudios en materia de jurados que determinan que la presentación de los medios de prueba en forma de cuento hace que estos sean más persuasivos que aquellos presentados en contexto ajeno al narrativo⁴⁴.

En esta línea, PENNINGTON y HASTIE han desarrollado un modelo de interpretación y cálculo de las decisiones de los jurados denominado *story model*

⁴² MEYER, *op. cit.*, pág. 2.

⁴³ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 14.

⁴⁴ NANCY PENNINGTON y REID HASTIE, “The story model for juror decision making”, en Reid Hastie (Ed.), *Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making*, New York, Cambridge University Press, 2014, págs. 192 y ss.; resaltando la trascendencia del aporte de PENNINGTON y HASTIE: CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 14.

que sostiene que “un proceso cognitivo central en la toma de decisión del jurado es la construcción de la historia”⁴⁵.

Este modelo comprende tres procesos: a) la evaluación de la prueba a través de la construcción de la historia; b) representación de las alternativas de decisión mediante el aprendizaje de los atributos de la sentencia, y c) búsqueda de una decisión por medio de la clasificación de la historia que encaje mejor en la categoría de sentencia. Esta teoría reconocía cuatro principios de toda historia: cobertura, coherencia, unidad y solidez que son precisamente los que determinan que una historia sea aceptada.

Según el *story model* propuesto por PENNINGTON y HASTIE los jurados —lo que resulta perfectamente aplicable a los jueces— necesariamente organizan la información recibida en el juicio oral de forma narrativa. Esa información puede provenir de: a) la información correspondiente al caso adquirida durante el juicio; b) conocimiento de hechos similares de los que son objeto de controversia judicial, y c) expectativas generales respecto a los móviles que sirven para completar la historia⁴⁶.

En la línea desarrollada anteriormente, la afirmación del conocido literato HENRY MILLER recogida por PHILIP MEYER es reveladora: *la verdad de una historia está en su narración*⁴⁷.

La mayor eficacia persuasiva de la presentación narrativa del caso ha sido puesta también en evidencia por los matemáticos. CLARK, DEKLE y BAILEY⁴⁸ citan un estudio realizado por LEONARD MLODIMOW según el cual, tras la exposición de un mismo caso ante diferentes jurados se llegó a la conclusión que mientras más vívida fue la presentación y narración de la historia, mayor efecto persuasivo se produjo sobre estos.

b) *¿Qué es y qué contiene una historia en el sentido de la litigación?*. Una historia en el sentido de la litigación puede ser definida como la narración de un evento o eventos y que comunica alguna información sobre la condición humana que sea significativa desde la perspectiva de la ley penal y se encuentre apoyada en los medios de prueba existentes. Esta historia contiene, de preferencia, los siguientes elementos.

a) *La escena (mostrar y contar la historia)*. La escena constituye un elemento de extrema importancia en la narración de un caso penal. Así como ocurre con los filmes, será la secuencia de escenas la que te permitirá *mostrar*

⁴⁵ PENNINGTON y HASTIE, *op. cit.*, pág. 192 (traducción libre del autor).

⁴⁶ PENNINGTON y HASTIE, *op. cit.*, pág. 194.

⁴⁷ MEYER, *op. cit.*, pág. 3. Resaltando la trascendencia de los métodos del análisis literario a los textos legales: FERNANDO DE TRAZEGNIES, “La justicia en el cine”, en Cecilia O’Neill de la Fuente (Ed.), *El derecho va al cine. Intersecciones entre la visión artística y la visión jurídica de los problemas sociales*, Lima, Universidad del Pacífico, 2013, pág. 19.

⁴⁸ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 14.

tu historia, *mostrar* tu teoría del caso⁴⁹. La escena nos atrae hacia el relato a través de la descripción detallada de los hechos.

Sin embargo, debido a que el tiempo de la escena es equivalente al tiempo de la historia (la escena dura lo que la realidad de la historia impone) lo que resulta impracticable en un proceso judicial, nos vemos precisados a recurrir al *sumario* que nos permite encapsular las escenas y *contar* (ya no *mostrar*) la historia.

b') *Los personajes*. Un buen cuento propone un enfrentamiento dialéctico entre dos o más fuerzas en oposición que suelen ser identificadas en términos morales como el héroe y el villano. Es común apreciar la identificación del público con el héroe del cuento⁵⁰.

Precisamente por esa razón corresponde narrar nuestra teoría del caso de forma tal que el juez nos identifique con el héroe del cuento. Este objetivo suele ser alcanzado mediante la polarización y haciendo que el juez se ponga de nuestro lado.

Para lograr que se nos identifique como el héroe y no con el villano es elemental que la narración que propondremos mediante la teoría del caso introduzca valores y necesidades humanas (honestidad, justicia, seguridad, familia, etc.) que puedan ser entendidas y asumidas por el juez o el tribunal⁵¹.

Estos elementos de contexto deben ir acompañados del enfoque sobre *el ser humano* y su carácter. En un litigio penal el enfoque del fiscal estará dirigido sobre la figura de la víctima, en tanto que el enfoque del abogado defensor del imputado estará dirigido hacia su cliente⁵².

Ahora, el propósito de identificar a nuestro cliente como el "héroe" del relato, sin embargo, no puede ser perseguido recurriendo al agravio o trato peyorativo hacia la contraparte (por ejemplo, mediante el uso de denominaciones como "asesino", "violador", etc.). El uso de esta técnica suele ser advertida por el juez como un intento de manipulación de su percepción sobre los hechos a partir de la creación de estereotipos o prejuicios⁵³.

Los personajes en una teoría del caso deben ser identificados reconociendo la complejidad propia de todo ser humano: motivaciones psicológicas, descripción del contexto personal y económico de la persona, etc. La creación y descripción del carácter de un personaje constituye, como señala MEYER, una herramienta fundamental de narración persuasiva⁵⁴. El carácter del per-

⁴⁹ MEYER, *op. cit.*, pág. 126.

⁵⁰ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 15.

⁵¹ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 17.

⁵² *Idem, ibidem.*

⁵³ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 16.

⁵⁴ MEYER, *op. cit.*, pág. 73.

sonaje tiene, además, efectos directos en la “interpretación” de los hechos pues, precisamente, por medio del carácter del personaje podremos entender los hechos⁵⁵.

c') *La trama*. Las historias legales, según menciona MEYER, son creaciones generadas por inteligencia no vista que selecciona, forma y transforma materia prima y la transforma en evento y luego los organiza en la *secuencia* ordenada de una historia. Entre los eventos y la historia existe una relación simbiótica interdependiente. La existencia aislada de eventos no constituye aun una trama, esta se alcanza solamente cuando esos hechos se vinculan y conectan entre sí⁵⁶. La trama se compone de una compleja red de “cadenas causales” de eventos⁵⁷.

Ahora, toda trama debe buscar la *fluidéz* pues esa característica permitirá reconocer anticipadamente hacia donde se dirige la trama. Esta característica, en relación a las tramas legales, permite reconocer cuál es la trayectoria que debe seguir la narración y establecer los movimientos en la dinámica interna de la narración⁵⁸.

Toda trama requiere de los siguientes elementos: i) un estado inicial legítimo de las cosas; ii) la interrupción de ese estado inicial por un *problema* atribuible a la intervención humana; iii) evocación a los esfuerzos de redireccionamiento o transformación; iv) el estado inicial es restaurado o uno nuevo es creado, y v) la conclusión de la historia con rememoración del antes y el después a través del colofón⁵⁹.

Por su mayor efectividad, en los procesos judiciales se suele recurrir a tramas del género melodramático en el que se suele plantear la dicotomía entre el bien y el mal, fuerzas antagónicas que se enfrentan en el proceso⁶⁰. Como es evidente, la predisposición natural es que el héroe triunfe sobre el villano. Esta lógica se hace notoria en los procesos penales en los que busca que el villano sea puesto en prisión y la víctima sea redimida o rescatada (en sentido metafórico).

c) *La credibilidad de la narración*. La narración de la teoría del caso debe ser creíble, pues solo de ese modo podrá alcanzar eficacia persuasiva. La credibilidad de un relato depende de la consistencia del mismo con la lógica, el sentido común y la experiencia⁶¹, elementos que deben complementarse

⁵⁵ MEYER, *op. cit.*, pág. 73.

⁵⁶ MEYER, *op. cit.*, pág. 11.

⁵⁷ PENNINGTON y HASTIE, *op. cit.*, pág. 196.

⁵⁸ MEYER, *op. cit.*, pág. 12.

⁵⁹ MEYER, *op. cit.*, pág. 13.

⁶⁰ MEYER, *op. cit.*, pág. 19.

⁶¹ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 19; SCALIA y GARNER, *op. cit.*, pág. 41; MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 36.

con la coherencia interna del relato⁶². Esta circunstancia es, precisamente, la que desde el inicio de la narración permite reconocer que cada movimiento narrativo funciona en relación al desenlace de la historia⁶³.

La lógica cumple un papel fundamental en la construcción de la teoría del caso y en la definición de la estrategia: nuestra teoría del caso no debe contradecir las reglas elementales de la lógica⁶⁴. Si la teoría del caso y la estrategia que se desarrolla contradicen los criterios elementales de la lógica, se tornan inverosímiles y pierden su capacidad persuasiva.

Por esos motivos es recomendable que el abogado piense silogísticamente. SCALIA y GARNER reconocen que la más rigurosa expresión lógica es el silogismo y, por lo tanto, recurrir a este servirá a los fines de persuasión perseguidos por el abogado litigante⁶⁵.

Ahora, la credibilidad del relato se vincula también a su coherencia. La historia que se propone a través de la teoría del caso es una sola y, por tanto, su eficacia persuasiva depende del contenido propuesto por todas sus partes. Los vacíos e inconsistencia restan credibilidad al relato⁶⁶.

La credibilidad de un relato está indefectiblemente vinculada a su soporte probatorio⁶⁷. Mientras cada uno de los elementos de la teoría fáctica del caso se encuentre apoyado en evidencia suficiente, el relato será creíble y, por ello, dejará el terreno de la fantasía y se ubicará en el plano de la realidad.

d) La voz, el estilo y ritmo de la narración. La voz del narrador, así como el estilo y ritmo que imprime forman parte de la historia misma, forman parte del relato⁶⁸. Cuando hacemos referencia a la voz no nos referimos al *sonido que proviene de las cuerdas vocales*, hacemos referencia a la *voz del relato legal* compuesta por las opciones de estilo instrumentales a los fines de persuasión y que se seleccionan en función al material que proporciona la teoría del caso⁶⁹.

⁶² PENNINGTON y HASTIE, *op. cit.*, pág. 199.

⁶³ MEYER, *op. cit.*, pág. 13. Precisamente por esta razón sostiene RAFAEL LANFRANCO, respecto al *storytelling* en las películas que el éxito de estas se debe precisamente a que el *twist* (giro) y el final pese a ser sorpresivo guarda perfecta coherencia lógica con el resto de la película; al respecto: RAFAEL LANFRANCO, "Por qué ser abogado te puede hacer un buen cineasta. Diversas herramientas del pensamiento legal son útiles para aprender a contar historias", en Cecilia O'Neill de la Fuente (Ed.), *El derecho va al cine, op. cit.*, pág. 35.

⁶⁴ RAFAEL BLANCO SUÁREZ, y otros, *op. cit.*, pág. 22.

⁶⁵ SCALIA y GARNER, *op. cit.*, pág. 41.

⁶⁶ PENNINGTON y HASTIE, *op. cit.*, pág. 199.

⁶⁷ CLARK / DEKLE / BAILEY, *op. cit.*, pág. 19; PENNINGTON y HASTIE, *op. cit.*, pág. 194 (quienes señalan: "La historia que es aceptada es aquella que provee la mayor cobertura de evidencia y es más coherente").

⁶⁸ MEYER, *op. cit.*, pág. 117.

⁶⁹ MEYER, *op. cit.*, págs. 117-118.

MEYER señala que los relatos legales en los casos penales suelen ser presentados como historias de detectives de misterio y una de las *voces* características de este tipo de relatos es la del *detective duro*. Esta opción supone enfocarse en la superficie de las cosas, lo que determina que los diálogos resulten planos, objetivos, sin ninguna clase de análisis introspectivo de los personajes. Este tipo de relato busca llevar al lector al misterio que active su imaginación y que provoque que el juzgador vaya más allá de la información proporcionada⁷⁰. Este tipo de *voz* suele ser utilizada en los escritos que los abogados presentan para exponer sus argumentos de defensa.

Por otra parte, el ritmo que se le imprima a la escena o al sumario sirve para proporcionar al público una señal de la importancia de una determinada pieza de la obra. En ese sentido, cuando se narra una parte de la historia en *cámara lenta* (*slow motion*) es porque se considera que ese tramo de la historia resulta trascendente y crucial para nuestra teoría del caso⁷¹.

e) *El tiempo narrativo*. Generalmente se dice que los hechos del caso deben ser presentados de forma simple y cronológicamente pues —como señala THOMAS MAUET “That’s the way life works” (“Esa es la forma en que la vida funciona”)⁷². Esta forma de presentación de la historia puede resultar idónea en ciertos casos no complejos en los que la narración temporal resulta trascendente. Piénsese, por ejemplo, en un caso por delito de estafa en el que determinar el momento en que se produjeron el engaño y la disposición patrimonial resulta determinante (si la disposición patrimonial de la víctima es anterior al engaño se descartará la tipicidad del comportamiento).

Esta idea, inicialmente correcta, debe ser matizada en función a los intereses persuasivos perseguidos por el abogado⁷³. Algunas historias no pueden ser contadas cronológicamente sin afectar su persuasión. Ciertas historias por su complejidad deben ser narradas superando las limitaciones de un relato plano⁷⁴.

Dentro de las variaciones a la presentación cronológica se puede mencionarla *analepsia* o *flashback*, la *prolepsis* o *flashforward* y la *elipsis*.

Por “analepsia” se entiende el retorno anacrónico al pasado respecto del presente. Consiste en evocar uno o más hechos que han ocurrido antes del presente⁷⁵. Por otra parte, la *prolepsis* o *flashforward* es un tiempo narrativo escasamente aplicado en el *storytelling* legal que consiste en el anacrónico

⁷⁰ MEYER, *op. cit.*, págs. 119-120.

⁷¹ MEYER, *op. cit.*, pág. 127.

⁷² MAUET, *Trials*, pág. 125.

⁷³ Las críticas a la narración cronológica pueden observarse en MEYER, *op. cit.*, págs. 185.

⁷⁴ MEYER, *op. cit.*, pág. 186.

⁷⁵ MEYER, *op. cit.*, pág. 192.

adelantamiento de tiempo hacia el futuro. Finalmente, la *elipsis* es un espacio abierto en la historia que no se completa con hechos, en el que la referencia a hechos se omite.

f) *El "storytelling" legal en las películas.* Para quienes hemos intervenido en procesos formativos o de capacitación en el ámbito de la reforma, ha sido usual la referencia a los filmes o series desarrollados en torno a conflictos judiciales en los que se suelen apreciar diversas dinámicas propias de los procesos judiciales. Su utilidad, sin duda, guarda relación con la utilización en los filmes de técnicas narrativas (*storytelling*) cuya aplicación en las defensas penales precisamente se recomienda.

Aunque existe una cantidad significativa de filmes que pueden ser de utilidad en la pedagogía de litigación penal, a continuación proponemos una lista de los más trascendentes:

- *12 angry men* (12 hombres sin piedad). 1957. Dirigida por Sidney Lumet.
- *Judgment at Nuremberg* (Los juicios de Nuremberg). 1961. Dirigida por Stanley Kramer. Protagonizada por Spencer Tracy, Burt Lancaster.
- *To kill a mockingbird* (Matar a un ruiseñor). 1962. Dirigida por Robert Mulligan. Protagonizada por Gregory Peck, Mary Badham.
- *In cold blood* (A sangre fría). 1967. Dirigida por Richard Brooks
- *Kramer vs. Kramer* (Kramer versus Kramer). 1979. Dirigida por Robert Benton. Protagonizada por Dustin Hoffman, Meryl Streep.
- *The verdict* (Veredicto final). 1982. Dirigida por Sidnet Lumet. Protagonizada por Paul Newman.
- *The untouchables* (Los intocables). 1987. Dirigida por Brian de Palma. Protagonizada por Kevin Costner, Sean Connery, Robert de Niro.
- *A few good men* (Cuestión de honor). 1992. Dirigida por Robert Reiner. Protagonizada por Tom Cruise, Jack Nicholson, Demi Moore, Kevin Bacon.
- *My cousin Vinny* (Mi primo Vinny). 1992. Dirigida por Jonathan Lynn. Protagonizada por Joe Pesci, Ralph Macchio, Marisa Tomey. Fred Gwynne.
- *Philadelphia* (Philadelphia). 1993. Dirigida por Jonathan Demme. Dirigida por Tom Hanks, Denzel Washington.
- *In the name of the father* (En el nombre del padre). 1993. Dirigida por Jim Sheridan. Protagonizada por Daniel Day-Lewis, Emma Thompson, entre otros.
- *The Shawshank Redemption* (Cadena perpetua). 1994. Dirigida por Frank Darabont. Protagonizada por Tim Robbins, Morgan Freeman.
- *The People vs. Larry Flint* (El escándalo de Larry Flint). 1996. Dirigida por Milos Forman. Protagonizada por Woody Harrelson, Edward Norton, Courtney Love.

- *A civil action* (Una acción civil). 1998. Dirigida por Steven Zaillian. Protagonizada por John Travolta, Robert Duvall, Tony Shalhoub, William H. Macy.
- *Erin Brockovich* (Erin Brockovich). 2000. Dirigida por Steven Soderbergh. Protagonizada por Julia Robert y Albert Finney.
- *El secreto de sus ojos*. 2009. Dirigida por Juan José Campanella. Protagonizada por Ricardo Darín, Guillermo Francella, Soledad Villamil.

B) *La teoría del caso debe ser “única”*

Es recomendable que la decisión estratégica de la teoría del caso sea *única*: se opta por una teoría del caso que suponga una estrategia de negociación o por una que implique una estrategia de refutación. No son estrategias conciliables entre sí.

La estrategia de litigación tiene por propósito *persuadir al tribunal*, y para ello es necesario mostrar una *teoría del caso sólida y consistente*. No es recomendable proponer *varias versiones de los hechos*. Si proponemos que nuestro cliente no fue el autor del disparo que mató a la víctima, no es coherente proponer que si lo hizo fue en legítima defensa. Como dice GOLDBERG “Ni siquiera el mejor narrador de cuentos puede contar dos historias al mismo tiempo”⁷⁶.

Y no es recomendable porque resta credibilidad a nuestra propuesta estratégica y la hace poco confiable⁷⁷. Siguiendo con el ejemplo de la doble estrategia relacionada con el homicidio, si se sostiene que no es responsable del delito de homicidio por no haber estado en el lugar de los hechos, se tienen que aportar elementos de prueba que acrediten dicha proposición fáctica; y, si se quiere proponer (alternativamente) que el homicidio fue justificado porque se hizo bajo el amparo de la legítima defensa, tendría que aportarse prueba en similar sentido. ¿No es esto contradictorio? ¿No es poco creíble?

Esto, sin embargo, no significa que la estrategia no pueda recurrir a diversos argumentos. Se puede optar por una *estrategia de refutación* y sostener conjuntamente la insuficiencia probatoria del hecho y la existencia de causas de atipicidad, de justificación o de exculpación. La tendencia común de estos argumentos es la *refutación de la pretensión punitiva*, por lo cual se mantiene la *unidad del caso*.

ORÉ y LOZA sostienen que el carácter *único* del caso solo tiene como factor referencial el juicio oral; por eso afirman que la *teoría del caso debe ser única*

⁷⁶ STEVEN GOLDBERG, “Qué deberías y no deberías hacer en tu alegato de apertura: algunos consejos sorprendentes” [de aquí en adelante “Qué deberías ...”], en *Íb.*, *Litigación y defensa en juicio. Estudios reunidos*, trad. de Carmen Ruiz Baltazar, Lima, Luso Ediciones, 2014, pág. 43.

⁷⁷ RAFAEL BLANCO SUÁREZ, *et al.*, *op. cit.*, pág. 20.

a partir del juicio oral⁷⁸. Esta afirmación, en nuestra opinión, tendría que ser sometida a ciertas matizaciones y precisiones. La primera es la reafirmación de la premisa, que exponen estos autores, de que la teoría del caso debe ser formulada desde el momento mismo en que se asume el encargo profesional. La segunda matización es que aunque la teoría del caso pueda sufrir modificaciones, consecuencia natural del devenir del proceso, no puede sufrir cambios traumáticos pues ello puede afectar su eficacia persuasiva. La idea de que la *teoría del caso debe ser única a partir del juicio oral* postulan así la exigencia de que uno, antes de ingresar al juicio, debe haberse “casado” con una teoría del caso específica, de la cual no debe “divorciarse”⁷⁹.

Si la estrategia es de refutación, la teoría del caso tiene por propósito desbaratar la propuesta de verdad formulada por la parte oponente. Y la propuesta fáctica que formula el ministerio público, a pesar de poder ser objeto de *depuración* a lo largo de la investigación preparatoria hasta la acusación fiscal, no puede ser objeto de un *cambio sustancial*, pues lindaría con la *mutación del hecho imputado* proscrita por la ley procesal.

C) La teoría del caso no debe dejar cabos sueltos

La teoría del caso escogida, como señala MORENO HOLMAN, debe ser autosuficiente, no debe dejar ningún cabo suelto: ningún hecho, ni principal ni accesorio, de la acusación debe quedarse sin refutación de la defensa⁸⁰. Del mismo modo, ninguna de las proposiciones fácticas que sustentan nuestra propuesta de verdad procesal puede encontrarse sin sustento racional posible. Por tanto, es fundamental que se tomen en cuenta todas las posibles aristas que pueden surgir del caso, para no permitir grietas en su estructura que terminen afectándolo.

D) La teoría del caso debe basarse en proposiciones fácticas

La teoría del caso, siendo un *todo*, debe fragmentarse y descomponerse en diversas piezas. Exactamente como con los rompecabezas, la teoría del caso se divide en diversas *proposiciones fácticas* que integradas proporcionan nuestra versión o perspectiva de los hechos.

Las *proposiciones fácticas* no son otra cosa que aseveraciones o afirmaciones sobre hechos que se relacionan con los elementos legales de nuestra

⁷⁸ ORÉ GUARDIA y LOZA AVALOS, *op. cit.*, pág. 4. Esto no es del todo exacto sobre todo si se sostiene, como hacen ORÉ y LOZA, que la teoría del caso se diseña desde el momento en que se asume el caso.

⁷⁹ Recurso a la referencia matrimonial hecha en LETICIA LORENZO, *Manual de litigación*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2012, pág. 136.

⁸⁰ MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 33.

propuesta jurídica⁸¹. Constituyen una suerte de *ideas fuerza* de nuestra versión de los hechos⁸². El conjunto de las *proposiciones fácticas* formuladas en juicio constituyen nuestra teoría del caso.

El éxito de la teoría del caso será consecuencia de la demostración de nuestras *proposiciones fácticas* y el fracaso o refutación de las de nuestro oponente. Recuérdese que la presunción de inocencia provoca que la carga de la prueba de la responsabilidad corresponda al acusador, lo que significa que la defensa del imputado puede ganar su caso incluso si no logra acreditar su teoría del caso⁸³.

E) Nuestra teoría del caso debe utilizar “etiquetas o lemas”

Dado que las técnicas de litigación se construyen sobre la idea de la narración de historias, es importante recurrir a etiquetas o lemas que permitan identificar nuestro caso y las proposiciones fácticas en que se basa. El uso de las etiquetas o lemas resulta un medio útil para captar rápidamente la atención del tribunal y para permitir que los temas propuestos permanezcan frescos, por repetición, en la mente de los jueces⁸⁴.

La *etiqueta* o *tema* identifica nuestro caso y debe tener su mismo propósito persuasivo. De este modo, si se tiene la posición de acusador, la *etiqueta* o *tema* debe reflejar la pretensión de condena del imputado; si se tiene la posición de defensor, debe reflejar la pretensión de absolución del procesado.

Por eso resulta recomendable que su formulación sea sencilla, pues de ese modo podrán comprenderla los juzgadores y además facilita su uso recurrente durante el juzgamiento oral⁸⁵.

⁸¹ BLANCO SUÁREZ y otros. *op. cit.*, pág. 23.

⁸² ORÉ GUARDIA y LOZA AVALOS, *op. cit.*, pág. 7.

⁸³ BLANCO SUÁREZ y otros, *op. cit.*, pág. 26.

⁸⁴ Como dicen JOHNSON y HUNTER, *op. cit.*, pág. 63, la repetición ayuda a que el cerebro recuerde.

⁸⁵ DAVID GILBERT / MICHAEL GILFARB / STEPHEN TALPINS, *Basic trial techniques for prosecutors*, American Prosecutors Research Institute, 2005, pág. 3; MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 70.