



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
**CURSO “LA ORALIDAD EN EL NUEVO MODELO
PROCESAL PENAL”**

**Elaborado por el
Prof. Luis Miguel Reyna Alfaro**

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Martín Navarro Gonzales

El presente material del Curso “La Oralidad en el Nuevo Modelo Procesal Penal”, ha sido elaborado por el Prof. Luis Miguel Reyna Alfaro para la Academia de la Magistratura, en mayo de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “LA ORALIDAD EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Actualización y Perfeccionamiento
Horas Lectivas	:	72
Número de Créditos Académicos	:	3
Especialista que elaboró el material	:	Prof. Luis Miguel Reyna Alfaro

II. PRESENTACIÓN

El curso tiene por objetivo proporcionar al alumno las competencias necesarias para aplicar operativamente los contenidos del ordenamiento procesal penal a partir del manejo de ciertas herramientas que permitan su articulación oral eficaz.

Sin descuido de las bases teóricas pertinentes, este curso tendrá un enfoque primordialmente aplicativo.

La unidad temática I propone la base conceptual necesaria para la aplicación adecuada de las reglas de oralidad impuestas por el nuevo Código procesal penal. Se plantean desarrollos teóricos que van desde el contenido esencial del principio de oralidad hasta la articulación de las relaciones entre el principio de oralidad con otras garantías procesales. En ese mismo sentido, se examinarán las relaciones entre escritura y oralidad en el Código procesal penal, poniendo especial interés en las cuestiones prácticas de la cuestión. De esta forma se proporciona a los actores del proceso penal herramientas para armonizar la dialéctica procesal penal con los contenidos del derecho a la igualdad de armas.

La unidad temática II proporciona ciertas pautas esenciales de litigación estratégica que servirán para la debida implementación de la oralidad en la práctica procesal penal. En ese contexto, se reconoce cómo es que la idea de verdad procesal, en tanto constructo derivado de la información proveniente de la partes procesales (a través de sus respectivas teorías del caso), guarda conexión directa con el propósito persuasivo perseguido por las partes procesales en las que la utilización de técnicas de litigación y la oralidad tienen un rol trascendente.

La unidad temática III (persuasión en la oralidad) tiene el propósito de instruir al alumno respecto a las condiciones que debe cumplir para potenciar los efectos persuasivos durante sus intervenciones orales. Finalmente, la unidad temática IV se dedica a desarrollar los alegatos de apertura y los alegatos finales en tanto expresión natural de la oralidad aplicada al proceso penal.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Conoce y reconoce el contenido del principio de oralidad y el modo en que el mismo se relaciona con otras garantías consustanciales a la idea de debido proceso y a partir de ello articular su ejecución en términos compatibles con el principio de igualdad de armas.

Capacidades Terminales:

- Reconoce las manifestaciones del principio de oralidad en el proceso penal.
- Identifica las relaciones entre escritura y oralidad.

- Estructura su actuación procesal en función al mutuo condicionamiento entre escritura y oralidad.
- Reconoce que la verdad procesal es un constructo proveniente de las propuestas argumentativas formuladas por las partes procesales.

III. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

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

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Derecho al debido proceso y su relación con el principio de oralidad. 2. Relaciones entre el principio de oralidad y el modelo procesal acusatorio. 3. Relaciones entre la escritura y la oralidad en el CPP.	• Conoce y define el principio de oralidad. • Distingue e identifica la oralidad como principio y la oralidad como técnica. • Identifica las relaciones entre las peticiones escritas y el debate oral.	• Valora críticamente la configuración del principio de oralidad en el código procesal penal.
Lecturas Obligatorias: 1) BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del nuevo Código procesal penal peruano”, en: Cubas Villanueva, Víctor y otros (Coords.). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales, Palestra, Lima, 2005.		
Lecturas Complementarias: 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.		

UNIDAD II: VERDAD PROCESAL, LITIGACIÓN, PERSUASIÓN Y ORALIDAD.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. La verdad judicial como verdad construida.	• Conoce el concepto de “verdad procesal”.	• Reconoce la importancia de la verdad procesal, la litigación, la persuasión y la oralidad en el nuevo código penal.
2. La persuasión: Aspecto fundamental de la litigación.	• Reconoce la verdad procesal como definición judicial.	
3. Reconocimiento de la necesaria cooperación del juez como elemento esencial de la persuasión.	• Identifica la persuasión como factor determinante de dicha definición. • Reconoce la relación de la oralidad como herramienta de litigación y persuasión.	
4. Identificación de la personalidad del juzgador como medio de lograr la persuasión.		
5. Los conocimientos externos en el razonamiento judicial: los juicios mediáticos.		
6. La “humanización” del imputado y del testigo como medio para reducir los efectos de las tendencias decisionales de los jueces.		
7. Corrección del proceso de		

comunicación: especial referencial al testigo.		
Casos Sugeridos: • Casación Nº 61-2009, La Libertad (marzo de 2010). • ACUERDO PLENARIO Nº 6-2011/CJ-116.- Asunto: MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD: NECESIDAD Y FORMA (Diciembre de 2011).		
Lecturas Obligatorias: 1) MAIER, Julio. “La verdad y el procedimiento judicial”, en: El mismo. El proceso penal contemporáneo, Palestra, Lima, 2008.		
Lecturas Complementarias: 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/Manual-Juzgamiento_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 III: PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Entendiendo la adrenalina.	• Maneja las herramientas indispensables para la intervención eficiente en audiencia.	• Muestra actitud reflexiva en torno a las técnicas necesarias para mejorar la capacidad persuasiva en audiencia.
2. El control del cuerpo.	• Aplica las técnicas	

	necesarias para mejorar su capacidad persuasiva en audiencia.	
Lecturas Obligatorias: 1) CARO CORIA, Dino Carlos. “La enseñanza de la dogmática como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad”, disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_01.pdf . 2) NIEVA FENOLL, Jordi. “Los problemas de la oralidad”, en: Revista del Ministerio Público do RS, N° 67, Porto Alegre, 2010.		
Lecturas Complementarias: 1) MAUET, Thomas. Estudios de Técnicas de Litigación, Jurista, Lima, 2007.		

UNIDAD IV: LOS ALEGATOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Los alegatos preliminares, de apertura o de presentación del caso. 2. Regulación de los alegatos de apertura en el ordenamiento procesal peruano. 3. Principios prácticos de utilidad para la formulación de los alegatos de apertura. 4. El alegato final. Importancia.	- Conoce los contenidos de los alegatos de apertura y de cierre. - Reconoce la relación existente entre la teoría del caso y los alegatos orales (de apertura o de cierre). - Aplica las técnicas de litigación a los alegatos.	Muestra actitud crítica frente al desarrollo no estratégico de los alegatos en juicio.

5. Tratamiento de los alegatos finales en el nuevo código procesal penal. 6. La preparación para el alegato final. 7. Extensión del alegato. 8. La argumentación en el alegato final. 9. Contenido del alegato. 10. La utilización de complementos gráficos y audiovisuales en el alegato final. 11. Apelar a la compasión, a la perspectiva de la víctima, a la autoridad y a los precedentes.		
Lecturas Obligatorias: 1) GOLDBERG, Steven. “Qué deberías y no deberías hacer en tu alegato de apertura: Algunos consejos sorprendentes”, en: El mismo. Litigación y defensa en juicio, traducción de Carmen Ruiz, Luso Ediciones, Lima, 2014.		
Lecturas Complementarias: 1) REYNA ALFARO, Luis Miguel. Tratado Integral de Litigación Estratégica, segunda edición, Temis, Bogotá, 2015.		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente.
- Jurisprudencia seleccionada.
- Lecturas recomendadas.

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “La Oralidad en el Nuevo Modelo Procesal Penal” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa. “Principios y sistemas del proceso penal español”, en: Quintero Olivares, Gonzalo & Morales Prats, Fermin (Coords.). El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- ASECIO MELLADO, José María. Introducción al Derecho procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
- BACIGALUPO, Enrique. El debido proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BAUMANN, Jürgen. Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986
- BAYTELMAN, Andrés/ DUCE, Mauricio. Litigación penal, juicio oral y prueba, Alternativas, Lima, 2005.
- BERGMAN, Paul. La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad, segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989
- BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Litigación estratégica en el nuevo proceso penal, Lexis Nexis, Santiago, 2005
- BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del nuevo Código procesal penal peruano”, en: Cubas Villanueva, Víctor y otros (Coords.). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales, Palestra, Lima, 2005.
- CAFFERATA NORES, José. Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Del Puerto, Buenos Aires, 2000
- CASPER, Jonathan & BENEDICT, Kennette. “The influence of outcome information and attitudes on juror decision making in search and seizure cases”, en: Hastie, Reid (Ed.). Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making, Cambridge University Press, New York, 2014
- CLARK, Ronald/ DEKLE, George/ BAILEY, William. Cross examination handbook. Persuasion, strategies, and techniques, Wolter Kluwer, New York, 2011
- ELLSWORTH, Phoebe. “Some steps between attitudes and verdicts”, en: Hastie, Reid (Ed.). Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making, Cambridge University Press, New York, 2014.
- FALCON, Enrique & ROJAS, Jorge. Cómo se hace un alegato, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995.
- GILBERT, David et. al. Basic Trial Techniques for prosecutors, American Prosecutors Research Institute, 2005
- GOLDBERG, Steven. Litigación y defensa en juicio, Luso Ediciones, Lima, 2014.

- GOLDBERG, Steven. Mi primer juicio oral, Heliasta, Buenos Aires, 1994
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, Palestra, Lima, 2005
- GÖSSEL, Karl- Heinz. El proceso penal ante el Estado de Derecho, traducción de Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2004
- GRAHAM, Duffy. The consciousness of the litigator, The University of Michigan Press, Machigan, 2008.
- JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. The articulate advocate. New Techniques of persuasion for trial lawyers, Crown Kings Books, Arizona, 2009
- 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.
- LORENZO, Leticia. Manual de litigación, Didot, Buenos Aires, 2012.
- MAIER, Julio. “La verdad y el procedimiento judicial”, en: El mismo. El proceso penal contemporáneo, Palestra, Lima, 2008.
- MAUET, Thomas. Estudios de Técnicas de Litigación, Jurista, Lima, 2007.
- MAUET, Thomas. Trials, skills, and the new powers of persuasion, Aspen, New York, 2005.
- MEYER, Philip. Storytelling for lawyers, Oxford University Press, New York, 2014.
- MONTERO AROCA, Juan. Introducción al derecho jurisdiccional peruano, Enmarce, Lima, 1999
- MORENO HOLMAN, Leonardo. Teoría del caso, Didot, Buenos Aires, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal, segunda edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2003
- PENNINGTON, Nancy & HASTIE, Reid. “The story model for juror decision making”, en: Hastie, Reid (Ed.). Inside the juror. The psychology of juror decision making, Cambridge University Press, New York, 2014.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Exégesis del nuevo Código procesal penal, Rhodas, Lima, 2006
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Estudios sobre la independencia del Poder Judicial y el proceso penal, Grijley, Lima, 2005
- POSNER, Richard. How judges think, Harvard University Press, Massachussetts, 2010
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. Tratado Integral de Litigación Estratégica, segunda edición, Temis, Bogotá, 2015.
- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, traducción de Gabriela Cordoba y Daniel Pastor, Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Making your case. The art of persuading judges, Thomson/ West, Minnesota, 2008

- SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal, traducción de José Manuel Nuñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957
- TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 2002
- TARUFFO, Michele. La prueba, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Marcial Pons, Madrid, 2008
- TRAVERSI, Alessandro. La defensa penal. Técnicas argumentativas y oratorias, traducción de María Gómez, Aranzadi, Navarra, 2005.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “La Oralidad en el Nuevo Modelo Procesal Penal” en el marco de actividades del Programa de Actualización y Perfeccionamiento (PAP) que tiene por finalidad actualizar y perfeccionar de manera permanente y descentralizada a los magistrados y auxiliares de justicia del Poder Judicial y del Ministerio Público del ámbito nacional e internacional.

El presente material se encuentra estructurado en tres unidades con los siguientes ejes temáticos: Configuración del principio de oralidad en el código procesal penal; verdad procesal, litigación, persuasión y oralidad; persuasión en la oralidad.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir, identificar y aplicar los conocimientos desarrollados en el curso la oralidad en el nuevo modelo procesal penal acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

Este *Manual* pretende ser una herramienta pedagógica cuyo propósito es proponer y promover una visión de la *oralidad*, elemento trascendente dentro de la dinámica propia los operadores del sistema de administración de justicia, que no solo resulte plenamente compatible con los estándares inmanentes a un proceso penal dentro de un Estado de Derecho sino que sea funcional al interés colectivo subyacente al ejercicio de la acción penal.

En efecto, cuando a través de los órganos competentes –Ministerio Público o Policía- se toma conocimiento de la *notitia criminis* y se revela la posible lesión o puesta en peligro de un interés jurídico penalmente relevante [bien jurídico], además de la protección de los intereses individuales –de los perjudicados directos o indirectos- entran en juego los intereses estatales propios del *derecho de penar* [*ius puniendi*] que ostenta el Estado en virtud del contrato social. La confluencia de estos diversos elementos impone al Juez la necesidad de articular propuestas –en el plano de la interpretación e implementación del modelo procesal- que pretendan el equilibrio entre los diversos actores del proceso penal [imputado, fiscal, víctima].

Este *Manual* pretende servir a ese propósito a partir de la comprensión de la significación de la oralidad en el Código Procesal Penal de 2004 y, como resultado de ello, que sirva a la implementación de formas de comprensión de la dinámica oral [de la audiencia] compatible y consecuente con la percepción de la oralidad de la cual se parte.

Mayo, 2016

INDICE

Presentación.....	14
Introducción.....	15
UNIDAD I: CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	19
Presentación y Preguntas Guía.....	20
1. Derecho al debido proceso y su relación con el principio de oralidad.....	21
2. Relaciones entre el principio de oralidad y el modelo procesal acusatorio.....	26
3. Relaciones entre la escritura y la oralidad en el CPP.....	36
Autoevaluación.....	44
Lecturas obligatorias.....	45
UNIDAD II: VERDAD PROCESAL, LITIGACIÓN, PERSUASIÓN Y ORALIDAD.....	46
Presentación y Preguntas Guía.....	47
1. La verdad judicial como verdad construida.....	48
2. La persuasión: Aspecto fundamental de la litigación.....	54
3. Reconocimiento de la necesaria cooperación del juez como elemento esencial de la persuasión.....	55
4. Identificación de la personalidad del juzgador como medio de lograr la persuasión.....	56
5. Los conocimientos externos en el razonamiento judicial: los juicios mediáticos.....	60
6. La “humanización” del imputado y del testigo como medio para reducir los efectos de las tendencias decisionales de los jueces.....	61
7. Corrección del proceso de comunicación: especial referencial al testigo.....	62

Autoevaluación.....	66
Lecturas obligatorias.....	67
Casos Sugeridos.....	68
UNIDAD III: PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD.....	69
Presentación y Preguntas Guía.....	70
1. Entendiendo la adrenalina.....	71
2. El control del cuerpo.....	71
Autoevaluación.....	93
Lecturas obligatorias.....	94
UNIDAD IV: LOS ALEGATOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	95
Presentación y Preguntas Guía.....	96
1. Los alegatos preliminares, de apertura o de presentación del caso.....	97
2. Regulación de los alegatos de apertura en el ordenamiento procesal peruano.....	98
3. Principios prácticos de utilidad para la formulación de los alegatos de apertura.....	99
4. El alegato final. Importancia.....	104
5. Tratamiento de los alegatos finales en el nuevo código procesal penal.....	105
6. La preparación para el alegato final.....	112
7. Extensión del alegato.....	112
8. La argumentación en el alegato final.....	113
9. Contenido del alegato.....	114
10. La utilización de complementos gráficos y audiovisuales en el alegato final.....	119
11. Apelar a la compasión, a la perspectiva de la víctima, a la autoridad y a los precedentes.....	120

Autoevaluación.....	123
Lecturas obligatorias.....	124

UNIDAD I



CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

PRESENTACIÓN

Esta unidad temática explora el contenido del principio de oralidad como componente fundamental del derecho al debido proceso y como elemento trascendente en el modelo acusatorio adoptado por el Código Procesal Penal. Tras esta formulación de este marco general se plantean ciertas propuestas en torno al modo en que se articula la relación entre escritura y oralidad en el Código Procesal Penal.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Cuál es la posición del principio de oralidad en el CPP?
2. ¿Cuál es la importancia de la oralidad en el modelo acusatorio?
3. ¿La trascendencia de la oralidad en el modelo acusatorio implica su predominio sobre la escritura?

1. DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ORALIDAD.

El derecho a un debido proceso legal es uno de los derechos fundamentales del ciudadano, que sólo encontrará plasmación a partir de la satisfacción de ciertos marcos mínimos o elementos que ubiquen el proceso penal dentro de las premisas propias de la noción de Estado de Derecho. Todos estos elementos conformantes de la idea de debido proceso legal –que a decir de ROXIN es “el mandato superior del Derecho procesal penal”¹– son los que aquí podemos denominar *derechos, principios y garantías del proceso penal*².

Hay que recordar que la idea del *debido proceso legal* es resultado de la reubicación del ciudadano frente al poder estatal. El ciudadano ocupa ahora un papel preponderante, dejando de lado la condición de objeto de proceso. Este nuevo posicionamiento del ciudadano- bien sostiene MORENO CATENA: “vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal de hecho, de modo que la represión no tenía como referente a una persona, sino un hecho delictivo”³.

Aunque es sumamente complicado establecer criterios clasificatorios de estos “Derechos, principios y garantías del proceso penal”, debido a la íntima relación e incluso superposición que existe entre uno y otro derecho, principio y garantía, recurrimos a la clasificación hecha por el Catedrático Alemán Claus ROXIN⁴ por parecernos más coherente.

ROXIN establece cuatro distintos niveles de clasificación de los derechos, principios y garantías del proceso penal: (i) Principios de iniciación del proceso

¹ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Cordoba y Daniel Pastor, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 79.

² Prescindimos de realizar un análisis histórico de la cuestión que puede ser ubicado en otros textos, como el de HENDLER, Edmundo (comp.). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado*, Del Puerto; Buenos Aires, 2001, passim.

³ MORENO CATENA, Víctor (Director). *El proceso penal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 165.

⁴ ROXIN: *Derecho procesal penal*, p. 77.

penal; (ii) principios de realización del proceso; (iii) principios probatorios; y (iv) principios referidos a la forma. Aunque su clasificación nos parece bastante atractiva por su coherencia, debo reconocer que en algunos puntos he disentido con ella, por lo que he optado por realizar ciertas modificaciones de forma.

La clasificación queda entonces como sigue:

1. Los principios de iniciación del proceso penal:
 - 1.1. El principio de oficialidad.
 - 1.2. El principio acusatorio.
 - 1.3. El principio de legalidad procesal.
 - 1.4. El principio del juez natural o predeterminado por ley.
 - 1.5. El principio de tutela jurisdiccional efectiva.
2. Los principios de realización del proceso:
 - 2.1. Principio de estricta sujeción a la ley.
 - 2.2. El principio de defensa.
 - 2.3. El principio de celeridad.
 - 2.4. El principio de presunción de inocencia.
 - 2.5. El derecho a la motivación de resoluciones judiciales.
 - 2.6. El principio de congruencia.
 - 2.7. El principio “*non bis in idem*”.
 - 2.8. El principio de proporcionalidad.
 - 2.9. El principio de preclusión o eventualidad.
 - 2.10. El principio de pluralidad de instancias.

3. Los principios probatorios.

3.1. El principio de inmediación.

3.2. El principio de *in dubio pro reo*.

4. Los principios referidos a la forma:

4.1. Principio de formalidad.

4.2. Principio de oralidad.

4.3. Principio de publicidad.

1.1. El principio de oralidad. Contenido esencial.

El principio de oralidad se manifiesta en dos escenarios: El del desarrollo del proceso penal y en la culminación del proceso penal.

En el primer escenario (desarrollo del proceso) puede sostener que el principio de oralidad se configura como una regla determinante del modo en que se articula la dialéctica procesal penal. En virtud a esta regla, las decisiones judiciales que se emiten en el curso del proceso penal deben ser pronunciadas en Audiencia y como consecuencia del debate oral producido entre las partes⁵.

En el segundo escenario (culminación del proceso), sólo puede servir para fundamentar una sentencia aquella prueba verificada oralmente durante el juicio oral⁶, por esa razón no puede considerarse un simple mecanismo de

⁵ Sin perjuicio de reconocer la posibilidad de postergación del pronunciamiento en casos puntuales.

⁶ BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 82; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La investigación criminal: Problemas actuales y perspectiva de unificación internacional”, en: AAVV. *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista, Lima, 2007, p. 228; JAÉN VALLEJO, Manuel. *La presunción de inocencia en la Jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987, p. 46; ROXIN: *Derecho procesal penal*, p. 115; SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, traducción de José Manuel Nuñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 251.

realización de otros principios o un medio de comunicación, el principio de oralidad tiene corporeidad y trascendencia autónoma.

La vigencia del principio de oralidad tampoco supone que la actividad escrita sea excluida, conviene tomar en consideración que la propia actuación jurisdiccional se contiene de forma escrita. No es que se pueda prescindir de las formas escritas, de lo que se trata es pues de un *predominio de la oralidad* sobre la escritura⁷.

El principio de oralidad, tras la puesta en vigencia del CPP viene adquiriendo importancia trascendente, haciéndose realidad las afirmaciones de algunos autores en el sentido que el principio de oralidad es condicionante de la operatividad de los principios de inmediación, publicidad o concentración⁸. En el modelo que propone el CPP, el juzgamiento oral se convierte en el momento culminante del proceso penal⁹, lo que significará finalmente un predominio real de la oralidad.

A nivel jurisprudencial, el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 referido a la “Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: Necesidad y forma” ha formulado ciertas consideraciones en torno al fundamento y caracteres del principio de oralidad:

⁷ En ese sentido MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*, Enmarce, Lima, 1999, p. 377; ARMENTA DEU, Teresa. “Principios y sistemas del proceso penal español”, en: Quintero Olivares, Gonzalo & Morales Prats, Fermin (Coords.). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 78. A nivel jurisprudencial el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116 establece idéntica relación.

⁸ En ese sentido: ASENSIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 214.

⁹ Así BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del nuevo Código procesal penal peruano”, en: Cubas Villanueva, Víctor y otros (Coords.). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005, p. 53.

“6°. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139°, que en pureza recoge las principales garantías-derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, sólo menciona –en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación –dos disposiciones esenciales: a) la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139°.5) –que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional-; y, b) el debido proceso (artículo 139°.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos –sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia-.

Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [Juan Montero Aroca: Derecho Jurisdiccional I, Tirant lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad-, sino de mera legalidad ordinaria. (...)

8°. (...) El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente –predominio de lo hablado sobre lo escrito-. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales –como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP-, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio –situación que no puede desconocerse en modo alguno-, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En éstas

el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes –lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria-, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [Montero Aroca: Ibidem, p. 385], según se advierte de los artículos 349° y 350°.1 NCPP (...)].”

2. RELACIONES ENTRE EL PRINCIPIO DE ORALIDAD Y EL MODELO PROCESAL PENAL ACUSATORIO.

La forma en que se articula la oralidad en un determinado ordenamiento procesal penal depende del modelo procesal que se adopte. Esta circunstancia obliga a examinar, brevemente, nuestro modelo procesal.

2.1. Nuestro modelo procesal penal.

Analizando el modo en que se encuentra estructurada esa división de funciones en el modelo procesal penal peruano es notorio que se asume un modelo acusatorio con ciertos rasgos adversariales. En efecto, conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código procesal penal el Ministerio Público: “Asume la conducción de la investigación desde su inicio”, mientras tanto, conforme al artículo V del Título Preliminar del CPP “Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y especialmente del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley”. De estas disposiciones se deduce las distintas funciones que corresponde al Ministerio Público y al Juez.

a) Los rasgos adversariales en el Código Procesal Penal

El modelo procesal adversarial descansa sobre cuatro pilares fundamentales: Los principios de igualdad de armas, imparcialidad, contradicción y oralidad. Estos rasgos son asumidos en el CPP.

- **La igualdad de armas**

El *principio de igualdad de armas* reconoce un trato procesal igualitario entre los contendores dentro del proceso penal, lo que viene expresamente reconocido por el artículo I, literal 3, del Título preliminar del CPP al establecer: “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y este Código”.

Del principio de igualdad de armas es posible extraer también, como consecuencia lógica, la necesaria separación de funciones que corresponden a las diversas partes procesales en virtud de la cual una parte no puede asumir las funciones correspondientes a otras.

Esto, como es lógico, conlleva a la asunción de un nuevo rol por parte del Ministerio Público. Sin dejar de considerar las características instructorias que tiene el Ministerio Público, que provocan que su presencia sea imprescindible, no se trata –como señala LORCA NAVARRETE- de un *sujeto privilegiado* sino de *una parte* como cualquier otra¹⁰. Por esta razón, la idea del fiscal como *defensor de la sociedad* parece perder sentido pues tanto el acusado como la víctima tienen abogados que les defienden¹¹.

Pero donde se encuentra la mayor riqueza del principio de igualdad de armas es en el ámbito del derecho a la defensa. El modelo procesal adversarial potencia las posibilidades defensivas del imputado y las víctimas a través del

¹⁰ 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, p. 591.

¹¹ LORCA NAVARRETE: *Algunas propuestas*, p. 611.

reconocimiento de mayores facultades en la proposición, actuación y control de la actividad probatoria.

*Justamente en este punto radican los cuestionamientos formulados sobre los procesos penales que se configuran con predominio del sumario que limitan la eficacia garantista del juicio oral*¹².

- **La imparcialidad judicial y la objetividad fiscal**

En el proceso penal adversarial, partiendo de la lógica del contradictorio, el Juez penal asume un papel distinto al propio del proceso penal inquisitivo: El Juez es un tercero imparcial cuya función se relaciona al mantenimiento de los estándares de legalidad propios del proceso penal y, por lo tanto, que no interviene en la dinámica probatoria¹³. Por esta razón se entiende la *desaparición* de la instrucción y de sus productos más característicos (el auto de procesamiento penal) y su reemplazo por la *investigación preparatoria* en la que el Juez penal ve transformado su rol inquisidor en uno de *decisión* y de *garantía*, transformándose en “un moderador garantista de la instrucción confiada al fiscal”¹⁴.

Pero no es solo que la imparcialidad deba ser invocada en relación a la actuación del Juez, sino también que es un atributo exigible al Fiscal a través de las ideas de imparcialidad/ objetividad.

En un modelo acusatorio propio de los sistemas europeo continentales en los que los funcionarios públicos –los Jueces y Fiscales en este caso- se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley –principio de sujeción a la ley- se exige que el órgano encargado de la persecución del delito (en este caso el

¹² BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 35.

¹³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis del nuevo Código procesal penal*, Rhodas, Lima, 2006, pp. 27-28.

¹⁴ LORCA NAVARRETE: *Algunas propuestas*, pp. 592/ 608.

Ministerio Público) respete el estatus de inocencia que corresponde a toda persona ello supone que en la investigación del delito actúe imparcialmente.

Esta exigencia se encuentra reconocida en el artículo IV.2° del Título Preliminar del CPP que señala que “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado”.

Es necesario advertir una cuestión medular –en la medida que tiene efectos en torno a la percepción que tienen los fiscales respecto al modo en que deben desarrollar sus funciones- que es la de si los fiscales tienen el deber de actuar imparcialmente. La respuesta a esta cuestión dependerá de la oportunidad procesal en que intervenga el fiscal.

Durante la investigación del delito –antes de la acusación fiscal- **el Fiscal deberá actuar imparcialmente**. Solo a través de una actuación imparcial podrá el Fiscal otorgar al investigado un trato de inocente. Es precisamente en virtud a dicho principio que el CPP impone la obligación del Fiscal de *indagar los hechos que determinen la inocencia del imputado* y esa circunstancia es la que determina también que se imponga el deber de *disclosure* o revelación de información, evidencia o pruebas a favor de la defensa. Solo a través del principio de imparcialidad en sede fiscal se garantiza una investigación del delito libre de prejuicios o prejuzgamientos.

Y esto, en mi opinión, no es una cuestión de mera semántica. La idea de la objetividad resulta insuficiente durante la fase de investigación del delito en la medida que habilita las estrategias de persecución del delito diseñadas por el Ministerio Público se construyan a partir del presupuesto de la existencia de un delito y la responsabilidad del investigado. Este tipo de diseños estratégicos se

fortalecen en contextos en los que la estadística y las cifras (número de condenas) son el dato revelador de la eficiencia.

Esta lógica de la imparcialidad será además importante en el análisis de la evidencia que llevará al Fiscal a la convicción de que existen fundamentos para presentar acusación contra el investigado. La lógica de la imparcialidad se manifiesta con claridad en el análisis de la prueba indiciaria, con especial referencia a los denominados *indicios contingentes*.

- **El principio de contradicción**

El principio de contradicción, como se observa, tiene una posición privilegiada en el sistema adversarial pues permite que el resultado final del proceso se obtenga con una amplia intervención de la defensa¹⁵. Este principio, en adición al de inmediación, permite que la información producida en los debates orales sea cada vez de mejor calidad¹⁶.

- **La oralidad**

Dado que el proceso penal aparece como el terreno de enfrentamiento dialéctico de las partes procesales con el propósito de convencer al Juez sobre su pretensión, será la oralidad el instrumento más adecuado para tal propósito. Esta característica es notoria en el nuevo CPP que ubica al juicio oral como la etapa central del proceso penal y privilegia la solución de las controversias en audiencia pública. En efecto, debe recordarse cómo el artículo 356° del CPP reconoce expresamente que “El juicio oral es la etapa principal del proceso”.

¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*, traducción de Mariana Sacher, Dykinson, Madrid, 2005, p. 66.

¹⁶ BAYTELMAN, Andrés/ DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Alternativas, Lima, 2005, p. 149.

b. La presunción de inocencia y el derecho de defensa como mecanismos de concreción de la igualdad de armas

- **Presunción de inocencia**

El principio de presunción de inocencia impone una serie de cargas al órgano acusador que contribuyen a la estabilización de la relación entre las partes procesales. La carga de la prueba de la responsabilidad penal impuesta al órgano acusador y el estándar probatorio correspondiente a la idea de que la acreditación de la responsabilidad penal de la persona debe producirse *más allá de toda duda razonable* (artículo II.2 del Título Preliminar del CPP) permiten equilibrar la posición del Fiscal con la del imputado.

- **El derecho de defensa**

El derecho de defensa en sus diversas manifestaciones son las herramientas con las que cuenta el imputado y su defensa no solo para hacer frente a las pretensiones del órgano acusador sino para construir las alegaciones que formulará para refutar los cargos que plantee el Ministerio Público. En esta línea, resulta fundamental el derecho a probar en la medida que no solo permite la construcción de la propia teoría del caso sino que habilita el control de la actividad probatoria desarrollada con el afán de acreditar la responsabilidad del imputado.

2. 2. Los desarrollos jurisprudenciales orientados a privilegiar la oralidad como dinámica consustancial al modelo procesal

Los Tribunales, ante la tradición de predominio de la escritura, proveniente del viejo Código de procedimientos penales, ha tenido dificultades para comprender la trascendencia práctica del principio de oralidad en el CPP, lo que se expresa en prácticas restrictivas del recurso a la Audiencia como instrumento de debate de las controversias intra-procesales. Sin embargo, existen una serie de fallos judiciales que han reconocido la trascendencia del

principio de oralidad como mecanismo de realización del derecho de defensa y del principio de contradicción.

En ese sentido, por ejemplo, el **Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116 (sobre constitución en actor civil)** ha referido lo siguiente:

*“19°. La lectura asistemática del artículo 102°, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8° - se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión-. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como acto procesal central que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15°.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: “...de ser el caso”, resolver un incidente procesal determinado sólo si se producen determinados presupuestos. **Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo 1.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.** Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202°.1 de*

la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8º es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan”.

Con mayor detalle, **el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116** antes citado, sobre “motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad” aborda una serie de cuestiones trascendentes, entre las que destacan: (i) Constitucionalidad del principio de oralidad y relación con otros principios¹⁷; (ii)

¹⁷ “6º.- (...) La Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [JUAN MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional I*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria.

El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil –que es la norma procesal común de todo el sistema procesal–; la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en

el régimen de la oralidad en el procedimiento principal¹⁸; (iii) obligatoriedad de las resoluciones judiciales orales¹⁹; (iv) la documentación de la resolución oral²⁰;

segundo orden y frente al silencio de la Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal, el Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. Este último Código, en su Título Preliminar, no sólo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público –de directa relevancia constitucional (artículo 139°. 4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2)”.

¹⁸ “7°.- (...) El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361° NCPP. El apartado 4) prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta –salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita–. Sin perjuicio de la existencia del acta –escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361°.1 NCPP)–, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) –la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable–. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo”.

¹⁹ “9°.- (...) Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión [VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*. 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad –en las denominadas “audiencias preliminares”, fuera de la audiencia principal o de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, no se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir excepciones fundadas en una causa objetiva y razonable–, es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el sólo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita”.

²⁰ “10°.- (...) Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales. La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120° y 361° NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación –no sucinta– sino integral, y ésta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se admite, desde la perspectiva del NCPP –principio de legalidad procesal– la primacía del acta (parágrafo 8°) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente –basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad–. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, sólo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la

y, (v) constitucionalidad de la motivación oral de la resolución judicial²¹; las que por cuestiones pedagógicas indicamos en las notas a pie de páginas respectivas.

A nivel de la jurisprudencia casatoria, se aprecian también una serie de pronunciamientos en torno a la oralidad. Así, la sentencia casatoria del 05 de marzo de 2010 (Casación N° 61-2009, La Libertad), centrada en las condiciones que deben reunir las resoluciones orales y los requisitos para su examen en vía recursal²², y la sentencia casatoria del 22 de mayo de 2012 (Casación N° 159-

necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [ADOLFO ALVARADO VELLOSO: Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte. Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265]”.

²¹ “13º.- El artículo 139º.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal. En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: **1.** Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. **2.** Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. **3.** Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido. **4.** Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [JOAN PICÓ I JUNOY: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64]. En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitucional alguna.”

²² “Cuarto.- Que es evidente, así expuestas las incidencias del caso, que las actuaciones que se han elevado a esta Sala de Casación Penal están incompletas, por lo que es de rigor disponer tanto su subsanación como la corrección de determinados actos procesales para la debida calificación del recurso de casación.

En efecto, se advierte que no sólo no se han elevado los audios de ambas audiencias, sino que las resoluciones orales no aparecen transcritas íntegramente en el acta correspondiente, y el acta de apelación sólo está suscrita por un asistente judicial sin intervención del Presidente de la Sala.

No se discute, por cierto, la necesidad y realidad de las denominadas “resoluciones orales”. Éstas, simplemente, expresan la efectividad del principio procedimental de oralidad, y se dictan cuando la propia ley lo permite o se deduce de la naturaleza de la diligencia que la precede –así, por ejemplo, artículos ocho, apartado cuatro; doscientos sesenta y seis, apartado dos; doscientos setenta y uno, apartado dos; trescientos cincuenta y dos, apartado uno, primera frase; trescientos sesenta y uno, apartado cuatro, entre otros, todos del Código Procesal Penal–. Se trata pues de aquellas “...*disposiciones especiales*...” a que hace referencia el artículo ciento veinticinco del Código Procesal Penal, que exige un tratamiento distinto en relación a las clásicas resoluciones escritas.

Sin embargo, el problema que se observa en el trámite seguido en la Corte Superior de La Libertad es, sin duda, el contenido del acta, sus formalidades, de cara al control recursal y a la necesidad ulterior del registro y archivo de las resoluciones orales para garantizar su debida ordenación interna, así como su acceso para la crítica jurídica y social conforme al inciso veinte del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución. El apartado dos del artículo ciento veinte del Código Procesal Penal estipula que el acta debe contener una relación sucinta o integral –según el caso–, sin perjuicio de la reproducción audiovisual de la actuación procesal.

2011, Lima), centrada en la necesidad de que los contenidos esenciales de la decisión judicial dictada oralmente sean posteriormente expresados por escrito²³.

3. RELACIONES ENTRE LA ESCRITURA Y LA ORALIDAD EN EL CPP.

La evolución del proceso penal peruano –suele señalar la doctrina procesal penal nacional– marca un itinerario que permite reconocer un tránsito entre el predominio de la escritura (en el CdPP²⁴) y el predominio de la oralidad (en el CPP). No puede, sin embargo, dejarse de reconocer que este tránsito desde la escritura hacia la oralidad no supone la desaparición de una en favor de la

Quinto.- Que las resoluciones judiciales están sometidas a determinados presupuestos formales, fijados genéricamente en el artículo ciento veintitrés, apartado uno, del Código Procesal Penal. Cuando éstas entrañan un pronunciamiento sobre el objeto procesal o resuelven un cuestión incidental referida a la regularidad o viabilidad del procedimiento penal, cuya motivación es indispensable, el principio de seguridad jurídica y la propia noción de escrituralidad que incorpora la Constitución para el supuesto de resoluciones judiciales –artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco– exige que se consignen o transcriban íntegramente en el acta, sin perjuicio de que consten, si fuera el caso, en la reproducción audiovisual –concordancia de los artículos ciento veinte, numeral dos, y ciento veintitrés, numeral uno, del Código Procesal Penal–. Además, como ya se dejó anotado, deben archivarse en un documento escrito o electrónico, de suerte que permita su ordenación, sistematización, revisión y registro estadístico”.

²³ “3.13. Es claro que además de escribir o transcribir la decisión final de la materia de la incidencia, en los casos que corresponda, resulta deber funcional de la judicatura que en el acta respectiva conste por escrito la síntesis de lo ocurrido, con la referencia horaria pertinente (pauta, bitacora o cronometración) para guiar a los interesados directos y a los indirectos en la audición del contenido registrado (grabación del íntegro del acto procesal correspondiente por medios tecnológicos, perennizando las diligencias desarrolladas en la audiencia) haciendo factible que los interesados directos accedan a la información judicial pautaada contenida en el soporte audible, con la finalidad de facilitar el análisis de plenitud y coherencia entre lo actuado y lo decidido; ello facilita también el acceso a los interesados indirectos a la misma información, como plasmación del derecho de la sociedad (asistente o no al acto procesal) a vigilar la actuación judicial que en el nombre del pueblo se realizó en el caso concreto y por tanto encarna el deber de transparencia judicial que no se agota con la publicidad de la audiencia y que trasciende los límites de un espacio físico, lugar o tiempo. (...)”

3.16. Es de anotar que en el presente caso nunca se emitió resolución judicial escrita: así, en el acta en que se plasmó la realización de la diligencia se aprecia: “La Sala pasa inmediatamente a deliberar, se suspende la audiencia. La Sala reabre la audiencia seguidamente y oralmente el Director de Debates dicta la Resolución N° 02 [00:16:23 del audio]: Cuyos fundamentos y decisión se encuentran registrados en audio, por lo que se resuelve en mayoría: I) REVOCAR la resolución N° dos, de fecha primero de marzo (...)” (sic): por lo que de conformidad con el inciso segundo del artículo ciento veinte y el artículo ciento veintitrés del Código procesal penal deben consignarse los fundamentos de la citada decisión”.

²⁴ Sin embargo, este rasgo se ha matizado a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1206 [que regula medida para dotar de eficacia a los procesos penales tramitados bajo el CdPP de 1940 y el Dec. Leg. N° 124] que introduce mayores elementos de oralidad en el CdPP.

otra, sino simplemente la articulación de relaciones mutuas entre ambas con predominio, dadas las características del modelo procesal, de la oralidad.

De hecho, absolutamente todas las dinámicas propias del proceso penal se activan a partir de alguna petición escrita de las partes procesales que [generalmente] tras un procedimiento breve de traslado al resto de partes procesales se dilucida –por lo general- en el curso de una audiencia. Esta circunstancia obliga a examinar las relaciones que deben existir entre los planteamientos escritos de las partes y las intervenciones orales de las mismas.

3.1. Las cargas de admisibilidad de los planteamientos escritos y su correlación con los principios procesales

La dinámica del procedimiento penal, tanto en su cuestión principal –la determinación de la eventual responsabilidad penal del investigado- como las incidencias, en lo variadas que estas puedan ser, tiene como punto de partida una petición escrita formulada por una de las partes procesales.

Pues bien, el CPP suele imponer ciertas cargas que deben ser satisfechas a efectos de que la petición escrita sea admitida a trámite por el órgano jurisdiccional. Estas cargas de admisibilidad [requisitos de admisibilidad] no deben ser entendidas como obstáculos al derecho de acceso a la justicia, sino que deben ser comprendidas como condiciones esenciales que habilitan la interacción procesal en términos de igualdad [igualdad de armas]. Veamos algunos ejemplos:

- (i) Audiencia de incorporación de sujetos procesales (actor civil, tercero civilmente responsable, persona jurídica): Los ejemplos más notorios de imposición de cargas de admisibilidad se relacionan con la incorporación de sujetos procesales en el proceso penal.

En ese contexto, para la constitución en Actor Civil el artículo 100° del CPP exige que la solicitud escrita contenga: Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal; la indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder; el relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y, La prueba documental que acredita su derecho indemnizatorio.

Estas exigencias han sido delimitadas jurisprudencialmente a través del Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116 en las que se ha incidido en el contenido de las exigencias de admisibilidad previstas en el artículo 100° del CPP. Así, por ejemplo, el fundamento jurídico décimo quinto del mencionado Acuerdo Plenario precisa que: “la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalcia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal”.

En términos similares, la ley procesal penal impone para los efectos de constitución del tercero civilmente responsable que, además de darse cumplimiento a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 100° del CPP, el peticionante debe indicar el “vínculo jurídico” que tiene con el imputado la persona (natural o jurídica) que se pretende

sea incorporada como tercero civilmente responsable (artículo 111.2° del CPP).

Para los efectos del emplazamiento procesal de personas jurídicas, para los efectos de imposición eventos de consecuencias accesorias, el artículo 91° del CPP señala que la petición fiscal debe contener: la identificación y el domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente.

Si uno examina las cargas impuestas por la ley procesal penal para declarar admisibles las peticiones y dar inicio a los procedimientos incidentales respectivos, podrá reconocer que todas estas tienen una directa relación con la preservación del derecho de defensa de los emplazados. Solo a través del “relato circunstanciado del delito en su agravio”, la “exposición de las razones que justifican su pretensión” y la identificación de la “prueba documental que acredita su derecho indemnizatorio” podrá el emplazado responder adecuadamente y discutir, en pleno equilibrio con sus contrapartes (en igualdad de armas), las diversas cuestiones asociadas a la responsabilidad civil derivada del delito.

- (ii) Audiencia de tutela de derechos: Uno de los mecanismos de control jurisdiccional de la actividad fiscal de mayor trascendencia e importancia en el nuevo estatuto procesal penal es la *tutela de derechos* (artículo 71° del CPP). Su trascendencia se explica no solo a través de la doctrina desarrollada a propósito de esta institución sino también a través de la jurisprudencia (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 sobre “Audiencia de Tutela; Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 sobre “Audiencia de tutela e imputación necesaria”).

El Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 señala la posibilidad de que el Juez realice un control de admisibilidad de la tutela de derechos y puede, por tanto, disponer el rechazo liminar de la tutela de derecho cuando aprecie la manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir la existencia de un agravio de derechos (fundamento jurídico décimo quinto).

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 subraya cómo es que la tutela de derechos por infracción a la garantía de la imputación necesaria tiene como requisito de admisibilidad que previamente el afectado recurra al Fiscal a efectos de requerirle previamente que repare la infracción. Solo ante la desestimación fiscal o la reiterada falta de respuesta, se podrá admitir a trámite la tutela de derechos en este supuesto (fundamentos jurídicos décimo y décimo primero).

(iii) Audiencia probatoria: En términos similares al modo en que ocurre con la tutela de derechos, el artículo 337.4° del CPP –que habilita la posibilidad de recurrir al Juez de la Investigación Preparatoria “a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia”- exige que tras instarse al Fiscal a la actuación de un medio de prueba, lo rechace.

(iv) Impugnación: En materia impugnativa, el CPP reconoce una serie de requisitos generales orientados a preservar el derecho de defensa de la contraparte y de contradicción.

Así, el artículo 405.1°, literal c), del CPP establece como requisito de admisibilidad general de los recursos que: “Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los

fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta". Las exigencias de fundamentación del recurso se hace más notoria en el caso del recurso de casación, conforme se puede advertir del artículo 430.1° del CPP: "El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende".

La importancia de la contradicción se hace notoria en la regulación específica de los diversos recursos en los que se privilegia la dialéctica a través del traslado previo de la impugnación a favor de los distintos sujetos procesales. Así se plantea en la apelación de autos (artículo 420° del CPP), apelación de sentencias (artículo 421° del CPP) y la casación penal (artículo 430.4° del CPP).

3.2. La necesaria correlación entre el contenido de las peticiones escritas y el contenido de los debates orales

Como hemos podido reconocer, todas las peticiones formuladas por las partes en busca de tutela jurisdiccional tienen su origen en peticiones escritas (salvo aquellas formuladas durante el plenario). Incluso los recursos impugnatorios interpuestos oralmente contra resoluciones finales dictadas en audiencia, deben ser formalizados y fundamentados por escrito (artículo 405.2° del CPP).

Este punto de partida [petición escrita] es seguido del traslado a las partes procesales a efectos que ejerciten su derecho de defensa en términos compatibles con el principio de igualdad de armas. El traslado de la petición o de la impugnación a los restantes sujetos procesales no constituye, por tanto, una simple formalidad, sino que constituye un mecanismo destinado a la

realización del derecho de defensa en la medida que a través de dicho acto procesal –traslado a las partes procesales- será posible que las partes procesales puedan conocer las pretensiones de sus oponentes así como los argumentos que las sostienen y estén en condiciones de contraponerlos por escrito u oralmente.

Ahora, la petición escrita tiene efectos de delimitación del debate entre las partes en la medida que es la petición escrita la que fija los tópicos que serán examinados en la respectiva audiencia oral. Esta idea cobra notoriedad cuando se vincula con la regla, de especial trascendencia en materia de recursos, del *tantum appellatum quantum devolutum* que, como señala el Tribunal Constitucional: *“implica que al resolverse la impugnación ésta sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante (...). Así, la Corte de Casación no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y más aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque éstas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurre”* (STC del 30 de setiembre de 2009, Exp. N° 05901-2008-PA/TC, Lima).

Lo antes indicado se sostiene en el principio de igualdad de armas y el derecho a contar con un plazo adecuado para organizar la defensa. Si se habilita a las partes proponentes –es decir, la que formula su petición o recurso escrito- a introducir durante el debate oral contenidos o argumentos no expuestos ni propuestos en su petición o recurso escrito, se genera un estado de indefensión o, al menos, un trato inequitativo a las contrapartes en la medida que no podrán refutar (o al menos no lo harán en igualdad de condiciones) los nuevos argumentos propuestos por las partes.

3.3. El control de congruencia por parte del Juez.

La posible generación de un estado de indefensión sobre las partes procesales – derivada de la imposibilidad de contradecir los argumentos de la contraparte en igualdad de condiciones- impone al Juez de Investigación Preparatoria, en tanto responsable del control de legalidad y constitucionalidad dentro de la investigación preparatoria, a asumir la función de control de congruencia durante el curso del debate oral que se expresa de dos formas: (i) En la dirección de la audiencia, el Juez deberá advertir que se están introduciendo argumentos no contenidos en la petición escrita; y, (ii) El Juez deberá evitar pronunciarse respecto a argumentos no postulados en la petición escrita.

Las partes afectadas por la posible incorporación en el debate oral de argumentos no propuestos en la petición escrita deberán advertir los posibles efectos de indefensión procesal que generaría desviar el debate oral y la decisión judicial más allá de los contornos de la petición escrita.

Al ejercer este control, el Juez podrá lograr un efecto colateral trascendente: Las partes procesales se verían obligadas a tener mayor cuidado en la elaboración de sus peticiones escritas (pues sería allí donde deberá exponer sus cartas). De esta forma, las partes tendrían un mayor cuidado al meditar sus decisiones estratégicas y se verían, por tanto, obligadas a dejar de lado aquellas que no cuenten con un sustento jurídico razonable.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿A través de que pronunciamiento la Jurisprudencia Nacional ha impuesto la oralidad en la constitución de partes procesales?

- 2.- ¿Cuál es la función del Juez en el control de la correlación entre la petición escrita y el debate oral?

3. ¿Puede permitir el Juez que se introduzcan en el debate oral planteamientos no comprendidos en las peticiones escritas?



LECTURAS

Lectura Obligatoria:

- 1) BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del nuevo Código procesal penal peruano”, en: Cubas Villanueva, Víctor y otros (Coords.). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales, Palestra, Lima, 2005.

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD II



VERDAD PROCESAL, LITIGACIÓN, PERSUASIÓN Y ORALIDAD

PRESENTACIÓN

En un contexto en el que se suele sostener que la finalidad del proceso penal es la averiguación de la verdad y que dicho concepto en el proceso penal no es sino una definición de origen judicial [el Juez define cuál es la verdad] que deriva de la capacidad de persuasión de las partes [la verdad sería aquella que tuvo más impacto persuasivo], surge la necesidad de establecer ciertas fórmulas que –partiendo de ciertos datos en torno a la persuasión judicial– logren equilibrar las ideas antes formuladas de modo tal que se evite un sobredimensionamiento de la oralidad y sus diversos componentes.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Es la verdad procesal una verdad “construida” judicialmente?
2. ¿En qué medida la utilización de las técnicas de persuasión influyen la decisión judicial?
3. ¿Cuál es el impacto que los factores externos influyen en la adopción de una determinada propuesta de “verdad procesal” por parte de los Tribunales?

1. LA VERDAD JUDICIAL COMO VERDAD CONSTRUIDA.

1.1. El concepto de verdad en el proceso penal.

La verdad que se obtiene en un proceso penal no es una verdad real, es una verdad construida. Es que la verdad real o verdad histórica ha quedado en el pasado y no existen formas certeras de reproducirla, por eso el proceso penal se propone, con menos pretensión, aproximarse a ella a través de una *versión construida* de la verdad.

Esto explica porque Thomas MAUET, uno de los más importantes especialistas en litigación de la actualidad, sostenga que: “A trial is a re-creation of reality” (“Un juicio es una re-creación de la realidad”)²⁵. La verdad histórica es parte del pasado y no existe forma alguna de retornar a ella. Ya lo decía San Agustín DE HIPONA en su “*Confessionum libri tredecim*”: *¿Quién puede juzgar un pasado que ya no existe?* ²⁶. Y es que incluso los autores que sostienen la necesidad de mantener la idea de la *verdad material* como objetivo del proceso penal, reconocen las limitaciones de su cabal conocimiento en el proceso penal y por ello sostengan que dicha *verdad histórica* jamás podrá ser alcanzada a plenitud y que su búsqueda es fundamentalmente un ideal²⁷.

En efecto, la doctrina procesal penal que mantiene la idea de la verdad material o verdad real como objeto del proceso penal reconoce que aquella no es una verdad sustancial sino “correspondencia”, entendida como

²⁵ MAUET, Thomas. *Trials, skills, and the new powers of persuasion*, Aspen, New York, 2005, p. 01. Esa idea ha sido adoptada por MORENO HOLMAN, Leonardo. *Teoría del caso*, Didot, Buenos Aires, 2012, p. 23.

²⁶ TRAVERSI, Alessandro. *La defensa penal. Técnicas argumentativas y oratorias*, traducción de María Gómez, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 28.

²⁷ GÖSSEL, Karl- Heinz. *El proceso penal ante el Estado de Derecho*, traducción de Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2004, p. 190; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, segunda edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 107; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre la independencia del Poder Judicial y el proceso penal*, Grijley, Lima, 2005, p. 135.

“adecuación de lo que se conoce de una cosa, con lo que esa cosa es”²⁸ o, en términos de Michele TARUFFO, como “resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo”²⁹. La verdad real como verdad sustancial es un inalcanzable ideal. El conocimiento absoluto de la verdad, sólo resulta posible en el ámbito de las ciencias exactas³⁰.

Ahora, lo cierto es que la “verdad”, cualquiera sea su concepción, es una categoría de la cual no puede prescindirse, como dice FERRAJOLI, aunque una justicia penal “con verdad” constituya una utopía, “una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad”³¹. La idea de *verdad* constituye un concepto nuclear e imprescindible íntimamente vinculado con el sistema de garantías penales y procesales³².

Frente a la imposibilidad de alcanzar la verdad histórica, el discurso procesal actualmente se decanta por un concepto formal, forense o procesal de verdad, preferible a un concepto de verdad real que además de proponer un ideal que se reconoce como inalcanzable, contiene una carga ideológica que debe, a toda costa, superarse. Es que desde la óptica del concepto real de verdad aquella es un objetivo que no reconoce ni límites ni trabas³³. Tal concepción hace de la verdad real un fin con mayor valor que la propia libertad individual del ser humano³⁴.

28 CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 49; MAIER, Julio. “La verdad y el procedimiento judicial”, en: El mismo. *El proceso penal contemporáneo*, Palestra, Lima, 2008, p. 950.

29 TARUFFO, Michele. *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 27.

30 MAIER, Julio. Op. Cit., p. 952.

31 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 45.

32 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., pp. 46-47.

33 Críticamente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 57; HORVITZ LENNON, María & LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 26; MUÑOZ CONDE: *La búsqueda*, p. 112.

³⁴ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Libertades públicas e proceso penal*, segunda edición, Editora Dos Tribunais, Sao Paulo, 1982, p. 63.

Dicho esto debe reconocerse que, en nuestra opinión, la verdad forense contiene dos tipos de juicios, uno *fáctico* y otro *jurídico* . Puede decirse con FERRAJOLI que la *verdad procesal* contiene una doble verdad: La *verdad fáctica* (*quaestio facti*) y la *verdad jurídica* (*quaestio iuris*); la primera es comprobable mediante la prueba, la segunda es comprobable mediante interpretación³⁵.

Respecto a la *quaestio facti* , aquella pretende establecer la realización de un hecho y su imputación al sujeto inculcado, recurriendo a la actividad probatoria y mediante la inducción. La *quaestio iuris* , por su parte, pretende determinar el significado de los enunciados normativos que permiten considerar un hecho determinado como delito³⁶. La *quaestio facti* se refiere a los hechos ocurridos en la realidad y la *quaestio iuris* se refiere a las normas que hablan de ellos³⁷.

Es necesario reconocer que dentro de la *quaestio iuris* se encuentra el proceso de subsunción del hecho en el enunciado normativo, entendido como operación destinada a verificar si el hecho presenta las propiedades que se indican en la norma. Esta precisión permite, por otra parte, observar la indisoluble relación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* en tanto los hechos que son de interés del Derecho son únicamente los hechos interpretados³⁸ o, utilizando expresiones de TARUFFO: “es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho”³⁹.

³⁵ En dicho sentido, MORENO HOLMAN, Leonardo. Op. Cit., p. 26.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 48.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 49.

³⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* , Palestra, Lima, 2005, p. 41.

³⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos* , traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid, 2002, p. 92. Por eso no debe sorprender que CLARK, Ronald/ DEKLE, George/ BAILEY, William. *Cross examination handbook. Persuasion, strategies, and techniques* , Wolter Kluwer, New York, 2011, pp. 10-13, destaquen la trascendencia de ambos componentes en la formulación de la teoría del caso. En el mismo sentido: GRAHAM “En cada caso, los hechos y los argumentos legales son mutuamente dependientes: Los desarrollos de uno afectan los desarrollos del otro” (GRAHAM, Duffy. *The consciousness of the litigator* , The University of Michigan Press, Machigan, 2008, pp. 05-06, traducción libre del autor) y MEYER: “La teoría del caso identifica las proposiciones fácticas cruciales y

Aunque es correcto que la determinación de la *verdad procesal* es definida por el Juez⁴⁰, no es que aquella dependa sólo de su convencimiento respecto a las posiciones planteadas por las partes en el proceso, dado su carácter decisionista y, por ello, claramente arbitrario⁴¹. La verdad procesal debe necesariamente derivar en la actuación probatoria orientada a la averiguación de los hechos⁴².

De este modo nos apartamos de aquellas posturas que consideran que la prueba constituyen un nonsense (sin sentido) que cumple una función exclusivamente ritual y en virtud de la cual los procedimientos probatorios (por ejemplo, el contrainterrogatorio) constituyen ritos destinados a transmitir a la ciudadanía la idea de igualdad de las partes; así, “las pruebas servirán, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a un mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional e injusta de las decisiones judiciales”⁴³.

Más apropiada es la postura narrativista en virtud de la cual el proceso constituye un contexto en que se narran stories (narraciones). Lo trascendente es la dimensión narrativa del proceso, de modo tal que las pruebas resultan útiles en tanto instrumentos para apoyar la “story of the case” propuesta por cada uno de los abogados. La prueba tiene carácter persuasivo. Es preciso destacar que la crítica realizada por TARUFFO sobre la propuesta narrativista es, mas bien,

discutibles que el verificador de los hechos debe determinar si son ciertas o no. Estas proposiciones determinan si cada elemento del tipo legal está establecido” (MEYER, Philip. *Storytelling for lawyers*, Oxford University Press, New York, 2014, p. 17).

40 Como señala GRAHAM (GRAHAM, Duffy. Op. Cit., p. 04): “En litigación, un hecho no es un hecho hasta que el Tribunal haya dicho que lo es” (traducción libre del autor).

41 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. Cit., p. 96.

42 TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 20; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. Cit., p. 96.

43 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 81.

aparente, en la medida que en ambas la prueba posee carácter instrumental y posee así importancia fundamental⁴⁴.

Ahora, estos elementos –fáctico y jurídico- resultan los componentes esenciales en toda teoría del caso, tal como desarrollaremos en capítulos posteriores.

1. 2. La importancia de las técnicas de litigación en la recreación de la verdad.

Tenemos entonces que el proceso penal solo se puede conformar con recrear la verdad. Esto no resulta tarea nada sencilla por dos razones adecuadamente expuestas por Paul BERGMAN; la primera, relacionada a la falibilidad de los seres humanos en el proceso de percepción de los hechos y, la segunda, vinculada a las limitaciones de la comunicación verbal para transmitir correctamente una realidad⁴⁵. En efecto, no es solo que existe un nivel de error en la percepción sensorial de los hechos por parte de los seres humanos, sino que las posibilidades de transmitir dicha percepción a otras personas choca, a su vez, con las limitaciones de percepción que a su vez tienen quienes son los destinatarios de la comunicación en el juicio oral.

Esta compleja recreación de la verdad debe provenir de las partes en disputa dentro del proceso penal. La verdad judicial, reconocida por el Juez, no es sino la verdad propuesta por las partes.

En efecto, el Juez al momento de emitir su fallo debe optar por las propuestas de verdad formuladas por las partes; al sentenciar, el Juez acepta la propuesta de la verdad planteada por el acusador o acepta la propuesta de verdad

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 84.

⁴⁵ BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 18.

planteada por el acusado. De ese modo, el Juez soluciona el estado de incertidumbre existente.

Como bien advierte TARUFFO, la propuesta de verdad formulada por las partes tiene el *estatus epistémico de la “incertidumbre”* al constituir una hipótesis cuya condición de veracidad o falibilidad se mantendrá como incierta hasta que el Juez resuelva el problema determinando si la hipótesis formulada por la parte es veraz o falsa⁴⁶.

Ahora bien, la propuesta de verdad formulada por las partes debe encontrar sustento en las pruebas. La aceptación, por parte del Juez, de una determinada versión de los hechos exige que aquella se encuentre debidamente corroborada con prueba; pues bien, esto supone que a las partes en conflicto corresponde no solo proponer una propia versión de los hechos sino *presentar y explicar* la prueba en que dicha versión se sustenta⁴⁷.

Esto implica que la toma de posición del Juez dependerá en gran medida de la capacidad de convencimiento de las partes. No necesariamente la verdad asumida por el Juez es la más cercana a la realidad, sino la que convenció más al Juez.

Allí justamente es donde radica la importancia de las técnicas de litigación y persuasión, en tanto instrumento de comunicación eficaz destinado al convencimiento del Juez. Como adecuadamente señala MAUET, así como los políticos tratan de convencer a los electores para obtener su voto y el vendedor trata de convencer a su comprador para que adquiera un producto, el

⁴⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 29.

⁴⁷ BAYTELMAN, Andrés & DUCE, Mauricio. *Litigación penal*, p. 92; TRAVERSI, Alessandro. Op. Cit., p. 23.

abogado busca convencer al Tribunal para que asuma la visión que aquel ofrece de los hechos en discusión⁴⁸.

Las técnicas de litigación, por cierto, no son –ni pretender ser una fórmula “mágica” que permite a quien la aplica ganar su caso. Factores como la preparación y la experiencia son evidentemente relevantes para la obtención de resultados exitosos. El desarrollo de un caso, por ejemplo, en que se sostenga la actuación en legítima defensa no podría llegar a buen puerto si se desconocen la estructura general de la teoría del delito o la teoría de la justificación penal. Las técnicas de litigación, como es lógico, no pueden sustituir el bagaje de conocimientos propios del abogado para solucionar problemas de ésta índole. Sin embargo, la utilización de técnicas de litigación puede servir para maximizar los resultados y es esa la razón de su actual relevancia.

2. LA PERSUASIÓN: ASPECTO FUNDAMENTAL DE LA LITIGACIÓN

Los juicios son ganados por aquellos que tienen la capacidad de convencer al Juez o el Tribunal de la validez o, en términos de FALCÓN & ROJAS, de la *superioridad* de su propuesta⁴⁹. Quienes ganan los juicios son aquellos que, con mayor eficacia, *persuaden* al Juez.

Hay que entender, en ese contexto, que la persuasión es un proceso de comunicación a través del cual uno de los agentes –persuasor- intenta influenciar, de modo no coactivo y generalmente inconsciente- en el pensamiento o comportamiento de otro agente⁵⁰.

⁴⁸ MAUET, Thomas. *Trials*, p. 01.

⁴⁹ FALCON, Enrique & ROJAS, Jorge. *Cómo se hace un alegato*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 19-20.

⁵⁰ TRAVERSI, Alessandro. Op. Cit., p. 201.

Ese mecanismo se reproduce en el proceso penal, en el cual las partes procesales buscan convencer a un tercero, el Juez, de la mayor validez de sus argumentos. Allí radica justamente la importancia de la labor del abogado litigante: Que el receptor reciba el mensaje requiere que el mensaje y el mensajero sean adecuados.

En vista que la persuasión es similar a cualquier otro proceso de comunicación, para que sea exitoso resulta necesario que el receptor de la comunicación, esto es, el Juez, coopere en el procedimiento comunicativo. Puede decirse entonces que la persuasión no es *imposición* sino *colaboración*⁵¹.

A través de esta unidad propondremos algunas pautas que pueden ser de utilidad para lograr el objetivo persuasivo perseguido al asumir una defensa penal.

3. RECONOCIMIENTO DE LA NECESARIA COOPERACIÓN DEL JUEZ COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA PERSUASIÓN.

La persuasión es interacción y requiere que el Juez este predispuesto a recepcionar la información que las partes le transmiten. Esta predisposición dependerá de una serie de factores que pueden ser constitutivos o accidentales.

Dentro de los elementos constitutivos están aquellos asociados a la personalidad del Juez, los mismos que abordaremos en el apartado siguiente. Los elementos accidentales, por otra parte, son aquellos factores de distracción que tienen lugar en el momento mismo de la comunicación y que deben ser enfrentados con rapidez y sutileza. El abogado debe encontrarse atento para identificar aquellas lagunas de distracción –y por ello de no cooperación- del

⁵¹ FALCÓN, Enrique & ROJAS, Jorge. Op. Cit., p. 20.

Juez y hacerles frente: Sutiles golpes al estrado y pausas o silencios breves pueden captar la atención del Juez y permitir reiniciar la transmisión. En ese contexto, deben recordarse las advertencias hechas por GOLDBERG respecto al limitado alcance de la atención de los jueces legos que, en circunstancias óptimas puede llegar sólo a *media hora*⁵².

4. IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL JUZGADOR COMO MEDIO DE LOGRAR LA PERSUASIÓN.

Es importante que el abogado identifique las características de personalidad del juzgador con el propósito de reconocer su reacción frente a la teoría del caso que propondrá la defensa. Esto, por cierto, no es cuestión nada sencilla en la medida que aunque se puedan reconocer los rasgos de personalidad del Juez no resulta tan sencillo establecer sus efectos en las decisiones judiciales⁵³.

La personalidad del juzgador permite establecer tendencias de decisión, basadas muchas veces en estereotipos culturales, en sus antecedentes personales, su personalidad⁵⁴, su ideología, sus valores⁵⁵, que tienen relevancia no accesoria. Por eso es correcta la afirmación propuesta por SCALIA & GARNER: “Un buen abogado intenta aprender cuanto sea posible del Juez que decidirá el caso”⁵⁶.

⁵² GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 158.

⁵³ Esto se debe al hecho, destacado por POSNER, de que el acto de deliberación de los jueces ocurre en secreto; así en: POSNER, Richard. *How judges think*, Harvard University Press, Massachussets, 2010, p. 02.

⁵⁴ ELLSWORTH, Phoebe. “Some steps between attitudes and verdicts”, en: Hastie, Reid (Ed.). *Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 43.

⁵⁵ CASPER, Jonathan & BENEDICT, Kennette. “The influence of outcome information and attitudes on juror decision making in search and seizure cases”, en: Hastie, Reid (Ed.). *Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 65.

⁵⁶ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. *Making your case. The art of persuading judges*, Thomson/ West, Minnesota, 2008, pp. 5/ 32. Estos autores norteamericanos distinguen entre *las emociones de los jueces*, aspecto que los buenos jueces suelen controlar mediante la racionalidad, y *el sentido de justicia del Juez*.

Un ejemplo del conocimiento del Juez que resolverá el caso podemos encontrarlo en el alegato expuesto por el Profesor José Urquiza Olaechea ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. El mencionado abogado, que tenía el objetivo de revocar una sentencia condenatoria por delito de parricidio, consciente seguramente de que el Presidente del Tribunal es un conocido defensor del finalismo welzeniano, inició sus alegatos en los siguientes términos:

“Con su venia Señor Presidente. Señores Magistrados de la Corte Suprema, en todo delito tiene que haber, obviamente, algún móvil, una razón que determine la conducta de las personas. Eso ya desde 1930 lo había definido el Profesor Hans Welzel, que las personas actúan en función de finalidades. Aquí se ha puesto “que la finalidad de la sentenciada era hacerse de la herencia de su madre”; en otras palabras, una persona que no tiene patrimonio, busca que hacerse de los bienes de su madre y elige la muerte de su madre. Ese planteamiento, que es el fundamento material de la sentencia que viene en grado, señor Presidente, es absolutamente falso. Y lo voy a demostrar”⁵⁷.

En esa intención, corresponde que el abogado indague sobre la *filosofía judicial del Juez*, es decir, reconocer las tendencias que se desprenden de las decisiones de quien resolverá el caso. Así, conforme a estudios empíricos sobre la cuestión, estas serían las tendencias decisorias más relevantes:

⁵⁷ Disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=K4_JNlcvKA [visualización realizada el 31 de mayo de 2014].

a) La insensibilidad de los jueces frente a la crítica de los académicos.-

POSNER ha reconocido el escaso impacto que la crítica de los especialistas legales, de los académicos, tiene en los jueces⁵⁸. Esta tendencia, señala el mencionado autor, se relaciona con la escasa preocupación que genera en los jueces lo que los académicos piensan y esto guarda relación con el hecho de que los Jueces consideran que los académicos no entienden el trabajo judicial ni comprenden la presión y problemas que enfrentan. Como dice POSNER –y esto no hay que olvidarlo- *Judges are not Law Proffesors*.

b) Las jueces de sexo femenino respecto a los delitos sexuales.- En los delitos sexuales, imputados principalmente a varones, existe una mayor probabilidad que se produzca un resultado de condena cuando el juzgador es de sexo femenino.**c) El tratamiento de los imputados de raza blanca o pertenecientes a ciertos status sociales.** Se reconoce en los jueces mayor benignidad en el tratamiento cuando los imputados perteneces a la raza blanca o corresponden a cierta clase social. Esta mayor benignidad responde a estereotipos ya reconocidos por la Criminología respecto a una mayor permisibilidad de la criminalidad del *upper world*.**d) El grado de credibilidad de la víctima mujer.-** Existe una notoria tendencia decisional a conceder un mayor grado de credibilidad a la víctima del delito sobre todo si aquella es mujer⁵⁹.

⁵⁸ POSNER, Richard. Op. Cit., p. 204.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad*, p. 111.

e) Los jueces conservadores son más punitivos.- Las decisiones judiciales provenientes de personas con rasgos conservadores y rígidos suelen ser más punitivas. Esto supone dos cosas: Primero, que la proporción de sentencias condenatorias será siempre mayor que la proveniente de otra clase de personas; y, segundo, la intensidad de las consecuencias jurídicas del delito será también mayor.

f) La identificación de los Jueces con el delito cometido.- Sobre esta cuestión CASPER & BENEDICT aluden a una investigación desarrollada por GLEASON & HARRIS en 1976⁶⁰ que establecía que las decisiones judiciales se encontraban influenciadas por la valoración del Juzgador respecto a la probabilidad de encontrarse en una situación similar a la que enfrenta el imputado. Esa identificación guarda también relación con la severidad del delito –a menor gravedad del delito mayor identificación con el imputado.

g) La influencia de la forma de pensamiento político.- Richard POSNER ha puesto en evidencia cómo en los Estados Unidos de América la pertenencia a algún partido político –demócratas o republicanos- se manifiesta en tendencias decisorias que guardan relación con el carácter más liberal o conservador de la afiliación política⁶¹.

El conocimiento de la *filosofía judicial* permitirá asimismo que el abogado, en caso de que su caso sea consistente con las tendencias decisorias del Juez, haga notar que una decisión en sentido contrario enfrentaría decisiones anteriores del mismo Juez⁶².

⁶⁰ CASPER, Jonathan & BENEDICT, Kennette. Op. Cit., p. 73.

⁶¹ POSNER, Richard. Op. Cit., p. 20.

⁶² SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., pp. 52-53.

5. LOS CONOCIMIENTOS EXTERNOS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL: LOS JUICIOS MEDIÁTICOS.

Dentro de las cuestiones vinculadas a la persuasión en el contexto judicial cabe mencionar los efectos que en el razonamiento judicial tienen los conocimientos externos del Juez (es decir, no derivados de la actividad probatoria desarrollada en el proceso) en torno a los hechos del caso así como a la personalidad del imputado.

En ese ámbito, CASPER & BENEDICT⁶³ han reconocido que la influencia de este tipo de conocimientos dependerá de la severidad del delito y de la pena con que se encuentra castigado el delito. En ese sentido, si, por ejemplo, el Tribunal tiene que decidir la responsabilidad –civil o penal- de los policías que han intervenido arbitrariamente al imputado de un delito, su decisión estará condicionada por la gravedad del delito cometido por quien aparece ahora como demandante o denuncia en contra de los policías.

Pero probablemente el impacto más relevante en el razonamiento de nuestros Jueces provenga de los *mass media*. La influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales ha llevado a algunos autores a sostener la existencia de una *Criminología mediática* en los que el *curso mediático* determina el curso de las decisiones judiciales y, con ello, determina quiénes son delincuentes⁶⁴.

⁶³ CASPER, Jonathan & BENEDICT, Kennette. Op. Cit., pp. 72 ss.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011, pp. 365 ss.

6. LA “HUMANIZACIÓN” DEL IMPUTADO Y DEL TESTIGO COMO MEDIO PARA REDUCIR LOS EFECTOS DE LAS TENDENCIAS DECISIONALES DE LOS JUECES.

No puede negarse la influencia de los estereotipos en las valoraciones judiciales y por ello corresponde al abogado hacerles frente. Lo primero que debe entender el abogado es sus limitaciones.

En ese contexto, el abogado no debe pretender que su intervención en el proceso penal tenga por propósito hacer que los estereotipos existentes en los juzgadores desaparezcan. Sus objetivos deben ser más limitados: Si el juzgador ha inferido que el imputado o el testigo responde a cierto estereotipo, el abogado no debe tratar de desaparecer el estereotipo, sino únicamente debe demostrar que la inferencia no es correcta, es decir, que el imputado o el testigo no responde al estereotipo. Para lograrlo es indispensable que el abogado *humanice* a su cliente o el testigo, con el propósito de reducir o incluso eliminar los efectos que el estereotipo puede generar en la valoración de su testimonio.

La *humanización* del imputado puede resultar en ciertos casos incluso una necesidad. Si, como mencionamos en el capítulo anterior, los relatos propios de la teoría del caso se suelen formular recurriendo al género narrativo del melodrama, caracterizado por desarrollarse en el contexto de un enfrentamiento entre el bien y el mal, no será extraño que la estrategia del acusador público o privado sea la de *demonizar* al imputado⁶⁵. En ese contexto, la humanización del cliente resulta fundamental.

En la intención de *humanización* del imputado puede resultar importante introducir elementos que sirvan, a su vez, de mitigantes de responsabilidad. La referencia a antecedentes familiares, características personales, limitaciones

⁶⁵ MEYER, Philip. Op. Cit., p. 19, con cita a Alfred HITCHCOCK: “Mientras más exitoso el villano, más poderosa es la historia”.

personales, etc. pueden servir como elementos acreditativos del carácter del imputado que tengan efectos persuasivos en el Juez en el momento de individualización de la pena de cara a lograr que este imponga una pena menos severa o que opte por una alternativa a la pena de prisión efectivo. No puede soslayarse la importancia que la percepción judicial de si el imputado es un joven inexperto, es un buen trabajador, tiene habilidades artísticas, si proviene de una familia disfuncional o si ha sido víctima de violencia doméstica, puede tener en la práctica judicial⁶⁶.

7. CORRECCIÓN DEL PROCESO DE COMUNICACIÓN: ESPECIAL REFERENCIAL AL TESTIGO.

El grado de persuasión y su influencia en el resultado procesal depende de la corrección en que se produce el proceso de comunicación dentro del proceso penal. Sobre esta cuestión trataremos ahora.

En la comunicación propia del proceso penal, el testigo tiene un rol fundamental. El testigo es objeto de análisis por parte del Tribunal según tres factores: El estado de la fuente, el conocimiento de la información y el estilo de la presentación.

7.1. El estado de la fuente.

Cuando se habla del estado de la fuente se hace referencia a los roles implícitos o explícitos de la fuente. Así, se puede identificar un distinto grado de persuasión dependiente de si la fuente es el abogado, es el imputado, el perito o si se trata de un testigo mayor de edad o un testigo menor de edad.

⁶⁶ De esta opinión con especial atención a los delitos castigados con penas severas WHITE, Welsh. Op. Cit., pp. 105-107.

Esta cuestión es fácilmente comprensible en el caso del imputado quien, como consecuencia de la cláusula de *no autoincriminación* derivada de la garantía de la defensa, tiene *derecho a mentir*. Su estado será, como es entendible, distinto al del testigo que tiene la obligación de declarar con la verdad, incluso bajo amenaza de pena por falso testimonio.

En este ámbito entran en consideración también cuestiones como la experiencia o la reputación del abogado. Un abogado reputado o con una vasta experiencia seguramente tendrá mayor capacidad de persuasión que el abogado deshonesto o el inexperto. Esto porque frente al mensaje del abogado experimentado o reputado, el Juez se halla más predispuesto a recepcionar la información.

7. 2. El conocimiento de la información.

Otro de los elementos relevantes para la persuasión del tribunal se relaciona con el conocimiento de la materia que demuestra quien transmite la información.

Así, por ejemplo, mayores posibilidades persuasivas tendrá el perito que tiene muchas publicaciones en la materia de peritación que aquél que no tiene o tiene escasas publicaciones. La misma lógica funciona para el caso de los abogados: El abogado que ha publicado o es reconocido como Catedrático universitario, tendrá mayores posibilidades de persuadir que el que no tiene antecedentes publicistas o de docencia universitaria.

Esta cuestión, sin embargo, puede tener un efecto adverso.

Si quien transmite la información genera una expectativa y no la satisface, la eficacia del proceso de comunicación se verá afectada.

Por el contrario, si el transmisor de la comunicación supera las expectativas generados por el Tribunal, sus posibilidades de persuadirlo aumentan.

7. 3. El estilo de la presentación.

Resulta de suma importancia para los fines de la persuasión la forma o estilo utilizado en el proceso de transmisión de la información.

En este contexto resultan relevantes los siguientes factores:

- **La confianza:**

Es mucho más persuasiva la información transmitida por el testigo que demuestra confianza. A este respecto, señala MAUET como la confianza mostrada en su declaración por un testigo ocular resulta el pronosticador más poderoso de un veredicto culpable⁶⁷.

- **El lenguaje utilizado por quien transmite la información:**

La información transmitida utilizando un lenguaje vívido resulta mucho más persuasiva que aquella que carece de capacidad descriptiva. Así, por ejemplo, será mucho más persuasivo decir que “el acusado se acercó a la víctima, le apunto en la cabeza, le hizo arrodillarse y le disparó en la cabeza, pese a sus ruegos” que simplemente decir “el acusado mató a la víctima”.

- **La desacreditación del testigo o perito:**

La desacreditación del testigo o del perito, aun cuando no se encuentre sustentada con elementos de convicción, tiene efectos que perduran y difícilmente desaparecen.

⁶⁷ MAUET, Thomas. *Estudios de Técnicas de Litigación*, Jurista, Lima, 2007, p. 52.

- ***El estilo general del abogado:***

El estilo utilizado por el abogado durante su labor de patrocinio incrementa o reduce sus niveles de persuasión. Si, por ejemplo, el abogado utiliza un estilo de presentación pasiva (discurso lento, escaso contacto visual, hesitación, etc.) tendrá menor capacidad persuasiva que el abogado que utiliza un estilo más dinámico.

- ***Presentación auditiva y visual de la información:***

Mayores niveles de persuasión tiene la información que es presentada tanto auditiva como visualmente. En ese contexto, debe procurarse presentar la información combinando ambos criterios teniendo presente una serie de cuestiones relevantes: A diferencia de la información transmitida auditivamente, la información presentada visualmente (escritos, imágenes, fotografías, etc.) puede ser revisada por el Tribunal; la información auditiva más relevante debe ser transmitida en primer lugar pues las personas suelen recordar más lo primero que lo último que escucharon; el uso de ayudas audiovisuales permite una representación más persuasiva de la propuesta contenida en la teoría del caso⁶⁸.

⁶⁸ MAUET, Thomas. Estudios, p. 56; BAYTELMAN, Andrés & DUCE, Mauricio. Op. Cit., p. 147.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son los componentes de la verdad procesal?

2.- ¿Cómo es que los juicios paralelos influyen en la identificación de la verdad procesal por parte del Juez?

2. ¿Cómo es que la teoría del caso impacta en la función judicial de identificación y adopción de una verdad procesal?



LECTURAS

Lectura Obligatoria:

- 1) MAIER, Julio. “La verdad y el procedimiento judicial”, en: El mismo. El proceso penal contemporáneo, Palestra, Lima, 2008.

(Disponible en el anexo de lecturas).



CASOS SUGERIDOS

- Casación N° 61-2009, La Libertad (marzo de 2010).
- ACUERDO PLENARIO N° 6-2011/CJ-116.- Asunto: MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD: NECESIDAD Y FORMA (Diciembre de 2011).

(Disponible en el anexo de casos)

UNIDAD III



PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD

PRESENTACIÓN

Esta unidad se centra, más que en el contenido del principio de oralidad, en su continente, es decir, en las habilidades o destrezas que permitirán que el Fiscal o el Abogado puedan hacer más eficaz, en términos persuasivos, el ejercicio de la oralidad en el curso del proceso penal. Aunque la influencia de estos conocimientos no es directa, si resulta trascendente para la labor desarrollada por el Juez puede permitir que la información fluya adecuadamente dentro de la dialéctica procesal.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿En qué medida influencia en las decisiones judiciales las formas o métodos utilizados para la transmisión de la información en audiencia?
2. Cómo “transmisor” de información en audiencia, ¿en qué medida el manejo de los componentes corporales influyen en el proceso de comunicación?
3. ¿Cómo impactan las técnicas desarrolladas en esta unidad en el proceso de oralización de las decisiones judiciales?

1. ENTENDIENDO LA ADRENALINA.

En líneas anteriores señalamos los efectos que el exceso de adrenalina tiene en el abogado litigante y cómo este factor afectaba su capacidad persuasiva. Esta circunstancia se puede hacer incluso más evidente si el abogado siente indignación o enfado por la situación de su patrocinado.

Existen pues una serie de métodos destinados a canalizar la adrenalina del cuerpo y permitir que los niveles de persuasión del mensaje que se pretende transmitir al Tribunal –la teoría del caso- sean óptimos. En ese propósito JOHNSON & HUNTER refieren la necesidad de que el abogado establezca una especie de ritual a desarrollar segundos antes de iniciar cualquier intervención oral y que le permita canalizar el exceso de adrenalina. A través de ese ritual el abogado podrá *mostrarse como él mismo* y de ese modo su mensaje será mejor recepcionado por el Tribunal⁶⁹.

Para *mostrarse como uno mismo*, el abogado debe controlar el cuerpo, su voz, sus gestos, etc. Estos elementos (sobre todo la voz y el estilo general) forman en sí mismos parte de la narración⁷⁰.

2. EL CONTROL DEL CUERPO.

El abogado antes de oralizar su defensa debe sentirse confiado y la postura del cuerpo constituye un elemento esencial.

⁶⁹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. *The articulate advocate. New Techniques of persuasion for trial lawyers*, Crown Kings Books, Arizona, 2009, pp. 10 ss.

⁷⁰ MEYER, Philip. Op. Cit., p. 117.

a. Plantar los pies.

El punto de partida es *plantar los pies* en la Sala de Audiencias del Tribunal. En ese contexto, primero debe ubicar los pies a una distancia confortable el uno del otro, no colocándolos tan cerca que los talones choquen ni tan distante que el abogado parezca que es un vaquero del lejano oeste a punto de disparar⁷¹.

Es importante que la ubicación de los pies no transmita una imagen excesivamente cuadrado o encartonado. Si la posición de los pies del abogado resulta demasiado simétrica, como si fuera un soldado en posición de atención, los efectos persuasivos de su mensaje se reducen pues el cuerpo del abogado parecerá poco relajado, incrementando la desconfianza del Tribunal.

b. Permanecer quieto.

JOHNSON & HUNTER señalan lo siguiente: “Un cuerpo en reposo tiende a mantenerse en reposo, un cuerpo en movimiento tiende a mantenerse en movimiento. Cuando plantas tus pies y permaneces quieto, lucirás calmado, cómodo y en control, y tu cuerpo tenderá a permanecer quieto. Si empiezas a hablar mientras tus pies están en movimiento, tu cuerpo tenderá a mantenerse en movimiento y nunca se detendrá”⁷². Si optas por iniciar tu alocución estando tu cuerpo en movimiento, es posible que tu cuerpo se mantenga en movimiento y ello te hará ver nervioso y poco convencido. Esto, como es lógico, afecta la credibilidad del discurso y tus posibilidades persuasivas.

c. Flexiona tus rodillas.

Para mantener la naturalidad del cuerpo y mostrarte sereno ante tu auditorio, el Tribunal, tus rodillas deben lucir flexibles. Esa sensación de flexibilidad se logra

⁷¹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 12.

⁷² JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 13 (traducción libre del autor).

percibiendo que tus rodillas flotan y se balancean perfectamente. Tus rodillas deben actuar como si estuvieras de pie en el tren subterráneo o en un bus de pasajeros mientras está en movimiento y está lleno de gente⁷³. Cuando esto ocurre y no tienes donde sostenerte, son tus rodillas las que te mantienen balanceado y evitan que pierdas el equilibrio.

d. Centra tus hombros.

El siguiente paso en el ritual previo al inicio de las alegaciones orales es centrar tus hombros permitiendo que el peso de tus piernas se distribuya equitativamente en cada una de tus piernas. Cuando esto no ocurre y reposas el peso de tu cuerpo sobre una de tus piernas ésta, eventualmente, se cansará, lo que te obligará a mover constantemente tus piernas y tu cuerpo. Ese movimiento distraerá al Tribunal y hará que luzcas nervioso y poco confiado⁷⁴.

Una vez que plantaste tus pies, has flexionado tus rodillas y centrado tus hombros habrás controlado los músculos más grandes de tu cuerpo, lo que permitirá mantenerte en control de los niveles de adrenalina incluso si realmente te sientes nervioso.

e. Muévete con un propósito

Aunque esta circunstancia es dependiente de la logística y estructura de cada Tribunal y de las características concretas de cada abogado (algunos abogados se mueven más, otros se mueven menos), algunos estudios sobre la materia determinan la trascendencia persuasiva del movimiento en los Tribunales.

Como señalan JOHNSON & HUNTER “un movimiento intencional es motivado y conectado por sus palabras y sus ideas” ⁷⁵. Esta idea, aplicada a la alegación

⁷³ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 14.

⁷⁴ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., pp. 14-15.

⁷⁵ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 16.

oral, supone conectar el traslado y movimiento del caso con los temas o proposiciones que plantea el caso. Es conveniente que cuando el abogado se traslade o movilice lo haga cuando decida abordar un nuevo tema o tópico, lo que permitirá que el Tribunal preste mayor atención al relato y que tenga una mejor perspectiva de la estructura de la presentación oral. Además el movimiento servirá para anunciar al Tribunal un nuevo comienzo y mantenerlo atento en el relato.

f. Respiración controlada y consciente. Sus efectos sobre el tono de voz

El paso siguiente es controlar el centro del cuerpo que es donde se produce la respiración. Una de las técnicas más utilizadas por los abogados es la de la *respiración consciente*. La forma en que una persona respira está directamente relacionada con la forma en que habla, siente y piensa. Una vez que la persona tiene la habilidad de controlar su respiración podrá mantener la calma, proyectar su voz y oxigenar su cerebro⁷⁶.

El uso de la respiración para controlar las emociones es ampliamente conocido. Cuando uno se encuentra enojado, molesto, debe respirar profundamente pues la respiración profunda tiene efectos tranquilizadores y de calma.

El efecto de la respiración sobre la forma en que uno se siente se aprecia con un ejercicio muy sencillo: Si tu respiras como si estuvieras nervioso (de forma rápida y superficial), empezarás a sentirte nervioso y pronto te hiperventilaras. Esto funciona igual de modo inverso, si estas nervioso y comienzas a respirar profundamente y si modo controlado, el nerviosismo desaparecerá⁷⁷. Cuando el abogado se sienta nervioso debe inmediatamente buscar controlar su respiración y, de ese modo, expresarse mejor.

⁷⁶ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 18.

⁷⁷ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 19.

En efecto, es la cantidad de aire en los pulmones la que apoya y proyecta la voz del abogado en el Tribunal. Existe entonces una directa relación entre el volumen de la voz y el volumen de aire en los pulmones. Mientras menos aire ingrese en tus pulmones, menos fuerte será tu voz. Un tono de voz débil genera al Tribunal la percepción de inseguridad del abogado.

El control de la respiración permite que se produzca una mejor oxigenación al cerebro, lo que lleva a que el abogado no solo se sienta mejor y hable mejor, sino a que piense mejor⁷⁸.

g. La gesticulación con las manos.

Es una interrogante habitual para todo orador ¿Qué hago con mis manos mientras desarrollo mi discurso? Si tu objetivo es verte natural, lo correcto será que hagas los gestos que haces siempre. Gesticular te llevará a lucir, sentir, hablar y pensar de forma natural en el Tribunal. Los gestos no solo mejoran el significado del lenguaje sino que permitirán que tu cuerpo canalice adecuadamente la adrenalina que siente.

Intuitivamente uno suele pensar que no debe utilizar las manos durante sus intervenciones orales porque esto podría distraer al Juez. Esta creencia no solo carece de sustento científico sino que genera riesgos en torno a la percepción que el Tribunal tiene respecto a la naturalidad del abogado (¡no es natural inhibir los gestos!) ⁷⁹.

Los gestos están vinculados al habla, de modo tal que -como señalan JOHNSON & HUNTER⁸⁰- no solo ayudan al orador a expresarse naturalmente sino que ayudan al público (en este caso a los Jueces) a entender lo que el orador

⁷⁸ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 23.

⁷⁹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 24.

⁸⁰ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 26.

expresa. Esta afirmación se encuentra sustentada en las conclusiones de la Revista *Research on Language and Social Interaction* que en 1994 publicó un número especial sobre *Gesture and Understanding in Social Interaction* en el que se revelaba la importante conexión existente entre pensar, hablar, gesticular y escuchar.

La gesticulación natural comprende desde tus brazos hasta tus hombros y tus manos. Eso no significa que todos los gestos que desarrolles deben tener esa extensión. El uso de los brazos permite superar un error común de los operadores nerviosos: utilizar solamente las muñecas y los antebrazos.

Cuando el abogado no gesticula o lo hace de modo restringido, su discurso tiende a convertirse en monótono, sus ideas son entregadas sin claridad y sin énfasis. Cuando el abogado no acompaña sus palabras con gestos, su discurso y su público se afectan⁸¹.

Los abogados que se ponen ansiosos suelen pegar sus brazos al cuerpo, lo que provoca que cualquier pequeño gesto luzca nervioso y forzado. Esta tendencia es consecuencia del instinto corporal de auto preservación que lleva a mantener las manos y los antebrazos frente a los órganos vitales del cuerpo para protegerlos⁸².

Sin embargo, es importante tener presente que uno no estará gesticulando siempre. Ante ello es importante formularse la pregunta ¿Qué haré con mis manos mientras ellas no hagan gestos?

⁸¹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 32.

⁸² JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., p. 31.

Pues bien, las manos deben encontrarse en posición neutral, posición que debe ser parte de tu ritual natural al iniciar cualquier alocución, de forma tal que esa incorporación al ritual llevará a que se perciba como una posición natural. La posición más común es aquella en la que se colocan las manos entrelazadas sobre el vientre, sin ejercer presión sobre el mismo. Esta posición es trascendente porque siendo una posición de descanso, permite reflejar calma y relax y ello facilita la persuasión⁸³.

Ahora, los gestos más habituales utilizados en una conversación son tres: Dar, cambiar y mostrar⁸⁴.

El gesto *dar* se caracteriza por el uso de las manos abiertas con las palmas mirando hacia el cielo. Es habitual cuando se proporcionan hechos al Tribunal durante los alegatos o cuando se formulan interrogantes.

El gesto *cambiar* es utilizado cuando se habla y se gesticula con énfasis y se aplica dirigiendo las manos de lado como si se tratase de un golpe de karate de arriba hacia abajo, con una o ambas manos. Este gesto intensifica y fortalece las afirmaciones verbales.

El gesto *mostrar* consiste en dirigir la mano, utilizando los dedos, hacia un objetivo, mostrándolo. El gesto está destinado a mostrar lo que las palabras dicen.

Es normal que el abogado que utilice estos gestos se sienta al comienzo un poco extraño e incómodo, pero esta sensación desaparecerá gradualmente con la práctica y el uso controlado de dichos movimientos.

⁸³ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., pp. 34-35.

⁸⁴ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha.Op. Cit., pp. 40-42.

h. La postura y la alineación del cuerpo

La postura es la posición del cuerpo. Generalmente se suele pensar que la postura correcta tiene al cuerpo firme y la cabeza alta, esta idea es ciertamente incorrecta. Una buena postura depende de la alineación correcta de la espalda, hombros, cuello y cabeza⁸⁵.

i. La boca

La boca del orador suele expresar su estado de ánimo. Si el orador se encuentra ansioso, lo revelará a través de la tensión de sus labios o mediante gestos con los labios.

j. Contacto visual.

Cuando se mira a una persona directo a los ojos mientras uno se dirige a ella no solo se transmite sinceridad y confianza sino que además se permite que el Juez se reconozca como receptor de un mensaje. Ciertamente, cuando el Juez está distraído es importante establecer contacto visual a efectos que este reconozca que estamos pidiendo su atención. Como dicen SCALIA & GARNER el contacto visual es la única forma de establecer la relación deseada con los Jueces⁸⁶.

Por otro lado, cuando se mira a una persona directo a los ojos mientras ella se dirige a uno se transmite atención e interés. Esto, por ejemplo, es especialmente trascendente cuando el testigo responde el interrogatorio directo, pues al mantener contacto visual con el testigo y prestarle atención se evidencia que aquél declara espontáneamente pues no habría sido preparado previamente por el abogado que le propuso como testigo (por eso el letrado le presta tanta atención a lo que dice).

85 Además de JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., passim; destacan la importancia de la postura SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 165.

86 SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 178.

Aunque no es necesario que el contacto visual se mantenga de modo permanente, si es importante que el orador evite, en la medida de lo posible, caer en usos que revelan distracción y poco interés (mirar a los lados, mirar al piso, mirar al cielo).

El contacto visual se basa en el contacto con las personas y no en el contacto sobre las cosas. Por eso es conveniente –siguiendo con lo indicado anteriormente- que el letrado evite iniciar su interrogatorio cuando aún está observando sus anotaciones: El abogado debe hacer contacto visual con el testigo.

Esto podría llevar a la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre si el abogado necesita revisar sus anotaciones mientras interroga? En estos casos, como sean JOHNSON & HUNTER, el abogado no debe tener miedo de detener momentáneamente su interrogatorio para revisar sus anotaciones⁸⁷.

2.1. Tu cerebro.

La adrenalina afecta tu cerebro, tanto como afecta tus músculos: intensamente. Para reducir sus efectos negativos en la naturalidad de tu presentación oral es indispensable que reconozcas su impacto y que sepas cómo controlarla y canalizarla adecuadamente⁸⁸.

Uno de los efectos de la adrenalina está asociado a la percepción del tiempo. El abogado debe ser capaz de hablar clara y persuasivamente cuando se encuentra bajo presión y el tiempo puede incrementarla. La adrenalina puede llevarte a hablar más rápido de lo conveniente al crear la sensación de “túnel

⁸⁷ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 54. Destacando la importancia del contacto visual SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., pp. 164-165.

⁸⁸ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 58.

del tiempo” a la que aluden JOHNSON & HUNTER⁸⁹ y que crea la percepción de que el tiempo pasa más lentamente.

a. Los efectos de la adrenalina en el cerebro. El “túnel del tiempo”.

Debido a los flujos súbitos de adrenalina, la idea de estar en un “túnel del tiempo” se presenta como un complemento esencial de la energía enviada a los músculos que determina si peleamos o huimos (fight or flight).

En efecto, cuando uno se siente amenazada debe decidir si permanece en el lugar y enfrenta la amenaza (pelea) o si, por el contrario, huye del peligro. Ahora, esta decisión, en circunstancias de amenaza inminente, debe ser tomada instantáneamente. En esos momentos de tensión y crisis, la adrenalina nos permite tomar la decisión más adecuado a través de la alteración de tu percepción del tiempo que, en esos instantes, parece extenderse para permitirte evaluar las opciones y tomar la decisión más adecuadas. Tras estas situaciones uno suele decir “toda mi vida pasó delante de mí” pero cómo podría ser esto cierto en solo unos pocos segundos. Evidentemente una alteración de la percepción del tiempo se ha producido⁹⁰.

Debe reconocerse que la percepción del tiempo es una cuestión altamente subjetiva y, por lo tanto, no comprobable empírica o científicamente. El carácter altamente subjetivo de la percepción del tiempo puede reconocerse a través de nuestras visiones personales: Cuando lo estamos pasando bien sentimos que el tiempo vuela, mientras que si estas aburrido el tiempo parece avanzar más lentamente⁹¹. En el Tribunal puedes usar la adrenalina a tu favor y convertirla en una ventaja. Haz del manejo de la adrenalina parte de tu técnica personal y aprende como canalizarla e utilizarla a tu favor.

⁸⁹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 58.

⁹⁰ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., pp. 58-59.

⁹¹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 59.

b. Ubica tu zona de concentración y controla los silencios incómodos. El uso del silencio en la transición

La desconcentración genera pausas o silencios incómodos que pueden incrementar el nerviosismo en el abogado. Para compensar esos silencios, los abogados que pierden la calma a menudo se apresuran en llenar esas pausas con sonidos que revelen que se encuentran pensando (*uh* y *hummm*) y eso les llevará a hablar más rápido. Cuando uno se apresura al hablar es muy probable que no pueda formular proposiciones o interrogantes claras y precisas. Incluso si fuese capaz de hacerlo, la rapidez en que dichas ideas o preguntas son formuladas podría impedir que el destinatario de las palabras (el Juez o el testigo) la entiendan adecuadamente⁹².

Para evitar estas situaciones es recomendable tomar control previo del silencio. Antes de empezar tu alegato oral controla deliberadamente el silencio. Con ese propósito, cuando se te conceda el uso de la palabra y te pongas de pie, no digas nada. Provoca una pausa de unos pocos segundos y cuenta mentalmente: ciento uno, ciento dos, ciento tres. Te parecerá un largo rato pero no lo es. Este silencio, si te tomas el cuidado de apreciarlo, provocará el silencio de la Sala de Audiencias y que la atención del Juez se concentre en tu persona⁹³.

Ahora, es importante distinguir el silencio de la distracción. Mientras guardas silencio debes estar concentrado, debes pensar qué dirás. El silencio, de esa forma, reforzará tu capacidad de pensar y hablar efectivamente y permitirá, adicionalmente, incrementar tu capacidad de persuasión sobre el Juez al mejorar su comprensión sobre lo que tú estás diciendo.

⁹² JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 61.

⁹³ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 62.

El silencio es un componente esencial del proceso de pensamiento de los jueces. Los jueces necesitan tiempo para pensar y si quieren convencerlos de lo que propones debes darles tiempo para reflexionar sobre aquello que le comunicas. Ellos no son convencidos ni persuadidos por lo que les dices o por el modo en que se los dices, sino porque tienen el momento de silencio adecuado para pensar en lo que les dices⁹⁴.

Por otra parte, el silencio puede también ser utilizado para transitar de una temática hacia otra. La pausa servirá para informar al Tribunal la transición⁹⁵.

c) Memoria por repetición

Los jueces, según señalan JOHNSON & HUNTER, tienen “memoria por repetición”. La memoria por repetición alude al modo en que generalmente aprendemos las cosas en la vida, mediante la repetición constante. Piénsese, por ejemplo, cómo es que los estudiantes universitarios se preparan para ser evaluados; siempre será mediante la repetición. Para poder repetir la información el estudiante debe contar con tiempo para tomar nota de ella y debe tener tiempo para que sus pensamientos e ideas sean procesados. Cuando le das al juez tiempo para pensar en lo que dices durante tu presentación oral estas explotando el *silencio persuasivo*.

d. No lea. La importancia de conocer tu caso

No lea sus anotaciones durante sus alegatos preliminares o finales. Hacerlo sería mortal. Es muy probable que pienses que a través de la lectura de tus anotaciones mejorarán tus posibilidades de lograr una entrega adecuada de la información que transmites mediante los alegatos. Sin embargo, seguir ese camino solo generará aburrimiento y te hará perder espontaneidad y credibilidad.

⁹⁴ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 63.

⁹⁵ MORENO HOLMAN, Leonardo. Op. Cit., p. 136.

Una de las razones por las cuales los Jueces optan por prestar atención a un abogado es porque esperan que este conozca mejor que ellos los aspectos fácticos y jurídicos del caso. Si esto no ocurre, la atención del Juez hacia el abogado decaerá inmediatamente. Si no conoces los detalles de los hechos correspondientes a tu caso, no esperes que el Juez de demasiado peso a tus argumentos. Por eso SCALIA & GARNER sostienen que tu primera labor como abogado defensor es “convertirte en un experto sobre los hechos y el derecho de tu caso”⁹⁶.

Ahora, esta regla no es absoluta y admite como excepción la lectura textual de piezas procesales trascendentes para estructurar tu teoría del caso: La declaración de un testigo, el contenido de un documento, un informe pericial, etc. El parafraseo de piezas procesales trascendentes y de citas de doctrina y jurisprudencia relevantes son pertinentes y deben ser realizadas de modo pausado⁹⁷, lo que permitirá, por un lado, que el Juez reconozca que la información que transmites no es mera retórica sino que proviene de la evidencia, y, por otro lado, que el Juez comprenda cabalmente la información transmitida.

e. No recite

Recitar constituye una habilidad altamente especializada, esta habilidad quiere la capacidad de memorizar el diálogo. Los abogados, generalmente ocupados, no pueden dedicar semanas enteras para memorizar sus presentaciones orales.

Esta, sin embargo, no es la única circunstancia que hace poco recomendable el recitar. Mientras se recita se corre el riesgo perder el curso o hilo de la

⁹⁶ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 8.

⁹⁷ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 113.

exposición, lo que puede resultar calamitoso para los fines de nuestra intervención oral.

f. Improvisación estructurada.

Dado que la opción de memorizar el alegato resulta poco recomendable, será conveniente recurrir a una suerte de *improvisación estructurada* para la cual el abogado deberá diseñar cuidadosamente la estructura de tópicos que intentará desarrollar en sus alegatos preliminares o finales, a partir de la cual improvisará palabra por palabra del mismo modo que haría en un diálogo o una conversación.

El recurso a este método resultará también útil en los interrogatorios, al planearlos según las áreas o tópicos que pretendes discutir para luego formular las preguntas de modo improvisado a partir de la estructura pensada mientras se escucha cuidadosamente las respuestas que proporciona el testigo.

g. Presenta tus argumentos como la verdad no como tu opinión

Dos conocidos autores norteamericanos SCALIA & GARNER⁹⁸, el primero de ellos integrante de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América pone énfasis en la importancia, a efectos persuasivos, del modo en que se presentan los argumentos: Si presentas tus argumentos como tu punto de vista tendrás menor eficiencia de si los presentas como la verdad de lo ocurrido.

h. No lea ni hable simultáneamente

En la vida diaria cuando uno habla, habla, y cuando lee, lee. El cerebro no tiene experiencia para hablar y leer simultáneamente. Según se ha demostrado a través de imágenes de resonancia magnética, el habla y la lectura tienen lugar en dos áreas distintas del cerebro, por ello cuando se quieren realizar las

⁹⁸ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 8.

dos actividades simultáneamente es posible que, así como ocurre con un ordenador cuando se dan excesivas instrucciones, este colapse⁹⁹.

Esta afirmación no implica necesariamente que la utilización de la escritura se encuentre totalmente vedada. Es recomendable recurrir a notas escritas que sirvan de apoyo para el desarrollo de la *improvisación estructurada* a la que se hizo alusión anteriormente. Es esto, sin embargo, es importante saber reconocer las diferencias entre *hablarle a tus notas* (utilización de las notas estando fijamente concentrado en ellas, como si dirigiésemos las palabras hacia ellas) y *consultar tus notas*.

i. Notas como ayudas visuales

La utilización de notas visuales resultan para el abogado a menudo una verdadera necesidad, sobre todo en aquellos casos que suponen cierta complejidad. Las notas visuales deben servirte como una guía de tus alegatos o tus interrogatorios, pues te permitirán estructurar y recordar lo que quieres decir además que será una especie de puerta de escape a la que recurrir en los momentos en que tu mente se ponga en blanco. Una buena ayuda visual proporciona, como señalan JOHNSON & HUNTER, una estructura alrededor de la cual el orador puede improvisar (improvisación estructurada)¹⁰⁰.

Una buena ayuda visual debe reunir las siguientes características:

- **Escribe grande:** Utilizando una escritura grande, fácil de ver a la distancia, se evita que el Tribunal perciba que el abogado está leyendo.
- **Escribe legible:** Aunque toma mayor tiempo y dedicación, la escritura legible permite que no tengas contratiempos para entender el sentido de

⁹⁹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 69.

¹⁰⁰ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 70.

tus notas. A fin de mantener identificadas las expresiones más relevantes es recomendable que estas sean marcadas con resaltadores de color.

- **Mantén la redacción sencilla:** La expresión “menos es más” encaja a la perfección con el sentido de esta regla. Mientras menos palabras tenga tus notas escritas más útiles resultaran en la medida que serán más fáciles de manipular.
- **Mantén tus notas a la mano:** Tus notas deben encontrarse a tu disposición en el momento adecuado, en el momento preciso. No debes perder de vista tus notas ni deben estar fuera de tu alcance natural.
- **Lee tus notas tomándote el tiempo necesario:** Si lo necesitas, detente a leer tus notas y luego de ello vuelve tu atención nuevamente sobre el Juez estableciendo contacto visual. Si, por el contrario, al iniciar la revisión de tus notas no logras conectarlas con el tema al que se encuentran asociada es preferible que te digas “seguiré adelante” a efectos de perder el hilo natural de tu discurso.

Tampoco te preocupes si al revisar tus notas te das cuenta que se te ha escapado alguna idea importante respecto de un tema ya abordado. En ese caso, como señalan JOHNSON & HUNTER puedes volver atrás señalando “Señor Juez, olvidé mencionar una cuestión importante respecto al tema antes abordado” ¹⁰¹. De esta forma no solo evitas mantener la omisión sino que provocas –al utilizar la expresión “importante”– que el Juez te preste mayor interés.

j. Un plan en caso de olvido

Es absolutamente natural que al abogado sienta temor de olvidarse que decir. Los abogados solemos preguntarnos ¿Y si olvido lo que quería decir? Esta, sin embargo, es la pregunta incorrecta. La cuestión que deberíamos formularnos es

¹⁰¹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 72.

¿Si me lo olvido de lo que debo decir, cómo me recupero? Un elemento fundamental para recuperarse es hacer uso adecuado de las notas visuales.

2.2. La estructura de tu intervención: Primacía y cercanía. La oportunidad de refutar las alegaciones del adversario.

Los niveles de concentración del oyente son siempre limitados, se focalizan en el inicio y el final de cualquier alocución, perdiendo la atención e interés en las cuestiones desarrolladas en el medio de la presentación¹⁰². Ahora, que la tendencia natural de los jueces sea de perder interés en las partes intermedias de un alegato ello no supone necesariamente que no existan mecanismos para reconducir su atención y su interés.

Es indispensable lograr la atención del Juez al inicio del alegato pues, como se dice, la primera impresión es difícil de variarla¹⁰³. El inicio del alegato resulta fundamental pues, como ocurre con toda narración, la apertura constituye el “gancho” narrativo que compromete y capta la imaginación del público y les obliga a preguntarse ¿Qué ocurre después en la historia?¹⁰⁴

Ahora, aunque el oyente preste mayor interés a lo que se le dice al inicio de una alocución, ello no significa necesariamente que tenga que hacerlo. Por eso es esencial que esa condición natural (atención inicial del Juez) no se desvanezca. No será posible mantener la atención del Juez en los momentos intermedios de tu intervención si no has captado su atención al inicio de la misma.

Para capturar la atención inicial del Juez es importante que inicies tu intervención recurriendo a tus argumentos más eficaces, a tus alegaciones más

¹⁰² MORENO HOLMAN, Leonardo. Op. Cit., p. 133.

¹⁰³ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 14.

¹⁰⁴ MEYER, Philip. Op. Cit., p. 58.

contundentes¹⁰⁵. Es necesario precisar que, en aquellos casos en los que corresponda que refutes alegaciones propuestas por tu adversario, tus argumentos de contradicción al oponente nunca deben ser expuestos al inicio de tu intervención sino en los momentos intermedios. Si abordas los argumentos del oponente al inicio de tu intervención no solo te colocas en posición defensiva sino que provocas que el interés del Juez se enfoque en los argumentos del abogado oponente¹⁰⁶. Nótese que no se cuestiona la necesidad de responder los argumentos del oponente, sino la oportunidad o el momento en que debemos hacerlo¹⁰⁷.

Por otro lado, recuerda que incluso cuando hayas captado la atención inicial del Juez, este no te prestará atención total y continua, la atención, como señalan JOHNSON & HUNTER, sube y baja permanentemente¹⁰⁸. Esto te obliga a recapturar su atención continuamente e invitar al Juez a prestar atención nuevamente. Con este propósito puede resultar útil resaltar y enfatizar al Juez el ingreso a un nuevo tópico o tema a abordar, con ello no solo se llama su atención sino que se revela que la información que se le transmitirá es nueva.

Precisamente por esa razón es que resulta muy importante introducir conectores que permitan al oyente reconocer cuándo nos acercamos a la parte final de nuestra intervención. En ese sentido, expresiones como “En conclusión señor Juez...” o “Para concluir, Señor Magistrado...” permitirán al Juez reconocer que la parte culminante de tu alocución tendrá lugar.

¹⁰⁵ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 14.

¹⁰⁶ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 15.

¹⁰⁷ Como señalan SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 16, la refutación de los argumentos de la contraparte es esencial pues no solo te hace ver confiable ante el Juez sino porque elimina el impacto del argumento del adversario y permite introducir argumentos para la evaluación integral del planteamiento del adversario.

¹⁰⁸ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 78.

2.3. Tu voz.

La voz del abogado, señala MEYER, constituye parte misma de la *historia* con la cual se pretende convencer al Juez de la validez de nuestra teoría del caso. Es, como menciona este autor “una herramienta persuasiva”¹⁰⁹. Sin embargo, es importante reconocer que cuando aludimos a *la voz* no nos limitamos solamente a su “sonido” sino a las opciones de estilo instrumentales (a la persuasión) que han sido seleccionadas según nuestra teoría del caso¹¹⁰.

A continuación proponemos ciertas pautas para la mejor utilización de esta herramienta.

a. Escúchate a ti mismo.

El abogado litigante necesita desarrollar una técnica que le permita tener fuerza vocal y potencia al hablar ante los Tribunales y que pueda mantener por largos periodos de tiempo su expresividad persuasiva. La técnica más recomendable es la de *escucharse a sí mismo*, que permite reconocer no solo lo que dices sino cómo lo dices¹¹¹.

Escucharte a ti mismo permite, en primer lugar, que el abogado se familiarice con el uso consistente y continuo de un tono y volumen de voz alto. Esto es especialmente importante si el abogado es tímido e introvertido y la oralización de sus argumentos en un tono y volumen inusual para él puede ser difícil y por ello poco natural.

Del mismo modo, el *escucharte a ti mismo* te permitirá reconocer y controlar uno de los efectos más trascendentes de la adrenalina: Hablar demasiado rápido. Hablar excesivamente rápido, incluso en caso de resultar inteligible,

¹⁰⁹ MEYER, Philip. Op. Cit., p. 117.

¹¹⁰ MEYER, Philip. Op. Cit., pp. 117-118.

¹¹¹ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., pp. 86 ss.; SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., pp. 143-144.

resulta ineficiente pues no permite al Juez conectar el discurso con los elementos del caso¹¹². Al escucharte podrás darte cuenta de la necesidad de reducir la velocidad de tu discurso y graduarla convenientemente.

Para escucharte a ti mismo debes recurrir a grabaciones de tus intervenciones orales a efectos de reconocer las características de tu voz. Es normal que cuando lo hagas sientas que tu voz es muy nasal y supongas que hay algo raro en ella. No te preocupes, no hay nada malo con tu voz, no tienes de qué preocuparte.

Cuando trabajes con tu voz ten cuidado con tu pronunciación y tu dicción. Una buena pronunciación asegura que seas adecuadamente comprendido por el Tribunal. La articulación es un componente trascendente de tu técnica¹¹³ pues una palabra indebidamente pronunciada es una palabra pérdida para el Juez¹¹⁴.

b. Elimina los ruidos de pensamiento

Escucharte a ti mismo permitirá que elimines los *ruidos de pensamiento*, es decir, que evites expresar signos verbales de duda, desconocimiento u olvido. Sonidos como *uh*, *ah* o *hum* son indicativos de que el orador no sabe cómo continuar su alocución¹¹⁵. Ahora, el problema de estos *ruidos de pensamiento* es que muchas veces aquellos son expresados de modo no intencional, pues constituyen hábitos del orador. Este mal hábito puede ser reducido e incluso eliminado reconociendo su existencia y su frecuencia, lo que será posible si te escuchas a ti mismo.

¹¹² SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 142 (quienes utilizan la expresión *machine gun presentations* o presentaciones de metrallera).

¹¹³ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 93.

¹¹⁴ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 143.

¹¹⁵ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 103.

c. Énfasis y significado

Para que tu discurso pueda ser plenamente entendido por el público –en este caso, el Juez– es esencial que saber poner el *énfasis* en la sílaba correcta a efectos que las palabras puedan ser comprendidas adecuadamente. De ese modo, cuando se exprese una oración recurriendo a un *énfasis* correcto la idea será transmitida de modo cohesivo y con ello se permitirá que aquella resulte más persuasiva¹¹⁶.

Un ejemplo de la trascendencia del *énfasis* en el efecto persuasivo del discurso lo proporcionan JOHNSON & HUNTER¹¹⁷ y corresponde al discurso *I have a dream* de Martin Luther KING Jr., defensor de los derechos civiles afroamericanos, en donde se enfatiza continuamente y con ello se logran efectos persuasivos trascendentes: “I have a *dream*, that one day this nation will rise up and live out the *true* meaning of its *creed*: ‘We hold these *truths* to be self evident: that *all* men are created *equal*”¹¹⁸.

2.4. Conoce el escenario

Existen una serie de factores que reducen significativamente el posible nerviosismo que siente todo abogado que enfrenta el Tribunal. Estos factores están vinculados a la comodidad frente al escenario.

Un factor inicial es el conocimiento del escenario. Uno suele sentir nervios o preocupación ante lo desconocido y si el Tribunal es desconocido para el abogado seguramente se generará en él un efecto de esa clase. Con el

¹¹⁶ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 105; SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 146.

¹¹⁷ JOHNSON, Brian & HUNTER, Marsha. Op. Cit., p. 109.

¹¹⁸ Disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=HRIF4_WzU1w (acceso on line del 06 de abril de 2014).

propósito de habituarte al escenario es recomendable que visites sus instalaciones previamente a efectos de reconocer sus características¹¹⁹.

Ahora, si el tiempo te resulta insuficiente para realizar una visita previa entonces será conveniente que el día de tu audiencia o vista oral concurras con anticipación. De este modo evitaras el incremento de adrenalina asociado a una llegada presurosa a la Sala de Audiencias. Una llegada frenética a la Sala de Audiencias no es favorable a una actitud calmada y relajada¹²⁰.

¹¹⁹ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 160.

¹²⁰ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 161.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuál es el efecto del “túnel del tiempo” en el proceso de comunicación oral en audiencia?

2. ¿De qué forma es posible utilizar el silencio en el proceso de comunicación oral en audiencia?

3. ¿Cuáles son los componentes del control del cuerpo que considera más trascendente?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) CARO CORIA, Dino Carlos. “La enseñanza de la dogmática como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad”, disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_01.pdf.
- 2) NIEVA FENOLL, Jordi. “Los problemas de la oralidad”, en: Revista del Ministerio Público do RS, N° 67, Porto Alegre, 2010.

(Disponible en el anexo de lecturas).

UNIDAD IV



LOS ALEGATOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

PRESENTACIÓN

La unidad final de este Manual desarrolla los aspectos más trascendentes de la fase del juicio oral en que la oralidad se expresa en su mayor dimensión: Los alegatos. Además de ciertas referencias a la forma en que los alegatos preliminares y finales se encuentran regulados, se proponen ciertas pautas para perfeccionar el proceso de comunicación de la información durante los alegatos.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿En qué medida influencia en las decisiones judiciales las formas o métodos utilizados para la transmisión de la información en audiencia?
2. ¿Cuál es la trascendencia que el examen probatorio debería tener en los alegatos?
3. ¿Cuál es el efecto real que tienen los alegatos para la definición del resultado de un proceso judicial?

1. LOS ALEGATOS PRELIMINARES, DE APERTURA O DE PRESENTACIÓN DEL CASO.

Se conoce como alegato preliminar a la argumentación del abogado formulada en las fases iniciales del juicio oral, a través de la cual procede a la presentación de la teoría del caso que será posteriormente desarrollada durante el plenario.

Como señalan BLANCO/ DECAP/ MORENO/ ROJAS, el alegato preliminar asemeja al guión resumido de una obra de teatro que se entrega a los espectadores antes de su inicio a fin que puedan comprender el sentido de la trama¹²¹.

El propósito del alegato de apertura, como es lógico, no puede ser otro que el de persuadir al Tribunal sobre la validez de nuestra teoría del caso; es, por tanto, una *herramienta de persuasión*¹²².

El alegato de apertura es la primera “imagen”, un “panorama verbal”¹²³, un “esbozo”¹²⁴, un “anuncio”¹²⁵ que el abogado proporciona al Tribunal sobre lo que será su teoría del caso. Como toda *primera impresión* su importancia es fundamental.

¹²¹ BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 156; similar LORENZO, Leticia. *Manual de litigación*, Didot, Buenos Aires, 2012, p. 160, quien identifica el alegato de apertura con los *tráiler* de las películas.

¹²² BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Op. Cit., p. 156.

¹²³ BERGMAN, Paul. Op. Cit., p. 233.

¹²⁴ BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Op. Cit., p. 157.

¹²⁵ LORENZO, Leticia. Op. Cit., p. 160.

2. REGULACIÓN DE LOS ALEGATOS DE APERTURA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL PERUANO.

Los alegatos de apertura, de presentación del caso o preliminares, conforme los denomina el CPP, se encuentran regulados en el inciso 2° del artículo 371° del indicado estatuto legal.

Los alegatos preliminares constituyen el acto de presentación de la teoría del caso propugnada por los sujetos procesales: El Fiscal, el actor civil, el tercero civil y el acusado, estos últimos tres a través de sus abogados defensores y conforme al orden antes expuesto.

En este contexto, el CPP supera las deficiencias que se observan en el artículo 243° del CdPP que, en clara vulneración del principio de igualdad de armas y de contradicción, limita la facultad de exponer preliminarmente el caso únicamente al Ministerio Público. Justamente por este motivo es que partiendo de una lectura *conforme a los derechos fundamentales* y no obstante la rigidez del tenor del artículo 243° del CdPP, algunos Tribunales concedan a los otros sujetos procesales la posibilidad de presentar sus alegatos preliminares.

Los alegatos preliminares, conforme se deduce del contenido del artículo 371° del CPP, se formulan inmediatamente después de realizado el acto de instalación de la audiencia, conforme a las pautas contenidas en el inciso primero del dispositivo en mención (enunciación por el Juez del número de la causa, los datos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito, y el nombre del agraviado).

El propio artículo 371.2° del CPP identifica los elementos esenciales de la presentación del caso de cada uno de los sujetos procesales. El **alegato**

preliminar del Ministerio Público debe referirse a: a) Los hechos objeto de acusación; b) La calificación jurídica de los mismos; y, c) Las pruebas admitidas en que se sustenta el caso. El **alegato preliminar de la defensa del actor civil y el tercero civilmente responsable** debe contener mínimamente: a) Su pretensión; y, b) las pruebas ofrecidas y admitidas en que sustenta aquella. Finalmente, el **alegato preliminar de la defensa del acusado** debe contener mínimamente: a) Los argumentos de defensa en que se sustenta su caso; y, b) Las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

Finalmente, el estatuto procesal penal determina la brevedad como la principal característica de los alegatos de presentación del caso. La exposición de la posición de las partes debe ser, según indica nuestro texto procesal penal, *resumida, concisa o breve*.

3. PRINCIPIOS PRÁCTICOS DE UTILIDAD PARA LA FORMULACIÓN DE LOS ALEGATOS DE APERTURA.

3.1. Primer principio: El alegato de apertura debe introducir la teoría del caso.

El alegato de apertura es la primera oportunidad de expresar al Tribunal nuestra versión de los hechos¹²⁶ y, por lo tanto, debe servir fundamentalmente para introducir al Tribunal a nuestra teoría del caso.

En efecto, en la oportunidad en que se formulan los alegatos preliminares, esto es, al inicio del juicio oral, el conocimiento e información que tiene el Tribunal sobre los hechos es nulo, es bastante limitado o se encuentra desorganizado. El alegato preliminar debe ser la oportunidad para comenzar a presentar la información o comenzar a organizarla¹²⁷.

¹²⁶ GILBERT, David *et. al.* *Basic Trial Techniques for prosecutors*, American Prosecutors Research Institute, 2005, p. 23.

¹²⁷ PENNINGTON, Nancy & HASTIE, Reid. “The story model for juror decision making”, en: Hastie, Reid (Ed.). *Inside the juror. The psychology of juror decision making*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 195.

Por esta razón resulta fundamental introducir en ese momento la teoría del caso, como una forma de *iluminar* una ruta llena de penumbras. Con razón sostiene MARTINEAU: “ni las pruebas ni los argumentos captarán la atención de los jueces, si éstos no conocen antes los hechos” ¹²⁸.

3.2. Segundo principio: El alegato de apertura no es un ejercicio de retórica.

El alegato de apertura, tal cual se indicó, debe ser funcional, es decir, debe servir a favor de nuestra teoría del caso. De este modo, si en su formulación la retórica pierde esa necesaria vinculación funcional con la teoría del caso, se transforma en un inútil ejercicio oratorio completamente desprovisto de eficacia instrumental. En este contexto, las referencias superficiales a la presunción de inocencia o la carga probatoria son inútiles en tanto no se vean relacionadas con nuestra teoría del caso. Por el contrario, las referencias a la presunción de inocencia o la carga probatoria pueden generar la noción de que no tienes una teoría del caso que contar¹²⁹.

3.3. Tercer principio: El alegato preliminar debe ser breve y sencillo.

El alegato de apertura debe caracterizarse por su brevedad, es decir, por ser concreto y conciso: El alegato preliminar es sólo una introducción o resumen¹³⁰, cuyo propósito es que el Tribunal reconozca la teoría del caso que uno propone, para lo cual se debe evitar aturdir al juzgador con información excesiva.

El exceso en la información o en los detalles que se proporcionan a través del alegato preliminar puede generar como efectos adversos que el Tribunal reduzca o pierda su interés en el examen de los testigos, dado que la

¹²⁸ MARTINEAU, Francois. *Técnicas de argumentación del abogado*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2000, p. 37.

¹²⁹ GOLDBERG, Steven. *Litigación y defensa en juicio*, Luso Ediciones, Lima, 2014, p. 41.

¹³⁰ FONTANET, Julio. *Principios y técnicas de la práctica forense*, Jurídica Editores, 1999, p. 186.

información ya se proporcionó en el alegato preliminar, o que el Tribunal perciba que la información de los testigos tiene su origen en el abogado y en un libreto preparado por aquél¹³¹.

El proporcionar información excesiva durante el alegato preliminar choca con un hecho ya constatado en líneas anteriores: La limitada capacidad de concentración de los seres humanos –como son los jueces- que obliga a reducir los detalles durante el alegato preliminar y privilegiar los aspectos centrales más relevantes¹³².

La brevedad responde también a factores de índole práctico: Para los jueces tu caso es uno entre cientos o miles que debe resolver, por lo tanto estarán impacientes y no desearán gastar más tiempo que el estrictamente necesario. Por ese motivo dos conocidos magistrados norteamericanos SCALIA & GARNER señalan: “Nunca, nunca desperdicies el tiempo del Tribunal”¹³³.

La brevedad es además, conforme precisamos con anterioridad, un *imperativo* conforme al inciso segundo del artículo 371° del CPP.

3.4. Cuarto principio: El alegato preliminar no puede contener ataques personales.

El alegato preliminar debe enfocarse en la presentación de la teoría del caso y, por lo tanto, cualquier desatención a dicho propósito puede afectar su eficacia instrumental en relación a la teoría del caso.

Centrar las alegaciones preliminares en ataques personales al oponente, a su defensa o a la actuación del Ministerio Público evidencia adicionalmente una

131 BERGMAN, Paul. Op. Cit., p. 238.

132 BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Op. Cit., p. 162.

133 SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 24.

carencia de argumentos que medra la credibilidad de la defensa y de la teoría del caso que aquella propone. Por eso es recomendable utilizar un tono calmado en la oralización del alegato preliminar en el que la acusación y el reproche queden de lado. Tu alegato preliminar no puede dejar espacio a la pasión y el enfado¹³⁴.

3.5. Quinto principio: El alegato preliminar debe proporcionar una imagen objetiva de los medios de prueba en que se sustenta la teoría del caso.

La teoría del caso no puede desvincularse de la actividad probatoria ni puede ser un terreno estanco a la prueba. Esto adquiere relevancia también a nivel de los alegatos preliminares en que debe hacerse necesaria referencia a la prueba que sustenta nuestra teoría del caso. Esta necesaria referencia a la prueba admitida es también un imperativo conforme al artículo 371.2º del CPP.

Ahora, como es evidente, la única forma de proporcionar una imagen inicial de la actividad probatoria existente es conociendo el expediente. Como señalan SCALIA & GARNER “no es profesional intentar la atención del Tribunal sobre hechos que no son encontrados aun”¹³⁵.

Quien formula los alegatos de apertura, sin embargo, debe ser lo suficientemente cuidadoso para evitar exageraciones al presentar los medios de prueba que sustentarían nuestra teoría del caso pues podríamos poner muy alta la vara y tropezar al intentar superarla. No prometas lo que no vas a entregar¹³⁶.

Si se exagera en la presentación de los medios de prueba que sustentan nuestro caso, podríamos generar una imagen distorsionada de lo que ofreceremos con

¹³⁴ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 34.

¹³⁵ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 151.

¹³⁶ GOLDBERG, Steven. *Litigación y defensa en juicio*, p. 53.

lo que, finalmente, defraudaremos al no cubrir las expectativas generadas. La exageración puede también generar en el Tribunal la creencia de que la defensa quiso engañarle¹³⁷. Debe evitarse utilizar la *técnica del vendedor de autos usados*¹³⁸.

En la lógica de la presentación objetiva de los medios de prueba en el alegato preliminar, es conveniente reconocer la importancia de enfrentar los problemas que tenga nuestra teoría del caso. Enfrentando nuestras debilidades evitaremos que el Juez perciba que estamos ocultándole información¹³⁹.

Los problemas de nuestra teoría del caso deben ser enfrentados mediante un *giro positivo* en virtud del cual la información negativa para nuestro caso debe presentarse sin hacer saber al Juez que constituye un escollo. Como señala GOLDBERG en este punto: “Asegúrese de que su alegato de apertura cuente una historia positiva. Use la técnica de un narrador de cuentos. Pero asegúrese de no decirles a los jurados que les está contando una ‘historia’. Una ‘historia’ es lo que el otro abogado les está contando”¹⁴⁰.

3.6. Sexto principio: El alegato preliminar debe identificar a los actores de la trama judicial.

En muchas oportunidades se ha destacado que a través de la teoría del caso se propone una versión de los hechos materia de procesamiento así como la necesidad de recurrir a los principios propios de la narración de historias para exponer la teoría del caso.

137 BERGMAN, Paul. Op. Cit., p. 241.

138 BAYTELMAN, Andrés & DUCE, Mauricio. Op. Cit., p. 303.

139 GOLDBERG, Steven. *Litigación y defensa en juicio*, p. 55.

140 GOLDBERG, Steven. *Litigación y defensa en juicio*, p. 55.

El alegato preliminar, al ser funcional a la teoría del caso, debe servir a sus fines. Por tal razón resulta fundamental que a través de aquél se identifique a los intervinientes en la trama judicial, a fin que el Tribunal se haga una idea inicial de la posición que aquellos tienen y de su significado y pueda, con ello, comprender mejor nuestra versión de los hechos.

3.7. Séptimo principio: El alegato preliminar debe identificar el derecho aplicable.

La teoría del caso es una propuesta de verdad procesal formulada por las partes y, como tal, no solo comprende una verdad fáctica sino también una verdad jurídica que consiste en propuestas jurídicas articuladas en relación al caso. Esta verdad jurídica propuesta por las partes a través de su teoría del caso debe necesariamente ser esbozada en el alegato de apertura. El alegato preliminar debe identificar el derecho aplicable en el caso concreto.

4. EL ALEGATO FINAL. IMPORTANCIA.

A pesar de lo sostenido anteriormente respecto a que los alegatos no tienen *efectos mágicos* en el caso como comúnmente se cree, siendo incluso probable que el Tribunal en tal momento haya tomado ya una decisión, no puede negarse su importancia radical en el proceso penal¹⁴¹.

Es que a través del alegato se muestra al Juez, de modo ordenado y metódico, los hechos que sustentan las pretensiones de las partes procesales, la prueba en que se basa cada uno de ellos y las razones jurídicas que amparan nuestro caso¹⁴². En otros términos, a través del alegato las partes proponen al Juez, de modo final y definitivo, su versión de la *verdad fáctica* y la *verdad jurídica*.

¹⁴¹ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 139; BAYTELMAN, Andrés & DUCE, Mauricio. Op. Cit., p. 311.

¹⁴² FALCÓN, Enrique & ROJAS, Jorge. Op. Cit., p. 09.

La importancia del alegato puede manifestarse de cualquiera de las dos siguientes formas:

- a) Si el caso, en la etapa probatoria del juicio oral, se ha desarrollado con éxito, los alegatos permiten *cerrar* adecuadamente la teoría del caso;
- b) Si el caso, en la etapa probatoria el juicio oral, no ha sido convincente, los alegatos finales resultan la última oportunidad para convencer al Tribunal de la validez de nuestra teoría del caso.

Respecto a esto último, sin embargo, debe advertirse que el alegato final no hace milagros ni salva malos juicios¹⁴³, lo que lleva a la conclusión que los resultados favorables son, generalmente, consecuencia de un buen desempeño durante el juicio oral más que resultado de un buen alegato.

Si, como mencionamos en líneas anteriores, la *teoría del caso* es una especie de *rompecabezas*, el alegato final es el momento en que el abogado termina de armarlo¹⁴⁴. Es importante reconocer –en concordancia con lo sostenido en el párrafo anterior– que el *rompecabezas* que es la teoría del caso debe ser armado a lo largo del proceso y no, de golpe, en el alegato final.

5. TRATAMIENTO DE LOS ALEGATOS FINALES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Una de las cuestiones que merece mayor atención dentro de las reglas procedimentales del juicio oral resultan ser los alegatos finales, regulados en el Título V de la sección III (“El juzgamiento”) del Libro III del CPP.

¹⁴³ GOLDBERG, Steven. *Mi primer...*, p. 255.

¹⁴⁴ BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Op. Cit., p. 244.

5.1. Orden de exposición de los alegatos finales.

Los alegatos finales siguen, en esencia, el mismo orden establecido para los alegatos preliminares: Primero, el Fiscal; luego, los abogados de la Parte Civil y el tercero civil; y, finalmente, la defensa del acusado (inciso primero del artículo 386° del CPP). Sin embargo, la discusión final del caso no tiene sólo que ver con la defensa técnica, a cargo de los letrados, sino también con la defensa material. En efecto, tanto el acusado como el agraviado tienen el derecho a intervenir en la discusión final en su propia defensa.

Respecto al orden de exposición de los alegatos finales, el nuevo Código procesal penal posee importantes diferencias con el artículo 272° del CdPP. Tanto el artículo 368.1° del CPP como el artículo 272° del CdPP hacen una distinción entre la(s) parte(s) acusadora(s) y la parte(s) acusada(s): La(s) parte(s) acusadora(s) intervienen en primer lugar, en tanto que la intervención final está a cargo de la(s) parte(s) acusada(s). Esta similitud se mantiene incluso respecto al orden de intervención de la(s) parte(s) acusadora(s): Primero interviene el Fiscal y luego la defensa de la parte civil.

Sin embargo, a nivel del orden de intervención de la(s) parte(s) acusada(s) hay una diferencia entre el nuevo CPP y el CdPP. El CdPP establece un orden de intervención de la(s) parte(s) acusada(s) que va, desde la parte acusada principal a la parte acusada accesoria, es decir, de la defensa del imputado al tercero civilmente responsable. En el nuevo CPP ese orden se invierte yendo de lo accesorio a lo principal: Luego de la intervención de la(s) parte(s) acusadora(s) intervienen, en ese orden, la defensa del tercero civilmente responsable y la defensa del acusado.

Una diferencia más relevante debe ser destacada: La inclusión de la intervención del agraviado en la discusión final. En efecto, el CPP reconoce al agraviado el derecho, en tanto aquél lo desee, a intervenir en la discusión final.

Esta facultad, como se observa, ha sido conferida a todo tipo de agraviado, sin que resulte necesario que aquél se haya previamente constituido en el proceso como actor civil. El CdPP no comprende una disposición de este tipo.

Queda una cuestión por establecer: ¿En qué momento interviene el agraviado? Frente a esta interrogante quedan dos posibles interpretaciones: La intervención del agraviado se produce luego que su abogado ha formulado su alegato; o, cuando todos los abogados han concluido sus alegaciones. Esta última opción me parece mucho más atractiva: La intervención del agraviado sólo puede realizarse tras la culminación de los alegatos por parte de todos los abogados.

Aunque es cierto que proponer que la intervención del agraviado se produzca después de la de su abogado patrocinante tiene la ventaja de mantener el hilo de la argumentación que se desarrolla a su favor, dicha opción no resulta operativa conforme a nuestro ordenamiento procesal penal. Es que, tal como observamos anteriormente, la facultad de intervenir del agraviado no se encuentra condicionada a que aquél se haya constituido en actor civil. La facultad de intervención procesal en el juzgamiento se encuentra limitada únicamente al agraviado incorporado como actor civil, lo que significa que no todo agraviado cuenta con abogado patrocinante.

Resulta en todo caso preferible establecer que la intervención del agraviado en la discusión final se produzca luego de la intervención de los abogados patrocinantes. De este modo se establece una distinción entre la defensa técnica y la defensa material, la intervención de letrados y la intervención de legos.

Finalmente, debe quedar en claro que la intervención del agraviado será anterior a la intervención del acusado pues la participación de este será siempre la última en la fase de alegación, conforme reconoce expresamente el

inciso tercero del artículo 386° del CPP. En esto resulta exactamente igual el tratamiento proporcionado por el CdPP que ubica la intervención del acusado también en último lugar.

5.2. Reglas generales de los alegatos finales.

La regla de la oralidad es destacada por el inciso segundo del artículo 386° del CPP al prohibir la lectura de escritos. Este dispositivo incorpora adicionalmente dos precisiones ciertamente relevantes desde la perspectiva de la litigación: La alegación puede formularse utilizando notas para ayudar a la memoria y recurriendo a medios gráficos o audio visuales para mejor ilustración del Juez.

Otra de las reglas generales de los alegatos finales tiene que ver con el tiempo de duración de los mismos. El CPP recurre a una cláusula de razonabilidad respecto a la duración del alegato: El alegato final durará lo que resulte prudente *en atención a la naturaleza y complejidad de la causa*. El inciso cuarto del artículo 386° del CPP concede al Juez la facultad de controlar los excesos o, como los denomina el estatuto procesal, *abuso de la palabra*. En dichos casos, se establece un procedimiento específico: Se llama la atención al orador; de persistir se establecerá un tiempo límite que superado llevará a la culminación del alegato.

5.3. Reglas específicas de los alegatos finales.

a) Los alegatos finales del Fiscal.

Al formular sus alegatos finales el Fiscal tiene dos opciones: Reiterar su pretensión acusatoria o retirar su acusación.

- **Reiteración de la pretensión acusatoria:**

Esta opción, conforme al artículo 387.1° del CPP, se encuentra condicionada a que el Fiscal *considere que en el juicio se han probado los cargos de la acusación escrita*.

El alegato oral del Fiscal debe hacer referencia a los hechos probados, la prueba en que se sustenta, la calificación jurídica que los hechos merecen, la responsabilidad penal y civil del acusado, la responsabilidad civil del tercero civil, así como la petición de pena y de reparación civil.

Dentro de estas consideraciones, cabe la posibilidad de incrementar o disminuir la pretensión de pena y reparación civil contenida en la acusación escrita, para lo cual será necesario que durante el juicio oral hayan surgido *nuevas circunstancias* que deben ser destacadas durante el alegato oral (artículo 387.2° del CPP).

Del mismo modo, en tanto se haya advertido previamente dicha posibilidad y se haya garantizado la contradicción, el Fiscal puede solicitar la imposición de una medida de seguridad (inciso segundo del artículo 387° del CPP).

Finalmente, resulta posible que se subsanen errores materiales y que se incorporen circunstancias fácticas adicionales que no modifiquen sustancialmente los términos de la imputación ni provoquen estado de indefensión sobre el imputado, sin que pueda considerarse una acusación complementaria (inciso tercero del artículo 387° del CPP).

- **Retiro de la acusación fiscal:**

El CPP reconoce la posibilidad de que el Fiscal retire su acusación escrita cuando considere que *los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio oral*. En este contexto, el inciso cuarto del artículo 387° del CPP prescinde de la exigencia de *nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica del imputado* a las que alude el artículo 274° del CdPP.

El retiro de acusación fiscal provoca la activación del procedimiento descrito en detalle en el artículo 387.4° del CPP.

b) Los alegatos finales del actor civil.

El artículo 388° del CPP regula la alegación oral del actor civil identificando, en primer lugar, el objeto del mismo. En tal virtud, el alegato oral del actor civil versará sobre el agravio que el hecho ha ocasionado al actor civil, demostrará el derecho a la reparación que le asiste, determinará la cuantía el monto indemnizatorio y, en tanto resulte posible, solicitará la restitución del bien o el pago de su valor.

El actor civil puede incluir dentro de los términos de su argumentación los hechos delictuosos en tanto aquellos resulten relevantes para determinar la responsabilidad civil del acusado. No obstante, la defensa del actor civil se encuentra expresamente prohibida de calificar el delito.

c) Los alegatos finales del tercero civil.

Los ámbitos de alegación del tercero civil son bastante amplios, conforme al artículo 389° del CPP. El tercero civil puede alegar sobre la inexistencia del hecho delictivo atribuido al imputado, como medio para excluir su responsabilidad civil; puede refutar directamente la existencia de responsabilidad civil solidaria que se le atribuye; o, puede cuestionar la magnitud del daño y el monto de la indemnización solicitada.

Debe precisarse que las posibilidades que tiene el tercero civil de referirse íntegramente al hecho objeto de imputación se encuentran limitadas a que aquél resalte la inexistencia de los criterios de imputación de la responsabilidad civil. El tercero civil no puede abordar el hecho objeto de imputación desde la perspectiva jurídico-penal.

d) Los alegatos finales del abogado defensor del acusado.

El abogado defensor del acusado se encuentra facultado para responder a la imputación de responsabilidad penal y de responsabilidad civil, conforme reconoce el inciso primero del artículo 390° del CPP. En ese contexto se le reconoce capacidad para analizar los elementos y circunstancias del delito, la responsabilidad penal y el grado de participación del acusado, la pena y la reparación civil.

El alegato oral del abogado defensor debe concluir con un pedido específico: Solicitando la absolución del acusado, la atenuación de la pena o cualquier otro pedido que favorezca al acusado.

e) La autodefensa del acusado.

El CPP identifica la intervención del acusado con la denominación de *autodefensa del acusado*. En términos generales, el artículo 391° del CPP mantiene la estructura del artículo 279° del CdPP en tanto faculta al acusado a que *exponga lo que estime conveniente a su defensa*.

Esta facultad, sin embargo, tiene limitaciones de dos clases: Temporales y de pertinencia. En efecto, el acusado tiene el derecho a ejercer su autodefensa con dos limitaciones: La primera, el derecho a la autodefensa debe realizarse en el tiempo fijado previamente para dicho propósito; la segunda, los argumentos de autodefensa deben estar referidos a lo que es materia del juicio. En caso de incumplimiento se reconocen al Tribunal una serie de mecanismos: Llamar la atención al acusado, dar por concluida su exposición y disponer el desalojo del acusado en casos de gravedad.

6. LA PREPARACIÓN PARA EL ALEGATO FINAL.

El alegato no puede ser producto ni fruto de la improvisación ni puede elaborarse horas antes de su formulación¹⁴⁵; El alegato no puede ser producto de una *trasmochada*; por el contrario, la preparación del alegato final se encuentra unida a la propia preparación de la teoría del caso. Puede decirse que la preparación del alegato final se inicia al empezar la construcción del caso.

7. EXTENSIÓN DEL ALEGATO.

Respecto a la duración del alegato, esta dependerá de la complejidad de las materias en disputa, lo cual guarda concordancia con el tenor del inciso cuarto del artículo 386° del Código procesal penal que establece que la duración del alegato será fijada *prudencialmente*.

No puede tratarse de un alegato muy breve dado que a través del mismo se realiza el análisis probatorio general ni puede ser excesivamente extenso¹⁴⁶. Será labor del abogado saber encontrar el justo medio.

Aunque la brevedad es recomendable¹⁴⁷ y debe ser uno de nuestros objetivos en la preparación del alegato, aquella no debe conducir a la oscuridad. El alegato final debe durar lo que resulte *necesario* para el caso. Es cierto que en ocasiones el abogado puede caer en la disyuntiva entre brevedad o prolongación, en cuyo caso resulta aplicable la expresión popular: “más vale que sobre a que falte”. En efecto, conviene recordar que ya QUINTILIANO señalaba: “lo superfluo molesta, pero es peligroso esconder lo necesario”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ FONTANET, Julio. Op. Cit., p. 192.

¹⁴⁶ FONTANET, Julio. Op. Cit., p. 193.

¹⁴⁷ SCALIA, Antonin & GARNER, Bryan. Op. Cit., p. 25, destacan la importancia de la brevedad en la actuación del abogado ante los tribunales. “El poder de la brevedad –señalan- no debe ser subestimado” (entre líneas nuestro).

¹⁴⁸ MARTINEAU, Francois. Op. Cit., p. 40.

8. LA ARGUMENTACIÓN EN EL ALEGATO FINAL.

Es necesario que el alegato final tome en consideración ciertos desarrollos correspondientes a la teoría de la argumentación.

La primera idea que en esa línea debe subrayarse está asociada a la propia noción de *argumento*. Un argumento es “una serie de aseveraciones (oraciones, proposiciones)”¹⁴⁹ que sirve a su vez para dar apoyo a otra aseveración mayor que constituye la conclusión. Ahora bien, para que el alegato final sea éxito es indispensable que aquél contenga argumentos aceptables.

Justamente, la segunda idea que podría ser destacada es que el carácter aceptable de un argumento reside en la relación existente entre las premisas y la conclusión. Sin mayores pretensiones de profundización, es necesario reconocer que la existencia de premisas verdaderas no conduce necesariamente a una conclusión cierta. Del mismo modo, es preciso reconocer la posibilidad de argumentos aparentemente ciertos pero que no lo son (argumentos engañosos).

El uso de silogismos, esto es, el recurso a dos premisas y derivar de ellas una conclusión, constituye un método recomendable dado a lo fácil que resulta seguirlo; en esta línea, resulta importante tener en consideración las reglas de la lógica¹⁵⁰.

¹⁴⁹ CAPALDI, Nicholas. *Cómo ganar una discusión. El arte de la argumentación*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 21.

¹⁵⁰ CAPALDI, Nicholas. Op. Cit., pp. 40 ss.

9. CONTENIDO DEL ALEGATO.

El alegato, como señala MAUET, es un proceso creativo en que el abogado posee gran libertad¹⁵¹, por esta razón no puede decirse que existan *reglas* para la elaboración del alegato.

Sin embargo, si puede proponerse algunas ideas que pueden servir para hacerlo más efectivo:

9. 1. El alegato como persuasión pura.

El alegato debe repetir los temas y etiquetas utilizados por la defensa durante el desarrollo del juicio oral a fin de refrescar el mensaje de persuasión que se busca trasladar al Tribunal. En términos de GOLDBERG: “El argumento de cierre es *persuasión pura*, y el buen abogado tiene siempre idea de éste método de persuasión, además de depositarle su confianza personal” ¹⁵². Esto hace necesario que el abogado recuerde que el alegato no depende únicamente de lo que se dice sino de cómo se dice¹⁵³.

9.2. El alegato gira en torno al caso y no al abogado.

El alegato no debe ser concebido para que el abogado sea el eje sobre el cual aquél gira: El centro gravitacional es el caso del cliente. La persuasión ejercida durante el alegato final debe tener por propósito que el Tribunal *crea en el caso*, no que *crea en el abogado*. En estas expresiones existen diferencias de fondo que conviene esclarecer¹⁵⁴.

En el primer caso (el abogado como centro del alegato), puede que el Tribunal considere que el abogado ha realizado un gran trabajo, le reconozca

¹⁵¹ MAUET, Thomas. *Trials*, p. 463.

¹⁵² GOLDBERG, Steven. *Mi primer...*, p. 256.

¹⁵³ BERGMAN, Paul. Op. Cit., p. 193.

¹⁵⁴ GOLDBERG, Steven. *Mi primer...*, p. 256.

conocedor de las leyes o su gran capacidad oratoria, pero su posición respecto al caso será la misma que antes de su intervención. En el segundo caso (el caso como centro del alegato) los efectos son completamente distintos: El Tribunal logra ser persuadido de la validez de nuestra propuesta de verdad y considera que la solidez de nuestro caso habría permitido a cualquier otro abogado conseguir el mismo resultado¹⁵⁵.

Hay ciertos abogados que, a pesar de abordar correctamente su caso, ceden a la tentación, guiada por el ego y la soberbia, de hablar de sí mismos, de sus posiciones, de sus anécdotas, de sus casos anteriores. Por más que esto resulte de mal gusto, mientras el caso siga siendo el centro de atención, el abogado habla cumplido su labor.

En la eficacia del alegato, resulta fundamental el reconocimiento del destinatario del mismo: El orador (y el abogado lo es en la alegación final) debe conocer a su público pues de aquello dependerá el éxito del alegato. Piénsese, por ejemplo, en un Tribunal caracterizado por el escaso nivel de atención de sus integrantes y se notará que la capacidad persuasiva de un alegato técnicamente muy elaborado será escasa. En dicho caso será probablemente más exitoso un alegato breve, conciso y que se limite simplemente a subrayar ideas- fuerza. Las expresiones de CAPALDI resulta altamente clarificadoras: “no hay razón para lanzar un relumbrante aunque desastroso ataque de caballería (por más que se hayan inmortalizado en el corazón de los poetas), cuando el simple fuego concentrado de artillería podrá lograr el fin perseguido”¹⁵⁶.

9.3. El análisis probatorio en el alegato.

Entre las cuestiones que prioritariamente deben ser abordadas por el abogado durante sus alegatos finales puede mencionarse el **análisis probatorio** de lo

¹⁵⁵ GOLDBERG, Steven. *Mi primer.....*, p. 257.

¹⁵⁶ CAPALDI, Nicholas. Op. Cit., p. 52.

actuado durante el juicio oral. Es que la *presunción de inocencia*, estatus jurídico de inocencia que posee el imputado, sólo puede ser destruido con una *mínima actividad probatoria* de cargo: Sólo a través de la prueba se resuelven los casos judiciales.

En este aspecto debe recordarse que dentro de los efectos de la regla de la *inmediatez* se encuentra el hecho de que *solo puede valorarse la prueba actuada durante el juicio oral*. Los abogados deben asimismo recordar que no puede introducirse en el alegato final apreciaciones sobre pruebas no admitidas o no aportadas al juicio oral.

La necesidad de incorporar un análisis probatorio en el alegato de clausura no debe llevarnos a entender que este debe consistir únicamente en una relación de las piezas procesales contenidas en el expediente¹⁵⁷. El conocimiento del expediente es importante y la alusión a la prueba allí contenida es de suma utilidad pero el alegato final no puede reducirse a ese aspecto.

9.4. Las inferencias razonables derivadas de la actividad probatoria.

A partir del análisis probatorio resulta posible que el abogado realice ciertas **inferencias razonables** a través de las cuales aquél *ensamble* las piezas del rompecabezas probatorio generado tras el juicio¹⁵⁸. Esto supone que no basta que el alegato haga una *glosa* de la prueba sino que aquél debe contener un análisis de la prueba y su conexión con las proposiciones fácticas en las que se basa la teoría del caso. La prueba actuada debe *enlazarse* con nuestra teoría del caso¹⁵⁹.

Las inferencias probatorias constituyen conclusiones resultantes de la práctica de la pruebas y de la información que se extrae de aquellas. La actividad

157 De la misma opinión: LORENZO, Leticia. Op. Cit., p. 244.

158 BAYTELMAN, Andrés & DUCE, Mauricio. Op. Cit., p. 311.

159 BERGMAN, Paul. Op. Cit., p. 194; BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Op. Cit., p. 249.

probatoria genera información que funciona como *premisa* a partir de la cual resulta posible extraer *conclusiones*: Estas son las *inferencias probatorias*¹⁶⁰.

El abogado debe ser bastante cuidadoso al plantear sus inferencias pues de aquellas depende el éxito de su alegato. De la prueba, como sostiene Francois MARTINEAU, se deriva la legitimidad de la causa defendida¹⁶¹.

Así, resulta importante destacar la necesidad de que las inferencias que se planteen deriven de la prueba y no de presunciones u opiniones personales del abogado, pues aquellas resulta irrelevantes para nuestro caso¹⁶². Los hechos que sustentan nuestro caso sólo se tienen por acreditados cuando se sustentan en pruebas; las palabras sirven muy poco sino se sustentan en pruebas.

Del mismo modo, es necesario destacar que las inferencias que se formulan respecto a la prueba deben ser *razonables*, lo cual supone, en primer lugar, que las inferencias que se formulan no deben derivar de la *exageración de la prueba* y, en segundo lugar, que las inferencias deben provenir del uso de las *reglas lógicas*. Esto, ciertamente, no resulta tarea sencilla cuando el abogado, como ser humano que es, pierde la objetividad y se deja llevar por el apasionamiento¹⁶³.

El abogado defensor debe reconocer la distinción entre *inferencias probatorias parciales* y la *inferencia probatoria completa*¹⁶⁴. El resultado del proceso depende de la *inferencia probatoria completa*, aunque aquella responde a la identificación de diversas *inferencias probatorias parciales*. A través de las *inferencias probatorias parciales* se arriba a la *inferencia probatoria completa*.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. Cit., p. 54.

¹⁶¹ MARTINEAU, Francois. Op. Cit., p. 59.

¹⁶² BERGMAN, Paul. Op. Cit., pp. 191-192.

¹⁶³ BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros. Op. Cit., pp. 246-247.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Op. Cit., p. 55.

Esto supone que el alegato final debe buscar arribar a la *inferencia probatoria completa* a partir de las *inferencias probatorias parciales*.

9.5. La argumentación debe ser pertinente.

El alegato es un ejercicio argumentativo que debe regirse por criterios de pertinencia, esto significa que su autor no debe gastar esfuerzos innecesarios en cuestiones que no requieren mayor discusión. Debe recordarse que los integrantes del Tribunal, seres humanos finalmente, tienen una capacidad de atención limitada, con lo que el tratamiento de cuestiones impertinentes resta eficacia persuasiva a los argumentos restantes.

Así, por ejemplo, el abogado debe limitar su alegación a las cuestiones que son objeto de controversia o que son disputadas durante el juicio oral. Los hechos indiscutidos, esto es, aceptados por las partes, no pueden distraer la atención del letrado ni menos del Tribunal durante los alegatos.

Del mismo modo, resultan inconvenientes las argumentaciones legales no pertinentes a la cuestión en debate judicial. Es correcto que el abogado aborde cuestiones jurídicas en tanto su aplicación al caso concreto sea un aspecto en debate.

No es recomendable que el alegato final contenga **ataques personales**, es decir, cuando suponga valoraciones personales sin sustento probatorio. Los ataques personales a las partes procesales, los testigos o los abogados oponentes resultan impropios en tanto carezcan de sustento probatorio y no sean consecuencia de inferencias razonables prevenientes de la prueba¹⁶⁵.

¹⁶⁵ De la misma opinión: LORENZO, Leticia. Op. Cit., p. 244.

10. LA UTILIZACIÓN DE COMPLEMENTOS GRÁFICOS Y AUDIOVISUALES EN EL ALEGATO FINAL.

El artículo 386.2° del CPP permite que los sujetos que intervienen en la discusión final del caso recurran a medios gráficos o audiovisuales para complementar su exposición oral final. Esta disposición tiene una evidente connotación en materia de litigación y persuasión.

En efecto, MAUET destaca cómo los estudios en materia de persuasión han reconocido la mayor eficacia que desde esa perspectiva tienen las presentaciones audiovisuales: Uno recuerda más y mejor lo que ve que lo que escucha¹⁶⁶. Por esa razón resulta necesario que el abogado patrocinante haga una *buena mezcla* de información oral e información visual.

Los complementos más comunes son aquellos de carácter gráfico (diapositivas o presentación informática), sin embargo, probablemente los más impactantes serán las presentaciones animadas por computadoras. Piénsese en el impacto que puede tener observar una imagen animada en la cual se observa cómo el autor empujó a la víctima y le hizo caer del edificio.

Es importante, no obstante, evitar afectar la sensibilidad del Tribunal. Los Jueces rechazan la idea del uso de diapositivas para efectos pedagógicos asociados al manejo de categorías penales o procesales. Los Jueces no quieren que les enseñes pues no necesitas hacerlo, ellos conocen el Derecho. La utilidad de las diapositivas se aprecia con mayor detalle respecto a las cuestiones de tipo probatorio.

¹⁶⁶ MAUET, Thomas. *Estudios*, p. 56.

11. APELAR A LA COMPASIÓN, A LA PERSPECTIVA DE LA VÍCTIMA, A LA AUTORIDAD Y A LOS PRECEDENTES.

La humanidad de los integrantes del Tribunal se manifiesta en sus emociones y ellas, en ocasiones, deben ser explotadas por los abogados en los alegatos. En este ámbito, es indispensable tener en cuenta que el exceso, es decir, la exageración puede tener efectos contraproducentes.

Un ejemplo del recurso a la compasión puede observarse en el famoso alegato de SOCRATES cuando se le juzgaba por acusaciones de impiedad y de corrupción de jóvenes. En el *Dialogo de Platón* denominado *Apología* puede leerse el siguiente fragmento: *“Tal vez haya quien se sienta ofendido por mí cuando recuerde cómo él mismo, en ocasión similar o aun menos grave, rogó y suplicó a los jueces con abundantes lágrimas en los ojos, y presentó a sus hijos en el juzgado, en conmovedor espectáculo, junto con un sinnúmero de parientes y amigos; mientras que yo, probablemente en peligro de muerte, no hago nada de esto. En su mente puede planteársele el contraste, predisponerse en contra de mí, y votar lleno de cólera porque así inspiro su animadversión. Pues bien: si hay entre vosotros alguien así –fíjense que no digo que necesariamente lo haya-, a él puedo replicarle con ecuanimidad: Mi amigo, yo soy un hombre, y como todos los hombres, un ser de carne y hueso y no de ‘madera o piedra’ como dice Homero; y tengo una familia, sí, e hijos, oh, atenienses, tres en número: uno es casi un hombre, y otros dos todavía niños; y sin embargo, no traeré aquí a ninguno de ellos con el fin de peticionar vuestra absolución. ¿Y por qué no? No por arrogancia o falta de respeto hacia ustedes... Sino que, teniendo consideración por la opinión pública, siento que semejante conducta me desacreditaría a mí, y a vosotros, y a todo el Estado....Y digo que no deben hacer estas cosas aquéllos que, de entre nosotros, poseemos una reputación; y si se hacen, no debéis permitir las; sino más bien demostrar que estáis mucho más dispuesto a condenar al hombre que*

monta una escena dolorosa y pone en ridículo a toda la ciudad, que al que mantiene la calma”.

Cuando el alegato corresponda ser formulado por el Fiscal o el abogado del actor civil, es evidente que la idea de la compasión debe cambiar de dirección y dirigirse hacia la víctima, estableciendo los efectos producidos en ella por el delito, así como la necesidad de que obtenga reparación. Una ejemplar demostración de este tipo de discurso se puede apreciar en el famoso alegato fiscal en el caso judicial que dio lugar a la conocida obra literaria *In Cold Blood* de Truman Capote¹⁶⁷. En ese caso, la defensa de los acusados, a quienes se les imputaba el asesinato de los miembros de una familia, había buscado eludir la pena de muerte invocando clemencia. Esta fue la respuesta del Fiscal: “¡Qué suerte que sus admirables abogados no estaban presentes en la casa de la familia Clutter la noche fatídica! ¡Qué suerte para ellos que no estuvieron allí para pedir piedad por la familia, porque sino también habríamos encontrado sus cuerpos allí!”.

Pero no sólo debe apelarse a la compasión, sino también a la autoridad, sobre todo en lo concerniente a las referencias de doctrina legal que sustenten nuestra teoría del caso. En esa línea, debe, en primer lugar, seleccionarse y citarse únicamente aquella doctrina legal que sea respetada por el Tribunal, lo que resulta especialmente importante en un contexto como el actual, en donde se publica tanto y no todo lo publicado es de calidad.

Es también importante que en la labor de selección de la doctrina legal a ser invocada se reconozca el carácter imparcial de aquella y su autoridad. Claro, será distinta la eficacia de la referencia a un Profesor universitario que no ejerce la defensa y que, por ello, resulta imparcial, que la opinión de un especialista

¹⁶⁷ Sobre este caso: VASSALLO, Efraín. “El juicio de imputabilidad en *A sangre fría*”, en: O’Neill De La Fuente, Cecilia (Ed.). *El Derecho va al Cine. Intersecciones entre la visión artística y la visión jurídica de los problemas sociales*, Universidad del Pacífico, Lima, 2013, pp. 246 ss.

dedicado al patrocinio legal. En la misma línea, será distinta la eficacia de la referencia a un autor novel que a un publicista de experiencia.

De modo complementario, la utilización de precedentes que sustentan nuestra posición o teoría del caso es de suma importancia¹⁶⁸ sobre todo en el contexto actual de extensión del recurso al uso de precedentes jurisprudenciales provenientes tanto de los Tribunales ordinarios como los constitucionales.

¹⁶⁸ CAPALDI, Nicholas. Op. Cit., p. 63.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Cuáles son las diferencias existentes entre los alegatos de apertura y los finales?

2. ¿Cómo deberían expresarse en los alegatos los contenidos de la teoría del caso?

3. ¿Cuál es el impacto y trascendencia de los elementos visuales en la oralidad?



LECTURAS

Lectura Obligatoria:

1) GOLDBERG, Steven. “Qué deberías y no deberías hacer en tu alegato de apertura: Algunos consejos sorprendentes”, en: El mismo. Litigación y defensa en juicio, traducción de Carmen Ruiz, Luso Ediciones, Lima, 2014.

(Disponible en el anexo de lecturas).