

Capítulo Segundo

LA TEORÍA DEL CASO

*"Antes que todo el abogado
es un contador de historias".*
JAMES DEDMAN

Lo primero que debemos tener presente para enfrentar con éxito un juicio es que paradójicamente, a pesar que en nuestros estudios en la universidad se nos ha enseñado con bastante exhaustividad el conocimiento de la ley y de las formas de interpretarla, en lo primero que debemos concentrarnos y abocarnos para preparar un caso es en los hechos involucrados en el juicio.

En efecto, lo que nos separa de nuestro contendor en un modelo adversarial son, precisamente, los hechos. Como la regla jurídica se supone conocida de todos, en la mayor parte de las controversias que llegan a un tribunal lo que se discute es acerca de los acontecimientos: qué sucedió, cómo ocurrió, en qué orden y circunstancias, cuál hecho desencadenó tal efecto, quiénes intervinieron, cuándo, dónde, etc. En pocas ocasiones las partes discrepan acerca del derecho aplicable, y cuando lo hacen, generalmente tal controversia está igualmente asociada a un fenómeno fáctico, como por ejemplo, si determinada conducta (hecho) constituye o no una aplicación práctica del contrato (regla jurídica), la cual conforme al artículo 1564 inciso 3º del Código Civil, sirve para interpretarlo.

Por lo tanto, uno de los aspectos principales y primarios del litigante es definir y precisar cuál es su caso, en qué consiste la historia que piensa poner en escena en el teatro del tribunal.

1. QUÉ ES LA TEORÍA DEL CASO. IMPORTANCIA Y CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

Para definir su tesis, es en la etapa de investigación, sea formalizada o desformali-

zada según vimos, donde el abogado debe imponerse en detalle de todos los hechos involucrados, las pruebas que los sustentan para terminar creando un relato hilado, simple y verosímil que defina su versión de los hechos que van a ser materia del juzgamiento por el sentenciador.

La teoría del caso es, entonces, el relato simple, hilado, único, coherente y creíble de los hechos que van a ser materia de juicio.

En palabras más simples, la teoría del caso es la explicación que de los hechos que van a ser juzgados tiene cada una de las partes. Cada uno de los intervinientes de un juicio concurre al tribunal con una versión de los hechos, reclamando para esa versión la aplicación del derecho objetivo vigente. Esa versión de los hechos es, pues, la teoría del caso de cada parte.

Así por ejemplo, en un juicio criminal una de las partes sostendrá que su caso consiste en que el acusado dio muerte a la víctima actuando sobre seguro y con premeditación conocida, lo que configura el delito de homicidio calificado, y la otra parte sostendrá que la muerte se produjo cuando el acusado repelió un ataque de la víctima, lo que configura la eximente de legítima defensa, por lo que procede absolver al acusado. En síntesis, cada abogado contará su historia.

En materia laboral, el caso de una de las partes será que el empleador puso término a la relación laboral sin causa justificada y el demandado señalará que la relación laboral se terminó debido a la ausencia injustificada del trabajador a prestar servicios por dos días seguidos, lo que configura la causal de terminación de contrato de trabajo descrita en el artículo 160 N° 3º del Código del ramo.

En materia de familia, por ejemplo, tomando una acción de rebaja de pensión alimenticia, el demandante sostendrá que cuando se fijó la pensión alimenticia que se trata de disminuir, el padre del alimentario tenía menores ingresos que en la actualidad y, por otro lado, que el beneficiario se encontraba en la educación preescolar y no en la educación básica como en el presente; pero, por otro lado, el padre demandado podrá sostener que si bien es efectivo que tiene más ingresos, también debe analizarse que presenta más cargas de familia que las existentes cuando se fijaron los alimentos y que la madre del menor no se encontraba trabajando cuando se fijaron los alimentos como sí lo está en la actualidad.

Todas estas versiones constituyen las teorías del caso de los intervinientes de los respectivos juicios y sus veracidades deberán ser acreditadas durante el juicio oral.

La importancia de la teoría del caso radica en que su contenido constituye el mapa del juicio del litigante. Aquella debe tenerse presente en todo momento por el profesional: para realizar su alegato de apertura, para organizar la prueba, producirla, contraexaminar, realizar su análisis de la prueba rendida en el alegato de apertura, etc.

El deber del litigante es acreditar su caso y destruir la teoría de la contraria, para lo cual debe construir su relato sobre la base de los antecedentes obtenidos en la etapa de investigación previa al juicio, tomando en cuenta los elementos normativos involucrados y, sobre todo, la prueba disponible y que haya podido recabar en forma previa al juicio.

Respecto a la necesidad de contar con una teoría del caso, ello por regla general es así, salvo en materia penal, donde la defensa puede omitir desarrollar una teoría del caso propia y limitarse a destruir la teoría del fiscal o del acusador particular.

Ello ocurre por cuanto en materia penal existe la presunción de inocencia en beneficio del acusado, constituyendo una carga de la parte acusadora destruirla, acreditando, fuera de toda duda razonable, la existencia del delito y que en él ha tenido el acusado

una participación culpable y penada por la ley (artículo 340 C.P.P.).

Para lograr la condena, son el fiscal y el querellante particular, si lo hubiere, quienes deben acreditar todos y cada uno de los elementos del delito que invocan y de la acusación, probando de esa manera su teoría del caso, destruyendo la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Ante la acusación, la parte acusada puede adoptar lo que se denomina en doctrina una defensa activa o una pasiva.

En la defensa activa, el defensor construye su propio relato (su teoría del caso), que explica lo acaecido de manera distinta a la parte acusadora, construyéndose de esa forma una eximente de responsabilidad penal o acreditando la falta de participación criminal. Por ejemplo, la defensa, ante la acusación de homicidio, sostiene que su representado es inocente por cuanto el acusado se encontraba en el momento de los hechos en un lugar distinto al de la víctima, lo que acredita su falta de participación en los hechos materia de la acusación criminal.

En la defensa pasiva, en cambio, la parte acusada no presenta al tribunal una teoría del caso propia, sino que se limita a formular una alegación, cual es que el fiscal o el querellante particular, si lo hubiere, no tienen un caso, porque no existe delito, sea porque los hechos materia de la acusación no revisten tal calidad o porque la parte acusadora no podrá acreditar todos los elementos del delito que invoca, con lo cual no es posible condenar al no poder romper la presunción de inocencia con el estándar de convicción que exige la ley.

Un ejemplo permitirá entender un caso de defensa pasiva que tocó defender a uno de los autores.

Conforme al artículo 66 de la ley procesal penal, en los delitos de acción penal privada la ley entiende renunciada la acción penal por el hecho de haber intentado, con anterioridad, la acción civil.

Se trataba de una acusación particular por el delito de giro doloso de cheques, en el cual el querellante había intentado después de perfeccionada la gestión preparatoria

de notificación de protesto de cheques, la acción ejecutiva en forma previa a la presentación de la querrela criminal.

En la audiencia de juicio no fue necesario desarrollar una tesis propia de lo acaecido, limitándonos a sostener en el alegato de apertura que la parte querellante carecía de acción penal. En la prueba del querellante prácticamente no hubo intervención de la defensa y en la prueba nuestra nos limitamos a acompañar copia autorizada del proceso donde se había intentado y notificado la acción civil con anterioridad al inicio del juicio criminal. Finalmente, en la clausura se expuso que no había acción penal por las razones aludidas, ante lo cual el tribunal dictó sentencia absolutoria.

Como puede apreciarse, en la defensa pasiva el litigante se limita a negar o desconocer la existencia de un caso de la parte acusadora, sin necesidad de construir un relato que explique cómo ocurrieron en su concepto los hechos que motivan el juicio.

La diferencia práctica entre una defensa activa con una pasiva radica en que al escoger una defensa activa, el litigante se autoimpone ciertas cargas procesales, como son las de acreditar los hechos sobre los cuales descansa su teoría del caso, cosa que no ocurre en la defensa pasiva, donde al defensor le basta con destruir uno de los elementos de la acusación para que pueda obtener una sentencia favorable sin necesidad de crear ni probar una explicación diversa a la de la parte acusadora en el sentido de cómo acaecieron verdaderamente los hechos.

Así, por ejemplo, si se sostiene en una defensa (activa) que el acusado es demente y que le beneficia una eximente de responsabilidad, toca al defensor la carga procesal de acreditar la eximente que invoca, y no a la parte acusadora acreditar que no es demente. A lo más y, evidentemente, lo que hará un fiscal prolijo es presentar prueba de refutación de la eximente alegada que ratifique la sanidad mental del acusado, pero en caso alguno puede entenderse que ante la falta de tales pruebas de ausencia de enfermedad mental se tenga acreditado

por ese hecho la eximente alegada. Fue la defensa la que introdujo un elemento que a ella corresponde probar, cual es la existencia de la eximente. Como sabemos, en derecho lo normal se presume y lo excepcional se acredita, siendo lo normal la ausencia de enfermedad mental y no la presencia de la misma, por lo que, a falta de dicha prueba, no queda sino desechar la alegación de enfermedad mental.

En consonancia con lo señalado más arriba tenemos que las principales características de la teoría del caso son las siguientes:

a) Es un *relato*, la teoría del caso es ante todo una relación o narración de una historia, una articulación de los hechos que motivan el juicio de una forma hilada y completa. Por eso decíamos más arriba que el abogado es ante todo un narrador de historias.

b) Es *simple*, lo cual se refiere no únicamente a que sea un relato poco complejo o que no dependa de un sinnúmero de variables, sino que, además, en lo posible pase por hechos de fácil acreditación o, idealmente, por hechos que hayan sido reconocidos por la contraparte o, mejor aún, de hechos que formen parte de la teoría del caso de la contraria, pero explicados de una manera diversa.

c) Es *lógica*, lo que significa que todas las partes del relato creado tengan una coherencia interna que impida que partes de la historia se confronten, destruyan o pierdan sentido con algunos otros aspectos de la teoría del caso. Los hechos sobre los cuales se configura la teoría del caso deben más bien potenciarse que autodestruirse, formando idealmente una cascada argumentativa de manera que un hecho conduzca fácil y razonablemente al siguiente.¹²

d) Es *persuasiva*, lo que dice relación con que sea creíble. Recordemos que en los juicios orales el tribunal aprecia la prueba con libertad, sin que pueda contradecir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicos afianzados en el juicio, según se explicó en el capítulo

¹² Lubet, Steven, *Modern Trial Advocacy, Analysis and practice*, third edition, pág. 8.



anterior. En ese contexto, el relato creado por el litigante debe ser creíble y verosímil de manera que permita al sentenciador inclinarse más por la versión de los hechos propios que por los del contendor desde el primer momento que escucha ambas versiones. Si nuestra explicación del caso, si bien lógica y simple, no es verosímil, como por ejemplo, si la excusa para cometer el delito se debe a que el acusado escuchó una voz divina que lo impulsó a ejecutarlo, claramente el abogado defensor tendrá pocas posibilidades de imponer su caso en definitiva.

Una de las formas de asegurarse de la credibilidad intrínseca de la teoría del caso es su análisis al amparo de las máximas de experiencia. Si el relato contraviene una máxima de experiencia, difícilmente se tratará de una teoría del caso persuasiva. Por el contrario, si el caso se apoya en máximas de experiencia, será una ayuda a la credibilidad de la teoría. Recordemos que si bien el tribunal tiene libertad para apreciar la prueba, ello no lo habilita para contradecir las máximas de experiencia, de lo que resulta que si creamos una teoría del caso que contravenga las máximas de experiencia el tribunal tendrá una imposibilidad legal para hacerla suya en la sentencia. Por el contrario, si ella se basa en máximas de experiencia, el tribunal tendrá una limitación legal para desecharla.

e) Es *única*, en el sentido que la explicación de los hechos que tiene el abogado que enfrenta un juicio es una sola, sin que quepa la posibilidad de plantear verdades alternativas ante el tribunal. Volveremos sobre este punto con detalle cuando analicemos el valor de las tesis subsidiarias en el juicio oral.

f) Hace *referencia a los elementos legales involucrados*, ya que el relato no se refiere únicamente a hechos o acontecimientos, sino que a fenómenos con consecuencias jurídicas. El relato, la historia, debe reconocer e integrar todos los aspectos normativos concurrentes al caso, darles una coherencia e ilación verosímil, de manera que su aceptación por el tribunal lleve a la aceptación de la pretensión, lo cual obliga a incorporar en

el relato todos y cada uno de los elementos legales sobre los cuales descansa la petición que se formula al tribunal.

Al final del día, la teoría del caso integrará aspectos de hecho y los supuestos jurídicos asociados a dichos hechos.

g) Es *completa*, lo que quiere decir que el relato comprende todos los aspectos del caso, tanto los positivos como los negativos, deteniéndose en los aspectos que, aparentemente incidentales, pueden servir para definir la sentencia para uno u otro lado.

En cuanto a lo primero, referirse a lo positivo como a lo negativo del caso es un punto de extraordinaria importancia, porque puede existir una tendencia natural y muy humana a pensar en primera instancia que si algo no nos conviene de un caso, mejor taparlo o esconderlo, pero la verdad es, desde el punto de vista del litigante, precisamente la contraria.

De hecho, cuando examinamos un caso, es muy difícil, es altamente improbable que nuestro cliente tenga el ciento por ciento de razón. Generalmente en algún aspecto, aunque sea menor, la ley, la equidad, el sentido humano de la justicia, la ética, algún valor social o jurídico, o máximas de experiencia, pueden no estar de su lado. No existe o es muy difícil encontrarse con un caso químicamente puro en el sentido que todas las variables estén de nuestro lado.

Por lo tanto, para hacer nuestra teoría del caso completa, el relato debe cubrir ese aspecto negativo, encararlo y darle una explicación razonable. A fin de cuentas es preferible que la explicación de esta faceta negativa la escuche el tribunal de nuestra parte a que sea nuestro contradictor quien devele esa faceta negativa, durante el transcurso del juicio, por cuanto seguramente la explicación que dará diferirá sustancialmente de la nuestra.

Por ejemplo, pensemos en un accidente de tránsito ocurrido a las 4:00 A.M. en una arteria menor de la ciudad, que produce lesiones graves en un ocupante de uno de los vehículos colisionados, siendo la discusión cuál de los dos vehículos involucrados tenía luz verde y por lo tanto derecho preferente de paso.

¿Qué ocurre si el único testigo de nuestro caso es un sujeto que tiene una condena por robo y otra por hurto? ¿No diremos nada al tribunal y esperaremos que la defensa saque el antecedente desfavorable en el contrainterrogatorio? Evidentemente que tal situación quitaría toda credibilidad al testimonio, lo cual un abogado litigante no puede permitirse.

En tal hipótesis lo que debemos hacer es anticipar la debilidad, incorporándola e integrándola a nuestra teoría del caso y darle una explicación satisfactoria.

Así, por ejemplo, diremos que el hecho que el testigo tenga una condena por robo y hurto no significa por ello una alteración en sus sentidos visuales y, por el contrario, dado su trabajo como cuidador de autos de un restaurante, él sí tiene una razón justificada para encontrarse en el lugar de los hechos a las 4 A.M. y haber percibido con toda nitidez lo que va a declarar en estrados, debiendo definir el tribunal si le da credibilidad o no a su testimonio de acuerdo con el mérito de su relato, pero quitárselo *per se*, es contrario a toda razón, justicia y lógica.

Tal explicación anticipa lo débil de nuestro caso, le da una explicación razonable y no permite que sea la contraria la que sorprenda al tribunal con las condenas de nuestro testigo en un contraexamen, destrozando toda credibilidad del mismo. Si bien nuestra explicación tampoco elimina totalmente la posible mengua que de la credibilidad del testimonio pudiere hacer el sentenciador, a lo menos nos pone en el juego, permitiéndonos entrar al juicio con sinceridad, manteniendo nuestra credibilidad, y, por lo tanto, sin hacer daño a nuestro caso, que tiene ya incorporado este elemento negativo.

En segundo lugar, que la teoría del caso sea completa se refiere a que ella debe contener aspectos que, siendo aparentemente incidentales, pueden definir el caso.

Cuando un juicio oral empieza a desarrollarse existe una gran asimetría de la información entre los abogados litigantes y el tribunal: los primeros conocen el caso con gran detalle y el segundo recién em-

pieza a aproximarse al caso, precisamente a medida que va avanzando el juicio. Esta gran diferencia de conocimiento del caso permite al litigante percibir en el inicio dónde está la médula del juicio, la columna vertebral, aquello en lo cual las partes sustancial y esencialmente difieren, por lo general son una o dos cosas, no más, por lo que si aquello ocurre, es importante integrar a la teoría del caso ese aspecto diferenciador de la tesis de la contraria, el cual puede al tribunal parecerle incidental, de manera de dejar siempre sentado al juzgador que implica un aspecto que sin mucha información puede parecer inocente a primera vista. Un ejemplo aclarará lo señalado.

Supongamos que se trata de un juicio criminal donde la defensa alega una enfermedad mental que lo exime de responsabilidad criminal y trae unos cuantos testigos expertos que refrendarán su tesis. Sin embargo, la fiscalía o el querellante particular presentarán al tribunal otros cuantos peritos que refutarán las conclusiones de los primeros, su metodología, o la credibilidad de los expertos de la defensa, y que sostienen en consecuencia la ausencia de enfermedad mental, luego, la inconcurrencia de la eximente alegada.

En un caso como el propuesto, es evidente que la sentencia se definirá por la credibilidad que le dé el sentenciador a la prueba pericial de la defensa. Sin embargo, esa información la tienen los litigantes antes de empezar el juicio y no el tribunal, quien la percibirá a medida que el juicio se vaya desarrollando. En esas consideraciones, el litigante debe integrar a su teoría del caso este aspecto que puede parecer incidental, con poca información del caso, pero que el abogado, con todo el conocimiento del mismo, sabe que es por donde pasa el resultado del juicio.

h) Posee un *contenido axiológico*. Es importante dejar claro que nuestro relato de lo ocurrido y que justifica recurrir a los tribunales es, finalmente, un tema con contenido moral. Si bien el relato debe tener lógica, debe sonar razonable, coherente e hilado según vimos, todo aquello pierde contenido si no presenta una dimensión



ética que le inyecte fuerza moral al caso. No nos referimos únicamente a que esté la ley de nuestro lado en el conflicto, sino que, más aún, tener la justicia y las nociones éticas del caso, tanto de las personas y de la petición en nuestra mano y no en la del adversario.

Para los jueces es muy importante definir quién o cuál de las partes tiene "la moral del juicio", noción que inclina natural y humanamente la balanza a la hora de administrar justicia.

No olvidemos tampoco que de acuerdo con la ley chilena, los abogados estamos regulados en el Código Orgánico de Tribunales, dentro de "los auxiliares de la administración de justicia", por lo que aun para el legislador la función del letrado es coadyuvar en una dimensión ética como es servir a la justicia.

Si bien la referencia ética no tiene valor en un juicio desconectado de la argumentación y análisis legal, no es menos cierto que unida a ella cobra una fuerza y dimensión que potencia a lo legal y da un sentido y motivación a los jueces para decidir el juicio, formarse convicción del caso o darle credibilidad a una de las dos tesis en juego.

La importancia de contar con esta dimensión axiológica del caso es que nos da una poderosa argumentación que podemos tener a mano y usar persuasivamente durante todo el juicio, en los alegatos de apertura, en el examen directo, en la clausura, al argumentar una incidencia, etc.

2. CÓMO CONSTRUIR UNA TEORÍA DEL CASO

El primer trabajo del litigante es definir su historia, su teoría del caso que va a llevar al tribunal.

Para ello debe, al menos, seguir las siguientes sugerencias:

a) Entrevistarse con el cliente. Evidentemente, es para un abogado el contacto directo con la parte que requiere sus servicios la forma natural y obvia de aproximarse al conocimiento del caso. El relato de lo

acaecido que hace el interesado es el que suministra la primera información acerca del hecho que se va a llevar a estrados, quiénes son los actores de la trama, el lugar donde se desarrolla, cómo, cuándo y por qué tiene lugar el conflicto jurídico, todo lo cual es de suma relevancia para construir la teoría del caso. Por otro lado, el tener acceso directo a la parte sirve de guía en todas las etapas del juicio para obtener información relevante, como por ejemplo, saber con qué medios de prueba cuenta la contraria, quiénes son los testigos de la contraparte, lo cual sugerirá líneas de contraexamen, por ejemplo.

b) Conversar en lo posible con los testigos. Por extensión, si su cliente tiene acceso a testigos que van a prestar declaración en el tribunal, es necesario que usted los conozca y los prepare en el sentido que les explique en qué consiste la declaración y la forma en la cual esta se producirá. Cualquier abogado sabe que aun testigos con grandes currículos y conocimientos se ponen nerviosos al enfrentar una ritualidad desconocida para ellos, como es la de pasar por un tribunal, perdiendo con ello un porcentaje de la información que es necesario transmitir al juez. Si ello ocurría cuando se declaraba ante un actuario en forma secreta, ello no es comparable con hacerlo en forma oral, en presencia del magistrado, y con la posibilidad de ser contrainterrogado por la parte contraria. Por lo tanto, es su deber orientar al testigo en el sentido de explicarle cuestiones que van desde lo más básico, como decirle dónde está el tribunal, a qué hora debe llegar, cuánto tiempo puede tomar la declaración; hasta cuestiones más complejas, como explicarle quiénes van a estar en el tribunal, quiénes le preguntarán, en qué forma, etcétera.

c) Examinar el registro y los documentos de la investigación en materia penal. Como sabemos, de todas las actuaciones de investigación tanto de la fiscalía como de la policía se guarda copia en un registro al que tienen acceso los intervinientes (artículo 182 C.P.P.). Estudiar ese registro detalladamente es sin duda una obligación mínima para el litigante, ya que con su mé-

rito puede definir su tesis acerca de cómo ocurrieron los hechos que motivan el juicio, definir con qué medios de prueba pretende acreditarla y, si ha recibido el caso en una etapa preliminar de investigación, sugerir diligencias de investigación para confirmar sus hipótesis fácticas o desecharlas. También el examen del registro permite anticipar problemas que el abogado prevé pueden ocurrir durante el juicio, como por ejemplo, detectar inconsistencias en el relato de un testigo o contradicción entre unos respecto de otros, caso en el cual el estudio del registro servirá para definir cómo tratar con ese o esos testigos.

Debemos entender que es el conocimiento de todos los antecedentes del caso lo que nos permitirá tener y transmitir nuestra convicción de que lo que ocurrió realmente es lo que intentamos reproducir en el tribunal el día del juicio.

Mientras más estudiamos los antecedentes y documentos, menos posibilidades tenemos de errar en explicar qué acaeció realmente en los hechos que motivan el juicio.

d) Leer, estudiar y entender los peritajes. Tema esencial en los juicios orales resulta la prueba pericial, no solo por el valor que ella tiene en sí misma en cuanto ilustra al tribunal acerca de hechos para cuya apreciación se requiere el conocimiento de alguna ciencia o arte, sino porque además, como vimos en el capítulo anterior, los conocimientos científicos afianzados en el juicio constituyen un límite a la apreciación de la prueba por parte del sentenciador. Por lo tanto, si en el caso que nos ocupa existen peritajes, es obligación del abogado leerlos y entenderlos, para lo cual debe incluso asesorarse de un profesional del área a que la pericia se refiere con el fin que le “traduzca” el significado de la misma, sugiriéndole líneas de interrogación o de refutación del mismo.

A lo menos, el estudio del peritaje debiera circunscribirse a tres parámetros básicos: calificaciones o credibilidad del autor; metodología empleada, y conclusiones.

Es deber del abogado entender la pericia, en sus fortalezas y debilidades, a lo menos en estos tres ángulos, lo cual le per-

mitirá comprender el peritaje que se va a incorporar al juicio oral por alguno de los intervinientes.

e) Estudiar y analizar la prueba documental y otras evidencias. Más allá de la libertad del tribunal para apreciar la evidencia, la fuerza de la prueba instrumental no está en discusión, por lo que si en el caso existen documentos, es su deber imponerse de ellos y estudiarlos con detalle. Esta documentación, sobre todo si es pública, le sugerirá hechos que serán difíciles de controvertir en un juicio, por lo que su teoría del caso deberá ser bastante cautelosa para ser construida en oposición a ellos. Casi podemos señalar que si la testimonial pretende ir contra esos documentos públicos, el juicio se trata únicamente de eso, como por ejemplo, en el delito de contrato simulado o de falsificación. Lo mismo ocurre con los otros medios de prueba, como las fotografías, ya que sabemos, por máximas de experiencia, que una imagen vale más que mil palabras.

En síntesis, toda la información de que podamos disponer nos permitirá plantear al tribunal nuestra explicación de qué ocurrió en el juicio que nos ocupa, y ese es precisamente el primer trabajo que debe enfrentar un litigante: poder explicar en un relato simple, persuasivo, coherente, lógico e ilado, de qué se trata el tema que está defendiendo en un tribunal.

Como dice Daniel McCarthy, Fiscal Jefe de Litigios del Distrito de Bronx, Nueva York: “el abogado exitoso, cualquiera sea la arena en que litigue (civil o criminal) y cualquiera sea su posición (acusando o defendiendo) es capaz de destilar los puntos involucrados en un juicio, resumiéndolos en un simple y comprensible concepto que nos conecta con el tribunal (el jurado en el original) tanto en una dimensión intelectual como emocional”.¹³

¹³ McCarthy, Daniel, “Finding the Heart of the Matter: Crafting Trial Themes and Theories”, artículo publicado en *Successful Trial Strategies for Prosecutors*, National College of District Attorneys, University of South Carolina, 2005, pág. 5.



3. VALOR DE LAS TESIS SUBSIDIARIAS

A propósito de la unidad de la teoría del caso cabe tener presente que en conformidad con el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, en un juicio es posible interponer dos o más acciones incompatibles siempre que se haga una en subsidio de la otra.

Dicha disposición extrapolada ha permitido en los juicios escritos la presentación de defensas escalonadas, incompatibles unas con las otras, pero que al presentarse subsidiariamente se entendían compatibles con la normativa legal antes referida.

Así, por ejemplo, era común en el sistema penal antiguo encontrarse con un defensor que al contestar la acusación alegaba que su representado era inocente debido a que no había tenido participación en los hechos que se le imputaban, ya que en el momento de ocurrir estos se encontraba fuera de la ciudad. En subsidio, sostenía que si se determinare que le cabía alguna participación en los hechos, su cliente había obrado en legítima defensa, por lo que igualmente debía ser absuelto. En subsidio, que el acusado es demente. En subsidio, que goza de la eximente incompleta del artículo 10 N° 1 del Código Penal. En subsidio, que goza de la atenuante de irreprochable conducta anterior.

Tal alternativa está por regla general vedada en los juicios orales, donde, como hemos razonado, el litigante debe en todo momento velar por la credibilidad de su relato, de la historia que presenta como válida y verdadera ante al tribunal, por lo que si crea una teoría del caso con posturas subsidiarias debe procurar que en ella no se contradiga el principio de identidad que, como explicábamos en el capítulo anterior, postula que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Si el litigante desarrolla un relato ilógico, hace imposible al tribunal acoger sus tesis contradictorias, ya que, como hemos visto, la libertad de apreciación de la prueba reconoce un límite en la lógica, por lo que el tribunal no puede dar como hecho probado algo que atenta contra la propia información que presenta la parte.

Por otro lado, imaginemos un juicio donde los testigos de una parte señalan que el acusado se encontraba fuera del lugar del sitio del suceso y, acto seguido, ingresa al tribunal otro testigo presentado por la misma parte, quien señala que vio al acusado defenderse de un ataque de la víctima y en su concepto la defensa era proporcionada a la agresión, atendidas las circunstancias.

Evidentemente que tal puesta en escena del juicio anticipa una derrota. Casi no es necesario que la contraparte haga algo, ya que el testimonio que exige el relato contradictorio es absolutamente incoherente y pugna con la lógica sin necesidad de mayor análisis.

Lo anterior se explica no sólo desde el punto de vista de la lógica, una de las ramas de la Filosofía, sino que también desde el punto de vista del Derecho, donde existe un principio que obliga a las partes a no contravenir sus conductas pasadas, a no *venire contra factum proprium*, lo que se materializaría en el evento que dentro del marco de un proceso un sujeto postule al tribunal como válidas situaciones que son incompatibles una con la otra.

Uno de los principios formadores del Derecho es el que protege la buena fe y castiga la mala fe. Como sabemos, la noción de buena fe no es unívoca, sino que, por el contrario, tiene dos acepciones distintas: la primera, el estar de buena fe, o buena fe creencia y, la segunda, el actuar de buena fe, o buena fe objetiva.

“Pues bien, dentro de la noción de buena fe objetiva, que obliga a desarrollar una conducta leal, honrada, justa, intentando satisfacer la expectativa ajena, encontramos la obligación de desarrollar un comportamiento coherente, de no contrariar las conductas pasadas. Es precisamente una de las facetas de la lealtad, que implica el actuar de buena fe, la que se refiere a la imposibilidad de un sujeto para realizar conductas contradictorias.

Si un sujeto desarrolla una conducta, ello produce en los terceros que se relacionan con él la expectativa que dicha acción se repetirá en el futuro, y si ello no ocurre, se habrá quebrantado el deber de lealtad y



consecuencia que importa el actuar de buena fe. Las personas que interactúan con un sujeto tienen la expectativa que este repita las conductas que ha realizado en el pasado. En síntesis, que actúe coherentemente.

Si un sujeto, para obtener una ventaja procesal, o derechamente para ganar un juicio, adopta posturas incompatibles, ejerciendo su pretensión en contradicción con su accionar pasado, sin duda que está actuando de mala fe, lo cual es repudiado por el ordenamiento jurídico, con la desestimación de la conducta posterior incoherente".¹⁴

En consecuencia, la teoría del caso debe contener un relato único en el sentido que no puede contener posturas incompatibles unas con otras.

Lo anterior no excluye absolutamente la posibilidad de adoptar teorías subsidiarias, pero sólo en la medida que no contengan una historia absurda e ilógicamente incompatible con la tesis principal.

Por ejemplo, sería posible sostener en un juicio criminal como tesis de la defensa la eximente de la legítima defensa que contempla el N° 4° del artículo 10 del Código Penal y, en subsidio, para el evento que el tribunal considerare que faltó un elemento para configurar la excepción, alegar la atenuante de la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 del Código. Tales alegaciones son lógicamente posibles.

En el sistema procesal penal que nos rige existen desgraciadamente algunos preceptos que pueden comprometer la unidad de la teoría del caso, forzando a los intervinientes a plantear una tesis subsidiaria, lo que pugna con la credibilidad de su propio caso.

Uno de los casos donde pudiera presentarse este problema se encontraba en el artículo 345 del Código Procesal Penal, que señalaba que, "pronunciada la decisión de condena,

el tribunal *podrá*, si lo considera necesario, citar a una audiencia especial con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que el tribunal señalará".

Pues bien, como la norma del 345 del C.P.P. era facultativa para el tribunal, ya que la ley empleaba la fórmula verbal "podrá", se presentaban inconvenientes para el defensor que sostenía dentro del juicio penal la inocencia de su representado, pero que también tenía que considerar desde el punto de vista de su responsabilidad profesional que, para el evento que el tribunal decidiera la condena del acusado, era de importancia para su patrocinado que él también alegara sobre los aspectos que incidían en la determinación de la pena del acusado.

El conflicto para el defensor radicaba en la disyuntiva que se le presentaba ante la hipótesis que el tribunal no decidiera citar a esta audiencia de determinación de pena y él en el alegato de clausura no hubiese tocado el punto, ya que su teoría del caso durante el juicio fue alegar la inocencia del acusado y por lo mismo no consideraba conveniente ponerse en la hipótesis de la condena para no alterar la credibilidad de su caso hasta ese momento. Si él hubiese alegado en la clausura acerca de los posibles antecedentes que deban considerarse para la determinación de la pena, el acusador fiscal o particular, o ambos, o el tribunal, o todos ellos, podrían considerar que existía un reconocimiento implícito de la culpabilidad del acusado, situación en todo caso no deseable para el defensor habida cuenta que su teoría del caso postula la inocencia de su defendido.¹⁵

Esta situación fue alterada por la Ley N° 20.074, de fecha 14 de noviembre de 2005, que derogó el artículo 345 del Código Procesal Penal, y que también tocó el

¹⁴ Alcaíno Torres, Rodrigo, "Comentarios acerca de la naturaleza, efectos y orígenes de la regla *venire contra factum proprium non valet*, que impide contravenir las conductas pasadas", artículo publicado en *Revista de Derecho y Tribunales*, Uruguay, Número II, octubre 2006, pág. 114.

¹⁵ En todo caso, lo que no era ni es discutible es que, a pesar que la teoría del caso postule la inocencia del acusado, el defensor debe durante el juicio presentar toda la prueba que acredite las atenuantes que benefician a su representado, ya que es el único momento para ello.



inciso 4º del artículo 343 del mismo cuerpo legal, que ahora señala: "en caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia".

La modificación es acertada en el sentido que en el evento que el tribunal dictare sentencia condenatoria, las circunstancias ajenas al hecho punible y los demás factores que digan relación con la determinación y cumplimiento de la pena deberán ser discutidos en un debate especial a que el tribunal llamará para tal efecto, inmediatamente después de comunicada la decisión de condena y en la misma audiencia.

De esta forma, el abogado que defiende al condenado ya no se tiene que poner en una situación hipotética de posible condena, sino que debe ponerse ante una realidad, cual es que el juicio lo ha perdido y por lo tanto, no hay inconveniente desde el punto de vista de la unidad conceptual de la teoría del caso que sostuvo durante un juicio que ya está terminado.

Otro caso existente en el Código Procesal Penal que sí conduce a una posibilidad de pluralidad de teorías del caso en desmedro de los litigantes, se encuentra esta vez en perjuicio de la parte acusadora, y está contemplado en el artículo 261 del Código Procesal Penal, que se refiere al caso que exista pluralidad de acusadores: ministerio público y querellante particular, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 261 antes referido, hasta quince días antes de la realización de audiencia de preparación de juicio oral, el querellante podrá: "a) adherir a la acusación o acusar parti-

cularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, ampliándola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objetos de la formalización de la investigación".

El problema radica en que si las dos partes acusadoras, pública y particular, plantean una visión o teorías del caso distintas, ese solo hecho puede ser interpretado y argumentado por la defensa en el sentido que, si las dos acusadoras no tienen una visión unívoca de los hechos es evidente que existe una duda razonable acerca de la existencia del hecho punible o la participación criminal del acusado, por lo que según el artículo 340 del Código Procesal Penal no cabe sino absolver al acusado.

En consecuencia, si bien el artículo 261 del C.P.P. plantea la posibilidad de teorías del caso diversas de la parte acusadora la verdad es que ello puede hacerse únicamente en los casos que el artículo 261 del C.P.P., letra a) plantean y que no lleven aparejada la posibilidad de generar dudas acerca de la existencia de los hechos constitutivos del delito que se persigue y de la participación criminal del acusado.

Otro caso existente en el Código Procesal Penal que conduce a una posibilidad de pluralidad de teorías del caso en desmedro de los litigantes, se encuentra esta vez en perjuicio de la parte acusadora, y está contemplado en el artículo 261 del Código Procesal Penal, que se refiere al caso que exista pluralidad de acusadores: Ministerio Público y querellante particular, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 261 antes referido, hasta quince días antes de la realización de audiencia de preparación de juicio oral, el querellante podrá: "a) adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que

hubieren sido objeto de la formalización de la investigación”.

El problema radica en que si las dos partes acusadoras, pública y particular, plantean una visión o teorías del caso distintas, ese solo hecho puede ser interpretado y argumentado por la defensa en el sentido que, si las dos acusadoras no tienen una visión unívoca de los hechos, es evidente que existe una duda razonable acerca de la existencia del hecho punible o la participación criminal del acusado, por lo que, según el artículo 340 del Código Procesal Penal, no cabe sino absolver al acusado.

En consecuencia, si bien el artículo 261 del C.P.P. plantea la posibilidad de teorías del caso diversas de las partes acusadoras, la verdad es que ello puede hacerse únicamente en los casos que el artículo 261 del C.P.P. letra a) plantea y que no lleven aparejada la posibilidad de generar dudas acerca de la existencia de los hechos constitutivos del delito que se persigue y de la participación criminal del acusado.

4. DESMENUZANDO EL RELATO: EL USO DE PROPOSICIONES FÁCTICAS

Una vez creada nuestra teoría del caso, tenemos que pensar que ese relato debemos probarlo en el tribunal, es decir, debemos llevar o asociar a cada uno de los hechos los medios de prueba disponibles, ordenarlos, definir el orden en el cual serán presentados en la audiencia de juicio con la mayor credibilidad posible a fin que sea el tribunal quien los aprecie y los prefiera a la tesis de nuestro antagonista.

¿Cómo partimos entonces?

La forma de hacer en general algo complejo es dividiendo el trabajo en un sinnúmero de labores simples, para poder así aproximarse a ellas en orden, con método, sabiendo de antemano que una suma de funciones simples nos da como resultado final la labor compleja que deseamos.

Esto llevado a un juicio importa extraer de nuestra teoría del caso todos los elemen-

tos que se vinculan o asocian a un aspecto normativo o legal, para luego definir cómo o qué medio de prueba usaremos para acreditar ese supuesto de hecho. A este último elemento le damos en litigación el nombre de proposición fáctica.

Las proposiciones fácticas son, en consecuencia, todos aquellos elementos de hecho que se conectan a un aspecto legal dependiendo del caso en que estemos, y de cuya acreditación en juicio va a seguir como conclusión el reconocimiento o desconocimiento de nuestra teoría del caso.

Un ejemplo esclarecerá el tema sobre la generación de proposiciones fácticas y cómo ellas permiten dividir nuestro relato en un conjunto de hechos que deben ser probados.

Miguel y Sofía, divorciados, acuerdan vía transacción judicial una pensión alimenticia para su hija, de 4 años de edad, Antonia, de \$ 500.000 mensuales. Cuando se fija la pensión, Antonia estudia en el prekinder del colegio El Inglés, uno de los más prestigiados del país, a la vez que vive sola con su madre. Al cabo de un tiempo, Sofía pasa por problemas económicos y se va a vivir con sus padres y decide unilateralmente cambiar de colegio a Antonia, al Colegio Formación, de un costo menor que el primero. Ante tales hechos, Miguel demanda a Sofía de rebaja de pensión alimenticia. Esa es la teoría del caso de Miguel.

Como sabemos, los alimentos que se deben por ley a ciertas personas requieren de tres circunstancias (conforme al Código Civil): a) Texto legal que imponga la obligación (artículo 321); b) Estado de necesidad del alimentario (artículo 330), y c) Aptitud patrimonial del alimentante (artículo 329).

Concurriendo esos tres requisitos, se deben alimentos, concedidos, como regla general, para toda la vida del alimentario, *continuando las circunstancias que legitimaron la demanda* (artículo 332).

En otros términos, cualquier variación de los requisitos legales referidos y determinantes para fijar una pensión, habilita al interesado para solicitar el cese, rebaja o aumento de pensión, según corresponda.



En este conflicto Miguel fundamenta su rebaja en el cambio de las necesidades del alimentario.

Para desarrollar nuestras proposiciones fácticas y los medios de convicción asociados a ello, crearemos una planilla donde de izquierda a derecha señalaremos la teoría del caso, la proposición fáctica a probar y el medio de prueba con el cual pensamos acreditarla.

En síntesis, nuestra teoría del caso, defendiendo a Miguel, plantearía que han

cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de fijar la pensión, ya que las decisiones de Sofía se han traducido en una disminución de las necesidades de Antonia, que es la única beneficiada con la pensión alimenticia.

La siguiente planilla es un ejemplo de cómo realizar esta disgregación de un caso en una serie de elementos simples, lo que nos permitirá aproximarnos a un juicio usando este mapa que nos guiará en la puesta en escena del mismo.

Teoría del caso Cambio de circunstancias	Proposición fáctica	Medios de prueba a usar para acreditarla
<p>Circunstancias vigentes a la fecha de fijación de pensión.</p> <p>Circunstancias vigentes a la fecha de fijación de pensión</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Sofía vivía sola con Antonia. Pagaba arriendo de \$ 200.000 mensuales más \$ 30.000 de gastos comunes. 2. Antonia iba al colegio El Inglés. Valor \$ 180.000, mensuales. 3. Colegio dentro de los mejores del país. 4. Vivienda de 4 piezas con asesora del hogar con un costo de \$ 200.000 mensuales. 5. Acuerdo sólo en beneficio de la menor. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. <ol style="list-style-type: none"> a) Demanda de alimentos donde se fija la pensión; b) Declaración de Sofía en juicio. 2. <ol style="list-style-type: none"> a) Certificado de matrícula del colegio. b) Comprobantes de pago de mensualidad. c) Declaración de Sofía. d) Declaración de testigos. 3. <ol style="list-style-type: none"> a) Ranking de colegios publicado en <i>Revista El Sábado</i>. 4. <ol style="list-style-type: none"> a) Demanda de alimentos. b) Declaración de Sofía. 5. <ol style="list-style-type: none"> a) Certificado de nacimiento de Sofía. b) Certificado de matrimonio con inscripción del divorcio entre Miguel y Sofía.

Teoría del caso Cambio de circunstancias	Proposición fáctica	Medios de prueba a usar para acreditarla
<p>Circunstancias vigentes en la actualidad que justifican la rebaja de pensión.</p> <p>Circunstancias vigentes en la actualidad que justifican la rebaja de la pensión.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Sofía vive en casa de sus padres en una pieza que comparte con su hija. No paga arriendo. 2. Antonia asiste al Colegio Formación. Valor \$ 80.000 mensuales. 3. Cambio de colegio y de casa por motivos económicos. 4. Vivienda de 4 piezas donde viven los padres de Sofía, sus hermanos, con asesora del hogar para el grupo familiar con un costo de \$ 200.000 mensuales. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. <ol style="list-style-type: none"> a) Declaración de Sofía en el juicio. b) Copia de la notificación de la demanda donde consta el lugar de notificación. 2. <ol style="list-style-type: none"> a) Certificado de matrícula de Antonia. b) Declaración de Sofía. c) Comprobantes de pago de mensualidad del colegio. 3. <ol style="list-style-type: none"> a) Declaración de Sofía. b) Informe del colegio El Inglés. c) Solicitud de retiro de colegio El Inglés firmada por Sofía. d) Informe de DICOM de Sofía. 4. <ol style="list-style-type: none"> a) Declaración de Sofía. b) Declaración del padre de Sofía.

El poner en un papel las proposiciones fácticas asociadas a nuestra teoría del caso, relacionándolas con la evidencia que queremos emplear para acreditarla, nos permite guiar nuestro trabajo profesional conociendo con una simple mirada lo que denominaremos "el mapa del juicio", esto es, dónde nos encontramos, qué hecho estamos acreditando, con qué medio de prueba y cómo ello satisface nuestra teoría del caso. Esto nos permite enfrentar el interrogatorio sabiendo qué respuestas debemos obtener de los testigos, que son aquellas que satisfacen nuestras proposiciones fácticas y cuáles nos alejan de la misma y de nuestro objetivo, cual es imponer nuestra versión de los hechos en el tribunal.

5. CLASES DE EVIDENCIAS

El uso de la proposición fáctica como medio concreto de resumir una teoría del caso y su posterior asociación a una evidencia disponible nos lleva a analizar los tipos de prueba que podemos ocupar en un juicio.

Así, en primer término, debemos distinguir la evidencia directa de la indirecta.

La *evidencia directa* es aquella que prueba o satisface una proposición fáctica por sí misma, sin necesidad de recurrir a otra prueba que la complementa. Así por ejemplo, si nuestra proposición fáctica dice "el auto es verde", evidencia directa de lo anterior es el certificado de inscripción en el registro de vehículos motorizados que señala que el color del auto es verde.

La evidencia directa, a su turno, puede subclasificarse en evidencia afirmativa, de refutación, de credibilidad.

Evidencia afirmativa es aquella que satisface una proposición fáctica. Es lo normal que mediante una prueba se quiera acreditar una proposición fáctica. Por ejemplo, si la proposición fáctica es que A dio muerte a B, evidencia directa afirmativa de ello es la declaración del testigo C, que señala haber estado en el lugar de los hechos y vio el momento en que A sacó un revólver disparando sobre B, quien murió como consecuencia de esos disparos.

Evidencia de refutación es aquella prueba que si bien no satisface una proposición fáctica de la teoría del caso propia, sí destruye algún elemento o proposición fáctica de la contraria. Por ejemplo, la teoría del caso de la defensa sostiene que el acusado padece una enfermedad mental y la parte acusadora presenta prueba pericial psiquiátrica que acredita la salud mental del acusado carente de patología.

Evidencia de credibilidad es aquella que tiende a acreditar la veracidad del testimonio de las pruebas presentadas por el litigante.

Respecto de la evidencia de credibilidad, debe tenerse presente que ella puede adoptar dos matices.

En primer lugar, referido a la exigencia general que tiene el litigante de velar por dar credibilidad a cada una de las pruebas que presenta, dado como hemos visto la facultad amplia de apreciación de prueba que tiene el tribunal, por una parte; y, por otra, la inexistencia de testigos inhábiles en los procedimientos orales. Estas dos variables, libertad de apreciación e inexistencia de inhabilidades, obligan al abogado a destinar una parte de su interrogatorio o de su contraexamen a analizar la credibilidad o falta de ella del testimonio o de la prueba, por medio de las respectivas preguntas de acreditación, línea interrogatoria que tiene por objeto preciso otorgar al sentenciador razones o antecedentes que permiten el justificar por qué le dará valor probatorio a determinada evidencia o por qué rechazará alguna otra. Así, por ejemplo, si la testigo es cónyuge del acusado, la línea interrogatoria de contraexamen de la parte acusadora seguramente tenderá a demostrar que dada la relación existente entre ambos intentará favorecer con su declaración a su marido, por lo que se trata de un testimonio poco creíble y que por lo tanto el tribunal debe restarle mérito probatorio. En ese contexto, el abogado podría hacer preguntas, tales como, ¿no es verdad que a usted no le gustaría que su marido perdiera el juicio? ¿no es verdad que su marido es quien mantiene el hogar donde usted vive?, ¿no es verdad que si su marido fuera condenado

en este juicio no tendría cómo mantener las actuales condiciones de vida de usted y sus hijos? Toda esta línea de interrogación permite acreditar la falta de credibilidad del testimonio del testigo con el fin que el tribunal prive de valor probatorio a la declaración del testigo.

El segundo punto en que se puede encontrar la evidencia de credibilidad no guarda relación con la línea general de acreditación de cualquier testigo, perito o prueba, sino que con la facultad que tiene el litigante de presentar declaraciones de testigos o pruebas que desacrediten el testimonio de otro testigo, perito o prueba.

Así, por ejemplo, supongamos que el siquiatra presentado por la defensa sostiene que el acusado adolece de una patología mental que lo exime de responsabilidad penal y la parte acusadora señala que no existe tal enfermedad.

En tal caso, la parte acusadora, además de presentar prueba directa que acredite la inexistencia de la patología (prueba de refutación), podría presentar evidencia que tienda a destruir la credibilidad del siquiatra o de su metodología. Así, por ejemplo, podría presentarse como prueba la declaración de un siquiatra que señale que el método de examinación del acusado por el siquiatra de la defensa no se ajusta a la *lex artis* o que el siquiatra no es conocido en la comunidad científica o que la tesis que postula no es de general aceptación en la comunidad y literatura médica.

En este caso, se presenta al segundo siquiatra para que declare sobre la credibilidad de la declaración de otro experto, lo que es posible, sin perjuicio que, además, obviamente, se deberá también acreditar a este segundo perito.

Evidencia indirecta es aquella que no satisface una proposición fáctica en sí misma, sino que otorga antecedentes a fin de acreditar un elemento de la teoría del caso.

La evidencia indirecta está relacionada con las presunciones o indicios, ya que con este tipo de prueba se pretende otorgarle al tribunal antecedentes o circunstancias que mediante un proceso deductivo o inferencial permitan al sentenciador alcanzar

o arribar a la proposición fáctica que se trata de acreditar.

Supongamos que mi teoría del caso en un juicio criminal sostiene que el acusado cometió el homicidio con alevosía, será difícil pensar que el acusado declarará en el juicio, variable que el acusador no maneja, ya que es resorte de la defensa el decidir si declara o no, y que en el evento que declare, en el contraexamen obtendré la respuesta del acusado, segunda variable que no es controlada por el acusador, como son las respuestas que dirá el contraexaminado, donde me señalará que efectivamente actuó sobre seguro, lo que satisface la noción legal envuelta en la alevosía.

Desafortunadamente, las cosas no funcionan así. Hay ciertos elementos jurídicos de un caso que deben ser acreditados por medio de prueba indirecta o indiciaria, entregándole al tribunal una serie de antecedentes que mediante un proceso lógico le permitan arribar a la conclusión deseada: el acusado actuó sobre seguro, por lo tanto hubo alevosía y como consecuencia se configura la agravante alegada.

En estos casos, el litigante debe incorporar a sus proposiciones fácticas todos los antecedentes que en su concepto permiten que el tribunal con un razonamiento inferencial alcance la conclusión deseada.

Así, por ejemplo, el abogado litigante acreditará como hechos que el acusado compró un arma, que tuvo clases de tiro, que conocía la rutina de la víctima, que la víctima confiaba en él, que lo citó a una reunión en un lugar despoblado de difícil acceso, que le disparó por la espalda, que el acusado le debía dinero a la víctima, etc.

Todos estos elementos permiten concluir por un razonamiento deductivo que el acusado actuó sobre seguro, y que por lo tanto estamos ante un homicidio alevoso.

Debemos reparar en que cada uno de los elementos aisladamente considerados y que sumados permiten arribar a la conclusión deseada, deben ser probados con una evidencia directa: debo obtener un testigo que declare que la víctima conocía al acusado y luego otro que declare que tomó un curso de tiro, o incorporar el registro



de inscripción en el curso, y así sucesivamente, con cada uno de ellos. Una vez que he probado cada uno de los elementos, he construido mi evidencia indirecta que por medio de un razonamiento que formularé en el alegato de clausura permita persuadir al tribunal en el sentido que el acusado actuó con alevosía, transformando el homicidio de simple a calificado.

El problema práctico que algunas veces puede ocurrir es que cada uno de los elementos en que he dividido mi evidencia indirecta puede aparecer un poco alejado de lo debatido en el juicio, dando lugar por lo tanto a posibles objeciones durante la audiencia de juicio o, incluso, a la solicitud de exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral.

Mirado desde el ángulo de un juez que está juzgando un caso de homicidio, puede considerar a primera vista un tanto inatendente al juicio las líneas de interrogación tendientes a acreditar que el acusado recibió un curso de tiro, por lo que si el defensor objeta la pregunta por inatendente, el abogado litigante debe tener muy presente que debe defender la pregunta fundado en que su teoría del caso postula precisamente que el homicidio fue alevoso, lo que se acreditará con una serie de evidencia indiciaria dentro de la cual se encuentra esta línea

de interrogación, por lo que la pregunta es atingente y debe ser contestada por el testigo. Con esta explicación seguramente el juez rechazará la objeción y ordenará hacer la pregunta.

En todo caso, cabe tener presente, por razones de prudencia, que tampoco el abogado debe abusar de la paciencia de los jueces construyendo evidencias indiciarias que se alejen muy remotamente de los antecedentes que quiere suministrarle al tribunal para construir la presunción, de la médula central del caso, ya que en esas hipótesis el juez tenderá a acoger una objeción por impertinencia de la pregunta, lo cual no es deseable. Siempre el abogado debe aparecer en control de su caso y no ponerse en una situación en la cual pueda comunicar que según su tesis de los hechos ciertas preguntas o pruebas debieron hacerse o rendirse y el tribunal no se lo permite o autoriza porque lo considera inatendente. El abogado litigante siempre debe estar atento al lenguaje no verbal de los intervinientes de un juicio y tener la sensibilidad necesaria para poder percibir cuándo está agotando una línea de interrogación antes que el tribunal le ordene hacerlo.

Volveremos sobre este último punto más adelante.