

Técnicas de litigación estratégica en materia penal

Frank Luis Mila Maldonado¹, Karla Ayerim Yanez Yanez¹

¹ Universidad de Otavalo, Otavalo, Ecuador

*Autor para correspondencia: kayanez@uotavalo.edu.ec

Recibido: 2023/02/15

Aprobado: 2023/05/12

DOI: <https://doi.org/10.26621/ra.v1i28.876>

RESUMEN

Esta investigación se enfoca en analizar las técnicas de litigación oral para una litigación estratégica en materia penal; en tal sentido, se parte del antecedente normativo relativo a la tendencia internacional de la incorporación de la oralidad en los sistemas procesales penales, lo cual ha generado la necesidad de analizar las técnicas de litigación que permitirán un mejor desempeño de los abogados litigantes conforme a ciertos fundamentos teóricos que han sido desarrollados a nivel dogmático. El método empleado parte de una investigación de tipo cualitativa, descriptiva y documental, a través del análisis documental crítico de la doctrina. Las conclusiones señalan que es necesario dominar los fundamentos de las técnicas de litigación oral y los elementos que conforman la teoría del caso. Asimismo, es preciso contemplar el análisis de los elementos que otorga la teoría del delito, a fin de lograr un óptimo desempeño que se inscriba en la denominada litigación estratégica en el campo penal.

Palabras clave: oralidad, litigación oral, litigación estratégica, litigación penal, teoría del caso, técnicas de litigación

ABSTRACT

This research is focused on analyzing oral litigation techniques for a strategic litigation in criminal matters. In this sense, it is based on the normative background related to the international trend of the incorporation of orality in criminal procedural systems, which has generated the need to analyze the litigation techniques that will allow a better performance of litigating lawyers according to certain theoretical foundations that have been developed at a dogmatic level. The method used is based on a qualitative, descriptive and documentary type of research, using critical documentary analysis of the doctrine. The conclusions point out that it is necessary to master the fundamentals of oral litigation techniques and the elements that make up the theory of the case. Likewise, it is necessary to consider the analysis of the elements provided by the theory of crime, to achieve an optimal performance that is part of the so-called strategic litigation in the criminal field.

Keywords: orality, oral litigation, strategic litigation, criminal litigation, case theory, litigation techniques

Frank Mila  orcid.org/0000-0003-4363-5092

Karla Yanez  orcid.org/0000-0003-0441-9354



INTRODUCCIÓN

La litigación estratégica penal es una necesidad actual en el marco de los nuevos procesos orales, que se caracterizan por enaltecer principios como la publicidad, la concentración, la contradicción y la intermediación. A este respecto, la serie de reformas de índole adjetivo al sistema penal del Ecuador “nos afronta a un nuevo desafío frente a la dinámica y aplicabilidad del litigio con una argumentación coherente con las exigencias y expectativas atribuidas a los jurisperitos frente a un moderno y riguroso sistema procesal penal oral acusatorio” (Ortiz y Ortega, 2022).

Lo anterior implica contar con el dominio de técnicas de litigación para el desempeño oral, ya que no es suficiente con el manejo a nivel teórico de las instituciones y fuentes del derecho, sino que debe existir una planificación y un estudio estratégico para optimizar el desempeño de los profesionales en la resolución de casos en el campo del derecho penal actual.

En esta investigación se trabaja con literatura destacada en el ámbito de la litigación oral, abordándose distintas técnicas, entre las que destaca la teoría del caso y sus diversos elementos, entre ellos, los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios, los cuales trabajan sobre la base de la teoría del delito y de la teoría de la prueba. Adicionalmente, se analizan los aspectos relativos a los alegatos de apertura y de cierre, así como la práctica de la prueba, principalmente el examen y contraexamen de testigos.

Por último, se plasman las particularidades que deben tenerse en cuenta para una litigación estratégica penal en la actualidad. En este sentido, se señala que existen múltiples contenidos que deben ser analizados para contar con una previsión global e integral de todo lo que puede presentarse en el marco de un juicio, de conformidad con el rol que se ocupe como abogado defensor o acusador.

MÉTODOS

La presente investigación es dogmático-jurídica, definida por Mila et al. (2021) como aquella que “se caracteriza por el análisis interpretativo de la norma jurídica y de las fuentes del derecho basadas en constructos teóricos”. La población o universo utilizado fue la doctrina jurídica y demás documentos asociados al derecho, como la jurisprudencia y la legislación. Con este material se realizó un análisis de diseño documental, empleando la técnica del análisis documental de dichas fuentes a través de un método dogmático-jurídico, adaptado al análisis crítico de la doctrina. Así, se generaron distintos resultados, en los cuales se vislumbran las técnicas actuales de litigación oral, enfocadas en la denominada litigación estratégica del derecho penal.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La oralidad en los sistemas procesales

La reciente incorporación de la oralidad en los sistemas procesales se ha llevado a cabo sobre la base de algunos instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone lo siguiente en su artículo 8.1: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”.

En relación con dicho aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Apitz Barbera y otros*, del año 2008, manifestó que, a pesar de que no se desprenda de manera taxativa que el derecho a ser oído implique que deba ser de manera oral, ello no es óbice para considerar que la oralidad sea una garantía que deba ser observada por el Estado.

Es por ello que la tendencia internacional ha sido incorporar en los sistemas la oralidad. A este respecto, Páez (2020) señala que “los códigos procesales contemporáneos coinciden al instituir los juicios orales como espacios oficiales para solucionar los conflictos sociales”. Esta tendencia también obedece a las propuestas del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988) y del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989), los cuales trabajan sobre la base de la oralidad; especialmente en materia penal, se estatuye en el artículo 299 que el debate debe ser oral y, a su vez, se consagran los derivados de la oralidad, que son la publicidad, la intermediación, la contradicción y la concentración.

Asimismo, existen algunos ejemplos de Estados que, incluso a nivel constitucional, consagran que los procesos deben ser orales, como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que establece en el artículo 257 lo siguiente:

El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) señala, en el artículo 168, que “(...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”. Por consiguiente, en función de lo descrito, existe una tendencia enfocada hacia la incorporación de la oralidad a nivel internacional como el sistema procesal más idóneo, que incluso es una característica de los procesos penales de corte acusatorio; este aspecto, a su vez, ha generado como consecuencia que sea necesario manejar las denominadas técnicas de litigación oral.

En ese sentido, la oralidad es “uno de los grandes avances que ha conquistado el sistema de administración de justicia penal” (Lorenzo, 2015), lo cual implica, como se señaló, que el abogado cuente con la preparación necesaria para litigar (Ahumada, 2019). Además, es necesario formarse en técnicas de litigación. Además, es necesario formarse en técnicas de litigación, pues, como señala Zalamea (2021), aprender únicamente el marco teórico y normativo no es suficiente para ejercer en las cortes.

Por lo tanto, la oralidad va de la mano de las técnicas de litigación, ya que, como se apuntó, no es suficiente con el dominio teórico y normativo y el uso de otras fuentes del derecho, sino que es menester conocer los fundamentos de las técnicas de litigación, que permiten manejar herramientas y contar con habilidades para ejercer de manera idónea en el marco de los sistemas orales.

Fundamentos dogmáticos de las técnicas de la litigación oral

En términos generales, las técnicas de litigación implican según Luján et al. (2018), que los abogados no solo están obligados a:

(...) exponer oralmente sus pretensiones y alegaciones, sino que, antes, deben planificar y diseñar una estrategia eficaz para que, mediante dichas elocuciones, proporcionen al juzgador la información deseada y lo convenzan de sus afirmaciones, a la par que se atacan y debilitan los argumentos de la parte contrincante, para que sean desvirtuados”.

Por lo tanto, se exige que el jurista, en el marco de la oralidad, deba contar con una debida planificación para una litigación eficaz. En ese orden, apuntan Ortiz y Ortega (2022) que “la labor del abogado litigante es, pues, una labor técnica por excelencia, que consiste en la utilización de medios idóneos para alcanzar o conseguir el resultado anhelado a partir de la situación inicial dada”. En este sentido, se hace patente que dicha labor técnica se apoya en las aludidas técnicas de litigación.

Contextualizando, las técnicas de litigación son aquellas herramientas que permiten responder a la oralidad a través de una planificación que parte de la denominada teoría de caso, que contempla aspectos fácticos, jurídicos y probatorios que permiten contar con una línea común hacia un objetivo que concilie dichos ámbitos. En este contexto, la teoría del caso se define como “el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarlo ante un tribunal para ser conocido en un hipotético juicio oral” (Moreno, 2021, p. 27). O bien, como indica Almanza (2017), “la teoría del caso es una explicación creíble de lo que pasó sobre hechos que puedas probar”.

Se observa que la teoría del caso es la presentación de una versión de hechos que cuente con un respaldo probatorio y que, a su vez, permita subsumir dichos hechos en el ámbito jurídico en conformidad con las fuentes pertinentes. Para ello, debe existir una coherencia entre los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios de cara a su presentación en un juicio, que puede realizarse o no, pero que, en todo caso, permitirá tener un sustento sólido que se traduzca en eficacia y eficiencia frente a cualquier caso concreto.

Por otra parte, respecto a las técnicas de litigación, se estudian otros elementos que atienden a las distintas etapas naturales en las cuales se desarrolla el proceso, como el alegato inicial o de apertura, que se entiende como el primer contacto que se tiene ante el juzgador. En esta etapa se expone de manera primigenia la teoría del caso elaborada, de forma sintética, a fin de exponer cuál será el eje sobre el cual girará nuestro rol de acuerdo con el sistema adversarial, sea en carácter de defensor o acusador. Por consiguiente, se entiende que el alegato de apertura es “la primera oportunidad que cada litigante tendrá de anunciar su caso en el juicio; su primera oportunidad para exponer la teoría del caso que intentará probar” (Lorenzo, 2015).

En las técnicas de litigación se analiza la práctica de la prueba, es decir, se analizan las técnicas del interrogatorio (examen) y del contrainterrogatorio (contraexamen) de los testigos y peritos, abarcando las respectivas preguntas y objeciones, que también contemplan ciertas particularidades que deben manejarse en las audiencias. De igual manera, se abordan las técnicas de las pruebas documentales y del reconocimiento de objetos, que requieren asimismo una técnica adecuada en el marco de la oralidad.

Del mismo modo, se contempla una técnica para presentar el alegato de clausura o de cierre. Gatica (2005) afirma que esta etapa es el “período final y conclusivo”, en el que se “persigue dejar establecido que todo aquello que se ha expresado durante el juicio tiene coherencia, veracidad,

respaldo probatorio y trascendencia jurídica” (p. 381). Así, en esta fase, el abogado resumirá todo lo desarrollado en el juicio, procurando resaltar las fortalezas de su teoría del caso para ganar el convencimiento del juzgador sobre la base de lo expuesto y la veracidad de las pruebas, de acuerdo a los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios.

Por último, en lo relativo a las técnicas de litigación, también se analizan diversos aspectos circundantes en el marco de la oralidad de los procesos, como, por ejemplo, la exposición, la construcción del discurso, la persuasión, el lenguaje corporal, el manejo de los tiempos y el control de emociones, entre otros elementos naturales que se pueden presentar en el orden de la oralidad, con los que se procura conciliar aspectos prácticos y teóricos para asegurar una defensa exitosa.

La litigación estratégica en materia penal

En los apartados anteriores se abordaron las generalidades relacionadas con la oralidad y su impacto en los sistemas a nivel procesal, especialmente en el campo del derecho procesal penal, así como las denominadas técnicas de litigación oral, determinando su naturaleza y su contenido básico. Ahora bien, es preciso puntualizar la litigación estratégica en el ámbito penal.

• Planificación estratégica: La teoría del caso

En primer término, se debe partir de la construcción de la teoría del caso, la cual, entre otras funciones, permitirá, según Calderón (2012):

- a. Definir nuestra versión de los hechos.
- b. Realizar un análisis estratégico del caso.
- c. Ordenar y clasificar la información del caso.
- d. Adecuar los hechos al tipo penal, lo cual servirá para defender la tesis asumida.
- e. Determinar qué es lo esperamos de la investigación.
- f. Seleccionar la evidencia relevante.
- g. Detectar debilidades propias.
- h. Identificar las debilidades de la parte contraria.
- i. Disponer de los elementos básicos para tomar decisiones importantes.

Según lo anterior, es menester apelar a la elaboración de una teoría del caso, que se traduce en planificación; esta implica, *ab initio*, contar con una metodología de trabajo clara que se inicie en cuanto se reciba o se asigne el caso. A este respecto, la planificación debe contemplar que “la preparación del juicio comienza mucho antes de la audiencia del debate” (Rua, 2020, p. 20). En efecto, la elaboración de la teoría es una labor independiente a que en efecto se celebre el juicio, lo cual significa que es un aspecto medular a nivel de litigación, ya que ahí va a constar de manera estructurada y coherente la teoría a ser presentada en el caso.

Igualmente, la preparación de la teoría va aparejada al derecho a la defensa, pues, a nivel internacional y constitucionalmente, se reconoce que el imputado debe contar con un tiempo para preparar su defensa (Hidalgo, 2013). Este proceso abarca concebir una teoría del caso, para lo cual se requiere información y una investigación por parte del abogado; además, el abogado acusador también contará con un tiempo prudencial para presentar su acusación.

Por tanto, el punto de partida es la planificación, que se genera con la elaboración de la teoría del caso; a su vez, esta debe adecuarse al rol que corresponda y, en función de ello, se desarrollarán los elementos fácticos, jurídicos y probatorios.

A este respecto, es necesario señalar que la teoría del caso en el ámbito penal descansa en dos grandes teorías del ámbito del derecho: la teoría del delito,

que es la que da soporte al elemento fáctico y jurídico, y la teoría general de la prueba, que atiende a los aspectos probatorios, es decir, a lo concerniente a la práctica de la prueba, comprendiendo todos sus momentos.

A modo ilustrativo, se trabajará con un caso que fue publicado en la novela *Tiempo de matar* (1989), del autor John Grisham. Llevada a la gran pantalla, la obra se basa en una violación realizada en perjuicio de una niña de 10 años (en concurso con una tentativa de homicidio-asesinato). Con posterioridad a dicho acto, el padre del sujeto pasivo aguardó en el tribunal a la espera de la presentación de los sujetos activos y le dio muerte a uno de ellos en plena sede del juzgado (en concurso con una tentativa de homicidio-asesinato-dolosa con respecto al otro sujeto activo y lesiones imprudentes en perjuicio de un alguacil o custodio). Ante ese escenario, la defensa del padre de la niña giró en torno a la inimputabilidad del padre, que tomó la justicia por su propia mano; se alegó que el sujeto actuó bajo un intenso dolor, aspecto que disminuyó su capacidad de comprensión. Por su parte, la Fiscalía trabajó con la tesis de una conducta dolosa con total capacidad de comprensión. Más allá de que se enmarque en un sistema anglosajón, a continuación, se traslada este ejemplo a la luz de la teoría del caso, a fin de vislumbrar su utilidad y la importancia de contar con una planificación, ya que desde un inicio se debe conocer la línea argumentativa sobre la cual va a girar la litigación.

- **Aspecto fáctico y jurídico de la teoría del caso en consonancia con la teoría del delito**

Los aspectos fácticos son una construcción lógica, coherente y natural, dirigida a determinarlo jurídico y lo probatorio. En este sentido, al momento de elaborar el componente fáctico, se debe tomar en cuenta que el componente se construye con el objetivo de determinar o excluir una calificación jurídica, es decir, “las normas penales sustanciales no hacen más que recoger supuestos fácticos de conductas u omisiones de deber y elevarlos a la categoría de delitos” (Hernández, 2005).

Según lo señalado, es notable que el aspecto fáctico guarda relación con la teoría del delito, ya que se erigen dichos presupuestos para que posteriormente puedan ser subsumidos a nivel jurídico en las normas respectivas. Asimismo, el elemento fáctico debe desarrollarse en la línea de la integralidad, de forma que pueda relacionarse con los posteriores alegatos que, según cada fase, deben descansar en este concepto de coherencia: “debemos relacionar nuestro alegato de apertura, interrogatorios, contrainterrogatorios, repreguntas y alegato de clausura con la teoría del caso de manera lógica y para tener éxito” (González, 2016).

Por otra parte, cuando se adujo que el ámbito jurídico está íntimamente relacionado con la teoría del delito, es porque esta reviste una importancia cardinal: “la Teoría del Delito constituye una herramienta básica para la parte acusadora y la defensa, en virtud que permite, [sic] saber cuándo un hecho puede ser considerado o no delito” (Arellano y Mendivil, 2020, p. 5). En el mismo sentido, como sostiene Velázquez (2013), “es imposible aplicar la normativa procesal a espaldas de las construcciones académicas de la Parte General del Derecho penal”, esto es, principalmente la teoría general del delito y otros contenidos colaterales.

Por ende, la teoría del delito será la herramienta idónea para determinar si se está o no en presencia de un delito; para ello, se analizan aspectos como los principios que limitan el ejercicio del poder punitivo —especialmente los referidos a la legalidad, entre otros—, aspectos relativos a la aplicación temporal, espacial y personal de la norma, elementos de la interpretación —como tipos en blanco e incompletos, entre otros— y, en general, las fuentes del derecho penal.

Adicionalmente, los elementos del delito constituyen el aspecto más trascendental que se ventila en un juicio, en virtud que precisamente se debate acerca de la comisión de un delito, por ende, se debe analizar cada elemento de manera concurrente; independientemente del rol que se ocupe, sea como acusador o defensor, por ende, estos elementos deben estar acreditados o excluidos. En ese sentido, es preciso determinar si se está en presencia de una conducta desde el punto de vista penal, esto significa que se debe establecer si opera algún supuesto de exclusión, para posteriormente poder analizar el tipo o tipos penales en cuestión, a nivel objetivo y subjetivo, sumándose la respectiva imputación de ambos. Por otra parte, se debe tener presente la antijuricidad y las causas de justificación, así como la culpabilidad, también las respectivas causas de exclusión.

De igual forma, en la teoría del delito también se analizan los amplificadores del tipo, como la autoría y la participación, y las formas inacabadas, sin menoscabo de otras instituciones que pueden estar en juego, como el concurso de delitos o la punibilidad, entre otras. Una vez clarificado el elemento jurídico que circunda esencialmente a la teoría del delito, una litigación estratégica en el campo penal requiere, como condición ineludible, del dominio de la teoría del delito y de sus fundamentos, en aras de elaborar un elemento fáctico y jurídico correcto.

Respecto al ejemplo supra indicado, si se trata de la defensa del padre, esta deberá acreditar que, de alguna manera, la violación perpetrada a la niña generó en el padre una situación que afectó a su capacidad de comprensión. Asimismo, se tendrá en cuenta la brutalidad de la violación por parte de los dos sujetos adultos, quienes golpearon a la niña de manera reiterada, arrojaron latas de cervezas en su rostro, orinaron sobre ella, la amarraron y buscaron su muerte por asfixia (ahorcamiento) subiéndola a un árbol. La rama no resistió el peso y la niña logró sobrevivir; sin embargo, producto de la violación, la niña perdió su capacidad de procrear. Dicho contexto, debidamente acreditado, puede evidenciar una afectación a nivel mental que en cierta forma puede nublar la capacidad de comprender; este elemento puede afectar a la culpabilidad, lo cual puede atenuar o, dependiendo del alcance, fungir de causa de exculpación por inimputabilidad. Por parte de la Fiscalía, se deben acreditar los hechos relativos a la comisión del delito de homicidio o asesinato, en atención a la legislación, abarcando el tipo objetivo y subjetivo. Se debe destacar el *animus necandi* y apelar a la separación temporal de los hechos (violación), pues no fue en flagrancia —que podría dar lugar a una justificación— sino con posterioridad, como sinónimo de venganza. Así, se vislumbra que los aspectos fácticos y jurídicos comulgan con la teoría del delito para contar con un sustento y una línea clara a nivel de litigación, es decir, para una fundamentación fáctica y dogmática basada en la teoría del caso.

- **Aspecto probatorio y teoría de la prueba**

El componente probatorio descansa en la teoría de la prueba, entendida como el eje sobre el cual gira el proceso. Como señala Delgado (2016), “las pruebas son la vida del proceso o más bien son el proceso mismo” (p. 9), ya que de nada sirve el derecho si no se prueba (Rivera, 2012). Asimismo, las pruebas y las valoraciones son expuestas y discutidas de manera oral (Puy Muñoz, 2009), mientras que corresponde al juez valorarlas. La oralidad se entiende como el modo óptimo y convincente para generar dichas conclusiones en el marco de la inmediación (Clariá, 2004).

Conforme a lo expuesto, la temática relacionada con el aspecto probatorio se entiende como trascendental para el proceso, ante lo cual es menester dominar las terminologías, los sujetos, los objetos, los medios de prueba y la práctica de la prueba. Es en este último elemento

en el que se centran las técnicas de litigación, ya que, principalmente, se trabaja sobre la base de tres medios de prueba: la prueba documental, la testimonial y la pericial. En las dos últimas se trabaja con dos figuras trascendentales, el examen y el contraexamen.

- **Examen y contraexamen de testigos**

Cuando se alude al examen, se recomienda, en general, observar lo que la doctrina ha señalado al respecto. Se trata de un tema amplio abarca distintos tópicos, entre los cuales figuran analizar lo relativo a la admisibilidad del testimonio de la pericia, los límites con respecto a las facultades del juez, el objetivo que tiene el examen directo, la forma y las técnicas a emplearse en el interrogatorio y, lo más importante, el papel y alcance de cada fase del examen. Rúa (2020) señala la acreditación del testigo, la acreditación de las proposiciones fácticas —aquí se debe mantener un relato ordenado y lógico, que evite lo superficial y permita captar la atención de los presentes, utilizando recursos audiovisuales de ser el caso y controlando al testigo—, la acreditación e incorporación de la prueba material y el aporte de información relevante para acreditar, en su lugar, otra prueba, sea material o testimonial. A esto se debe sumar que existen preguntas permitidas, como las narrativas, abiertas o cerradas —estas últimas, las más óptimas— y se prohíben las sugestivas, salvo que se trate de preguntas de transición, introductorias, de testigo hostil o por la negativa (Rúa, 2020). Para ello, el abogado debe dominar los mecanismos adecuados, como las objeciones, para controlar de manera inmediata dicho acto.

Por otra parte, el contrainterrogatorio o contraexamen permitirá obtener información para desacreditar lo expuesto en el interrogatorio. A este respecto, González (2016) señala que el contrainterrogatorio ofrece la posibilidad de controvertir la información que se ofrece al tribunal, al ser contraria a los intereses de las partes. El contrainterrogatorio es, por tanto, la vía más usual para desacreditar, en la cual se permiten “preguntas cerradas, sugestivas y que tienen por objetivo desacreditar el testimonio de la persona que ha declarado en un interrogatorio”.

De esta manera, se observa que es un mecanismo necesario para desacreditar la información obtenida de manera previa y que se puede trabajar con preguntas sugestivas. Cabe resaltar que, de manera general, el examen y contraexamen, respecto a sus aspectos teóricos, opera de igual manera para los testigos y para los peritos. No obstante, en materia de peritos se suma que la acreditación juega un papel importante, en lo relativo a su objeto, y que, por tratarse de una prueba compuesta, existe un peritaje adicional al testimonio.

Igualmente, cuando se habla de la declaración del imputado en el litigio adversarial, se deben observar ciertos parámetros y no excluir a *priori* tal posibilidad, considerando en todo momento la garantía de que la declaración debe ser voluntaria. En términos generales, coincidimos con Carbajal (2020) cuando afirma que:

(...) la decisión del imputado de ejercer la facultad de abstenerse de declarar tiene siempre un costo de credibilidad cuya entidad y trascendencia depende de un conjunto de variables difíciles de mensurar, por lo cual, esa decisión debe ser cuidadosamente analizada y resuelta con un sentido estratégico según las circunstancias del caso.

Citando nuevamente el ejemplo *sub examine*, se observa que el examen y contraexamen son medulares a nivel procesal en la litigación para acreditar los aspectos fácticos que inciden, a su vez, en el plano

jurídico-penal. Así, los testigos fueron contestes en la acreditación de los supuestos fácticos de las partes para la defensa del padre, que implica determinar que, en efecto, la violación lo afectó, pues incluso tuvo que cargar a su niña para trasladarla al hospital, lo cual fue visualizado por la comunidad. Se observó la mirada perdida del sujeto, la conversación que sostuvo con el abogado y la reacción al recibir la noticia de que la hija sobrevivió milagrosamente tras los brutales hechos materializados con la conducta delictiva de los sujetos.

En el mismo contexto, con respecto a los peritos o expertos, el punto de partida es su acreditación profesional, destacando su trayectoria, experticia, dominio del tema, títulos académicos y, en general, la experiencia en el área. Se observan, en este caso, exámenes y contraexámenes en los cuales se procura acreditarlos o desacreditarlos; por ejemplo, se apela al pasado delictivo de un perito, promovido por la defensa, en un presunto caso de abuso sexual. Asimismo, se desacredita la experticia en el área de otro de los expertos promovido por la Fiscalía. Posteriormente, se ataca la acreditación fáctica de la opinión de hechos presentados por terceros, que significa la determinación de las consecuencias de un episodio como el vivido por el sujeto y cómo este puede afectar a su capacidad de comprender la ilicitud. Se realiza con el objetivo de dilucidar si, en efecto, se puede afectar dicho elemento del delito y, por tanto, incidir en la calificación jurídica, es decir, en el componente jurídico.

Con ello se denota que la práctica de la prueba, en este caso, obedece, principalmente, al ámbito del examen y contraexamen de testigos, así como de peritos o expertos. Esta observación se extrae más allá de que se trate de un alegato de la defensa que obedece a temas de índole psiquiátrico, que inciden en la culpabilidad, lo cual implica el auxilio de las ciencias médicas en el ámbito penal.

- **Alegatos de apertura y cierre: El impacto del inicio y la última visión antes de la decisión judicial**

Por otra parte, cuando se elabora la teoría del caso, también se debe atender a los alegatos de apertura y de cierre. Con respecto al primero:

(...) es una actividad fundamental del litigante, pues constituye la oportunidad para presentar su verdad procesal ante el tribunal, en este punto los jueces tomarán [sic] por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso, la teoría del caso es un ángulo, un punto de vista desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juzgador la mira desde allí verá en ella lo que nosotros vemos. (Ortiz y Ortega, 2022)

En este sentido, se entiende que, en materia penal, debe quedar clara la pretensión; si se trata de la defensa, se trabaja sobre la base de la exclusión de los elementos del delito, como puede ser una ausencia de acción, atipicidad, causas de justificación o causas de exclusión de la culpabilidad, y si es por parte de la Fiscalía, se trabaja principalmente según la tipicidad objetiva y subjetiva —sin menoscabo de los demás elementos del delito— para determinar que se está en presencia de un delito. Con ello, debe quedar claro si hay delito, qué delito es, la participación, concursos y formas inacabadas, entre otros elementos. Por el contrario, si se excluye el delito, se debe señalar sobre la base de qué elemento y en razón de qué supuesto, junto a un resumen puntual de los hechos más los principales elementos con los cuales se probarán.

Por último, el alegato de clausura o de cierre es el elemento final de la actividad derivada del debate —puede subsistir el tema recursivo

o relativo a la ejecución de la decisión—. Es un momento cumbre porque representa una exposición de cierre en la cual se ilustra al juzgador de oído lo más trascendental del juicio, es decir, debe ser una suerte de borrador para la toma de decisión del juzgador. Así, Blanco (2018) señala:

El eje central del Discurso de Clausura gira en torno a las evidencias rendidas, y a la forma en que la información aportada por tales pruebas permite acreditar la Teoría del Caso, y consecuentemente, la teoría jurídica de la parte.

En este alegato se pueden mencionar las debilidades, pero sin dejar un marco que posibilite el ataque de la contraparte. En todo caso, este acto debe ser claro, sucinto, preciso y contundente, y debe dejar patente que fue demostrada nuestra teoría del caso.

La litigación estratégica penal en el sistema oral tiene ciertas particularidades que van más allá de consejos genéricos, pues existe un constructo teórico que, con el tiempo, se ha ido reconociendo como parte del derecho procesal. Esto implica el dominio de ciertos elementos para optimizar el ejercicio profesional del abogado en relación con la naturaleza de la oralidad, que reclama que la confrontación viva y directa conforme a los nuevos sistemas, lo que, a su vez, conlleva contar con referentes técnicos para poder actuar.

Por otra parte, volviendo al caso examinado, los alegatos de inicio y de cierre son el ejemplo paradigmático de lo que se debe observar en ellos. Primero, contar con una línea argumentativa sólida, de conformidad con la planificación. Con respecto a la defensa, en el alegato de apertura, plantea que los hechos que dieron lugar al homicidio o asesinato se reconducen a un episodio del sujeto activo con ocasión de la violación y tentativa de muerte de su hija, amén de los otros aspectos antes descritos. Con ello, se busca contextualizar al juzgador —o jurado— respecto a los aspectos fácticos y jurídicos, además de mencionar que existe un bagaje de elementos probatorios que permitirán conciliar dichos elementos, que conforman una teoría del caso. Este aspecto se observa, igualmente, por parte de la Fiscalía, quien manifiesta que en todo momento se trató de un homicidio-asesinato-doloso, con pleno conocimiento por parte del sujeto activo, que utilizó un arma de fuego y disparó en reiteradas ocasiones sobre la humanidad del occiso y los lesionados.

Por último, el alegato de cierre comenzó con los planteamientos de la Fiscalía, que, de manera concisa, precisa y clara, aborda los hechos, la calificación jurídica y los elementos de prueba que se expusieron en el juicio y que, de alguna manera, se considera que determinan la culpabilidad del sujeto, tanto a nivel de elemento del delito como a nivel procesal. No obstante, es el alegato de cierre de la defensa el que terminó de generar la convicción del jurado, pues, con claridad, concisión y también precisión, se refirió al contexto de los hechos y al aspecto fáctico, así como al probatorio. Además, logró que el jurado se imaginara la brutal violación, las lesiones y la tentativa de homicidio-asesinato en perjuicio de la niña, situación que generó una afectación al padre, quien, en el marco de dicho escenario, dio muerte a uno de los sujetos y provocó lesiones a los demás.

Así, se evidencia que es trascendental la sustentación del caso a nivel jurídico, dogmático y probatorio. También se deben transmitir y contextualizar los hechos de manera clara, sencilla y precisa, de forma que demuestren solidez, coherencia, lógica y, de manera integral, el cumplimiento de la teoría del caso.

CONCLUSIONES

En conclusión, se evidencia la tendencia actual de los sistemas procesales penales hacia la oralidad, lo cual implica un cambio de paradigma que se refleja en distintos instrumentos internacionales, así como en los organismos de protección de derechos humanos. A ello se suman las constituciones y códigos procesales penales de la región.

La oralidad posee ciertas particularidades, en virtud de que va aparejada a la publicidad, la contradicción, la concentración y la inmediación. Así, los alegatos, la práctica de prueba y demás actividades propias del juicio se desarrollan de manera oral, pública y directa, con la presencia de las partes y sujetos procesales. Estas características implican que el abogado, independientemente del rol que ocupe, debe dominar los fundamentos de las técnicas de litigación, con el objetivo de trabajar sobre la base de una litigación estratégica.

Por tanto, las técnicas de litigación oral son un constructo teórico que permite vislumbrar herramientas y metodologías para trabajar en el marco de la oralidad, entre las que destaca la teoría del caso y sus elementos fácticos, jurídicos y probatorios. Estos elementos deben ir armonizados y de la mano, en aras de probar en juicio algún acontecimiento histórico, de acuerdo a distintas fases o momentos: la planificación del caso, el alegato de apertura o inicial, la práctica de pruebas —que incluye el examen, el contraexamen de testigos y expertos el reconocimiento de objetos y la prueba documental—, y, finalmente, el alegato de cierre.

Por último, se recomienda que los abogados litigantes dominen las técnicas mencionadas para que se puedan elaborar defensas estratégicas que descansen en aspectos sólidos y que optimicen la función del abogado ante los estrados. De esta forma, asumiendo el rol que corresponda y sin menoscabo del dominio teórico de otros elementos propios de la ciencia procesal, así como de la teoría general de la prueba y la teoría del delito, se contribuirá a un ejercicio eficaz y eficiente mediante el uso de las técnicas de litigación.

Contribución de los autores: Los autores declaran igualdad en las contribuciones y elaboración del artículo.

Fuente de financiamiento: Esta investigación no recibió financiamiento externo.

Conflicto de intereses: Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses.

REFERENCIAS

- Ahumada, C (2019). *Los recursos en la litigación*. Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Director: Alberto Binder. Ediciones Didot.
- Arellano, J. y Mendivil, C. (2020). Teoría del delito y teoría del caso. *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, (33). 1-43.
- Almanza, F. (2017). *Técnicas de litigación oral y argumentación en juicio*. 1ra ed. Olejnik.
- Blanco, R. (2018). *Manual de litigación para defensores públicos: perspectivas estratégicas*. Oficina Nacional de Defensa Pública.
- Calderón, L. (2012). ¿la Solidez de una teoría del caso determina el éxito de un alegato de apertura? *Derecho & Sociedad Asociación Civil*, (39). 133-139.

- Carbajal, F. (2020). *La declaración del imputado en el litigio adversarial*. Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Director: Alberto Binder. Ediciones Didot.
- Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988). Hammurabi. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General.
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1989). Hammurabi. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Secretaría General.
- Convención Americana de Derechos Humanos (1969). San José de Costa Rica. Organización de Estados Americanos.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial número 449 de fecha 20 de octubre de 2008. Ecuador.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 5.453 (extraordinario) marzo 24, 2000.
- Clariá Olmedo, J. (2004). *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Rubinzal Culzoni Editores.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Apitz Barbera y otros.
- Delgado, R. (2016). *Las pruebas en el proceso penal venezolano*. 7ma ed. Vadell Hermanos
- Gatica S. (2005). La clausura como conclusión de la actuación del abogado en el juicio oral. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 1(26), 379-384.
- Grisham, J. (1989). *Tiempo de matar*. Editorial Planeta.
- González, D. (2016). *Manual práctico del juicio oral*. 4ta ed. Tirant Lo Blanch.
- Hidalgo, J. (2013). *Hacia una teoría del caso mexicana*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigación Jurídicas. Serie: Juicios Orales, (5).
- Hernández, J. (2005). Imputación fáctica y jurídica. *Derecho Penal y Criminología*, 26(78), 87-108.
- Lorenzo, L. (2015). *Manual de litigación*. 1ra ed. Didot.
- Luján, M.; Peña, A.; Benavente, H.; Paz, M.; Santa Cruz, H.; Guevara, I.; Rojas, F.; Espinoza, P.; Angulo, P.; Gamero, L.; Arbulú, V.; Celis, F.; Alva, C. y Reynaldi, R. (2018). *Técnicas de litigación oral y teoría del caso*. Jurado, Doly Coord. Gaceta Jurídica.
- Mila, F. L., Yáñez, K. A. y Mantilla, J. D. (2021). Una aproximación a la metodología de la investigación jurídica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 8(2), 81-96. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2021.60341>
- Moreno, L. (2021). *Teoría del caso*. Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Director: Alberto Binder. Ediciones Didot. Argentina
- Ortiz B., y Ortega S. (2022). Las técnicas de litigación oral y argumentación jurídica: su incidencia e importancia en el proceso penal. *Dom. Cien.*, 8(1) DOI: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v8i41.2518>
- Páez Cuba, L. D. (2020). La oralidad: su repercusión para la ciencia jurídica y la enseñanza del Derecho. *Enunciación*, 25(2), 206-219. <https://doi.org/10.14483/22486798.16005>
- Puy Muñoz, F. (2009). Sobre oralidad y argumentación jurídica. *Dereito*, 18(2), 117-147. URL: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7928/03.Puy.pdf?sequence=1>
- Rivera, R. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica del Táchira.
- Rúa, G. (2020). *Examen directo de testigos*. Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Director: Alberto Binder. Ediciones Didot.
- Velázquez, F. (2013). La aplicación de la teoría del delito en la teoría del caso. *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*. (4)3. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12385>
- Zalamea, D. (2021). *Audiencias diversas al juicio*. Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Director: Alberto Binder. Ediciones Didot.