

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO

TRATADO INTEGRAL DE LITIGACIÓN ESTRATÉGICA

*Segunda edición,
ampliada y corregida*



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2015

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

	PÁG.
1. Aspectos generales	3
2. Teoría jurídica del delito. ¿qué es?, ¿cómo surge?, ¿cuál es su importancia?	3
A) ¿Cómo surge la teoría general del delito?	3
B) ¿Qué es la teoría general del delito?	4
C) ¿Cuál es la importancia de la teoría general del delito?	5
3. Concepto de delito.....	6
4. Elementos y estructura del delito	6

CAPÍTULO II

CATEGORÍAS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO

1. Cuestiones preliminares	9
2. Categorías fundamentales de la teoría general del delito.....	9
A) Tipicidad.....	10
B) Antijuricidad.....	11
C) Culpabilidad	12
3. El ilícito o injusto y la responsabilidad o culpabilidad	13

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN (Y OMISIÓN) JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE

1. El comportamiento humano como base de la teoría del delito	15
2. El comportamiento penalmente relevante.....	16
3. El concepto jurídico-penal de acción	16

	PÁG.
A) Teoría de la acción causal.....	16
B) Teoría de la acción final.....	18
C) Teoría de la acción social	19
D) Estado de la discusión	19
4. Sujeto de la acción	20
5. La ausencia de acción.....	21
A) Fuerza física irresistible.....	21
B) Movimientos reflejos	21
C) Estados de inconsciencia	22
6. La omisión.....	22

CAPÍTULO IV

LA TIPICIDAD (I): CUESTIONES FUNDAMENTALES

1. Tipicidad y tipo penal.....	23
2. Las funciones del tipo penal.....	24
A) Función de garantía	24
B) Función indiciaria	24
C) Función motivadora.....	24
D) Función de selección de las conductas penalmente relevantes o de discriminación.....	24
3. Estructura de los tipos penales	25
4. Elementos del tipo penal	25
A) Elementos descriptivos del tipo.....	25
B) Elementos normativos del tipo	25
5. Clasificación de los tipos penales.....	26
A) Según los sujetos	26
B) Según la acción.....	28
C) Por la construcción técnica del tipo.....	29
D) Según la forma de consumación.....	29
E) Según su relación con el bien jurídico.....	30
F) Según su estructura.....	31
6. Problemas de tipificación: la adecuación social y los tipos penales abiertos o en blanco	32
A) Adecuación social.....	32
B) Tipos penales abiertos o en blanco	33

CAPÍTULO V

LA TIPICIDAD (II): EN LOS DELITOS DE COMISIÓN DOLOSA

1. Cuestiones preliminares	37
2. Estructura del tipo en los delitos de comisión.....	37

	PÁG.
3. Tipo objetivo de los delitos de comisión.....	37
A) Sujetos	37
B) Acción y resultado	38
C) Objeto de la acción	38
D) Imputación al tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva	38
4. Tipo subjetivo de los delitos de comisión dolosa.....	50
A) El dolo	51
B) Elementos subjetivos adicionales al dolo	52
5. Ausencia de dolo: el error que recae sobre el tipo	52

CAPÍTULO VI

LA TIPICIDAD (III): EN LOS DELITOS DOLOSOS DE OMISIÓN (PROPIA E IMPROPIA)

1. Cuestiones preliminares	53
2. Estructura del tipo en los delitos de omisión (propia) dolosa	53
3. Tipo objetivo de los delitos de omisión (propia) dolosa	53
A) La situación generadora del deber de actuar	54
B) La no realización de la acción esperada	54
C) Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción	54
4. Tipo subjetivo de los delitos de omisión (propia) dolosa.....	54
5. Cuestión de los delitos de omisión impropia	55
A) Cuestiones iniciales: su admisibilidad.....	55
B) Requisitos para la imputación por delito omisivo impropio	56
C) Delitos de omisión impropia en el Código Penal	57

CAPÍTULO VII

LA TIPICIDAD (IV): EN LOS DELITOS CULPOSOS (DE COMISIÓN U OMISIÓN)

1. Cuestiones preliminares	58
2. Estructura del tipo en los delitos culposos (de comisión u omisión)	59
3. El deber objetivo de cuidado y su infracción	59
4. El resultado.....	60
5. El contenido de la culpa o imprudencia	60
A) La impericia.....	61
B) La negligencia	61
C) La imprudencia en sentido estricto.....	61
D) La innecesaria distinción entre culpa consciente e inconsciente.....	61
6. La regulación del delito culposo en el Código Penal	61

CAPÍTULO VIII

LA TIPICIDAD (V):
EXTENSIÓN: FORMAS IMPERFECTAS DE REALIZACIÓN
DEL TIPO PENAL (LA TENTATIVA)

	PÁG.
1. Extensión del tipo penal	62
2. Concepto de tentativa	62
3. Naturaleza jurídica	62
4. “Iter criminis” (etapas de realización del delito): actos preparatorios y actos ejecutivos.....	63
A) La ideación	63
B) La preparación	63
C) La ejecución.....	63
D) La consumación.....	63
5. La tentativa acabada y la inacabada	64
A) Tentativa acabada	64
B) Tentativa inacabada	64
6. La tentativa punible y la impune.....	64
A) Tentativa inidónea	64
B) Desistimiento en la tentativa	65
7. Penalidad de la tentativa.....	65

CAPÍTULO IX

LA TIPICIDAD (VI):
LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

1. Autoría y participación: cuestiones iniciales.....	66
2. Autoría.....	66
3. Distinción entre autoría y participación: teorías	66
A) Teorías extensivas de autoría: la teoría subjetiva	67
B) Teorías restrictivas: teoría objetivo-formal y la del dominio del hecho ..	67
4. La autoría y sus expresiones desde la teoría del dominio del hecho.....	68
A) Autor directo.....	69
B) Autor mediato	69
C) Coautoría	70
5. La participación: su accesoriadad (limitada), el título de imputación y sus formas.....	71
A) La accesoriadad (limitada) de la participación	71
B) El título de la imputación	72
C) Formas de la participación.....	72
6. Problemas de la participación en los delitos especiales: la incomunicabilidad de circunstancias personales	78
A) Teoría de la unidad del título de imputación	78
B) Teoría de la ruptura del título de imputación.....	79
C) Incomunicabilidad de las circunstancias personales	79

CAPÍTULO X

LA ANTIJURICIDAD (I):
ASPECTOS GENERALES

	PÁG.
1. Concepto y naturaleza jurídica.....	81
2. Antijuricidad formal y antijuricidad material	82
3. Antijuricidad e injusto.....	82
4. Desvalor de acción y de resultado.....	82

CAPÍTULO XI

LA ANTIJURICIDAD (II):
CAUSAS DE EXCLUSIÓN O DE JUSTIFICACIÓN

1. Aspectos generales	84
2. Legítima defensa	84
3. Estado de necesidad justificante.....	85
4. El miedo insuperable.....	88
5. El consentimiento.....	88

CAPÍTULO XII

LA CULPABILIDAD (I):
ASPECTOS GENERALES

1. Aspectos generales	90
2. Culpabilidad de acto y de autor.....	90
A) Culpabilidad de autor	90
B) Culpabilidad de acto o por el hecho	91
3. Evolución de la culpabilidad.....	91
4. Teorías de la culpabilidad.....	91
A) Teoría psicológica.....	91
B) Teoría normativa.....	92
C) La culpabilidad en la actualidad.....	92
5. Concepto y elementos de la culpabilidad.....	93
A) Concepto de culpabilidad	93
B) Elementos de la culpabilidad.....	93

CAPÍTULO XIII

LA CULPABILIDAD (II):
CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD Y DE EXCULPACIÓN

1. Aspectos generales	95
2. Causas de inimputabilidad: minoría de edad, anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y de la percepción.....	95

	PÁG.
A) Minoría de edad.....	95
B) Anomalía psíquica.....	96
C) Grave alteración de la conciencia.....	96
D) Grave alteración de la percepción.....	97
3. Ausencia de conocimiento de la antijuricidad: error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado.....	97
A) Error de prohibición.....	98
B) Error de comprensión culturalmente condicionado.....	98
4. No exigibilidad de otra conducta: estado de necesidad exculpante y obediencia debida.....	99
A) Estado de necesidad exculpante.....	99
B) Obediencia debida.....	99

CAPÍTULO XIV

LA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

1. Aspectos generales.....	100
2. El concurso ideal.....	101
3. El concurso real.....	101
4. Concurso aparente de leyes.....	102
5. El delito masa.....	102

PARTE SEGUNDA

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

CAPÍTULO XV

FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS

1. El derecho penal como medio de control social.....	105
2. La pena y el Estado de derecho.....	105
3. La pena como reacción y prevención.....	107

CAPÍTULO XVI

TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA

1. Teorías de la pena.....	108
2. Teorías absolutas.....	108
3. Teorías relativas.....	110
A) Prevención general.....	111
B) Prevención especial.....	114
4. Teorías unitarias.....	117
A) Teoría dialéctica de la unión o teoría unificadora preventiva.....	118
5. La pena como instrumento en la función de tutela de bienes jurídicos.....	119

CAPÍTULO XVII

SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.
ASPECTOS GENERALES

	PÁG.
1. La perspectiva preventiva y la retribucionista	122
2. El sistema de consecuencias jurídicas del delito: derecho de penas y de medidas de seguridad.....	122
3. Derecho penal “ex ante” y “ex post”	123

CAPÍTULO XVIII

SISTEMA DE PENAS (I).
PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. Sistema de penas en el Código Penal peruano. Clases.....	125
2. Pena privativa de libertad.....	125
3. Modalidades de las penas privativas de libertad	126
A) Las penas privativas de libertad temporales o de plazo determinado	126
B) Cadena perpetua o de duración indeterminada.....	126

CAPÍTULO XIX

SISTEMA DE PENAS (II). PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD,
LIMITATIVAS DE DERECHOS Y DE MULTA

1. Penas restrictivas de libertad: concepto y fundamentos.....	127
2. Clases de penas restrictivas de libertad: la expatriación y la expulsión.....	127
3. Penas limitativas de derechos: concepto y fundamentos	128
4. Clases de penas limitativas de derechos: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.....	128
A) Pena de prestación de servicios comunitarios	128
B) Pena de limitación de días libres	129
C) Pena de inhabilitación.....	129
5. Pena de multa	130

CAPÍTULO XX

DETERMINACIÓN, APLICACIÓN Y CONVERSIÓN DE LA PENA

1. Aspectos generales	132
2. Fundamentación e individualización de la pena: la teoría del espacio de juego como criterio base en la determinación de la pena	132
3. El cómputo de la detención preventiva. Prisión preventiva.....	134

	PÁG.
4. Determinación de la pena en el concurso.....	134
5. Conversión de la pena privativa de libertad y su revocación.....	135
6. Conversión de la pena de servicios a la comunidad y limitación de días libres	135
7. Conversión de la pena de multa	136

CAPÍTULO XXI

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO Y EXENCIÓN DE PENA

1. Concepto de la suspensión de la ejecución de la pena	137
2. Requisitos de la suspensión de la ejecución de la pena	137
3. Revocación de la suspensión de la ejecución de la pena	138
4. Efectos jurídicos de la suspensión de la ejecución de la pena	138
5. Concepto de reserva del fallo condenatorio	138
6. Requisitos de la reserva del fallo condenatorio.....	139
7. Revocación de la reserva del fallo condenatorio.....	139
8. Efectos jurídicos de la reserva del fallo condenatorio	140
9. Exención de la pena	140

CAPÍTULO XXII

LA REHABILITACIÓN

1. Concepto y fundamentos.....	141
2. Clases	141
3. Procedencia	141

CAPÍTULO XXIII

MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Naturaleza jurídica	142
2. Su regulación.....	142
3. Clases	142
A) La internación.....	142
B) El tratamiento ambulatorio	143

CAPÍTULO XXIV

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y LA PENA

1. La prescripción.....	144
2. Concepto	144
3. Clases	145

	PÁG.
4. Plazos	145
5. Interrupción	145
6. Renuncia de la prescripción	145
7. Amnistía, indulto, derecho de gracia	146

PARTE TERCERA

LITIGACIÓN ESTRATÉGICA Y PERSUASIÓN

CAPÍTULO XXV

IMPORTANCIA DE LA LITIGACIÓN Y DEL USO DE SUS TÉCNICAS EN EL MODELO ADVERSARIAL PROPUESTO POR EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. La verdad judicial como verdad construida	151
A) El concepto de verdad en el proceso penal.....	151
B) Importancia de las técnicas de litigación en la “recreación de la verdad”	154
2. El nuevo modelo procesal penal adversarial.....	156
3. Características del sistema procesal adversarial	157
4. Importancia de las técnicas de litigación en el nuevo Código Procesal Penal	160

CAPÍTULO XXVI

LA ESTIRPE DEL ABOGADO LITIGANTE

1. ¿Pueden todos los abogados litigar?	162
2. Máximas de actuación del abogado litigante	163
A) Máxima I: “El abogado litigante debe actuar con seguridad y confianza en sí mismo”	163
B) Máxima II: “El abogado litigante debe comprometerse con la causa que defiende, sin ensimismarse en ella”	165
C) Máxima III: “El abogado litigante debe tener capacidad de autocrítica”	166
D) Máxima IV: “El abogado litigante debe saber racionalizar sus esfuerzos”	166
E) Máxima V: “El abogado litigante debe ser honrado”	167
F) Máxima VI: “El abogado litigante debe ser responsable”	167
G) Máxima VII: “El abogado litigante debe ser buen comunicador”	168
H) Máximo VIII: “El abogado litigante debe encontrar su propio estilo”....	169
I) Máxima IX: “El abogado litigante debe prepararse para resolver su caso”	170
J) Máxima X: “El abogado litigante debe ganarse la confianza de su cliente”	171

CAPÍTULO XXVII

TEORÍA DEL CASO Y ESTRATEGIAS DE DEFENSA

1. Concepto y contenido de la teoría del caso.....	173
--	-----

	PÁG.
A) Concepto de teoría del caso.....	173
B) Contenido de la teoría del caso.....	174
2. Elaboración de la teoría del caso.....	176
A) Identificación de los términos de la imputación y de la prueba en que se sustenta	176
B) Recepción de la versión del cliente	177
C) Identificación y construcción de la teoría del caso: las estrategias	178
3. Algunas consideraciones de la decisión estratégica y la teoría del caso.....	185
A) La teoría del caso debe diseñarse recurriendo a los principios de narración de historias (“storytelling principles”).....	185
B) La teoría del caso debe ser “única”	192
C) La teoría del caso no debe dejar cabos sueltos	193
D) La teoría del caso debe basarse en proposiciones fácticas	193
E) Nuestra teoría del caso debe utilizar “etiquetas o lemas”	194

CAPÍTULO XXVIII

LA PERSUASIÓN: ASPECTO FUNDAMENTAL DE LA LITIGACIÓN

1. Introducción	195
2. Reconocimiento de la necesaria cooperación del juez como elemento esencial de la persuasión	195
3. Identificación de la personalidad del juzgador como medio de lograr la persuasión.....	196
4. Los conocimientos externos en el razonamiento judicial: los juicios mediáticos	198
5. La “humanización” del imputado y del testigo como medio para reducir los efectos de las tendencias decisorias de los jueces	199
6. Corrección del proceso de comunicación: especial referencia al testigo.....	200
A) Estado de la fuente.....	200
B) Conocimiento de la información	201
C) El estilo de la presentación	201

CAPÍTULO XXIX

EL INTERROGATORIO O EXAMEN DIRECTO

1. Concepto de interrogatorio o examen directo	203
2. Tratamiento del examen directo en el Código Procesal Penal	204
3. Máximas del interrogatorio directo	205
A) Máxima I: el testigo es la “estrella” del interrogatorio.....	205
B) Máxima II: escoger el orden adecuado del interrogatorio	206
C) Máxima III: el testigo debe mostrarse confiado y seguro.....	206
D) Máxima IV: el interrogatorio debe estar adecuadamente organizado	206
E) Máxima V: el relato debe ser atrayente	207

	PÁG.
F) Máxima VI: el interrogatorio directo debe incorporar información pertinente	208
G) Máxima VII: el relato del testigo debe ser fluido	209
H) Máxima VIII: el relato debe crear cuadros narrativos	209
I) Máxima IX: el interrogatorio no debe contener preguntas sugestivas	210
J) Máxima X: el interrogador debe (preferentemente) formular preguntas cortas y abiertas.	211
K) Máxima XI: el interrogador debe evitar formular preguntas con respuestas excesivamente extensas.....	212
L) Máxima XII: el interrogatorio debe formularse utilizando un lenguaje sencillo.....	213
M) Máxima XIII: el testigo debe ser “humanizado” en el interrogatorio directo	213
N) Máxima XIV: el interrogatorio no debe sujetarse a una lista de preguntas	214
O) Máxima XV: el testigo debe proporcionar hechos, no conclusiones.....	215
P) Máxima XVI: el interrogador debe escuchar el testimonio y mostrar interés en él	216
Q) Máxima XVII: el interrogatorio directo debe enfrentar las debilidades del caso y anticiparse al contrainterrogatorio.....	216
4. Selección, preparación y organización del interrogatorio directo.....	218
A) Seleccionar a los testigos conforme a criterios de utilidad.....	219
B) Obtener la versión del testigo y asegurarse de que es veraz.....	219
C) Determinar el orden de presentación de los testigos	220
D) La vinculación de la prueba con el testimonio	225
E) Preparación sobre el escenario judicial y para el contrainterrogatorio....	225
F) Identificación de puntos por desarrollar	226
G) Ensayo del interrogatorio directo	227
5. Interrogatorio “redirección”	228

CAPÍTULO XXX

EL CONTRAINTERROGATORIO O CONTRAEXAMEN

1. Concepto	230
2. Tratamiento del contraexamen en el Código Procesal Penal	230
3. Objetivo, orden y estructura del contrainterrogatorio	231
4. Métodos de desacreditación del testigo y el testimonio por medio del contraexamen	233
A) Predisposición, interés y motivo.....	233
B) Inconsistencia de sus declaraciones previas.....	237
C) Hechos contradictorios o falta de coherencia interna.....	238
D) Confrontación con las versiones de otros testigos.....	238
E) Antecedentes penales.....	239
F) Conducta antecedente deshonestas	240
5. El lenguaje del contrainterrogatorio.....	240
A) El control	240

	PÁG.
B) Las palabras	240
6. Temas del contrainterrogatorio	241
A) Hechos favorables del interrogatorio directo	241
B) Hechos favorables aún no revelados	241
C) Lo que el testigo debe admitir	242
D) Lo que el testigo debería admitir	242
E) Atacar la percepción del testigo	242
F) Atacar la memoria del testigo	243
G) Atacar la capacidad del testigo para comunicarse	243
H) Atacar la conducta del testigo	243
I) El contrainterrogatorio sin posibilidades	244
7. Metodología para planificar y preparar el contrainterrogatorio	245
A) Trascendencia de la preparación y la organización. Las anotaciones para el contrainterrogatorio y el formato de este	245
B) Pautas para el desarrollo del contrainterrogatorio	246
C) ¿Cuál es mi teoría del caso? ¿Cuál es la teoría del caso del oponente? ..	246
D) ¿Cuáles son mis temas y etiquetas?	247
E) ¿Cuánto tiempo debo dedicar al contrainterrogatorio?	247
F) ¿Cuáles serán mis argumentos finales respecto a este testigo?	247
G) ¿Qué hechos confirman estos argumentos?	247
H) ¿En qué orden debería abordar estos hechos en el contrainterrogatorio? ..	248
I) ¿Qué tono y actitud debería utilizar en el contrainterrogatorio?	248
J) ¿Cómo aplicar los “storytelling principles” en el contrainterrogatorio? ..	249
K) ¿Qué tipo de preguntas debería usar en el contrainterrogatorio?	249
L) ¿Qué tipo de preguntas no debes hacer en el contrainterrogatorio?	252
8. Testigos problemáticos	252
A) El contrainterrogatorio no debe ser “otro” interrogatorio directo	252
B) El abogado debe ser breve en el contrainterrogatorio	253
C) El abogado debe evitar hacer una pregunta “de más”. El arte de saber cuándo concluir el contrainterrogatorio	254
D) El abogado no debe formular interrogantes si no conoce su respuesta ...	254
E) El abogado debe escuchar las respuestas de sus preguntas	256
F) El testigo evasivo	257
G) El contrainterrogatorio no debe enfrentarnos al testigo	257

CAPÍTULO XXXI

LAS OBJECIONES

1. Definición	260
2. Tratamiento de las objeciones en el nuevo Código Procesal Penal	260
3. Decisión de objetar	261
A) La objeción debe ser oportuna	262
B) La objeción debe ser interpuesta siguiendo las formas procesales	262
C) La objeción exige conocer el derecho probatorio	263
D) La objeción debe formularse cuando se necesite	263
4. Respuesta frente a la objeción ajena	264

CAPÍTULO XXXII

PERSUASIÓN EN LA ORALIDAD

	PÁG.
1. Entendiendo la adrenalina.....	266
2. El control del cuerpo.....	266
A) Plantar los pies.....	266
B) Permanecer quieto	267
C) Flexiona tus rodillas	267
D) Centra tus hombros.....	267
E) Muévete con un propósito	268
F) Respiración controlada y consciente. Sus efectos sobre el tono de voz..	268
G) La gesticulación con las manos	269
H) La postura y la alineación del cuerpo	270
I) La boca	271
J) Contacto visual	271
3. Tu cerebro	271
A) Los efectos de la adrenalina en el cerebro. El “túnel del tiempo”	272
B) Ubica tu zona de concentración y controla los silencios incómodos. El uso del silencio en la transición.....	272
C) Memoria por repetición	273
D) No lea. La importancia de conocer su caso	274
E) No recite	274
F) Improvisación estructurada	274
G) Presenta tus argumentos como la verdad no como tu opinión	275
H) No lea ni hable simultáneamente.....	275
I) Notas como ayudas visuales	275
J) Un plan en caso de olvido	276
4. La estructura de tu intervención: primacía y cercanía. La oportunidad de refutar las alegaciones del adversario.....	277
5. Tu voz.....	278
A) Escúchate a ti mismo	278
B) Elimina los ruidos de pensamiento.....	279
C) Énfasis y significado.....	279
6. Conoce el escenario.....	280

CAPÍTULO XXXIII

LOS ALEGATOS PRELIMINARES, DE APERTURA
O DE PRESENTACIÓN DEL CASO

1. Introducción	281
2. Regulación de los alegatos de apertura en el ordenamiento procesal penal peruano	281
3. Principios prácticos útiles para formular los alegatos de apertura.....	282
A) Primer principio: el alegato de apertura debe introducir la teoría del caso	282
B) Segundo principio: el alegato de apertura no es un ejercicio de retórica	283

	PÁG.
C) Tercer principio: el alegato preliminar debe ser breve y sencillo.....	283
D) Cuarto principio: el alegato preliminar no puede contener ataques personales	284
E) Quinto principio: el alegato preliminar debe proporcionar una imagen objetiva de los medios de prueba en que se sustenta la teoría del caso...	284
F) Sexto principio: el alegato preliminar debe identificar los actores de la trama judicial	285
G) Séptimo principio: el alegato preliminar debe identificar el derecho aplicable.....	285
4. Presentación de un caso	286

CAPÍTULO XXXIV

EL ALEGATO FINAL

1. Importancia	288
2. Tratamiento de los alegatos finales en el nuevo Código Procesal Penal.....	289
A) Orden de exposición	289
B) Reglas generales de los alegatos finales	290
C) Reglas específicas de los alegatos finales	290
3. Preparación para el alegato final	292
4. Extensión del alegato	293
5. La argumentación en el alegato final	293
6. Contenido del alegato.....	294
A) El alegato como persuasión pura.....	294
B) El alegato gira en torno al caso y no al abogado	294
C) El análisis probatorio en el alegato.....	295
D) Las inferencias razonables derivadas de la actividad probatoria.....	295
E) La argumentación debe ser pertinente.....	296
7. Utilización de complementos gráficos y audiovisuales en el alegato final ...	297
8. Apelar a la compasión, a la perspectiva de la víctima, a la autoridad y a los precedentes	298
9. Alegatos célebres	299
A) Alegatos del profesor Juan Bustos Ramírez en la vista por el desafuero de Augusto Pinochet de su calidad de senador (vitalicio) por el caso Caravana de la muerte, en el pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago	299
B) Alegato final o de cierre del abogado Johnnie Cochran, defensor de O. J. Simpson, en el juicio que se le siguió por el homicidio de su esposa	306
C) Alegato de Fidel Castro Ruz “La historia me absolverá” de julio de 1953	317

CAPÍTULO XXXV

LA REDACCIÓN DE ESCRITOS

1. Introducción	367
-----------------------	-----

	PÁG.
2. El objetivo colateral del resumen escrito del alegato penal: facilitar la labor del juez	367
3. Solo serás un buen escritor si eres un lector asiduo	367
4. Utiliza encabezados atractivos y de impacto, planteando tu posición sobre el tema	368
5. Olvida los párrafos extensos. Se breve y puntual	368
6. No utilices nombres genéricos ni llames a las partes por su condición procesal. Identifica a las partes por su nombre.....	369
7. Evita el uso excesivo de las cursivas, negrillas o mayúsculas	369
8. Cuando cites doctrina y jurisprudencia recurre a la más autorizada.....	369
9. Culmina tu escrito, revísalo, revísalo una vez más y, al final, vuelve a revisarlo	369

PARTE CUARTA

MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CASOS PENALES

CAPÍTULO XXXVI

MÉTODO O TÉCNICA DE RESOLUCIÓN DE CASOS PENALES

1. Generalidades.....	373
2. El caso penal	374
3. La teoría del delito y su importancia en la resolución del caso penal.....	375
4. Subsunción y argumentación	376
A) La subsunción.....	376
B) La argumentación	383
C) Motivación de la subsunción del tipo penal en la sentencia.....	386
5. Esquema de solución de casos penales	388
A) Reglas generales	388
B) Esquemas de solución conforme a las diversas tipologías delictivas.....	389
6. Redacción de la sentencia o dictamen.....	396
Bibliografía	401
Índice de autores	415

En efecto, la doctrina procesal penal que mantiene la idea de la verdad material o verdad real como objeto del proceso penal reconoce que aquella no es una verdad sustancial sino “correspondencia”, entendida como “adecuación de lo que se conoce de una cosa, con lo que esa cosa es”⁴, o en términos de MICHELE TARUFFO, como “resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo”⁵. La verdad real como verdad sustancial es un inalcanzable ideal. El conocimiento absoluto de la verdad solo resulta posible en el ámbito de las ciencias exactas⁶.

Ahora bien, lo cierto es que la “verdad”, cualquiera sea su concepción, es una categoría de la cual no puede prescindirse, como sostiene FERRAJOLI, aunque una justicia penal “con verdad” constituya una utopía, “una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad”⁷. La idea de *verdad* constituye un concepto nuclear e imprescindible íntimamente vinculado con el sistema de garantías penales y procesales⁸.

Frente a la imposibilidad de alcanzar la verdad histórica, el discurso procesal actualmente se decanta por un concepto formal, forense o procesal de verdad, preferible a un concepto de verdad real que además de proponer un ideal que se reconoce como inalcanzable, contiene una carga ideológica que debe, a toda costa, superarse. En la perspectiva del concepto real de verdad, esta es un objetivo que no reconoce ni límites ni trabas⁹. Tal concepción hace de la verdad real un fin con mayor valor que la propia libertad individual del ser humano¹⁰.

Dicho esto, debe reconocerse que, en nuestra opinión, la verdad forense contiene dos tipos de juicios, uno *fáctico* y otro *jurídico*. Puede decirse con FERRAJOLI que la *verdad procesal* contiene una doble verdad: la *verdad fáctica*

⁴ JOSÉ CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000, pág. 49; JULIO MAIER, “La verdad y el procedimiento judicial”, en ÍD., *El proceso penal contemporáneo*, Lima, Palestra, 2008, pág. 950.

⁵ MICHELE TARUFFO, *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 27.

⁶ MAIER, *op. cit.*, pág. 952.

⁷ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 45.

⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, págs. 46-47.

⁹ Críticamente, JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1989, pág. 57 [de aquí en adelante: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas ...*]; MARÍA HORVITZ LENNON y JULIÁN LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 26; MUÑOZ CONDE, *La búsqueda ...*, pág. 112.

¹⁰ ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Libertades publicas e proceso penal*, 2ª ed., São Paulo, Editora Dos Tribunais, 1982, pág. 63.

(*quaestio facti*) y la *verdad jurídica* (*quaestio iuris*); la primera es comprobable mediante la prueba; la segunda, mediante interpretación¹¹.

Respecto a la *quaestio facti*, pretende establecer la realización de un hecho y su imputación al sujeto inculcado, recurriendo a la actividad probatoria y mediante la inducción. La *quaestio iuris*, por su parte, pretende determinar el significado de los enunciados normativos que permiten considerar un hecho determinado como delito¹². La *quaestio facti* se refiere a los hechos ocurridos en la realidad, y la *quaestio iuris*, a las normas que hablan de ellos¹³.

Es necesario reconocer que dentro de la *quaestio iuris* se encuentra el proceso de subsunción del hecho en el enunciado normativo, entendido como operación destinada a verificar si el hecho presenta las propiedades que se indican en la norma. Esta precisión permite, por otra parte, observar la indisoluble relación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* en tanto los hechos que son de interés del derecho son únicamente los hechos interpretados¹⁴, o utilizando expresiones de TARUFFO: “es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho”¹⁵.

En esta línea es correcta la crítica propuesta por CARO CORIA sobre el excesivo y desmedido interés sobre los aspectos fácticos propios de la teoría del caso en desmedro de los aspectos jurídicos¹⁶.

¹¹ En dicho sentido, LEONARDO MORENO HOLMAN, *op. cit.*, pág. 26; desde la perspectiva de la metodología de la enseñanza del derecho penal, CARLOS PÉREZ DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, pág. 146 [De aquí en adelante: PÉREZ DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos ...*].

¹² FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 48.

¹³ FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 49.

¹⁴ DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima, Palestra, 2005, pág. 41.

¹⁵ MICHELE TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer, Madrid, Trotta, 2002, pág. 92. Por eso no debe sorprender que RONALD CLARK / GEORGE DEKLE y WILLIAM BAILEY, *Cross examination handbook. Persuasion, strategies, and techniques*, New York, Wolter Kluwer, 2011, págs. 10-13, destaquen la trascendencia de ambos componentes en la formulación de la teoría del caso. En el mismo sentido: GRAHAM “En cada caso, los hechos y los argumentos legales son mutuamente dependientes: los desarrollos de uno afectan los desarrollos del otro” (DUFFY GRAHAM, *The consciousness of the litigator*, Michigan, The University of Michigan Press, 2008, págs. 5-6, traducción libre del autor) y MAYER: “La teoría del caso identifica las proposiciones fácticas cruciales y discutibles que el verificador de los hechos debe determinar si son ciertas o no. Estas proposiciones determinan si cada elemento del tipo legal está establecido” (PHILIP MEYER, *Storytelling for lawyers*, New York, Oxford University Press, 2014, pág. 17).

¹⁶ DINO CARLOS CARO CORIA. “La enseñanza de la dogmática penal como *conditio sine qua non* para el éxito de la oralidad”, inédito, Lima, 2010, pág. 5 [En adelante: CARO CORIA, “La enseñanza de la dogmática ...”].

Aunque es correcto que la determinación de la *verdad procesal* la define el juez¹⁷, no es que dependa *solo* de su convencimiento respecto a las posiciones planteadas por las partes en el proceso, dado su carácter decisionista y, por ello, claramente arbitrario¹⁸. La verdad procesal debe necesariamente derivar en la actuación probatoria orientada a la averiguación de los hechos¹⁹.

De este modo nos apartamos de aquellas posturas que consideran que la prueba constituyen un *nonsense* (sin sentido) que cumple una función exclusivamente ritual y en virtud de la cual los procedimientos probatorios (por ejemplo, el contrainterrogatorio) constituyen ritos destinados a transmitir a la ciudadanía la idea de igualdad de las partes; así, “las pruebas servirían, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a un mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional e injusta de las decisiones judiciales”²⁰.

Más apropiada es la postura narrativista en cuya virtud el proceso constituye un contexto en que se relatan *stories* (narraciones). Lo trascendente es la dimensión narrativa del proceso, de modo que las pruebas resultan útiles en tanto instrumentos para apoyar la “story of the case” propuesta por cada uno de los abogados. La prueba tiene carácter persuasivo. Es preciso subrayar que la crítica realizada por TARUFFO sobre la propuesta narrativista es, más bien, aparente, en la medida en que en ambas la prueba tiene carácter instrumental y así también importancia fundamental²¹.

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

B) *Importancia de las técnicas de litigación en la “recreación de la verdad”*

Tenemos entonces que el proceso penal solo se puede conformar con recrear la verdad. Esto no resulta tarea nada sencilla por dos razones adecuadamente expuestas por PAUL BERGMAN; la primera se relaciona con la falibilidad de los seres humanos en el proceso de percepción de los hechos, y la segunda se vincula a las limitaciones de la comunicación verbal para transmitir correctamente una realidad²². En efecto, no es solo que existe un nivel de error en la

¹⁷ Como señala GRAHAM (GRAHAM, *op. cit.*, pág. 4): “En litigación, un hecho no es un hecho hasta que el Tribunal haya dicho que lo es” (traducción libre del autor).

¹⁸ GONZÁLEZ LAGIER, *op. cit.*, pág. 96.

¹⁹ TARUFFO, *La prueba*, *op. cit.*, pág. 20; FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 47; GONZÁLEZ LAGIER, *op. cit.*, pág. 96.

²⁰ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, pág. 81.

²¹ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, pág. 84.

²² PAUL BERGMAN, *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pág. 18.