

CAPÍTULO SEGUNDO

HIPÓTESIS Y TEORÍA DEL CASO

I. TEORÍA DEL CASO Y ESTRATEGIAS DE LITIGIO

Si el error de la “teoría del caso” como “técnica de litigio” es — confundiendo método del caso con teoría del caso— centrar la teoría de la investigación, la teoría del delito y la teoría de la prueba en la etapa de juicio, es claro que ese error se supera si la centramos en la etapa de investigación —y/o preliminar o preparatoria— del sistema acusatorio.

Se puede concluir que no hay estrategia y nos enfrentamos a una equivocada técnica de litigio, si en el sistema acusatorio nos esperamos —y/o concentramos— a la etapa de juicio oral. Para superar estos errores conviene señalar desde el sistema procesal penal acusatorio, cuáles deben ser las verdaderas estrategias y cuáles las verdaderas técnicas de litigio.

Estrategias de litigio en el sistema acusatorio

Sin ánimo de agotar el tema, procuraré desglosar, desde la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la legislación acusatoria mexicana y latinoamericana, y la misma doctrina, cuáles son las estrategias de litigio.

A. Teoría del arrepentimiento

Ha sido de especial importancia la presencia del abogado defensor en la escena del crimen, cuando su cliente ha sido detenido en flagrancia, entre otras razones, porque ayuda a impedir

que los hechos punibles arriben a consecuencias ulteriores, más perjudiciales para la víctima, los ofendidos, terceras personas y el propio imputado.

México ha tenido una importante experiencia en hechos de tránsito cuando los “problemas” de la escena los asumen, por ejemplo, expertos en seguros y la misma policía de tránsito. Que el imputado pueda citar al abogado defensor en el momento de su detención y/o en la escena, facilita que un tercero ajeno al conflicto pueda impedir la continuidad del mismo.

B. Teoría del lenguaje de la escena del crimen

La criminalística sostiene que “la escena del crimen habla” tanto a favor del imputado como en su contra. Por eso, es importante que el derecho de defensa letrada se ejerza a este tenor, en la escena del crimen, con la finalidad de que el abogado defensor pueda practicar, al mismo tiempo, los derechos de defensa técnica y material. En este sentido, es importante procurar que la escena del crimen no se modifique con la clara finalidad de descubrir, en razón de los principios de transferencia, relación y causalidad, los indicios, evidencias físicas, datos, medios de prueba y testigos que, asegurados mediante planos, fotografías, exámenes físicos y acciones periciales, permitan reconstruir la escena, recolectar los indicios y evidencias e identificar testigos y embalar, para procesarla hasta convertirla en medios de prueba.

C. Teoría de la libertad procesal

El proceso inquisitivo ha sido un proceso violento respecto a la libertad del imputado; la prisión preventiva ha sido la regla, no la excepción, la cual se ha aplicado como pena adelantada.⁷⁸

⁷⁸ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Proceso penal y derechos humanos”, *Revista de Ciencias Penales*, San José de Costa Rica, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, núm. 15, 1998.

Es claro ejemplo de esto la proliferación de delitos graves que facilitan a las autoridades ministeriales y judiciales la prisión preventiva. Es estrategia de la defensa letrada demostrar, en caso de detención del imputado u orden de aprehensión, la ausencia de causas procesales —peligro de fuga, peligro de obstaculización, peligro de continuidad delictiva— que legitimen la prisión preventiva o la aplicación de alguna medida cautelar.

D. Teoría de la inmediación y contradicción probatoria

La igualdad de armas es un principio *ius* fundamental del sistema acusatorio dentro del cual se integra el derecho del abogado defensor de contradecir, en la inmediación del juez, en las audiencias, las pruebas ofrecidas por el órgano acusador.

Contradecir los datos de prueba que hallados, copiados, embalados, transportados y procesados por la policía, sean incorporados por el Ministerio Público en alguna de las audiencias preliminares, o en su caso, impedir su incorporación por no tratarse de medios de prueba, es la principal estrategia de un abogado. Con especial razón procesal, impedir que sean previamente “desahogados” por la policía o el agente ministerial.

E. Teoría de la integridad personal

No es posible admitir que la “delincuencia” persiga y acuse la delincuencia. Esto ocurre cuando los oficiales de policía violan los derechos de presunción de inocencia, integridad física, psíquica y moral del imputado sometido a proceso.

La teoría o principio de integridad personal exige, para evitar violaciones, la presencia del abogado defensor apenas se realice la detención del imputado. El imputado, a la vez que no puede ser detenido sin previa orden del juez, tampoco puede ser entrevistado por la policía o el agente ministerial.

El abogado debe impedir —y/o denunciar los casos— que el imputado sea exhibido públicamente o sea privado de su libertad

con fines de “entrevista” por los órganos policiales o el agente del Ministerio Público y, consecuentemente, se vea afectado por algún tipo de intromisión a su intimidad o personalidad. En algunos países los jueces no inician las audiencias preliminares u ordenan el archivo de las causas penales cuando observan —en razón de la inmediación— que el imputado ha sido exhibido ante la prensa o ha sido agredido sin que el agente del Ministerio Público —presente en la audiencia— pueda dar razones coherentes al órgano jurisdiccional. En el mismo sentido, los jueces no admiten el testimonio “implicatorio” del oficial de policía contra el cual se compruebe que ha violado los derechos de los detenidos, bajo el argumento de que carece de credibilidad.

F. Teoría de los frutos del árbol envenenado

Debe anularse —por ilegal— y rechazarse como prueba —por ilícita— todo medio de prueba que viole derechos fundamentales de los imputados y/o terceras personas relacionadas con él, en razón principalmente de parentesco.

Como derecho a la defensa técnica se debe exigir —y proteger— la participación del imputado y/o de su abogado defensor en todas las actuaciones de la policía de investigación y/o del Ministerio Público que incorporen datos o medios de prueba, o en su defecto, someterla conforme a la ley, a los principios de la defensa técnica, cuando el imputado, como sujeto neutro, activo o pasivo de prueba, deba exigir su derecho de defensa letrada y material, para impedir su incorporación, alegar su nulidad, determinar su ilicitud, establecer su dudacidad o contradecir su desahogo. Salvados los casos en que la estrategia del Ministerio Público pueda demostrar la supresión hipotética, la atenuación del vínculo, y la existencia de una fuente independiente, rige en el sistema acusatorio, como estrategia de la defensa letrada, la teoría de los frutos del árbol envenenado: es nula la prueba que se obtenga por violación de derechos fundamentales y, anulada

esta, debe anularse toda la prueba que de ella dependa directa o indirectamente.⁷⁹

G. Teoría de la defensa material

En razón de los principios de objetividad y lealtad procesal, el Ministerio Público y la policía deben recoger las pruebas de cargo y aquellas que pueden favorecer la defensa del imputado.

En razón del principio *in dubio pro reo*, la prueba es favorable al imputado si no se obtuvo aquella que demuestre su culpabilidad, como ocurre con el examen por alcohol en sangre en delitos dolosos que pudieran demostrar inimputabilidad o imputabilidad disminuida.

Debe ser estrategia del abogado defensor procurar el desahogo de datos de prueba material que contradiga los datos y medios de prueba de cargo en las audiencias en que se determina el control de detención, los hechos de la imputación formal, las medidas cautelares de carácter personal o real, y la vinculación del imputado a proceso. Lógicamente, esta exigencia procesal se exige, asimismo, para la audiencia de juicio oral. La mayoría de nuestras codificaciones acusatorias han admitido la suspensión de la audiencia intermedia —y/o devolver los autos a la etapa de investigación— cuando se demuestra que no se ha otorgado al imputado el derecho de ofrecer prueba de descargo, o que ofrecida por él durante esa etapa, no fue debidamente diligenciada por el agente del Ministerio Público.

H. Teoría del delito

Discriminado el concepto de “cuerpo del delito” por el de “hecho delictivo”, procede comprender la conformación del supuesto fáctico desde los elementos del tipo o siguiendo esa misma concepción doctrinal.

⁷⁹ Al respecto pueden analizarse los alcances del artículo 91 del Código Modelo.

Como lo admite la mayoría de los juristas en la teoría de la argumentación, no hay discusión sobre el tipo si, de previo, no ha habido discusión para comprobar la existencia del hecho. Por eso, la principal estrategia del abogado defensor es exigir que el órgano acusador demuestre la existencia del hecho ilícito coherente con los elementos del tipo penal y demostrar las causales excluyentes del delito y/o de culpabilidad que impida, en ausencia de figura típica, la detención, las medidas cautelares, la vinculación a proceso o, en la etapa intermedia, el auto de apertura a juicio.

I. *Teoría de la acción bagatelaria*

En razón de las teorías relacionadas con el derecho penal *ultima ratio* y derecho penal mínimo, el sistema acusatorio admite la aplicación de criterios de oportunidad por bagatela.⁸⁰ Aunque es política criminal del Ministerio Público, la defensa letrada del imputado puede comprobar la insignificancia del hecho, la exigua o mínima participación del imputado para facilitar la aplicación de criterios de oportunidad por bagatela, dada su conveniencia procesal.

J. *Teoría de la pena natural*

Aunque los efectos del hecho punible que han causado secuelas físicas, psíquicas y/o morales en el imputado facilitan la aplicación de criterios de oportunidad por pena natural, son política criminal del Ministerio Público, el abogado defensor debe poder probar esos efectos nocivos —cuando existen— para causar la determinación del agente ministerial.

⁸⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, trad. de Walter Antillón M., *Revista de Ciencias Penales*, San José, Costa Rica; Diez Ripolles, José Luis, “La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, *Revista de Ciencias Penales*, Sala Tercera, San José, Costa Rica, 1998; Bustos Ramírez, Juan, “Principios fundamentales de un derecho penal democrático”, *Revista de Ciencias Penales*, Sala Tercera, San José, Costa Rica, 1999.

En algunas legislaciones fue una estrategia del imputado denunciar a la víctima para causar una “excepción de previo y especial pronunciamiento” en razón de *litis pendentia*, sin que dicha actuación por ello haya sido ética. El sistema acusatorio ha facilitado el procedimiento ordenando el archivo de causas en las cuales el imputado ha sufrido mayor lesión o daño por el hecho que la misma víctima.

K. *Teoría del exceso de pena*

Los principios de reinserción social, proporcionalidad, objetividad y los nuevos criterios penitenciarios, entre los que se suma la presencia del juez de ejecución de las penas y medidas de seguridad, han permitido comprender que la “rehabilitación” y la misma “reinserción social” no se logran con acumulación de penas, sino con la necesaria para permitir la reeducación, resocialización y la capacitación para el trabajo del condenado.

Esta realidad, que lleva a algunos a analizar la pena privativa de libertad como un fracaso del principio de prevención general,⁸¹ permite descubrir —del imputado— causas penales pendientes para que en su acumulación se facilite el archivo de unas y la negociación de otras, de modo que se aplique un criterio de oportunidad por exceso de pena en la mayoría de ellas.

L. *Teoría de la negociación criminal*

Dos decisiones de reforma constitucional facilitan, en México, comprender la negociación criminal como estrategia tanto del Ministerio Público como del mismo abogado defensor y del imputado.

Se legisla en contra del principio de obligatoriedad de la acción penal pública (artículo 21), de modo que el Ministerio Público pueda aplicar conforme a la ley criterios de oportunidad y, a la vez, se ofrece al imputado “beneficios” (artículo 20) cuando coadyuve en

⁸¹ Cfr. Neuman, Elías, *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, México, Porrúa, 2006.

la investigación por delincuencia organizada. Es parte de ambas estrategias convencer al imputado para que colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados. La experiencia alemana ha permitido entender que la ayuda que presta el imputado en la investigación resulta, a la postre, un modo de “resolver el conflicto”, y un proceso de “aceptación” de las normas morales de esa sociedad.

M. Teoría de la alternatividad

A pesar de que México cuenta con legislación y centros de mediación y conciliación desde hace muchos años, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 ha abierto una puerta al principio de alternatividad.

Si la prueba que arroja la investigación vence el criterio de “inocencia” del abogado defensor en relación con su cliente, el sistema acusatorio le ofrece, como mejor estrategia, resolver el conflicto suscitado como consecuencia del hecho, para facilitar la armonía social entre sus protagonistas y con la comunidad. En caso de que el hecho constituya delito y cuente con datos o medios de prueba para demostrar al probable responsable, entonces procurar resolver el conflicto nacido como consecuencia del hecho a través de formas alternativas de solución del conflicto, en el orden de los mecanismos alternativos —conciliación y/o mediación—, la suspensión condicional del proceso o, en su defecto, el procedimiento abreviado, resulta la mejor estrategia, tanto del Ministerio Público como del abogado defensor.⁸²

⁸² Si puede interesar, he escrito *Justicia alternativa en el proceso penal mexicano*, Porrúa, 2010. En ese libro procuro demostrar por qué los mecanismos alternativos, que renuncian al principio de “derecho a un juicio justo e imparcial”, resultan de conveniencia para el imputado.

N. *Teoría de la acción reparatora*

La experiencia mexicana en relación con la reparación del daño y/o el perdón de la víctima ha sido, aunque ausente de ética profesional en muchos casos, un procedimiento de especial importancia para la solución eficaz de los conflictos.

Los códigos acusatorios y las leyes de justicia alternativa facilitan ahora, mejores procedimientos para la reparación del daño, algunos de los cuales los contemplan como criterios de oportunidad, otros como mecanismos alternativos, y otros, como causales de extinción de la acción penal pública. Se trata de una probada estrategia de la defensa procurar la reparación integral del daño a la víctima o los medios procesales que faciliten la extinción de la acción penal pública.

Ñ. *Teoría de la carga de la prueba*

Impedir que en la etapa intermedia o de preparación al juicio oral se admitan hechos sin contenido probatorio, se califique la acción contraria al principio de tipicidad, se admitan medios de prueba impertinentes, abundantes, evidentes, y facilitar la negociación de hechos probados mediante acuerdos probatorios.

O. *Teoría de la confesión como derecho de defensa*

La confesión del imputado ha sido considerada por algunos autores como derecho de defensa, y por otros, como medio de prueba.

La mayoría de las codificaciones han exigido al Ministerio Público, en razón del principio de inocencia, comprobar los hechos a que se ha referido el imputado, con lo cual la carga de la prueba, aun cuando ha sido el imputado el que ha declarado refutando los hechos, corresponde al órgano acusador. En el sistema procesal penal acusatorio la confesión o admisión de cargos

abre al proceso, como estrategia del abogado defensor, a distintas formas alternativas de solución de conflicto y al propio procedimiento abreviado que facilita la negociación de la pena. Por las ventajas procesales, la protección constitucional y sus efectos, ha sido una excelente estrategia de litigación.⁸³

P. Teoría del precedente disconforme

Propio de la teoría del caso es “construir” los hechos —cuestión fáctica— con la prueba —cuestión probatoria— para determinar el tipo penal que se denuncia y/o investiga. Esa investigación debe proteger los derechos de la víctima y del imputado, y por consiguiente, limita algunas potestades policiales y ministeriales.

Es posible que pueda incorporarse en las audiencias pruebas que sometidas a las garantías del gobernado se declaren nulas. Asimismo es posible que el Ministerio Público no las incorpore para evitar su nulidad, para que su información se integre a la prueba desahogada en las audiencias a través del interrogatorio

⁸³ La confesión en un sistema acusatorio adversarial también es vista como una *decisión estratégica*, en miras a obtener beneficios premiales concretos, como la utilización de diversas salidas alternativas de solución del conflicto jurídico penal, permitiendo en algunos casos, evitar la condena, previa reparación efectiva del daño al agraviado (principio de oportunidad), en otros casos, la imposición de condena, pero reducida la pena a límites inferiores al mínimo legal, sin necesidad de exponer el caso a juicio público (terminación anticipada del proceso). La perspectiva objetiva de la confesión como estrategia de defensa técnica no descarta de plano que tal reconocimiento de los hechos delictivos pueda derivar de un plano subjetivo de profundo y sincero *arrepentimiento*, como precisaba Mittermaier, producto de “*una conciencia atormentada y que quiere desembarazarse a todo trance del peso que la oprime*”, la revivificación de Raskolnikov en la conciencia del criminal arrepentido, amén de eventualmente acontecer otros móviles, a decir de Hinostroza Pariachi: por laxitud (ansiedad), por necesidad de explicarse (en crímenes pasionales), por lógica (interrogatorio sin salida), por orgullo (vanidad de hazañas), por esperanza o temor (evitar una pena mayor). *Cfr.* Taboada Pilco, Giammpol, *La confesión en el nuevo código procesal penal*, Trujillo, Universidad Antenor Orrego, 4 de julio de 2007.

de testigos, oficiales de policía y peritos. La teoría en estudio impide que el Ministerio Público pueda incorporar a través del interrogatorio y/o contrainterrogatorio, el componente documental, fotográfico, pericial, testimonial y declaraciones del imputado que erróneamente incorporadas como datos o medios de prueba, se pretendan desahogar, mediante su incorporación, a través del testimonio.

Q. Teoría de la objeción

Si bien por la igualdad de armas las partes tienen derecho a exponer su posición y comprobarla con los medios de prueba que aporte a la audiencia, es también cierto que se procure el falso testimonio, la prueba ilícita, la confusión, repetición, contradicción, etcétera, del testigo o perito.

La objeción es el modo procesal en las audiencias para impedir objetivos desleales o carentes de objetividad por alguna de las partes. Se trata, por lo general, de objeciones incidentales, como puede ocurrir con preguntas compuestas, confusas, vagas, capciosas, oscuras, etcétera, pero también puede tratarse de preguntas que acusan al testigo —al que asiste el derecho de defensa y/o de abstención— o que procuren introducir, como se dijo en relación con la teoría anterior, prueba ilegal. Desde la teoría de la objeción se procura, en razón de los principios de inmediación y contradicción, objetar dichas preguntas a solicitud de las partes contrarias.

R. Teoría de la proporcionalidad

El sistema acusatorio pretende que la pena sea proporcional al delito y a la persona. Desde la teoría de la proporcionalidad, la defensa debe exigir que la pena sea proporcional al hecho y la personalidad del imputado en relación con las necesidades de las víctimas u ofendidos, y los hechos que se han tenido por demostrados, o en su defecto, exigir que permita la reinserción social

del imputado a la sociedad para que no vuelva a delinquir, o en su caso, facilitar la libertad condicional o los derechos del condenado para su reinserción social.

II. INVESTIGACIÓN POLICIAL Y TEORÍA DEL CASO

Había expuesto mi “teoría del caso” al escribir sobre la etapa de investigación.⁸⁴ Luego amplíé mi posición doctrinal preocupado por la influencia que iban teniendo los “cursos” sobre técnicas de litigio que renuncian a la teoría del proceso penal, y consecuentemente algunos de los manuales que se han escrito como libros de texto.⁸⁵

Como me interesa continuar con la misma temática y una misma línea de pensamiento, he extraído de ese libro los temas que ahora se desarrollan desde la crítica que he hecho de la “teoría del caso”, vista desde la “técnicas de litigio”, con la clara intención —para dejar huella— de poner la atención en la capacitación de nuestros órganos de policía. De este modo creo que completo el análisis de lo que ha de ser la investigación policial, la posición de los órganos de policía en esa etapa, y la importancia de centrar en ellos la capacitación, para acertar en el sistema acusatorio que asume México con la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

1. *Hipótesis delictiva: investigación policial por delito*

A. *No todo hecho ilícito exige acción procesal penal*

Después del estudio de la “teoría del caso” en la normativa constitucional, el derecho comparado y las técnicas de litigio que la localizan en la etapa de juicio, he dividido mi teoría del caso

⁸⁴ Hidalgo Murillo, José Daniel, *La etapa de investigación...*, cit.

⁸⁵ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Investigación policial y teoría del caso*, México, Flores Editores, 2011.

en tres fases de una sola etapa procesal: hipótesis delictiva, hipótesis del caso y teoría del caso, sin que la última sea la más importante y sin que la primera arribe, en la totalidad de los casos, a la etapa de investigación procesal.

En efecto, en razón de la seguridad de la nación, la celeridad del proceso, los derechos de los sujetos procesales, los derechos de la víctima —reparación del daño— y los derechos del imputado —principio de inocencia— en una investigación procesal por delito, el Estado necesita tomar distintas decisiones de política criminal, y aunque por lo general se incoe un proceso, es común que se resuelva por vía administrativa —particularmente migratoria— en relación con algunas causas penales, especialmente, en vía preventiva.

Cuando el Estado asume el derecho subjetivo de sancionar alguna conducta, la investigación policial, la investigación ministerial, la investigación procesal y la investigación por delito son géneros de la especie de la etapa de investigación en el sistema de justicia penal. Coloco y coherentemente remato la teoría del caso en esta etapa, y consecuentemente, considero que no puede sostenerse ni como “estrategia” del juicio oral, y mucho menos confundirla con el alegato de apertura.

Pero antes de esas hipótesis, y mucho antes o concomitante a la etapa de investigación como etapa procesal, hemos de entender que teniendo el Estado como objetivo el bien común, que procura garantizar la protección individual y social de los derechos humanos, existe un sinnúmero de investigaciones que permiten decisiones del Estado, que se fundamentan en medios de prueba, que comprueban acciones contrarias a la justicia, la paz, la tranquilidad y la seguridad, que no pueden ser sometidas a proceso porque exigen una decisión políticamente distinta: la deportación es uno de los juicios sumarios más comunes —procedimiento administrativo— en todos los países, situación que se inicia cuando no se permite el ingreso al país por autoridades de migración, y finaliza cuando los mismos oficiales de migración colocan a la persona en su país o en la frontera vecina.

Lógicamente debe aclararse a qué tipo de investigación nos referimos. En materia de seguridad pública todo es investigación, y desde una política criminal, solo lo que el Ministerio Público —no limitado ahora por el principio de obligatoriedad de la acción penal pública— considera que debe acusar, sometiéndolo al juicio de los tribunales de justicia, lo encamina a un proceso, aun cuando a la investigación se le haya querido otorgar unas normas de procedimiento.

Claro está que no toda investigación en materia de seguridad pública exige el debido proceso. Si se ofrece un debido proceso, este es más administrativo que procesal penal. El Estado debe proteger los derechos humanos aun en este tipo de procesos, pues puede ser demandado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, es un doble riesgo en que el primero hace referencia a la seguridad. Las normas procedimentales y procesales se exigen, desde el derecho procesal penal, cuando la investigación va encaminada a preconstituir prueba —dentro de una teoría del caso— que sirva para comprobar un hecho ilícito en el que haya participado un sujeto que deba ser “reprimido” por dichas acciones. Muchas otras investigaciones tienen otros objetivos en prevención de la justicia, la seguridad, la paz y la tranquilidad social.⁸⁶

Alguna vez nos preguntamos: ¿existe alguna investigación que no se somete a proceso? La respuesta positiva era lógica desde el punto de vista de la seguridad del Estado: la seguridad de una nación requiere que muchas acciones sean investigadas por los cuerpos policiales, sin que terminen configurando delito, y en consecuencia, sin que “salten” de la simple “hipótesis delictiva”

⁸⁶ La Ley General del Sistema de Seguridad Pública crea la Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública (artículo 27), “integrada por los titulares de las dependencias encargadas de la Seguridad Pública de la Federación, los Estados y el Distrito Federal y será presidida por el Secretario de Seguridad Pública Federal”. Una de las funciones que se disponen en el artículo 29, fracción X, es la de “emitir las bases y reglas generales para la realización de operativos conjuntos de carácter preventivo, entre las dependencias encargadas de la seguridad pública federales, locales y municipales”.

a la investigación policial, y mucho menos a la investigación procesal por delito, entre otras razones, porque esas acciones, inicialmente sospechosas, nunca confluyeron en una acción típica, o siendo típica, nunca determinaron al autor del hecho; o siendo típica y con un probable responsable, era preferible una decisión administrativa “preventiva” que una acción procesal “represiva”, en particular, cuando el hecho delictivo no se había desarrollado hasta el último peldaño del *iter criminis*.

B. Sin delito y sin autor: hipótesis delictiva

Cuando se denuncia un hecho ilícito y/o cuando se conoce en razón de sus efectos, la policía de investigación que lo conoce —por la noticia, denuncia o querrela— se enfrenta al camino de aclarar si el hecho es o no delito, si en el delito existe un responsable, y si existiendo un probable responsable es posible, trabajando la escena del crimen o con la identificación y aseguramiento de los medios de prueba, comprobar el hecho, y simultáneamente, demostrar la responsabilidad. Un incendio —por ejemplo— puede ser consecuencia de un accidente o provocado por culpa, con dolo, o consecuencia de un hecho delictivo anterior. Una persona detenida en flagrancia, cuando arrebató un bien a otra persona, puede demostrar que recuperaba un bien de su propiedad, salvo que el mismo bien le delate por ser el ladrón. Una persona, luego de matar a otra, puede demostrar legítima defensa. La denuncia por desaparición puede arribar a la existencia de un secuestro extorsivo, que la persona desaparecida ha muerto de forma natural o por homicidio, o que se fue del hogar con otra persona. Un edificio que estalla puede serlo por atentado terrorista o por explosión de la caldera. Un árbol que cae y destroza, y/o mata a personas en una casa, puede deberse a causas naturales o a la acción imprudente o dolosa de un tercero.

No toda denuncia arriba a la existencia de un delito y no todo hecho “aparentemente” ilícito atrae a la persona de su autor. Más aún, no todo autor de un hecho delictivo puede ser “imputado”

de ese hecho a título de culpa o dolo, y, aun cuando se determine la culpa y/o el dolo, es posible demostrar, concomitantemente, causales excluyentes que impiden que una causa penal continúe el proceso hasta el juicio.

La hipótesis delictiva —como teoría del caso— permite a los órganos de investigación determinar si el hecho denunciado o conocido es delito, en qué fase del *iter criminis* se encuentra, y si conviene “impedir” que los hechos arriben a consecuencias ulteriores, imposibilitando la fase de ejecución, y/o consentir que esta se ejecute para identificar a los probables responsables. Esta, que es la función más importante de la policía, puede realizarse sin necesidad de control del Ministerio Público. Cuando el hecho se identifica dentro de un tipo penal, la fase de hipótesis delictiva termina, y se inicia ante el Ministerio Público la fase de hipótesis del caso.

Al menos dos ideas permiten diferenciar la investigación policial: “hipótesis delictiva” en materia de seguridad e “hipótesis del caso” en materia procesal penal. La primera es que los hechos en investigación configuren delito. La segunda, que esa investigación requiera “reconstituir” datos de prueba. En este último caso, la naturaleza policial de la investigación exige la acción —ingreso para su control— del Ministerio Público en una investigación que puede llamarse desformalizada o desjudicializada, porque no obstante existir una “teoría del caso”, no requiere la participación del juez de control. Únicamente cuando la teoría del caso requiere proteger los derechos fundamentales del imputado o incorporar una prueba anticipada a la investigación, inicialmente policial —“hipótesis delictiva—, posteriormente procesal —teoría del caso—, requiere ahora, sin dejar de ser una investigación procesal en sede del Ministerio Público, una investigación jurisdiccionalizada.

No se trata de una “conclusión policial”, sino de una investigación que reúne datos y medios de prueba que se han obtenido, muchas veces científicamente, de la escena del crimen, de seguimientos y vigilancias, de intervenciones telefónicas, de cateos,

de agentes encubiertos, etcétera.⁸⁷ La recepción que del informe y de los datos de prueba hace el agente del Ministerio Público, determina la posición “estratégica” del abogado defensor cuando, en razón de una hipótesis delictiva, el Ministerio Público se aboque a individualizar con la misma ayuda policial, y en algunos casos, con la del juez de control, a los autores del hecho punible. Es claro que el abogado defensor se enfrenta, una vez que ha sido nombrado como tal por el imputado, a una “hipótesis del caso”, misma que apenas conocerá cuando dicha hipótesis determina la “teoría del caso”.

Aclaremos: la sospecha de acciones delictivas nos enfrenta a una “hipótesis delictiva” —hecho delictivo— que, determinándose como típica, se convierte en hipótesis de un caso que se investiga por el Ministerio Público para arribar a un teoría del caso. Es común que cualquier denuncia, la misma querrela, la noticia del delito —*notitia criminis*—, el ingreso de personas extrañas al país, la desaparición de una persona, el cúmulo de muertes sin un claro perfil delincencial, etcétera, nos coloquen ante una hipótesis delictiva, es decir, ante el supuesto de un delito que exige, en primer lugar, descubrir si el hecho se adecua a un tipo penal. En estos casos, los cuerpos policiales no pueden asumir una posición de indiferencia pues, aunque dudoso, el hecho puede ser delito, y por consiguiente, encontrar un probable responsable. Determinar que ese hecho es delito —especie fáctica—, y concretar que como ilícito se adecua a una conducta penal sancionada por el Estado, introduce a la policía de investigación al primer esquema de una “teoría del caso”. Nótese que se trata de una investigación policial —en relación con un hecho— en el que no se ha identificado el hecho como delito y el autor. Consecuentemente, se trata de una “hipótesis delictiva” en la que no participa el imputado, y menos aún, un abogado defensor.

⁸⁷ El cumplimiento meticuloso y ordenado de las fases que comprende el método de la investigación policial permitirá a los policías alcanzar el éxito en la investigación. *Cfr.* “Introducción a la investigación policial y manual de procedimientos operativos de investigación criminal”, Lima, Policía de Investigaciones del Perú, vol. I, 1988, pp. 10 y ss.

Así lo ha considerado la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al concebir el objeto del proceso: “el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen” (artículo 20, A, I). Cuando el esclarecimiento de los hechos no arriban a la existencia de un delito, cuando no existe un inocente porque no existe —aún— una víctima, cuando no nos encontramos ante un hecho punible, y consecuentemente, ante un posible imputado, y cuando no se ha producido un daño, la investigación policial es prevención policial, sujeta a las normas propias de las leyes orgánicas de los distintos cuerpos policiales, no así a las normas que rigen el proceso penal.

Si el hecho se aclara como delito después de una exhaustiva investigación que ha seguido una “estrategia”, es lógico, entonces, que tarde o temprano identificará, del mismo modo, al probable autor de ese delito. Las técnicas de litigio que debemos enseñar a los abogados defensores en esta fase de investigación policial es, propiamente, una técnica procesal, ya que el abogado defensor, que se encuentra ante una investigación policial, debe analizar si en la misma se ha actuado conforme a derecho y si se ha protegido la defensa letrada —porque no se había identificado al autor del hecho—, la defensa material —porque al no identificarse, no puede ofrecerse el derecho de procurar prueba de descargo—, la defensa técnica.⁸⁸

La policía actúa. Mal se hace si partimos de que esa investigación no exige técnicas y estrategias, porque esa actuación repercute en la misma investigación, y lógicamente, en la determinación o esclarecimiento del hecho delictivo, y aunque se pueda sostener que en esa fase no se ha identificado al autor, es claro que identificado y “comprobado” el hecho como delito —caso en

⁸⁸ Para ampliar el tema sobre las diferencias entre defensa técnica, defensa letrada y defensa material, se puede leer en la revista *Ars Iuris*, núm. 42, “Derecho a la defensa y sistema de justicia penal en México”, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, 2009, pp. 113-142.

el cual la investigación salta a la teoría del caso— ese hecho se ha identificado como producto de una investigación policial. Es claro que desde la lógica se ha establecido un hecho delictivo —premisa fáctica— que exige determinar el tipo penal —premisa normativa— que concluye, con la misma lógica del silogismo, con el probable autor.

¿Cómo debe establecerse, entonces, una teoría del caso en esta fase? La respuesta es sencilla: del mismo modo como desde el método del caso se llegó a concebir la teoría del caso en la etapa de juicio. ¿Cuál es, entonces, la diferencia? De principio, ninguna, y sin embargo, la acción policial encaminada a la determinación de un hecho delictivo —teoría del caso— se realiza sin la presencia de un imputado, y sin la presencia de un abogado defensor. Entonces, la “teoría del caso” de la defensa es, en estas situaciones, más difícil, más técnica, más pericial, más crítica, porque exige una hipótesis posterior a la que ha arribado la investigación policial.

2. *Hipótesis del caso: investigación policial bajo control ministerial*

A. *El hecho delictivo determina la hipótesis del caso*

La investigación por delito es responsabilidad del órgano acusador, porque este —y no la policía— es el órgano represivo convocado a sostener la acusación ante el órgano jurisdiccional, y por ende, exigido por la carga de la prueba.⁸⁹

⁸⁹ “...las partes acusadoras tienen la carga probatoria en todo momento, por lo cual, la falta de prueba contundente que acredite la comisión del delito por el acusado dará lugar a la absolución en cumplimiento del principio *in dubio pro reo*. Lo anterior implica que la defensa tendrá la ‘mínima actividad probatoria de cargo’ que es contraria a la llamada *probatio diabólica*, es decir, la defensa no estará obligada a demostrar la improcedencia de imputaciones no demostradas por la parte acusadora, pues ello lo deberá hacer de oficio el tribunal, siempre bajo la directriz de que ante la duda se debe preferir la libertad antes

Sin embargo, el Ministerio Público recibe de la policía de investigación un informe en el cual determina el hecho ilícito con datos de prueba que ha reunido como producto de esa investigación. El hecho delictivo sin individualizar al autor de ese hecho delictivo, nos coloca ante la hipótesis del caso.

Es cierto que el sistema de justicia mexicano —vigente como sistema acusatorio y vigente como mandato constitucional— y los mismos sistemas de justicia penal en Latinoamérica, podrán decirnos que esos medios de prueba no tienen valor probatorio.⁹⁰ Sin embargo, esa ausencia de “valor probatorio” es una reserva, a modo de negativa, al órgano jurisdiccional de juicio para dictar una sentencia condenatoria.

La realidad procesal es que esa acción policial sí tiene valor probatorio para el Ministerio Público —para solicitar al juez la legitimación de actos pre-procesales de investigación, intervención de comunicaciones, orden de cateo, prueba anticipada, etcétera—, para arribar a una teoría del caso, desde una hipótesis del caso. Posteriormente tiene valor probatorio para motivar una orden de aprehensión o cualquier otra medida cautelar. Tiene valor probatorio para iniciar la etapa de investigación. Tiene valor probatorio para “rendir” el juicio del abogado defensor y/o del imputado para terminar el proceso con mecanismos alternativos de solución de controversias.

Entonces, la existencia del delito sin la individualización de un imputado nos enfrenta a la “hipótesis del caso”. En estas situaciones, delito y prueba nos colocan a las puertas de la acción ministerial, que exige, sin atraso, concomitantemente, y con direc-

que la pena”. Cfr. Díaz Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, Straf, 2008, p. 417.

⁹⁰ Confróntese una secuencia normativa en el mismo sentido, empezando por el artículo 404 del Código de Procedimientos Penales de Zacatecas que dispone: “Con excepción de los supuestos en los que la ley autoriza a incorporar por lectura la prueba anticipada, no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante la audiencia del juicio, a los registros y demás documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público”.

ción procesal propuesta, continuar con la investigación policial. La ausencia de delito y lo innecesario del dato de prueba, nos colocan ante una investigación policial sin control y dirección del Ministerio Público, naturalmente, sin igual control del juez de garantías. Por el contrario, el delito exige la prueba; evitar que los hechos punibles arriben a consecuencias ulteriores; detener o aprehender al presunto culpable; diferenciar entre autores, cómplices, instigadores; identificar y entrevistar a los testigos, o en su caso, descubrirlos; discriminar y proteger a las víctimas u ofendidos del delito, responsabilidad que del Ministerio Público, es al mismo tiempo, acción de naturaleza policial.

Cuando ha sido la policía la que ha “descubierto” el hecho delictivo, sin por ello haber identificado al autor del hecho, la teoría de la argumentación requiere, después de que se individualice al imputado y el hecho se abra al proceso, que se presenten al abogado defensor una serie de técnicas procesales que persiguen, entre otros criterios, los siguientes:

1. Discutir la existencia del hecho.
2. Discutir la tipicidad del hecho.
3. Discutir las causas excluyentes del delito.
4. Discutir las causas excluyentes de culpabilidad respecto al hecho delictivo.
5. Discutir la prueba con que la policía demuestra la existencia del hecho.

Se aclara que en este momento procesal no se ha identificado al autor del hecho y que el abogado defensor no ha asumido la defensa letrada del probable imputado. Se aclara, igualmente, que la identificación del autor del hecho se individualiza cuando el hecho ya ha sido investigado. Se aclara, finalmente, que cuando el imputado es identificado y el abogado defensor entra en escena, ya el hecho, al que se enfrenta y acusa a su cliente, ha sido debidamente “comprobado”.

Por eso, lo que se ha actuado —la acción policial— no puede admitirse porque deba admitirse, sino que debe discutirse dentro de la propia “teoría del caso”, la cual tendrá que construir el abogado defensor con respecto a la “teoría del caso”, que se ha de construir desde los efectos de esa investigación policial por delito. De ahí que el concepto de “no tendrá valor probatorio” deviene confuso —desde la propia norma procesal—, ya que desde la verdad procesal, esos medios de prueba tienen valor probatorio hasta el extremo de “sustentar” el juicio de convicción suficiente que permite el procedimiento abreviado (artículo 20, B), con mayor razón, el fundamento para solicitar u ordenar medidas precautorias y/o cautelares.

*B. En la hipótesis del caso se requiere, igualmente,
la acción policial*

Ha sido claro el estudio que hemos realizado de la legislación comparada, en particular las relacionadas con las funciones que la ley, y en muchos casos la Constitución, ofrecen al Ministerio Público y a las policías de investigación.

Cuando el abogado defensor —y por él, el imputado por delito— se enfrenta a la primera audiencia del proceso acusatorio, no se enfrenta a un “ABC” de técnicas y estrategias de investigación; no lo hace contra un simple manual de procedimientos para descubrir hechos, pruebas y autores de esos hechos; no se enfrenta a un órgano policial que cuenta con un pasquín de actuaciones de conveniencia, ni con un folleto de buenas maneras. El sistema de justicia penal ha colocado a un experto en acusación que asume, del Estado, el derecho a “perseguir” a personas y bienes en relación con un hecho delictivo, que se ha auxiliado por un experto en investigación que, a la vez, cuenta con peritos técnicos y científicos experimentados en el acopio de prueba y en la investigación por delito. Se trata de expertos que, si bien no ignoran que el abogado defensor del imputado pueda ser otro “experto” y “estratega”, lo será en cuanto sepa interpretar los me-

dios de prueba, no así porque haya recibido un curso de “técnicas de litigio” para el juicio oral.

Cuando el artículo 21 de la Constitución Política establece que “la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías”, especifica, a la vez, que “el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público”. Consecuentemente, toda investigación por delito debe estar a cargo de una policía técnica y científica, que utilizando las artes de la criminalística permitan comprobar que un hecho ilícito, causado por una persona humana, ha tenido repercusiones sociales, y porque es típico, merece una sanción punitiva, o cuanto antes, una solución del conflicto. La doctrina la denomina policía judicial, aunque muy pocos países la han implementado como “judicial”; la mayoría está a cargo del Ministerio Público y/o de la Procuraduría como policía ministerial. En México se identifica con la policía ministerial, aun cuando haya una tendencia de formar cuerpos policiales bajo el mando de las secretarías de gobierno, alejándolas de la dirección de la procuraduría o del Poder Judicial.

En esa investigación, acuerpado por el mandato que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el agente del Ministerio público y la policía no se enfrentan a “alegatos de apertura” y a “alegatos de cierre”. Cuentan con sus propios oficiales de policía, peritos técnicos y científicos, y la individualización que hayan hecho de los testigos o la propia víctima, no para enfrentar al abogado defensor con sus “técnicas” de interrogatorio y contrainterrogatorio, sino para dilucidar la verdad que ofrece el medio probatorio, sin o previamente procesado a lo largo de una corta o extensa investigación. El medio de prueba puede ser una detención en flagrancia, la víctima o testigos que señalan al autor del hecho, y la policía que al detenerlo asegura entre sus bienes el objeto del delito, que como evidencia, lo delata.

Puede tratarse, a la vez, de un extenso estudio contable, bancario, registral, notarial y documental, que relacionan al sujeto

imputado con el hecho ilícito. Es posible que cuenten con huellas latentes que en razón de los principios de relación, transferencia y causalidad, involucran a un sujeto con la acción ilícita. No dejan de existir armas, sangre, semen, sustancias que por su naturaleza permiten muchas veces identificar el contacto de un imputado con una víctima. La verdad a la que se encamina el procedimiento de investigación en la etapa preliminar no se logra a través de un interrogatorio de esos testigos, policías y peritos en relación con un informe testimonial, policial o pericial, sino de los policías y peritos actuando en las evidencias, a la luz de lo que sobre los hechos han relatado los propios testigos.

Nos encontramos ante una hipótesis del caso cuando la policía, que en su oportunidad logró descubrir que el hecho denunciado —*notitia criminis* o denuncia formal— constituye un delito, bajo el control y la dirección del Ministerio Público, descubre al probable autor de ese hecho. Por eso, aunque la causa se sale del marco de “autonomía” de la policía para ser asumida por el Ministerio Público, en la investigación por delito en la fase de hipótesis del caso, es la policía la que debe llevar la iniciativa procurando conformar desde la denuncia, más propiamente, desde que se tuvo noticia del delito —*notitia criminis*—, una teoría del caso.

Una investigación que se sale de los márgenes de la justicia común y/o distributiva, salta al otro lado del péndulo cuando el Estado, en lugar de limitarse en sus atribuciones y potestades, se ve obligado a sancionar conductas para proteger derechos. Las garantías, que son formas de control del poder estatal, convocan ahora al Estado para aplicar, como iguales, garantías de los derechos humanos, transgredidos esta vez por los particulares, la protección de los derechos de la personalidad a través del derecho penal. El derecho penal es, por consiguiente, el instrumento normativo mediante el cual el Estado protege, desde los bienes jurídicos, los derechos humanos. Una protección que no se limita a las decisiones o actos de autoridad —como bien corresponde al juicio de amparo—, sino a las personas privadas o particulares. Por eso, la celeridad en razón de la eficacia del

procedimiento exige la celeridad de la investigación. Para ello, aunque a la policía corresponde la investigación en la fase de “hipótesis delictiva”, conviene que a la par asuma la investigación del delito durante la fase de “hipótesis del caso”, si bien con un mayor control del Ministerio Público conforme a su propia “teoría del caso”.

Esta realidad enfrenta al sistema procesal penal acusatorio y al sistema policial represivo, porque resulta lógico que esta investigación, en cuanto policial, debe guiarse por reglas hipotéticas claramente acusatorias, más por métodos claramente inquisitivos —de inquirir—, sin que por ello se tengan que violar los derechos fundamentales. Aunque este criterio ha sido acusado de inquisitorio, se parte de una “hipótesis”, pues de lo contrario no habría objetivo. Debemos partir de la idea de que toda investigación policial por delito es, de inicio, una investigación inquisitiva, sin que la normativa procesal impida que cuanto antes se acuda al “principio acusatorio”.

No sin razón se establece dentro del derecho de defensa que al imputado, al ser intimado por la “teoría del caso” a través de una “imputación formal”, se le ponga simultáneamente en conocimiento de las pruebas que existen en su contra. Lo admite la propia Constitución Política cuando dispone que “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirse declaración o entrevistarle” (artículo 20, B, VI).

El sistema acusatorio, si bien atribuye al Ministerio Público la dirección y el control de la investigación, lo hace en primer lugar para discriminar si se inicia un proceso, porque existe por lo menos un indicio —dato de prueba— de que se ha cometido un delito. Son los informes policiales los que permiten al fiscal “resolver” si se inicia y/o continúa la etapa de investigación procesal, o por el contrario, si procede el no ejercicio, abstenerse de investigar el archivo de la causa, su desestimación, o en su defecto, el sobreseimiento definitivo. Esto ocurre si la “hipótesis del caso” no llega a convertirse en “teoría del caso” en sede del Ministerio Público.

El mismo informe policial permite comprobar la “prudencia” de aplicar un criterio de oportunidad, y en algunas situaciones, que el imputado, por consejo de su defensor, admita el procedimiento abreviado o acepte la suspensión condicional del proceso.

Bajo estos supuestos se entiende nuestra posición respecto a la teoría del caso. En primer lugar, la teoría del caso no puede ser nunca una estrategia para el juicio oral. En segundo lugar, la teoría del caso no puede ser jamás el alegato de apertura. En tercer lugar, la teoría del caso nace desde la misma etapa de investigación y/o etapa preliminar o preparatoria como “estrategia” para la investigación propia de la policía. Si el Ministerio Público asume la investigación de la “hipótesis del caso” para encaminarla a un proceso, sin contar con una “teoría del caso”, renuncia a la celeridad por las siguientes razones que conviene desglosar:

- 1) *En primer lugar*, porque los agentes del Ministerio Público terminarán por realizar acciones policiales;⁹¹
- 2) *En segundo lugar*, porque los agentes del Ministerio Público no podrán cumplir con la investigación, y a la vez, con el procedimiento;
- 3) *En tercer lugar*, porque los agentes del Ministerio Público no podrán controlar la legalidad del procedimiento (imbuidos) en la “agilidad” de la investigación, y
- 4) *En cuarto lugar*, porque el agente estaría realizando los actos de investigación que compete —por preparación, táctica, celeridad, facilidad y capacidad— a la policía, lo que por lo general crea incomprendiones, desorden, conflicto interinstitucional, renunciándose a la naturaleza de auxiliares del Ministerio Público que ocupa la función de dicha policía.⁹²

⁹¹ De conformidad con el artículo 40 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, a las instituciones de seguridad pública corresponde “X. Actualizarse en el empleo de métodos de investigación que garanticen la recopilación técnica y científica de evidencias”.

⁹² De acuerdo con el artículo 40 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, a las instituciones de seguridad pública corresponde: “XIII.

El sistema acusatorio no ha sido concebido para que los fiscales realicen el acto policial probatorio, porque no se debe cometer el error de utilizar dos instituciones para un mismo fin: la investigación.⁹³ El “sistema acusatorio” rehúye la duplicidad de funciones. La hipótesis del caso, por un lado, exige al Ministerio Público asumir la causa, pues se ha comprobado la existencia de un hecho delictivo que exige —desde la “teoría del caso” por la cual el agente del Ministerio Público encarrila la investigación— el descubrimiento de los medios de prueba, su levantamiento o acopio, su traslado cuidando la cadena de custodia, el procesamiento para determinar, ya no el hecho —que ha sido demostrado desde la hipótesis delictiva—, sino el autor penalmente responsable de ese hecho. La hipótesis del caso nos enfrenta, entonces, al hecho sin autor.

Preservar, conforme a las disposiciones aplicables, las pruebas e indicios de probables hechos delictivos o de faltas administrativas de forma que no pierdan su calidad probatoria y se facilite la correcta tramitación del procedimiento correspondiente”.

⁹³ El artículo 41 de la Ley General del Sistema de Seguridad Pública indica: “...los integrantes de las Instituciones Policiales, tendrán específicamente las obligaciones siguientes: I. Registrar en el Informe Policial Homologado, los datos de las actividades e investigaciones que realice; II. Remitir a la instancia que corresponda la información recopilada, en el cumplimiento de sus misiones o en el desempeño de sus actividades, para su análisis y registro. Asimismo, entregar la información que le sea solicitada por otras Instituciones de Seguridad Pública, en los términos de las leyes correspondientes; III. Apoyar a las autoridades que así se lo soliciten en la investigación y persecución de delitos, así como en situaciones de grave riesgo, catástrofes o desastres; IV. Ejecutar los mandamientos judiciales y ministeriales; V. Obtener y mantener actualizado su Certificado Único Policial; VI. Obedecer las órdenes de los superiores jerárquicos o de quienes ejerzan sobre él funciones de mando y cumplir con todas sus obligaciones, realizándolas conforme a derecho; VII. Responder, sobre la ejecución de las órdenes directas que reciba, a un solo superior jerárquico, por regla general, respetando preponderantemente la línea de mando; VIII. Participar en operativos de coordinación con otras corporaciones policiales, así como brindarles, en su caso, el apoyo que conforme a derecho proceda...”.

3. *Teoría del caso: iniciativa policial bajo dirección funcional del Ministerio Público*

A. *Teoría del caso: hecho más autor del hecho*

Cuando analizamos el sistema de justicia procesal penal acusatorio comprendemos dentro del proceso distintas etapas. Esto es coherente con la teoría del proceso, entre otras razones, porque hay derecho, principios y situaciones procesales propias de cada etapa, y por ende, en razón de ella, rigen principios como el de “preclusión”.

Si esto es cierto, y si todas las codificaciones vigentes y en proyecto, los códigos de Latinoamérica y Centroamérica han sido divididos en etapas procesales, ¿dónde surge y cómo encuadra la teoría del caso? La respuesta a esta pregunta depende del mayor o menor conocimiento del sistema acusatorio y la teoría del proceso, pero igualmente del lugar donde se haya recibido la capacitación y los libros o manuales que se utilicen para el estudio del proceso.

Es casi unánime que si la capacitación proviene de algún país con sistema anglosajón, la teoría del caso será una “estrategia” propia del juicio oral que se “concreta” en el alegato de apertura que se expone para convencer al jurado. Sin embargo, el problema que hemos estudiando en Latinoamérica se suscita por el financiamiento y capacitación para el sistema acusatorio desde la modalidad de técnicas de litigio, porque la academia se ha centrado en las técnicas de litigio separándose de las técnicas procesales, estas últimas, a mi criterio, más importantes que las primeras.

De hecho, hemos podido observar que algunos de los libros o manuales escritos en países latinoamericanos, y otros que se han “copiado” para México, parecen ser “traducciones” sin referencia bibliográfica en las que se ha quitado la palabra “jurado” y se ha colocado la de “juez” y/o “tribunal”, problema grave a mi criterio, porque como bien dice Gómez Colomer, para los Estados Unidos “solo es acusatorio para ellos si instruye (investiga el

crimen) el Ministerio Público y si el juez es como un espectador del proceso que ante él y el jurado están representando las partes, las verdaderas actoras”.⁹⁴

Bajo esos principios, el juicio como “estrategia de litigio”, y el debate, desde la “teoría del caso”, se entienden por el poder que tiene la policía y la discrecionalidad que manejan los fiscales:

...la investigación del hecho punible... la realiza técnicamente la policía, bajo la batuta del fiscal, en cuyas manos está la posibilidad de realizar las investigaciones complementarias que desee para preparar la acusación. Practicada la investigación, el fiscal debe someterla a control por parte del juez o del Gran Jurado, órganos imparciales encargados de decidir si existen o no elementos suficientes para que se formule la acusación contra el imputado. Ese control jurisdiccional trata de evitar acusaciones infundadas⁹⁵ [en lo que se ha denominado *first appearance*, audiencia en la cual se informa al acusado de los hechos punibles que se le imputan, por tanto, se ponen en su conocimiento los cargos en su contra, pero sin presentar una acusación formal aún].

Este importante acto oral dentro del esquema general del sistema acusatorio, denominado en inglés *preliminary hearing* o *preliminary examination*, tiene como objetivo principal valorar la solidez de la prueba de que disponen las partes, particularmente la de cargo, no a efectos de enjuiciamiento, puesto que ello sólo puede tener lugar en el juicio oral y público, sino de valoración de suficiencia, con el fin precisamente de poder ir a juicio, en consecuencia de análisis de la fundamentación fáctica y probatoria de la acusación... Si el juez entiende que existen indicios de criminalidad en contra del imputado, autorizará al fiscal a que presente inmediatamente la acusación formal ante el órgano jurisdiccional competente.⁹⁶

La teoría del caso ha sido el tema de esta investigación. Dentro de mi posición crítica, la teoría de caso que ha sido “tema”

⁹⁴ Gómez Colomer, Juan Luis, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

de las técnicas de litigación, solo puede admitirse dentro de una tercera fase, cuando la hipótesis del caso descubre al autor penalmente responsable del mismo. La teoría del caso se define por el hecho y el autor de ese hecho; sobre todo cuando la investigación concluye en que el hecho es un delito, y cuando descubre en ese hecho al probable autor de ese delito. Se llega a la “teoría” cuando se ha partido de una “hipótesis”, como se ha referido en los apartados anteriores. No es, por tanto, una estrategia de investigación, sino el producto de una investigación.

Puede definirse, entonces, contrario a las definiciones que hemos estudiado, como el resultado procesal de una investigación policial por delito que, partiendo de una hipótesis delictiva y/o hipótesis del caso —hipótesis fáctica—, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, ha sido realizada por la policía de investigación, tendente a la comprobación de un hecho delictivo conforme a un tipo penal, y los datos o medios de prueba que puede demostrar, dentro del proceso penal, el autor penalmente responsable del mismo. Bajo ese concepto, la teoría del caso resulta sinónima, y por ende, un concepto repetido al de etapa de investigación preliminar o preparatoria.

El objetivo de la teoría del caso y el objetivo de la etapa de investigación, como estrategia, es la búsqueda del medio probatorio que realiza el Ministerio Público con el auxilio de los órganos de policía o, con un sentido más eficaz, la búsqueda del medio de prueba que realiza la policía de investigación bajo la conducción y mando del Ministerio Público.

B. Argumentar desde el hecho el derecho

El proceso argumentativo en el derecho penal “nace” y “termina” en el hecho, porque la teoría del delito —cuestión jurídica en la teoría del caso— une el derecho procesal con el derecho penal y da razón a la interpretación —como interpretación jurídica e interpretación fáctica— a lo largo de las distintas etapas del proceso hasta la sentencia.

Bajo el concepto de teoría del caso que hemos asumido, esta es lógica solo si parte del descubrimiento —a través del medio de prueba— de la premisa menor o fáctica, porque en el orden del discurso argumentativo, a la premisa fáctica corresponde, en el orden de las premisas —inferencia—, una premisa mayor o premisa normativa. Por eso, “la argumentación jurídica —dice Atienza— comprende un conjunto de operaciones de carácter intelectual, a través de las cuales se suministran razones que justifican una decisión concreta de naturaleza jurídica, con miras a defender su oportunidad, conveniencia o bondad”.⁹⁷

Pero discutir concepto y valor —propio de la premisa normativa y de la teoría del delito— sin previamente contar con la premisa fáctica, hace ilógico el discurso argumentativo, el mismo proceso penal y el derecho penal. Sin embargo, *ex contrario*, desde las “distintas” teorías del caso que hemos venido criticando, esta se construye desde lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio. Como diría Zagrebelsky (*El derecho dúctil*), se procura arribar a un razonamiento jurídico desde una “progresión cuantitativa (y cualitativa) que va desde lo menos a lo más oportuno, de lo menos a lo más adecuado y productivo” en términos jurídicos, “y ello con el objeto de concretar una respuesta adecuada a ciertas expectativas legítimas”.

Citando a Aristóteles, la doctora María del Carmen Platas explica la necesidad de abordar el argumento desde tres niveles distintos: la existencia del objeto u hecho, el concepto que corresponde y el valor.

Trasladar estos elementos al ámbito de la argumentación jurisdiccional —dice— resulta importante para estas reflexiones, por lo tanto, en la construcción de argumentos útiles a la función jurisdiccional primero debemos advertir si existe un problema jurídico derivado de los hechos narrados por las partes, esto es, si el objeto materia litis existe en términos jurídicos; posteriormente será necesario definir la realidad jurídica a la que estos hechos pertene-

⁹⁷ Atienza, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”, *Isonomía*, México, núm. 1, 1994, p. 57.

cen...; por último, y en esto reside lo esencial de la argumentación jurisdiccional, qué valor merecen esos hechos, cómo deben juzgarse, y con base en ese juicio, cuáles son las normas aplicables y cuáles las consecuencias o implicaciones que se siguen.⁹⁸

No se trata de un tema sencillo. Por ejemplo, aplicando el método del caso en distintos auditorios, me ha llamado la atención que los alumnos tienen la costumbre de señalar el concepto cuando se les pregunta sobre el hecho, y esto sin que lo hayan probado, dándolo por supuesto. En consecuencia, es costumbre “forzar” la teoría del delito con la finalidad —práctica claramente viciada— de redactar el hecho considerando todos los elementos del tipo, es decir, el hecho se redacta presuponiendo el tipo penal en lugar de “construir” el hecho para determinar, *a posteriori*, si ese hecho se adecua a una figura típica.

Discutir el concepto —tipo penal— sin que se haya resuelto la “cuestión” de hecho (Taruffo), más aún, partir del valor —conclusiones probatorias o causas excluyentes— para con él comprender los contenidos históricos del hecho es un contrasentido lógico, y por tanto, un yerro en la argumentación. Si el hecho no existe, no es delito; si el hecho existe, pero no se puede probar, no conviene el proceso, y si existiendo y probándose no se adecua a un tipo penal, es imposible construir el concepto del delito, y consecuentemente, descubrir sus distintos elementos del tipo objetivo y/o subjetivo.

Por eso, los sistemas procesales admiten modos de archivo temporal y/o definitivo, causales de abstención de la acción penal pública, y formas de no ejercicio de la acción. Todavía cuando el hecho es típico y la conducta es atribuible a una persona humana sin que exista causal excluyente alguna, el sistema procesal penal permite, sin previo juicio, formas alternativas de terminación del proceso y mecanismos alternativos de solución del conflicto. De

⁹⁸ Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Argumentación jurisdiccional*, México, Porrúa, 2007, p. 7.

hecho, es posible arribar a la condena del imputado a través de un procedimiento que abreviado, prescinde del desahogo de prueba porque la etapa de investigación ha culminado —con elementos de convicción— en una clara teoría del caso.

Desde el derecho la argumentación busca:

Primero: ofrecer —prudencialmente— razones jurídicas —dialéctica— de forma ordenada —apodíctica— y convincente —plausible— de un hecho que lógicamente debe de tener relevancia jurídica.

Segundo: mediante la oralidad y/o la retórica que permita la intermediación en la contradicción de la prueba que comprueba ese hecho.

Tercero: interpretando normas —premisas normativas—, determinando hechos —premisas fácticas—, a través del uso de inferencias deductivas, inductivas o hipotéticas, sustentadas en pruebas ciertas —veracidad—, y

Cuarto: confrontando situaciones anejas y/o criterios —de autoridad— jurisprudenciales analógicos, bajo la estructura lógica del silogismo deductivo y/o prudencial —según el caso—, que permita determinar el derecho que corresponde conforme a lo justo al caso concreto.

Porque existen medios de prueba —aún no desahogados en juicio— que demuestran la existencia de un hecho delictivo y un probable autor de ese delito, la teoría del caso asume la naturaleza de una imputación que, dependiendo del momento procesal y las necesidades del mismo proceso, exige ser formalizada —judicializada—; en primer lugar, para que el imputado pueda ejercer, con su abogado defensor, su derecho de defensa material y técnica; en segundo lugar, para que el Ministerio Público pueda encaminar la “teoría del caso” —como resultado— a un proceso penal; en tercer lugar, para que —salvo raras excepciones, que se concretan en el cateo y la interceptación de comunicaciones—, el imputado pueda participar, con su asesor letrado, en el acopio y procesamiento de los medios de prueba, en particular, cuando

el imputado se constituye en “objeto de prueba”; en cuarto lugar, para que puedan ordenarse, y consecuentemente, ejecutarse medidas cautelares; en quinto lugar, para que se pueda resolver el conflicto a través de mecanismos alternativos; en sexto lugar, para “negociar” con el imputado el procedimiento abreviado; en séptimo lugar, para enfrentar el procedimiento ministerial al proceso jurisdiccional, y en octavo lugar, porque el Ministerio Público requiere desahogar anticipos de prueba.

Esta formalización —o control jurisdiccional del proceso— se acelera cuando el imputado ha sido detenido en flagrancia o en caso urgente. En resumen, lo primero que debe conocer el imputado —con la defensa técnica letrada de su abogado— es el hecho que se le atribuye. Es la única cuestión que exige el debate lógico. Si la premisa fáctica no se adecua a un tipo penal, cualquier otra discusión sobre concepto y valor carece de importancia.

4. La teoría impositiva del caso en el Código de Quintana Roo

El último “gran paso” en relación con la teoría del caso lo da el Código de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo, ya no desde un artículo —como lo hemos referido del 380 para Durango—, ya no desde una exposición de motivos —como ya lo refieren los expertos—, sino desde un capítulo que luego influye en las demás instituciones procesales.

En efecto, en el título sexto del código de referencia, el capítulo único se intitula “Teoría del caso”. Se tratará de una teoría impositiva, porque ya no como estrategia, sino como imposición procesal, el código exigirá el modo de proceder del Ministerio Público y limitará al tribunal de sentencia a ese modo. Aunque pareciera dar cierta “libertad” a la defensa, igualmente la introduce en la teoría del caso, porque la obliga hacia la teoría del caso del Ministerio Público e igualmente a improbar la misma. En el mismo sentido, dispone un efecto “persuasivo” hacia los jueces que a la vez es contradictorio porque parte de “hipótesis” tanto en lo fáctico, jurídico y probatorio y, por ende, no puede

persuadir lo que es solo hipotético a la vez que no se puede persuadir cuando apenas se van a desahogar los medios de prueba para lograr esa persuasión.

Justamente, el artículo 168 define lo siguiente:

...se entenderá por teoría del caso a la actividad intelectual de construcción, revisión y confirmación de una versión central que el Ministerio Público o el acusador privado o la defensa hacen sobre los hechos de relevancia penal, extraída de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria, a cuya guía se articularán sus actuaciones y estrategias a desarrollar respecto al caso concreto, en las distintas audiencias de la fase preliminar o de preparación, y sobre todo en la audiencia de juicio oral, la cual se expondrá, de acuerdo con el objetivo de la audiencia, explicativamente y con propósitos persuasivos ante el juez de control o el Tribunal de juicio oral.

No se ignora que en la mayor parte de los casos la defensa no asume más “teoría del caso” que el silencio, porque el silencio puede ser el mejor argumento. Quintana Roo exige, por el contrario, una “actividad intelectual de construcción, revisión y confirmación de una versión central”. El hecho delictivo y, por tanto, la teoría del delito han pasado a un segundo plano. No se trata de comprobar el hecho delictivo y si el imputado adecuó su conducta a ese hecho, sino de una “versión central” al modo de teatro, mímica o pantomima. No se trata de la teoría del tipo penal, sino de “hechos de relevancia penal”. Pero, asimismo, no interesan los resultados de la interpretación y la argumentación, sino que esa “teoría del caso” haya sido extraída “de la conjunción de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria”. Finalmente, Quintana Roo “supera” la teoría de la prueba, pues lo que interesa es que desde la guía de la “teoría del caso”, “se articularán sus actuaciones y estrategias a desarrollar respecto al caso concreto, en las distintas audiencias”.

La nueva codificación no solo predelimita la estrategia de litigio para reducirla a norma procesal, sino, a la vez, la predilucida,

y entonces, en el artículo 169 ofrecerá, como características de la teoría del caso que “para que... sea útil, la misma deberá cumplir con las siguientes características: deberá ser única, sencilla, lógica, creíble, suficiencia jurídica y flexible”. Más aún, la predeterminación del órgano acusador a la teoría del caso le permite, en el artículo 170, restringir la libertad procesal del Ministerio Público a la construcción de la teoría del caso, y consecuentemente, le exige que “en todo caso, en su actuación, en el pronunciamiento de sus decisiones y peticiones el Ministerio Público deberá sujetarse de un modo coherente y verosímil a su teoría del caso”.

En relación con la defensa, cuya teoría del caso —siguiendo el concepto del legislador de Quintana Roo— puede ser no presentar teoría alguna, sino demostrar lo inverosímil de la posición acusadora del Ministerio Público, y/o la falta de prueba lícita para sustentar la acusación, el Código de Quintana Roo permite al abogado defensor “...optar por la construcción de una teoría del caso alternativa o elegir una defensa negativa; pero en todo caso, de elegir la primera o combinar ambas modalidades, sus peticiones y argumentos deberá orientarlos de un modo coherente y verosímil a su teoría del caso”.

El error no se centra ahora, como lo hace por ejemplo el estado de Durango, únicamente en la audiencia de juicio. La inventiva admite una evolución de la teoría del caso desde la acusación que cierra la etapa de investigación y abre la etapa intermedia; el artículo 328 dispone que “al inicio de la audiencia, cada parte hará una exposición sintética de su presentación a través de su respectiva teoría del caso de acuerdo al objetivo de la audiencia”, con lo cual contradice en parte y, creo que en todo, las distintas disposiciones constitucionales al respecto, salvo que la codificación en estudio confunda, ahora, “teoría del caso” con acusación.

Efectivamente, como hemos analizado, la acusación que —como he sostenido— cierra la etapa de investigación formalizada y abre la etapa intermedia se cuestiona en el sistema de justicia penal mexicano, entre otras razones, porque esa acusación, que en todos los sistemas procesales cierra el procedimiento y abre

el proceso, en México no se requiere ya que por mandato constitucional, el hecho de la acusación ha de ser el mismo hecho del auto de vinculación a proceso. Como lo dispone el artículo 19 de la Constitución federal “todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso”. ¿Cuál sería, entonces, la función de la acusación si la litis se ha fijado en y desde la etapa formalizada, en y desde el auto de vinculación a proceso?

Esa pregunta, con cierta ingenuidad, puede ser respondida por el Código de Procedimientos Penales de Quintana Roo, que dice que la función tanto de la acusación como de la vinculación a proceso es la construcción quintanarroense de una “teoría del caso”; la teoría del caso en la codificación de Quintana Roo prefi-ja los hechos en la formulación de la imputación; predetermina la litis en el auto de vinculación a proceso; predelimita el caso hacia juicio mediante la acusación que abre la etapa intermedia; centra el debate de preparación del juicio oral en la teoría del caso, que en definitiva, debe demostrarse con el desahogo de prueba en el juicio oral y público. Con un poco de cinismo debemos decir que la “teoría del caso” de Quintana Roo ha resuelto todos los problemas y puede ser una solución para la misma interpretación del artículo 229 chileno.

Se entiende así, desde el mismo concepto equívoco, que la audiencia de juicio oral, al modo como se dijo al analizar el código de Durango, se abra por parte del presidente del tribunal de juicio, quien conforme al artículo 389 de Quintana Roo concede

...la palabra al Ministerio Público y a la parte coadyuvante, si la hubiere, para que expongan oralmente, en forma breve, clara y sumaria, las posiciones planteadas en la formalización de la acusación a través de su teoría del caso; enseguida al defensor para que, si lo desea, indique sintéticamente su posición respecto de los cargos formulados también a través de su teoría del caso.

Sin embargo, para seguir con el error confunde teoría del caso con alegato de apertura al disponer que “las partes deberán expre-

sar al tribunal su respectiva teoría del caso a través de un alegato de apertura”. Con todo respeto, solo hizo falta el “sillón muido”.

No se olvide el “atreimiento” cuando la teoría del caso “obliga” al tribunal de sentencia, porque conforme al artículo 409 del Código de Quintana Roo, “terminada la recepción de las pruebas, el que preside concederá sucesivamente la palabra al Ministerio Público, a la parte coadyuvante, al actor civil y al tercero civilmente demandados si los hubiere, y al defensor del acusado, para que, en ese orden, emitan su teoría del caso a través de sus alegatos de clausura”.

El legislador para la codificación del estado de Quintana Roo no solo se atreve a hacer norma lo que es estrategia, esto es “amputar” la libre participación de los sujetos procesales en las audiencias, sino que la prefija para la audiencia de juicio oral, se inmiscuye en la voluntad de las partes procesales y limita al propio tribunal de juicio; en el artículo 171 exige que “para el pronunciamiento de sus decisiones o resoluciones los jueces atenderán también a la teoría del caso que le sean planteadas por las partes en sus peticiones o actuaciones”.

5. Teoría del caso como teoría de la argumentación

¿Por qué casi todas las teorías del caso renuncian a la teoría de la interpretación, a la teoría de la argumentación, a la lógica como teoría del conocimiento? ¿Por qué algunas han llegado a renunciar a la teoría del delito?

Porque la mayoría de los expertos en teoría del caso se han olvidado de la interpretación jurídica, de la argumentación jurídica y de la lógica. No se han dado cuenta que han aprendido una técnica —técnicas de litigio de juicio oral— y han omitido una ciencia, es decir, han asumido el proceso desde un manual y han obviado, para el proceso, la propia teoría del proceso. El problema no es que esto se dé, sino que queramos creer que se trata de algo nuevo, que no se puede ignorar, o que se trata de algo importante, que debe ser enseñado a todos. Peor aún, que

algunos lleguen exigir que se trate de algo que debe conformar parte del proceso penal.

Aunque me ha dado pena descubrir que la Primera Sala ha caído en el “boom” de la “teoría del caso” —no porque deba ignorarla, sino porque la confunda con un principio de la teoría del proceso penal, sin distinguirla de una técnica de litigio—, y por ende, su interpretación pueda hacer daño al mismo modelo de justicia penal, me interesa analizar a la vez que, sin admitir con ello el error —no permisible en una Sala de la Suprema Corte de Justicia, porque no puede imperar la ignorancia en quien enseña—, esa Sala pueda aceptar conmigo una teoría de la argumentación; al respecto ha resuelto:

...la teoría del caso se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener que está acreditado un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión, o bien, que existe alguna excluyente de responsabilidad o la destrucción de la proposición que se realiza contra el imputado y que desvirtúa las evidencias en que se apoya.⁹⁹

Si la teoría del caso permite, desde la primera hipótesis de investigación hasta la última de acusación, definir detalladamente los hechos para adecuar según los mismos el hecho delictivo, y con él, los medios de prueba con que se cuentan para demostrarlo, es posible que teoría del caso —ese dilucidar ordenadamente la cuestión fáctica, la cuestión jurídica y la cuestión probatoria— sea considerada una técnica para argumentar sobre el hecho, el derecho y la prueba, ya que, como se ha dicho, ese objetivo es propio de cualquier investigación, y en consecuencia, lo fue igualmente de la averiguación previa, es decir, la teoría del caso no es un “invento” del sistema acusatorio, como no es una figura procesal sino estratégica.

⁹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1a. Sala, Libro VI, marzo de 2012, t. 1, p. 291: SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO.

El dominio de la teoría del caso permite a las partes encaminar la causa penal hacia un objetivo procesal, esto es, admitir o no el hecho, y por ende, admitir o no el hecho delictivo; admitido el hecho delictivo, admitir o no el concepto o tipo penal de ese hecho delictivo; finalmente, admitido el hecho delictivo y el tipo penal, el tercer objetivo es, admitir o no la existencia de causas excluyentes. Esta última realidad introduce a la teoría del caso en la teoría de la argumentación, es decir, dar razones del hecho, dar razones del concepto y/o dar razones del valor por el cual se actuó.

Cuando desde la teoría del caso se habla de la cuestión de hecho y/o cuestión fáctica, estamos analizando la teoría de la interpretación y/o adecuación típica; cuando desde la teoría del caso se habla de la cuestión jurídica, se está analizando el tipo penal y la teoría de la interpretación jurídica; cuando desde la teoría del caso se habla de la cuestión probatoria, se está analizando la teoría de la prueba. Pero, mientras la teoría del caso nos ordena todas estas cuestiones para no confundirnos en la audiencia, el litigio nos exige, como lo hace la teoría de la argumentación, dar razones: ¿en qué razones centras tu argumento? Es por ello que desde la teoría de la argumentación se logra dilucidar la verdad de los hechos contra la falacia de la ilogicidad de los argumentos porque, desde la estructura lógica del pensamiento, es posible convencer —con esas razones— refutando las posiciones contrarias y/o determinando las mismas falacias.

En efecto, para respetar el orden lógico y resolver sobre el derecho es necesario respetar la dialéctica del discurso que procura, en razón de la justicia, el derecho. Se entiende así que el órgano decisorio, de previo, debe conocer los hechos, probar y enfrentar a las personas a la realidad de los hechos mismos. Solo entonces el debate procura conceptualizar sobre ese hecho otorgándole un contenido jurídico, un concepto. Si el hecho se admite y el concepto es el apropiado, el debate se centra en el modo como ese hecho debe ser valorado. He aquí la importancia, no de la teoría del caso, sino de la teoría del delito. Pero, antes de ambas, la im-

portancia de la teoría sin la cual no es posible el hecho y, consecuentemente, el concepto mismo.

Si la opinión se ha hecho ley y la ley determina el discurso decisorio, desde la teoría de la argumentación, no me gusta —y creo que debe superarse— el concepto de parámetro y/o estándares probatorios¹⁰⁰ para la determinación del hecho en las decisiones jurisdiccionales. Consecuentemente, más que parámetro y/o estándar probatorio, que tienen la tendencia y expresan la experiencia de considerar por un lado, “los elementos de fondo para el ejercicio de la acción”,¹⁰¹ y la cuestión de la “amplitud, plenitud, alcance o ‘cantidad’ de prueba que es preciso aportar acerca de esos elementos de fondo”,¹⁰² el debido proceso exige del juicio, no en cuanto *ius dicere*,¹⁰³ sino como *iudicare*,¹⁰⁴ que desde la concepción filosófica, como acto central del conocimiento humano, exige de la lógica que permite superar los distintos estados de la mente, desde la ignorancia a la certeza.

El descubrimiento del hecho, a través del proceso, permite a la autoridad decisoria, desde la construcción lógica del conocimiento humano, expresarse desde las distintas variables de la duda,¹⁰⁵

¹⁰⁰ Natarén Nandayapa considera el concepto de “parámetro” como prioritario al de “estándar” que se ha utilizado en los dictámenes de la reforma constitucional. Natarén Nandayapa, Carlos, *La vinculación a proceso en el nuevo proceso penal acusatorio*, Universidad Autónoma de Chiapas, Centro de Estudios del Derecho Estatal y Municipal, Documento de Trabajo núm. 2.

¹⁰¹ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, p. 31.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Desde el derecho romano, se hace referencia a toda la actividad procesal.

¹⁰⁴ Bajo el concepto de *iudicare* se precisa en el derecho romano, después de las XII Tablas, la *iusdictum*, por la que el juicio es el pronunciamiento esencial del juez, la operación y el resultado de juzgar, es decir, no como actividad creadora sino, de síntesis, interpretadora del ordenamiento jurídico, en definitiva, como definición del derecho (Peláez del Rosal).

¹⁰⁵ La duda es el estado de vacilación o inestabilidad de la mente ante dos juicios contradictorios. Proviene del adjetivo *dubius*, que deriva de *duo*, *dos*, y expresa el balanceo o vaivén del espíritu entre dos términos extremos y opuestos. Se diferencia: a) de la ignorancia, en la que falta todo juicio, y por consi-

en particular los extremos de positiva o negativa,¹⁰⁶ objetiva o subjetiva;¹⁰⁷ probabilidad negativa o positiva;¹⁰⁸ certeza negativa y certeza positiva.¹⁰⁹ La verdad del conocimiento es tan importante para decidir y exigir sobre lo decidido, que utilizar los conceptos de parámetro y/o estándar nos aleja de los conceptos de libertad probatoria —todo se puede probar por cualquier medio—, libre valoración de la prueba y libre convicción, y nos puede hacer caer en los iguales conceptos de prueba legal, prueba tazada, glosario de pruebas o lista de contenidos probatorios, es decir, alejarnos del “problema del hecho” para centrarnos en el “estándar de pruebas”,¹¹⁰ más propiamente, discutir sobre cantidad en vez de calidad probatoria.

guiente esa dualidad, esos dos juicios opuestos entre los que la mente vacila; *b*) de la sospecha y la opinión, en las que la mente está inclinada, en un grado menor o mayor, por uno de los juicios opuestos y *c*) de la certeza, en la que la mente se adhiere firmemente a un juicio, sin temor de error, es decir, excluyendo positivamente con igual firmeza el juicio contrario (García López).

¹⁰⁶ Duda positiva si las razones a favor o en contra de una tesis están equilibradas en el espíritu o son objetivamente del mismo peso, y negativa, si lo que sucede es que faltan razones para inclinarse al uno o al otro extremo de la contradicción (García López).

¹⁰⁷ La duda objetiva está basada en razones intrínsecas al mismo objeto que provoca la duda, mientras que la subjetiva se apoya en razones extrínsecas a ese objeto, y que hay que cargar en el haber del sujeto; por eso la duda objetiva está fundada universalmente, pero la subjetiva solo tiene una justificación particular (García López).

¹⁰⁸ Lo probable —según el diccionario de la Real Academia—, es por una parte lo “verosímil” o que se funda en razón prudente, y en este sentido equivale a un posible que cuenta con buenas razones para que sea así o para que suceda; y por otra parte, también se llama probable a lo que se puede probar. Se aplica tanto a juicios y conocimientos, como a hechos. Es probable el juicio o proposición respecto a la cual existen motivos importantes para que pueda ser afirmada como verdadera, pero sin que tales motivos o razones sean suficientes para que por ellas pueda ser excluido lo contrario, es decir, el juicio probable no supone certeza (Jorge Ibas).

¹⁰⁹ Certeza es sinónimo de certidumbre. Viene a significar una persuasión completa de que se está en posesión de la verdad. Un juicio que se considera verdadero y excluye todo temor a equivocarse (Caballero Sánchez).

¹¹⁰ Es la interpretación que hacen, entre otros, Moisés Moreno, cuando aclara que “es evidente que si el Constituyente decidió no hablar de ninguna de las

Además, mantener esos dos conceptos significa, a mi criterio, dudar del juicio de la autoridad, y en consecuencia, procurar “ofrecer” respuestas “regladas” a las “reglas” de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y la sana crítica, o como lo refiere la Constitución Política, “el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica” (artículo 20, A, II). Lo que interesa a la autoridad es contar con el juicio necesario para decidir. Para ello, debe plantearse: ¿qué debe decidir? ¿Para qué debe decidir?

En los casos de fácil resolución, la lógica formal resultaba, al parecer, una respuesta apropiada. Ante los problemas que hemos planteado en relación —ahora igualmente en casos fáciles pero con contenidos de derecho injusto— con el simple silogismo demostrativo, resulta inapropiado. El derecho parlamentario exige, según Alexy, introducir el principio de ponderación que, como el mismo autor menciona, “forma parte de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad”,¹¹¹ bajo el mismo entendido de que “interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas”.¹¹²

categorías conocidas: ‘elementos del tipo penal’ o ‘cuerpo del delito’, es porque tuvo la pretensión de modificar el estándar de pruebas, es decir, de disminuir las exigencias probatorias para los efectos del ejercicio de la acción, de la orden de aprehensión y del (ahora llamado) auto de vinculación a proceso”. Moreno H., Moisés, “Impactos de las reformas constitucionales en el ámbito de la procuración de justicia”, ponencia en *Novenas Jornadas sobre Justicia Penal* del 22 de abril de 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹¹¹ Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, p. 1.

¹¹² *Ibidem*, p. 2.