

# NO TODOS LOS CAMINOS CONDUCEN A ROMA: LA TEORÍA DEL CASO, SU UTILIDAD EN LA LITIGACIÓN ORAL Y UNA PROPUESTA DE ENSEÑANZA\*

## NOT ALL ROADS LEAD TO ROME: THE THEORY OF THE CASE, ITS USEFULNESS IN ORAL LITIGATION AND A TEACHING PROPOSAL

Ricardo Elías Puelles\*\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Ex Miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

*In recent years, we have seen that the adversarial system has shaped the criminal process in various Latin American countries. This fact leads us to question what are the characteristics of this system, what are the benefits in comparison with the inquisitorial system and which is the method of teaching to which the different procedural actors are exposed.*

*In this article, the author develops in a comprehensive manner the main features of the inquisitorial system and the changing paradigm in Latin American towards the adversarial system, and then explains the influence of this system on the trial lawyer. In addition, it addresses the theory of the case as a methodology that allows to adopt strategic decisions and improve the professional performance of the litigant. Finally, the author explains the necessity of an educational reform as a step in the reform of criminal proceedings.*

**KEY WORDS:** *adversarial system; inquisitorial system; criminal proceedings; theory of the case; oral litigation.*

*En los últimos años, el sistema acusatorio ha ido moldeando el proceso penal en los países latinoamericanos. Ello lleva a preguntarse cuáles son las características de este sistema, cuáles son sus ventajas respecto al sistema inquisitivo y cuál es el método de enseñanza al que se ven sometidos los diferentes actores procesales.*

*En el presente artículo, el autor desarrolla ampliamente las principales características del sistema inquisitivo y el cambio de paradigma latinoamericano hacia el sistema acusatorio, para luego explicar la influencia de éste en el abogado litigante. También aborda la teoría del caso, una metodología que permite adoptar decisiones estratégicas y mejorar el performance profesional del litigante. Finalmente, explicará la necesaria reforma de la enseñanza como paso previo de la reforma del proceso penal.*

**PALABRAS CLAVE:** *Sistema acusatorio; sistema inquisitivo; proceso penal; teoría del caso; litigación oral.*

\* Dedicado a mí maestro y amigo, Vladimir Padilla Alegre.

\*\* Abogado. Estudios de posgrado en Teoría del Delito por la Universidad de Buenos Aires. Estudios de especialización en Gestión de la Formación y Capacitación por la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Training Coordinator para la American Bar Association – Rule of Law Initiative (ABA ROLI Perú). Profesor Adjunto del Seminario de Litigación Oral y Estrategia Procesal en la PUCP. Miembro de la Tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana por la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Contacto: ricardo.elias.p@gmail.com.

*“No hay ningún viento que sople favorable para quien no sabe a dónde se dirige”  
Schopenhauer*

## I. INTRODUCCIÓN

Decidí ser penalista en el primer ciclo de la Facultad, pues consideraba –y aún considero– que perder la libertad, aunque sea por pocos días o meses, es un daño irreparable que los inocentes no deberían sufrir. Muchos de mis amigos cuestionaron mi decisión y me daban las siguientes razones: “los penalistas son corruptos”, “vas a envejecer y tus casos no se cerrarán porque la justicia es muy lenta”, “vivirás haciendo escritos y sumergido en un mar de papeles”. Lo curioso es que estas críticas no sólo venían de compañeros de la Facultad, sino de amigos de mi familia que ya eran abogados y que eran penalistas. Lamentablemente, no estuvieron muy lejos de la verdad.

En “Una Reforma Imposible”, Luis Pásara se pregunta cuál es el perfil del abogado litigante latinoamericano. Con mucha tristeza, concuerdo con su respuesta al decir que es “más bien un tramitador de procesos; esto es, el profesional activa, y luego prosigue ritualmente, una serie de mecanismos y pasos que mantienen en movimiento la petición en la que ha traducido legalmente el interés de su cliente. Muy pocos de esos pasos contienen elementos de sustancia –como son las pruebas y los argumentos de fondo sobre el tema de discusión– la mayoría se limitan a efectuar gestos procesales, que son necesarios para seguir el rito del proceso pero que no tocan directamente el asunto de fon-

do. En el examen de procesos judiciales se verifica, a partir de la actuación de la mayoría de abogados litigantes, que se concede más importancia al trámite que a la solución del litigio”<sup>1</sup>. Este perfil percibido por la sociedad es el que estigmatiza a los litigantes de manera general, y a los penalistas de manera particular.

Invito a que el lector me acompañe al desarrollo de tres ideas a lo largo de este artículo. En primer lugar, explicaré cómo las características del sistema inquisitivo condicionaron la formación y práctica del abogado litigante. Luego, plantearé que la Teoría del Caso es una herramienta metodológica muy útil que permite adoptar decisiones estratégicas y mejorar el *performance* profesional del litigante. Finalmente, señalaré cuál debería ser la metodología empleada en las instituciones de educación superior<sup>2</sup> –formales y no formales<sup>3</sup>– para desarrollar y fortalecer las competencias que el litigante necesita en el sistema acusatorio.

## II. LA FORMACIÓN DEL ABOGADO LITIGANTE EN EL SISTEMA INQUISITIVO

### A. Precisiones terminológicas: ¿procesos, sistemas, modelos o paradigmas?

Los certámenes académicos y artículos especializados suelen contraponer “lo” inquisitivo a “lo” acusatorio. Utilizo “lo” pues se emplean de manera indistinta<sup>4</sup> los términos proceso<sup>5</sup>, sistema<sup>6</sup>, modelo<sup>7</sup> y paradigma<sup>8</sup>. La primera labor será responder brevemente si esta equiparación es correcta y, de no ser así, cuál debería ser empleada.

<sup>1</sup> PÁSARA, Luis. “Una Reforma Imposible: La Justicia Latinoamericana en el banquillo”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. p. 90.

<sup>2</sup> Identifico la educación superior con los parámetros recogidos en el artículo 29 de la Ley 28044, ya que está destinada, entre otros, al logro de competencias profesionales de alto nivel, de acuerdo con la demanda y la necesidad del desarrollo sostenible del país.

<sup>3</sup> Se define la educación no formal como toda actividad organizada y duradera que no se sitúa exactamente en el marco de los sistemas educativos formales integrados por las escuelas primarias, los centros de enseñanza secundaria, las universidades y otras instituciones educativas formalmente establecidas. UNESCO. “Educación No Formal”. En: [http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi55\\_NFE\\_es.pdf](http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi55_NFE_es.pdf)

<sup>4</sup> En un sentido crítico pero reflexivo, Teresa Armenta sostiene que “no resulta desdeñable que el uso de muchas de estas categorías, singularmente, principio, sistema o modelo acusatorio (que todos se usan indistintamente) hayan sido manipulados consciente o inconscientemente con ánimo interesado o simplemente con falta de rigor suficiente”. ARMENTA DEU, Teresa. “Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?”. Madrid: Marcial Pons. 2012. p. 20.

<sup>5</sup> Emplean la terminología “proceso acusatorio”: AROMÍ, Gabriela y Fernando CARBAJAL. “Introducción al proceso acusatorio y la litigación oral”. Corrientes: Mave Editora. 2012.

<sup>6</sup> Entre aquellos que identifican el sistema como acusatorio encontramos: PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. “Derecho Procesal Penal: sistema acusatorio, teoría del caso, técnicas de litigación oral”. Lima: Rodhas. 2014.

En el mismo sentido: S/A. “Justicia restaurativa en el Sistema Acusatorio Penal”. Colombia: Panamericana Formas e Impresos. 2010.

<sup>7</sup> QUIROZ SALAZAR, William F. “El interrogatorio en el modelo procesal acusatorio”. Lima: Imsergraf. 2010.

En la misma línea: “El nuevo modelo procesal penal peruano”. En: Equipo Técnico Institucional De Implementación Del Código Procesal Penal. “ETI PENAL Edición 01”. Lima: Poder Judicial del Perú. 2015.

<sup>8</sup> La capacitación titulada “El nuevo Código Procesal Penal de la Nación: introducción al paradigma acusatorio adversarial”, brindada, entre otros, por el maestro argentino Alberto Binder, grafica el uso de esta terminología.

¿Se puede equiparar “proceso” y “sistema”? Coincidió con el jurista peruano San Martín Castro, quien, siguiendo a Alberto Binder, define **proceso** como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos –jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.– con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidad de esta última<sup>9</sup>. En cambio, por **sistema** se entiende la suma de reglas o principios sobre enlazados entre sí que recaen sobre una misma materia. Este enlace, a decir de Neyra Flores, presupone la existencia de un número de rasgos determinantes, que si bien son extraídos empíricamente de modos históricos de enjuiciamiento, se convierten en una reconstrucción conceptual, en una elaboración o paradigma teórico que, a su vez, constituye una herramienta para interpretar y valorar los métodos reales<sup>10</sup>.

A partir de las características que un proceso penal debe tener para ser considerado como tal –por ejemplo, diferenciar el órgano acusador del encargado de resolver el conflicto–, Montero Aroca concluye que no se puede calificar un proceso penal como inquisitivo o acusatorio. Así, sostiene que existe una confusión que nace de la falta de precisión conceptual en torno a lo que es proceso, pues sólo desde esa imprecisión ha podido concluirse que un sistema de aplicación del Derecho Penal, tal y como se describe en las reglas básicas del inquisitivo, pueda ser calificado de procesal.

Proceso inquisitivo es un oxímoron –en latín, una *contradictio in terminis*; el uso de dos conceptos

de significado opuesto en una sola expresión–, mientras que proceso acusatorio es un pleonismo –una redundancia viciosa de palabras–; el calificativo “acusatorio” no añade nada a la palabra “proceso”, por lo menos si ésta se entiende correctamente<sup>11</sup>. Tomando en consideración este válido razonamiento, de un lado, proceso y sistema no son equiparables; y, de otro, lo más apropiado será utilizar este último término cuando queramos calificarlo como inquisitivo o acusatorio.

En la misma línea, debo indicar que no puede equipararse modelo y paradigma. Esta diferenciación nos permitirá comprender, además, el apartado referido a aspectos pedagógicos de la enseñanza del Derecho. Cuando utilizo **paradigma** hago referencia al ejemplo a seguir luego de una revolución o ruptura de carácter científico, social o cultural, que guiará el estudio, método y trabajo de quienes están involucrados en el área donde se produjo dicho cambio<sup>12</sup>. Distinto es el caso del término **modelo**, el cual se refiere a la representación concreta de una teoría<sup>13</sup> o, en nuestro caso, la concretización de un determinado sistema. Así, por ejemplo, serán modelos del sistema acusatorio, el anglosajón y el norteamericano<sup>14</sup>.

Expuestas las diferencias conceptuales, la siguiente labor será desarrollar las características de los tres sistemas procesales penales reconocidos mayoritariamente: (i) inquisitivo; (ii) acusatorio; y, (iii) mixto o acusatorio formal. De manera sintética, podemos contraponer las características de los dos primeros<sup>15</sup>, recordando que no hay sistemas

<sup>9</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Segunda edición. Lima: Grijley. 2003. p. 40.

<sup>10</sup> NEYRA FLORES, José Antonio. “Manual del Nuevo Código Procesal Penal & de Litigación Oral”. Lima: IDEMSA. 2010. p. 59.

<sup>11</sup> MONTERO AROCA, Juan. “La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2014. p. 61.

<sup>12</sup> Sobre este punto, es importante destacar que Thomas Khun, en “La estructura de las revoluciones científicas”, es quien dota de valor al término paradigma, el mismo que es empleado a partir de dos enfoques: “Por un lado, el paradigma debe ser concebido como un logro, es decir, como una forma nueva y aceptada de resolver un problema en la ciencia, que más tarde es utilizada como modelo para la investigación y la formación de una teoría. Por otra parte, el paradigma debe ser concebido como una serie de valores compartidos, esto es, un conjunto de métodos, reglas y generalizaciones utilizadas conjuntamente por aquellos entrenados para realizar el trabajo científico de investigación, que se modela a través del paradigma como logro”. BERNABÉ SALGADO, Cecilia. “Teoría y Diseño Curricular”. Lima: Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015. p. 44.

<sup>13</sup> En el mismo sentido: “Con el término modelo nos referimos a la representación posible de un objeto, fenómeno o un elemento de la realidad, de forma que, mientras la teoría describe y explica; el modelo constituye una representación de la realidad, a partir de la teoría. El modelo no es por sí mismo, una explicación de dicha realidad, pero sí son muy útiles para conocerla y comprenderla. Al respecto, Concari advierte que un modelo es concebido como una representación posible de una cosa o evento. En general, esa representación es incompleta, aproximada e inexacta, pero es más simple que aquella”. Ibid. p. 53.

<sup>14</sup> La diferencia de ambos modelos ha sido abordado en: ARMENTA DEU, Teresa. Óp. cit. pp. 26-33.

<sup>15</sup> Para la elaboración del cuadro comparativo se ha seguido a: SAN MARTÍN CASTRO, César. Óp. cit. pp. 41 y 42. De manera aleccionadora, Teresa Armenta resume las características del sistema inquisitivo de la siguiente forma: “El juez no puede proceder *ex officio*, ya que para iniciar el proceso, necesita de una acusación, el acusador investiga, determina el hecho y el sujeto, aporta el material y consecuentemente mara los límites de enjuiciamiento del juzgador (congruencia), el proceso está informado por los principios de dualidad, contradicción e igualdad, la valoración de la prueba es libre, sin

puros y que históricamente los Estados han adoptado pendularmente un sistema u otro<sup>16</sup>:

Sistema Inquisitivo	Sistema Acusatorio
El proceso se puede iniciar de oficio, pues no depende de la parte acusadora.	El proceso se inicia a petición de parte.
El juez determina subjetiva y objetivamente la acusación.	La parte acusadora es quien determina los ámbitos subjetivos y objetivos.
La investigación de los hechos y fijación de pruebas las realiza el juez-acusador.	La parte acusadora es quien investiga los hechos y solicita la práctica de las pruebas.
No existe correlación entre acusación y sentencia, pues el juez puede alterar la acusación.	Rige el principio de inmutabilidad de la imputación, pues el juez no puede condenar a persona distinta a la acusada ni por hechos distintos de los atribuidos.
No hay contradicción ni igualdad.	Se desarrolla conforme a los principios de igualdad y contradicción.

Al igual que las teorías eclécticas, el sistema mixto surge como combinación de las principales y más ventajosas características de los sistemas inquisitivo y acusatorio. Son características de este sistema, a decir de San Martín Castro, la separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al juez de instrucción y al tribunal con jurado, respectivamente; excepto para el tribunal con jurado, rige el principio de la doble instancia; también rige el principio del tribunal colegiado; la justicia está a cargo de jueces profesionales, excepto cuando interviene el jurado; la prueba se valora libremente; y, la acción penal es indisponible y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irrevocable<sup>17</sup>.

Luego de repasar las principales características de los tres sistemas, expondré cómo el sistema inquisitivo condicionó tanto la formación de los abogados como el litigio penal<sup>18</sup>.

### B. Características del abogado litigante en el sistema inquisitivo

De manera sucinta, pero muy clara, el magistrado Neyra Flores retrata la historia procesal penal peruana desde la adopción de las Siete Partidas hasta la promulgación del Código Procesal Penal de 2004<sup>19</sup>. En este punto, me referiré brevemente a su antecesor, el Código de Procedimientos de 1940, pues, desde su promulgación el 23 de noviembre de 1939, se han formado varias generaciones de abogados. Después de seis décadas, la tarea de estos operadores no ha sido ni será adaptarse a un nuevo Código sino a un nuevo sistema procesal.

Carlos Zavala Loayza, redactor principal del Código bajo análisis, sostuvo que dicho cuerpo normativo pertenecía al sistema moderno o mixto, sentenciando que el proceso se estructura en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juicio oral (público y oral). Dicho Código le otorgó más importancia a la primera etapa que a la segunda, al punto de conferirle la calidad de prueba a los actos de investigación. A decir de Neyra Flores, el Juicio Oral fue considerado nada más como la prolongación y el complemento de la instrucción<sup>20</sup>. Siendo esto así, lo reservado y escrito prevaleció sobre lo público y oral.

Con el devenir de los años, nuestro sistema procesal involucionó. Así, hacia 1969, se incorporó el proceso penal sumario<sup>21</sup>, suprimiéndose la fase de juicio oral para “priorizar” la celeridad procesal y, en consecuencia, otorgándose además la facultad

que aspire a establecer un concepto objetivo de verdad y, finalmente, el sistema se sustenta en la justicia popular y por ende impera la instancia única”. En contraste, refiere que en el inquisitivo “el Estado procede de oficio a la hora de abrir el proceso penal, sin necesidad de que deba solicitárselo un particular, siendo el mismo órgano quien desarrolla la doble función de acusar y de juzgar (desapareciendo la figura del ciudadano-acusador), el propio juez investiga, delimita el ámbito de lo que ha de ser enjuiciado y marca los límites de su propia congruencia, el proceso que se configura no es dual, ni contradictorio, lo que debilita las posibilidades de defensa cuando no las elimina, en tanto la valoración de la prueba se establece por ley y se dirige rectamente a buscar la verdad, y, finalmente, desaparecen los tribunales populares, especializándose la función de juzgar e instaurándose una segunda instancia”. ARMENTA DEU, Teresa. Óp. cit. pp. 22 y 23.

<sup>16</sup> Ver: AMBOS, Kai. “Principio y proceso acusatorio desde una perspectiva histórica”. En: Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional 28. Bogotá: Legis. 2009.

<sup>17</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Óp. cit. p. 44.

<sup>18</sup> Por sobrepasar los objetivos de este trabajo, no se abordará la discusión que existe sobre la equiparación imprecisa de lo adversativo y lo acusatorio ni los cuestionamientos sobre este último sistema. Para ello, ver: ARMENTA DEU, Teresa. Óp. cit. pp. 41-54; y, MONTERO AROCA, Juan. Óp. cit. pp. 79-101.

<sup>19</sup> NEYRA FLORES, José Antonio. Óp. cit. pp. 94-119.

<sup>20</sup> Ibid. pp. 100 y 101.

<sup>21</sup> Entre los españoles, la primera fase o etapa del proceso, de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, se denominó sumario, que servía solo para decidir si se abriría el juicio oral o no. Sin embargo, “[...] otra cosa es lo que sucedió en la práctica de la primera mitad del siglo XX, en la que [...] el sumario pasó a ser elemento determinante de la decisión judicial, con lo que se pervirtió el sistema, confundiendo las dos fases de modo que realmente desapareció lo que las distinguía”. MONTERO AROCA, Juan. Óp. cit. p. 67.

de sentenciar al juez investigador de la instrucción. Si bien al inicio el sumario se reservó para delitos leves, su expansión no tardaría en llegar. En efecto, el Decreto Legislativo 124 de 1991 aumentó el porcentaje de aplicación al 50%, y la Ley 26689 de 1996 al 90%. Habiéndose suprimido el juicio oral prácticamente para todos los delitos, el litigante peruano se tuvo que adaptar a lo **escrito** antes que lo oral y a lo **reservado** –o mejor dicho, lo secreto– antes que lo público.

En este punto, sostengo que las características del sistema inquisitivo han condicionado la formación de los abogados litigantes o su actuación en el litigio, pues no cabe duda de que la sociedad –los aspectos culturales, económicos, políticos y sociales que la caracterizan– condiciona el diseño curricular adoptado por los centros de educación superior<sup>22</sup>. Litigar en un proceso dominado por lo escrito y reservado, donde las audiencias públicas y la litigación oral eran lo excepcional, trajo consigo graves consecuencias para los abogados, quienes muchas veces son vistos o catalogados como en la introducción de este artículo.

En efecto, Pásara recoge la percepción de abogados de estudios particulares, docentes universitarios, fiscales y jueces sobre las características de los litigantes, y las conclusiones son tristemente desalentadoras:

- a) Conocimiento del caso: El litigante promedio conoce medianamente el caso o su nivel de conocimiento es insuficiente, ya que, de acuerdo a algunos entrevistados, “[n]o se lee todo el expediente. Les gana lo fácil, lo cómodo, lo rápido, lo que no exige. No llega a conocer el caso en profundidad”<sup>23</sup>.
- b) Razonamiento jurídico: Ya en este punto, el lector habrá anticipado el diagnóstico: una formación universitaria deficiente, pues muchos litigantes adolecen de conocimientos especializados y se “comportan de modo

muy formalista, apegados a clichés y sin referirse a los argumentos de la otra parte”<sup>24</sup>.

- c) Capacidad para redactar recursos: “Si no puedes ganar por lo menos confunde [...] Las conclusiones en el proceso penal son de rutina, mecanizadas. Se llenan páginas para impresionar al cliente”, sostuvieron dos abogados litigantes entrevistados por Pásara<sup>25</sup>. Lamentablemente, este “método” de trabajo es muy usual entre litigantes y estudios de abogados que no tienen estrategias claras o simplemente saben que no podrán ganar el caso y presentan recursos únicamente para dilatar la decisión final.
- d) Disposición y capacidad para realizar procesos de negociación: El abogado promedio prefiere litigar que solucionar el conflicto, sea porque es motivado por intereses económicos o porque simplemente no tiene la capacidad ni la preparación para hacerlo. Hacia el 2000, recuerda un magistrado, se aplicó el principio de oportunidad como solución de conflicto en 9 de un total de 39 mil denuncias<sup>26</sup>.
- e) Preocupación por el interés del cliente: Se percibe que el interés por el cliente depende del estrato profesional o social al cual pertenece el abogado o su patrocinado. No obstante, se señala que en promedio “hay más interés personal [del abogado] que en el del cliente”<sup>27</sup> [el agregado es nuestro].

Las universidades producen lo que la sociedad exige. En el sistema inquisitivo, al abogado penalista no se le exigía conocer aspectos relacionados a la litigación oral, como por ejemplo, exponer un alegato de apertura, pues en el sumario no se contemplaba un fase para hacerlo; o interrogar a sus testigos o contraexaminar a los de la contraparte en el juicio oral –nuevamente–, porque, de un lado, el juicio oral estaba reservado para el

<sup>22</sup> A decir de Cecilia Bernabé: “En cada época la historia ha demandado una educación específica para sus generaciones más jóvenes. Para ello, los currículos han sido depositarios de las aspiraciones materiales y espirituales de la sociedad en un momento histórico determinado. De la educación y la sociedad se sabe de su mutua influencia y su relación signada por las tensiones entre las demandas sociales y la oferta educativa, expresada en un sistemático cuestionamiento a la eficiencia y eficacia de los sistemas educativos, tanto de la educación básica como de la educación superior, que siempre resultan insuficientes en relación a las aspiraciones de los colectivos nacionales, regionales o locales”. BERNABÉ SALGADO, Cecilia. Óp. cit. p. 10.

<sup>23</sup> PASARA, Luis. “Tres claves de la justicia en el Perú. Jueces, justicia y poder en el Perú. La enseñanza del Derecho. Los abogados en la administración de justicia”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010. p. 219.

<sup>24</sup> Ibid. p. 220.

<sup>25</sup> Ibid. p. 221.

<sup>26</sup> Ibid. p. 222.

<sup>27</sup> Ibid. p. 223.

10% de los casos y, de otro, estas preguntas debían hacerse a través del Tribunal. Así las cosas, las competencias propias de un litigio oral que descansa su razón de ser en las audiencias públicas no se desarrollaron porque el sistema inquisitivo no lo exigía.

### C. Reformas procesales latinoamericanas: Del sistema inquisitivo al acusatorio

La demora en la tramitación de los procesos, la corrupción, la poca claridad en la expresión oral de los litigantes, no son características inherentes o privativas del sistema inquisitivo, pero este sí proporciona un espacio mucho más cómodo para que éstas se produzcan. Dicho de otro modo, las características y principios que inspiran el sistema acusatorio evitan que los problemas antes mencionados se gesten y, cuando sucede, posibilita una pronta detección y corrección. Así se ha entendido en América Latina, pues, en los últimos veinte años, hemos sido testigos de la adopción de códigos procesales propios de un sistema acusatorio, conforme ha sido destacado por Langer en “Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la periferia”<sup>28</sup>.

Con la promulgación del Código Procesal Penal de 2004, Perú se unió a este proceso de reforma, respetuoso de los derechos fundamentales y que se rige por los principios de imparcialidad del juzgador, de contradicción, de oralidad, de concentra-

ción y de publicidad, principalmente<sup>29</sup>. Si estas son las características del sistema en que nos toca litigar, entonces es necesario tener herramientas que nos permitan hacerlo de manera eficiente. Una de ellas—desde mi punto de vista, la más importante—es la teoría del caso.

### III. LA TEORÍA DEL CASO COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA<sup>30</sup>

Imagine que tiene que afrontar una investigación de corrupción de funcionarios, trata de personas, homicidio, delitos informáticos—tan de moda en estos tiempos—o el delito que usted prefiera. Sin importar el rol que le toque asumir—fiscal o defensor—, deberá trazar una estrategia, una hoja de ruta o una guía para organizar sus tiempos, saber qué medios de prueba necesita buscar u ofrecer, a qué oponerse, en qué ceder, etcétera. En buena cuenta, no debería trabajar de manera intuitiva, sino contar con una herramienta metodológica que le permita alcanzar sus objetivos<sup>31</sup>. Necesita una teoría del caso pues, como señala el título de este trabajo, “no todos los caminos conducen a Roma”.

#### A. ¿Qué es la Teoría del Caso?<sup>32</sup>

La Teoría del Caso, de un lado, es el punto de vista del litigante sobre lo que sucedió en un aparente hecho criminal<sup>33</sup> y, de otro, es la herramienta metodológica<sup>34</sup> que construiremos, expondremos y

<sup>28</sup> LANGER, Máximo. “Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la periferia”. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. En: <http://incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/revolucionpplatinamericano.pdf>.

<sup>29</sup> La reforma de la justicia penal, entonces, ha importado la sustitución de un sistema procesal de tipo inquisitivo, caracterizado por la escritura y la reserva, así como por la delegación de funciones propias de jueces y fiscales en otros funcionarios, por un nuevo sistema de corte acusatorio garantista, de carácter oral y público, que garantiza la transparencia y el control ciudadano de las actuaciones judiciales y fiscales. EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. Óp. cit. p. 9.

<sup>30</sup> La sección 3.1 y 3.2 ha sido adaptada de: PADILLA ALEGRE, Vladimir y Ricardo ELÍAS PUELLES. “Rompiendo paradigmas en la litigación oral”. En redacción.

<sup>31</sup> Existen muchas metodologías de trabajo; sin embargo, la más difundida entre los litigantes del sistema acusatorio es la teoría del caso. La profesora Shoshana Zusman, por ejemplo, basándose en *legal skills* o destrezas legales, recomienda seis pasos en el análisis de un problema, distribuido en dos fases: (i) fase de definición (identificación del problema, acopio de información y definición del problema); y, (ii) fase de solución (desarrollo de opciones, elección de la mejor opción e implementación de la solución). ZUSMAN, Shoshana. “Manual del buen abogado”. Lima: Palestra. 2012. pp. 87-129.

<sup>32</sup> La teoría del caso no es una herramienta privativa del sistema acusatorio, pues válidamente se puede emplear en casos tramitados bajo el sistema inquisitivo; sin embargo, su utilidad y difusión ha sido dada a conocer en América Latina por el modelo americano dada la influencia de éste sobre los países de la región. Sobre este punto, recomiendo: LANGER, Máximo. Óp. cit. pp. 31-47.

<sup>33</sup> En este sentido, “[l]a teoría del caso es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo”. BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE. “Litigación penal, juicio oral y prueba”. Lima: Editorial Alternativa. 2005. p. 102.

<sup>34</sup> “La teoría del caso, como herramienta estratégica, es la que permitirá a los litigantes determinar con la mayor exactitud posible cuáles son los hechos importantes para llevar al juicio, en función de qué tipos penales concretos y con cuál respaldo probatorio [...] El trabajo de construcción de la teoría del caso comienza con el mismo análisis de la causa concreta que le tocará al litigante llevar adelante. Sin embargo, a medida que el caso avanza hacia el juicio se va volviendo más necesario centrarse en una teoría determinada, descartar alternativas y “casarse” con una sola versión de lo ocurrido”. LORENZO, Leticia. “Manual de litigación”. Buenos Aires: Ediciones Didot. 2012. p. 136.

defenderemos, pues a través de ella orientaremos nuestra actuación en la investigación criminal<sup>35</sup> y, llegado el momento, deberemos convencer al juez o al tribunal sobre la validez de nuestra pretensión en las audiencias previas o en el juicio que enfrentemos.

Primero, es una **guía metodológica**, pues es una herramienta de trabajo que nos permitirá ordenar y sistematizar nuestras ideas a fin de detectar nuestras debilidades y potenciar nuestras fortalezas. Aunque coincido con quienes la identifican con una “hoja de ruta”, en este punto le pido al lector reconocerla como el “esqueleto” de nuestro caso. Imaginemos que el juicio es una lid medieval y, para ello, debemos preparar a nuestros campeones. Ellos deben tener un esqueleto compuesto por cabeza, brazos y piernas (éstas serán las partes de nuestra Teoría del Caso: proposiciones fácticas, proposiciones jurídicas y medios probatorios).

Sin una Teoría del Caso completa, enfrentaremos a nuestro oponente sin posibilidad alguna de éxito. Los medios de prueba que obtengamos en la investigación serán su armadura o sus armas, pero de nada servirán en el juicio oral si no lo entrenamos lo suficiente para que las emplee adecuadamente en el combate. Nuestro campeón podrá recibir algunos golpes o perder algunas armas, pero dependerá del entrenamiento previo para resistirlas o desarmar también a su oponente en miras de ganar la justa.

Segundo, debemos **construir** nuestra Teoría del Caso. Cuando recibimos una denuncia o atendemos una consulta jurídica, las personas muchas veces nos proporcionan un sinnúmero de información que deberemos discernir para diferenciar los datos útiles de los irrelevantes. Para ello, esta herramienta metodológica nos permitirá diferenciar los tres elementos claves para trazar una estrategia:

- a) **Proposiciones fácticas.**- Son los hechos jurídicamente relevantes y que deberán ser probados en juicio<sup>36</sup>.
- b) **Proposiciones jurídicas**<sup>37</sup>.- Elementos de la teoría del delito aplicables al caso concreto –acción, tipicidad, anti juridicidad, culpabilidad–, así como circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal<sup>38</sup>.
- c) **Medios de prueba.**- Son los elementos con los que demostraremos cada una de las proposiciones fácticas de nuestra teoría del caso<sup>39</sup>. Es necesario precisar que las proposiciones jurídicas no son objeto de prueba, sino las afirmaciones que realizamos a partir de ellas.

El cuadro presentado a continuación es utilizado mayoritariamente entre los docentes de litigación oral, pues permite identificar gráficamente los elementos de la teoría del caso. En este punto, conviene resaltar que no existe uniformidad sobre el orden de las proposiciones fácticas y jurídicas; sin embargo, para los alcances de este artículo basta con poder conocerlos e identificarlos:

Proposiciones Fácticas	Proposiciones Jurídicas	Medios de prueba

Tercero, nuestra Teoría del Caso será **expuesta** ante el Juez o el Tribunal en dos momentos totalmente diferentes: antes y durante el juicio oral<sup>40</sup>.

Cuarto, debemos **defender** nuestra Teoría del Caso a lo largo de todo el proceso, y más aún en el juicio, pues mientras menos embates reciba, más probabilidades de éxito tendremos. Durante el juicio, podremos interrogar y contrainterrogar

<sup>35</sup> Institucionalmente se reconoce que: “La teoría del caso es una herramienta de planificación y ejecución, que se va construyendo desde la noticia criminal y se concluye con la verificación de las hipótesis, para que sirva de fundamento en el juicio. Llevada a cabo la investigación preparatoria, conforme al Plan de Investigación, se decidirá si se formula acusación o se requiere el sobreseimiento de la causa”. EQUIPO TÉCNICO MULTISECTORIAL RESPONSABLE DE LA ELABORACIÓN DE LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN INTERINSTITUCIONAL. “Protocolo de trabajo conjunto entre el Ministerio Público y Policía”. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2014. p. 120.

<sup>36</sup> MORENO HOLMAN, Leonardo. “La Teoría del caso”. Buenos Aires: Ediciones Didot. 2012. p. 42. LORENZO, Leticia. Óp. cit. pp. 141 y 142. BAYTELMAN, Andrés y Mauricio DUCE. Óp. cit. p. 97.

<sup>37</sup> El lector debe ser consciente que las técnicas de litigación oral y la formulación de la teoría del caso no reemplazan ni suplen el conocimiento que en teoría del delito el litigante debe ostentar. En el mismo sentido: CARO CORIA, Dino Carlos. “La enseñanza de la dogmática penal como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad”. En: “Rondando al Código Procesal Penal”. Cajamarca: Corte Superior de Justicia de Cajamarca. 2014. pp. 91-97.

<sup>38</sup> MORENO HOLMAN, Leonardo. Óp. cit. Loc. cit. LORENZO, Leticia. Óp. cit. pp. 138-140.

<sup>39</sup> MORENO HOLMAN, Leonardo. Óp. cit. p. 43. LORENZO, Leticia. Óp. cit. pp. 145-148. DUCE, Mauricio y Andrés BAYTELMAN. Óp. cit. pp. 100-102.

<sup>40</sup> Cuando señalo “antes”, me refiero a las audiencias previas al juicio oral y a la etapa intermedia.

**NO TODOS LOS CAMINOS CONDUCCEN A ROMA: LA TEORÍA DEL CASO, SU UTILIDAD EN LA LITIGACIÓN ORAL Y UNA PROPUESTA DE ENSEÑANZA**

a los diferentes testigos, testigos expertos y peritos. Sin embargo, la importancia de cada una de nuestras intervenciones dependerá de lo que queramos conseguir en el juicio. Así, en algunos casos, las declaraciones obtenidas servirán para corroborar nuestra Teoría del Caso, mientras que en otros serán empleadas para desvirtuar la posición de nuestra contraparte. Si no tenemos clara nuestra Teoría o no prevemos la posición

de nuestro oponente, de nada servirá interrogar, conainterrogar u objetar.

**B. Características**

El académico y litigante chileno, Leonardo Moreno Holman, recoge catorce características que deberemos tomar en cuenta al elaborar nuestra Teoría del Caso<sup>41</sup>:

Características de la Teoría del Caso	Explicación
1. Debe ser formulada respecto de todo caso que asuma un litigante.	Aun frente a los casos identificados como sencillos, todo litigante deberá formular una Teoría del Caso, pues, de lo contrario, sólo estaremos improvisando nuestra defensa.
2. Debe estar orientada a un hipotético o efectivo juicio oral.	Nuestra Teoría del Caso debe ser elaborada pensando en que eventualmente será defendida en juicio oral. Esta afirmación debemos tenerla presente especialmente durante la fase de investigación e intermedia.
3. Debe ser permanentemente revisada.	A lo largo de todo el proceso, deberemos revisar nuestra Teoría del Caso, pues debemos cubrir sus debilidades o, de ser el caso, cambiar nuestra posición antes del inicio del juicio oral.
4. Debe ser única.	Es contraproducente que adoptemos varias Teorías del Caso, pues demostraríamos que nuestra posición no es sólida y que cada una de ellas tiene tantos problemas o debilidades que no podemos escoger una sola y defenderla en juicio. Esta característica está pensada fundamentalmente en el juicio oral.
5. Debe ser autosuficiente.	Nuestra Teoría del Caso no debe depender de elementos ajenos o que no podamos controlar. Así, nuestro producto debe ser tan completo que por sí sólo debe satisfacer al Juez o al Tribunal.
6. Debe ser coherente.	Nuestra Teoría del Caso debe evitar cualquier tipo de contradicción con los elementos que presentamos y desvirtuar aquellos ofrecidos por nuestra contraparte que generen duda sobre nuestros ejes centrales.
7. Debe ser simple y clara.	Nuestra Teoría del Caso debe ser de fácil comprensión y transmisión. Así, nos apartaremos de teorías de elucubración compleja.
8. Debe ser verosímil.	Nuestra Teoría del Caso debe relatar una historia creíble y convincente.
9. Debe ser breve.	La brevedad de nuestra Teoría del Caso permitirá que sea comprensible para el Tribunal, pues mientras más larga sea, menos posibilidad de atención o comprensión tendremos.
10. Debe ser flexible.	Nuestra Teoría del Caso deberá adaptarse a las contingencias que aparezcan a lo largo de la investigación o del juicio oral. No debemos olvidar que si cambiamos nuestra hipótesis inicial en la fase de juzgamiento, restaremos verosimilitud o credibilidad a la misma.
11. Debe permitir adoptar decisiones antes del juicio oral y justificarlas.	Nuestra Teoría del Caso debe permitir identificar nuestras debilidades y fortalezas, y adoptar la mejor decisión antes del juicio oral. Así, si tenemos una teoría que fácilmente podrá ser rebatida en juicio es aconsejable adoptar alguna decisión que permita terminar con el proceso antes de ello como, por ejemplo, el empleo de salidas alternativas.
12. Debe permitir un análisis estratégico de todas las evidencias –propias y de la contraria– con miras al juicio.	Nuestra Teoría del Caso debe permitir identificar cuál será nuestra posición y participación durante el Juicio Oral. Esto, por ejemplo, nos permitirá identificar a los testigos que nos serán favorables en el juicio y modular nuestra participación a través del interrogatorio y conainterrogatorio de los mismos.
13. Debe permitir ordenar la presentación de las evidencias en el juicio.	No sólo necesitamos contar con pruebas que acrediten nuestras proposiciones fácticas o jurídicas, sino que además necesitamos saber cómo presentarlas durante el juicio. Nuestra Teoría del Caso nos permitirá hacerlo de manera adecuado y dosificar nuestra participación.
14. Debe tener suficiencia jurídica.	Para la parte demandante o acusadora, deberá permitir realizar un juicio de subsunción; es decir, identificar los hechos que presenta con cada uno de los elementos que la norma exige para que su pretensión sea declarada fundada. En tanto, para la defensa, debe permitir identificar la falencia de estos elementos o la incorporación de nuevos que justifiquen la exclusión de su responsabilidad.

<sup>41</sup> Las características descritas han sido tomadas de: MORENO HOLMAN, Leonardo. "Teoría del Caso". Buenos Aires: Ediciones Didot. 2012. pp. 31-40. En el mismo sentido, NEYRA FLORES, José Antonio. Óp. cit. pp. 734 y 735. Sobre las características de no contradicción, simpleza y consistencia, ver: LORENZO, Leticia. Óp. cit. pp. 136-138.

### C. La Teoría del Caso y la adopción de decisiones estratégicas

Preparar la teoría del caso desde un inicio permitirá a la fiscalía y a la defensa detectar sus debilidades y, por ejemplo, en la etapa de investigación, identificar qué medios de prueba necesita para acreditar las proposiciones fácticas. Esto alejará al litigante de un trabajo intuitivo, pues le dará un norte y orden a la investigación.

Esta afirmación calza también en la búsqueda de pruebas con restricción de derechos ya que el fiscal, por ejemplo, podrá decidir con mayor claridad si el medio de prueba que piensa requerir es necesario para la probanza de determinadas proposiciones fácticas o, quizás, no lo sea y el pedido sea inútil y hasta contraproducente. De la misma forma, adoptar esta metodología de trabajo permitirá conocer si hemos realizado de manera adecuada el juicio de subsunción típica –en clave de imputación necesaria– o si tenemos suficientes medios de prueba para requerir la prisión preventiva del imputado<sup>42</sup>.

En la etapa intermedia, por ejemplo, nos permitirá identificar las proposiciones fácticas sobre las cuales no existe controversia y proponer o aceptar convenciones probatorias para que el juicio oral se centre en lo realmente importante. Asimismo, si consideramos que nuestro caso no es lo suficientemente fuerte para ser sometido al juicio oral, podremos proponer o aceptar salidas alternativas (principio de oportunidad o acuerdo reparatorio) o mecanismos de simplificación (acusación directa, proceso inmediato, proceso de terminación anticipada o conclusión anticipada del juicio).

Finalmente, en el juicio oral, nos permitirá identificar los elementos centrales al preparar nuestro alegato de apertura, los objetivos perseguidos en el interrogatorio de nuestros testigos o en el contra examen de los testigos ofrecidos por la contraparte, saber cuándo objetar –pues no se trata de objetar por objetar u objetar todo lo objetable–, o cuándo emplear las declaraciones previas para refrescar memoria o evidenciar contradicción. Como

se puede apreciar, adoptar la teoría del caso como herramienta o instrumento metodológico nos permitirá hilar mucho más en la investigación criminal y en la litigación oral.

A partir de lo expuesto hasta este punto, espero concluir junto al lector que el litigante requiere (re) formarse y aprender competencias que le permitan diseñar y adoptar decisiones estratégicas en el proceso penal bajo el sistema acusatorio.

### IV. LA REFORMA DEL PROCESO PENAL REQUIERE LA REFORMA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

#### A. ¿Cómo nos formamos en las Facultades de Derecho?

“El cambio del código procesal civil ha hecho del litigio algo más técnico; con el código anterior cualquiera podía litigar, ahora no”<sup>43</sup>. Destaco esta opinión brindada por un experto y recogida por Pásara, porque este es el horizonte que le depara al litigante penal: no todos estarán en condiciones de litigar o, de manera más cruda, de hacerlo bien<sup>44</sup>.

Hemos visto cuáles son las características del litigante promedio y cómo la teoría del caso representa una herramienta metodológica útil para la toma de decisiones estratégicas a lo largo de las diferentes etapas del proceso penal. A continuación, me referiré a los problemas que se suscitan en la enseñanza del Derecho en nuestro país y luego brindaré algunas ideas relacionadas a la metodología que considero más adecuada para el aprendizaje de la teoría del caso en las facultades de Derecho y en otras instituciones de educación superior.

En primer lugar, estudios especializados sugieren que la enseñanza del Derecho en el Perú no es la más adecuada. Luego de reconocer que la idea del Derecho en nuestro país se ha gestado bajo el fenómeno de la codificación de la Europa del Siglo XIX, Gonzáles Mantilla señala: “El carácter de la educación jurídica ha tendido, por ello, a servir como brazo instrumental de esta concepción formalista, privilegiando el estudio de las normas escritas,

<sup>42</sup> Sobre este punto, recomiendo el capítulo “Litigación en audiencias de la etapa previa al juicio” y la segunda parte del manual de litigación oral de Leticia Lorenzo, referido a las audiencias de medidas cautelares, de control de aplicación de un criterio de oportunidad, de conciliación y de exclusión probatoria.

<sup>43</sup> PÁSARA, Luis Óp. cit. p. 220.

<sup>44</sup> Conuerdo con el penalista Luis Miguel Reyna cuando destaca que la reforma es mucho más que un cambio normativo y que la formación de los futuros profesionales del Derecho debe ser acorde a este cambio: “La Universidad se enfrenta así al reto de crear más y mejores abogados. Para enfrentar este reto, es fundamental reconocer la necesidad de generar en el estudiante universitario nuevas competencias que determinen un perfil profesional asociado al litigio en materia penal”. REYNA ALFARO, Luis Miguel. “¿Cómo ha afectado la reforma del proceso penal a la formación del litigante penal?”. En: Actualidad Penal 1. Lima: Instituto Pacífico. 2014. p. 349.

con una preocupación escasa y marginal –casi siempre deliberada–, sobre las relaciones entre el Derecho y la vida social. Se trata de un modelo de enseñanza que busca reproducir un cierto «orden preconstituido» por los códigos y leyes y que, por ello, descalifica la crítica externa, pues la ciencia de la cual se nutre cuenta con los medios suficientes –léase métodos de interpretación– para responder en cualquier caso y contingencia<sup>45</sup>.

En efecto, la enseñanza jurídica tradicionalmente ha sido pensada bajo este lineamiento, en el que se destacan la adquisición de **competencias específicas**, también llamadas especializadas o técnicas (aquellas relacionadas con aspectos técnicos directamente vinculados con la ocupación y que no son fácilmente transferibles a otros campos), y se descuidan las **competencias básicas** o instrumentales (entendidas como los conocimientos fundamentales que se adquieren en la formación general, como por ejemplo el cálculo, la lecto-escritura y la comunicación oral) y las **competencias generales** o transversales (relacionadas con los comportamientos y actitudes de labores propias como el trabajo en equipo, habilidades para negociar, planificar, etcétera)<sup>46</sup>.

En este punto, invitaría al lector a reflexionar y responder si alguna vez ha recibido cursos donde se desarrolle la entrevista estratégica o la narrativa libre, la empatía y la importancia de la negociación, el trabajo en equipo –que no es lo mismo que trabajar con un grupo de personas– o el uso de nuevas tecnologías. La siguiente pregunta, dirigida a quienes ya comenzaron a realizar prácticas pre-profesionales o quienes ya laboran en la profesión, sería: ¿cuán útil habría resultado llevar estos cursos antes de comenzar a practicar o trabajar?

Sin duda alguna, así como se necesitan las competencias especiales, se requiere el fortalecimiento de competencias básicas y generales; esto es, la educación superior basada en competencias.

En segundo lugar, respecto a la metodología empleada, he de indicar que generalmente está orientada a la transmisión de conocimientos antes que a su aplicación práctica o a la reflexión sobre los mismos. Esta forma de enseñanza se afilia al **paradigma psicoeducativo conductual**<sup>47</sup>, desarrollado a inicios del siglo XX por Thorndike y Hull (quienes desarrollan la teoría del refuerzo) y Skinner (quien propone la teoría del condicionamiento operante).

De acuerdo a este paradigma, el aprendizaje es entendido como un cambio observable en el comportamiento, por lo que los procesos internos son considerados irrelevantes, ya que no pueden ser medidos. Así, se sostiene que el aprendizaje es importante en tanto refuerza la conexión “estímulo-respuesta”, restando importancia al aspecto reflexivo porque pertenece al fuero interno del alumno. En esta vertiente, el profesor es visto como un agente transmisor de conocimientos y el alumno como mero receptor<sup>48</sup>.

Acorde a ello, el modelo de enseñanza escogido por muchas facultades de Derecho es el magistral<sup>49</sup>, pues lo importante es lo que el maestro decide transmitir, reforzándose por esta razón las competencias específicas (en nuestro caso, el conocimiento especializado del ordenamiento jurídico). Esto se ve reflejado con la “puesta en escena” de las clases. Así, mientras los profesores piensan que enseñan a solucionar problemas, los alumnos perciben la tendencia de los cursos como mera transmisión de información. Pásara contras-

<sup>45</sup> GONZALES MANTILLA, Gorki. “La enseñanza del Derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades”. Lima: Palestra. 2008. p. 102.

<sup>46</sup> La tipología de las competencias ha sido extraída de: GONZÁLES, Luis y Ana María LARRAÍN. “Formación universitaria basada en competencias: aspectos referenciales”. En: Memorias del Seminario Internacional. Barranquilla: Universidad del Norte. 2005. p. 9. Recuperado de: <http://www.cinda.cl/download/libros/Curr%C3%ADculo%20Universitario%20Basado%20en%20Competencias.pdf>.

<sup>47</sup> Sobre el paradigma conductual, se recomienda revisar: AA.VV. “Burrhus Frederic Skinner y la tecnología de la enseñanza”. En: “El legado pedagógico del siglo XX para la escuela del siglo XXI”. Barcelona: Editorial Grao. 2001. pp. 229-247. ALONSO, Catalina y otros. “Los estilos de aprendizaje: Procedimientos de diagnóstico y mejora”. Bilbao: Ediciones Mensajero. pp. 24-25. DEL VALLE BALLÓN, Roxana. “Fundamentos psicopedagógicos y éticos del aprendizaje adulto”. Lima: Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica. 2015. p. 27. SANTROCK, John W. “Psicología de la educación”. Segunda Edición. México: McGraw-Hill Interamericana. 2006. p. 05.

<sup>48</sup> Si a esto le sumamos la forma en que el Derecho se enseña, la situación se agrava aún más: “En muchas clases observadas prevaleció la vía literal para interpretar. En una universidad privada de Lima, un profesor dejó en claro: ‘no hay que ir más allá de lo que nos dice la ley’. De diversas maneras, este enfoque fue expresado por la práctica de muchos docentes. No se ponía atención en el uso de criterios interpretativos, ni en la razonabilidad para elegir entre varias interpretaciones posibles. Incluso se constató la falta de interpretación de la ley a partir de criterios constitucionales”. PÁSARA, Luis. Óp. cit. pp. 265 y siguientes.

<sup>49</sup> En esta misma línea, el precitado autor sostiene que: “En cuanto a métodos de enseñanza, el trabajo de Javier de Belaunde recogió, en 1993, datos según los cuales más de la mitad de los profesores de derecho en Lima utilizaban la clase conferencia, mientras uno de cada cinco (21%) usaban el método activo, con base en problemas y a partir de lectura previa de materiales”. Ibid. p. 267.

ta esta tendencia al analizar a qué están orientados más los cursos, según profesores y alumnos entrevistados<sup>50</sup>:

Tendencia de los cursos	Según profesores	Según alumnos
Transmitir conocimientos	35.5%	62.2%
Enseñar a solucionar problemas	64.5%	37.8%

Resumiendo, las facultades de Derecho siguen principalmente el paradigma psicopedagógico conductual, y en las clases se emplea el modelo magistral, pues apuestan por la transmisión de conocimiento especializado —el saber jurídico—, descuidando otras competencias como las instrumentales y las transversales. Estas competencias son necesarias en el sistema procesal acusatorio por las características que lo configuran: oralidad, publicidad, uso de salidas alternativas, entre otras<sup>51</sup>. Acumular conocimientos no le permitirá al futuro profesional del Derecho responder estratégicamente a la investigación criminal o a las audiencias propias del sistema acusatorio. Se necesita un cambio de paradigma educativo.

**B. Cambio de enfoque: Apuesta por los paradigmas educativos constructivista y conectivista**

Frente al paradigma conductista, surgió el cognitivo, desarrollado por María Montessori y los impulsores de la Teoría de Gestalt (Wetheimer, Kofka, Kôlher, Wheeler y Lewin). Para los cognitivistas, la educación se debe centrar en actividades intelectuales internas del estudiante —percepción, interpretación y pensamiento—, ya que repercutirán en su accionar<sup>52</sup>. Aun cuando considero que este enfoque es mucho mejor que el conductual, en las líneas siguientes expondré por qué es recomen-

dable adoptar los paradigmas constructivistas —el cual toma rasgos del cognitivista— y conectivistas.

En primer lugar, según el **paradigma constructivista**, el conocimiento es la construcción del ser humano, pero no importa tanto la adquisición de conocimientos, sino las nuevas competencias que se realizan con ellos. Es decir, se debe aplicar lo aprendido a situaciones nuevas, sea por la relación que tiene el alumno con el objeto, con otras personas o lo significativo que puede ser para el sujeto este nuevo conocimiento.

En mayor medida, esta teoría está representada por Jean Piaget, quien postula que existen dos factores muy importantes en el aprendizaje: (i) la adaptación, entendido como el esfuerzo cognoscitivo del organismo para hallar un equilibrio entre él y su ambiente, lo cual se logra gracias a los esquemas mentales previos que la mente tiene y que le permiten asimilar nuevos conceptos; y, (ii) la asimilación, debido a que una persona adapta dicho ambiente a sí y representa su uso a través de la manera en que lo concibe, es decir, la mente acepta la imposición de la realidad; y Vigotsky, según el cual el conocimiento es situado y colaborativo, por lo que puede adquirirse mejor a través de actividades cooperativas; en tal sentido, es reconocido por desarrollar, entre otros, el término “la zona de desarrollo próximo”, con la cual se refiere que existen tareas muy difíciles para que los alumnos las desarrollen solos, pero que pueden lograrlo con personas que ya dominen esos conocimientos<sup>53</sup>.

En segundo lugar, no se puede negar que las nuevas tecnologías han impactado en el aprendizaje y en la adquisición de conocimientos. En este sentido, a través del **paradigma conectivista** se busca

<sup>50</sup> PÁSARA, Luis. Óp. cit. p. 263

<sup>51</sup> De manera acertada, el profesor Reyna Alfaro sostiene que tampoco se debe sobredimensionar los aspectos relacionados a las técnicas de litigación oral por cuanto son instrumentos comunicativos, pero que sí “urge que las Facultades de Derecho reformulen sus planes curriculares a fin de incorporar cursos que permitan el desarrollo de tales competencias y, a su vez, dar mayor peso a los cursos que resulten funcionales a dicho propósito. La incorporación de cursos de litigación oral resulta prácticamente una condición para ese resultado [...]”. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Óp. cit. p. 349.

<sup>52</sup> Ver: AA.VV. “Pedagogías del Siglo XX”. Barcelona: Cisspraxis. 2000. pp. 23-33; AA.VV. “María Montessori. Óp. cit. pp. 69-92; ALONSO, Catalina y otros. Óp. cit. pp. 26-28; DEL VALLE BALLÓN, Roxana. Óp. cit. Loc. cit.; MAIER, Henry W. “Tres teorías sobre el desarrollo del niño. Erikson, Piaget y Sears”. Buenos Aires: Amorroutu. 2012. pp. 97-110 y 167-170. MINISTERIO DE EDUCACIÓN. “Fascículo 5: Paradigma cognitivo del aprendizaje”. Lima: Editorial El Comercio. 2007. pp. 6-9.

<sup>53</sup> Ver: AA.VV. “Piaget: Constructivismo”. En: Pedagogías del Siglo XX”. pp. 107-117; AA.VV. “La teoría de Jean Piaget y la educación: medio siglo de debates”. En: “El legado pedagógico del siglo XX para la escuela del siglo XXI”. pp. 177-200; AA.VV. “Lev S. Vigotsky: la psicología cultural y la construcción de la persona desde la educación”. En: “El legado pedagógico del siglo XX para la escuela del siglo XXI”. Óp. cit. pp. 207-226; ALONSO, Catalina y otros. Óp. cit. pp. 26-28; CUNNINGHAM, Donald. “Assessing Constructions and Constructing Assessments: A Dialogue”. En: “Constructivism and the Technology of Instruction. A conversation”. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, Inc. pp. 35-44; DEL VALLE BALLÓN, Roxana. Óp. cit. Loc. cit; FOSNOT, Catherine. “Constructing Constructivism”. En: “Constructivism and the Technology of Instruction. A conversation”. pp. 167-176; VYGOTSKY, L.S. “Aprendizaje y desarrollo intelectual en la edad escolar”. En: LURIA, LEONTIEV y VIGOTSKY. “Psicología y pedagogía”. Madrid: Ediciones Akal. 2011. Cuarta Edición. pp. 23-39; SANTROCK, John W. Óp. cit. pp. 51-53.

relacionar las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) con la enseñanza. Así, el objetivo es que el alumno conecte fuentes de información –por ejemplo, a través de las redes sociales como Youtube, LinkedIn, páginas de noticias, entre otros–, seleccione la información y mantenga su conocimiento actualizado a través de estas relaciones. De esta manera, se potencia el “aprender a aprender”, y será la labor del docente enseñarle al alumno este proceso de nuevo aprendizaje ya que debe tener el conocimiento actualizado, pues no es tan relevante lo que sabe, sino lo que puede llegar a saber.

Considero que en el sistema acusatorio, donde se requieren capacidades para diseñar y seguir estrategias procesales como la Teoría del Caso, así como exponer dichos postulados en audiencias públicas mediante la litigación oral, los paradigmas constructivista y conectivista son los mejores para cumplir con dichos objetivos.

### C. Metodología propuesta para la enseñanza de la Teoría del Caso

Al momento de diseñar e implementar procesos formativos y de instrucción destinados a la enseñanza de la Teoría del Caso, considero adecuado seguir las neurociencias y el diseño trazado por David Merrill: la tarea integrada, la cual se erige sobre cinco pilares: (i) principio centrado en la tarea; (ii) principio de activación; (iii) principio de demostración; (iv) principio de aplicación; y, (v) principio de integración<sup>54</sup>.

#### 1. Principio centrado en la tarea

La primera labor del docente será definir y delimitar el objeto de estudio en el marco de situaciones reales y auténticas; en nuestro caso, será la enseñanza de la Teoría del Caso. Se recomienda que la enseñanza sea progresiva; es decir, de lo más simple a lo más complejo.

El problema detectado en la formulación de la Teoría del Caso es que los estudiantes y los operadores jurídicos no identifican los hechos que forman parte del caso de manera clara y precisa. Así, por ejemplo: mezclan los hechos y las conclusiones, no diferencian los hechos de las categorías jurídicas y, al preparar la Teoría del Caso, incluyen más de un hecho en una proposición jurídica.

Por esta razón, luego de explicar qué es la teoría del caso, cuáles son sus elementos y principales características, se recomienda utilizar la estrategia instruccional centrada en la tarea para que los alumnos comprendan este objetivo:

- Primer ejercicio.- En la pizarra se escribe una gran conclusión: “Fiorella y yo anoche fuimos a un restaurante, pero la cena no nos gustó”. Se pide que cada uno de los participantes diga un hecho que lo sustente. Luego se analizan las respuestas a fin de detectar las conclusiones y diferenciarlas de los hechos.
- Segundo ejercicio.- En la pizarra o en la pantalla se proyecta un caso penal muy corto: “Arsenio Luca fue Director de Recursos Humanos en el Ministerio de Energía y Minas entre el 31 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2002. La Fiscalía considera que se enriqueció ilícitamente por más de un millón de dólares”. Esta es una tarea más compleja, por ello se recomienda que en parejas identifiquen las proposiciones fácticas a fin de distinguirlas de las jurídicas.
- Tercer ejercicio.- En pantalla se proyecta un video de cinco minutos, en el cual dos personas asaltan una joyería llevando un revólver, amenazando a la dueña y a los clientes que se encuentran presentes. Este último ejercicio exige mayor destreza en la identificación de las proposiciones fácticas, jurídicas y elementos probatorios. Así, se recomienda formar grupos de cuatro personas para que discutan entre ellas y posteriormente expliquen los elementos encontrados.

#### 2. Principio de activación

Este principio nos recuerda la importancia de compartir y contrastar nuestras ideas, nociones y conceptualizaciones. Los entornos colaborativos son los más efectivos para aplicar este principio y activar la construcción de nuevos esquemas, nuevos aprendizajes<sup>55</sup>.

Luego de enfatizar la importancia de la construcción de la Teoría del Caso, es importante orientar a los participantes a que evoquen conocimientos previos. Así, individualmente deben reflexionar

<sup>54</sup> Para este apartado seguiré a: DEL VALLE BALLÓN, Roxana. Óp. cit. pp. 31-44. Los ejercicios propuestos son fruto de la experiencia acumulada en los cursos impartidos junto al abogado y docente universitario Vladimir Padilla Alegre, así como los talleres de investigación criminal y de litigación oral, impartidos junto a docentes nacionales e internacionales, en los que he participado como instructor de defensores públicos, policías, fiscales y jueces a nivel nacional e internacional.

<sup>55</sup> Ibid. p. 33.

sobre los problemas que se suscitan en la investigación y el juicio oral cuando no tienen claros estos conceptos: empleo de conclusiones y no de hechos –por ejemplo, decir actitud sospechosa y no explicar en qué consiste–, mezclar hechos con descripciones jurídicas –decir arma blanca en vez de cuchillo– o incluir muchos hechos en una sola descripción. Esto les permite evocar sus experiencias y las dificultades que traía consigo el no utilizar la teoría del caso como herramienta metodológica.

Si en los talleres hay policías, jueces, fiscales y defensores, se recomienda incentivar que los participantes intercambien sus experiencias para conocer otros puntos de vista. En los salones de pregrado, se recomienda agrupar alumnos con orientaciones jurídicas diferentes (por ejemplo, aquellos que sienten más afinidad por el Derecho Penal, Civil, Constitucional, Administrativo, etcétera). En otras palabras, los participantes primero deben reflexionar individualmente y luego socializar.

Finalmente, se recomienda que en grupos discutan sobre lo aprendido; es decir, sobre los elementos de la Teoría del Caso, sus elementos y características. Mientras los alumnos intercambian ideas sobre estos elementos, se sugiere que el instructor recorra cada uno de los grupos a fin de hacer preguntas y escuchar las reflexiones que puedan tener sobre este aspecto. Este espacio, además, debe ser aprovechado para absolver las dudas que tengan.

### 3. Principio de Demostración

El docente debe tener presente que los principios de instrucción y del aprendizaje son esencialmente apropiados para aquellas habilidades generalizables<sup>56</sup>. En este sentido, la construcción de la Teoría del Caso permite seguir un procedimiento metodológico útil para diferentes situaciones: planificación de la investigación, presentación del caso en el juicio oral, así como su desarrollo mismo. En tal sentido, aprender el diseño de dicha Teoría es generalizable. A fin de demostrar su utilidad, en esta fase sugiero emplear las siguientes herramientas<sup>57</sup>:

- Primer ejercicio.- Proyectar un video, por ejemplo, de los alegatos de apertura de la película “Mi Primo Vinny”, y pedir que los participantes identifiquen los elementos de la Teoría del Caso del fiscal y de los dos abo-

gados defensores. De esta manera, los participantes comprenden la utilidad de diseñar una Teoría del Caso para presentar el caso ante el juez o el tribunal.

- Segundo ejercicio.- Recomiendo continuar empleando las Tecnologías de la Información y Comunicación y proyectar una pequeña audiencia de prisión preventiva de la película “*Criminal Justice*”, luego de lo cual los participantes reflexionarán sobre la importancia del diseño previo de la Teoría del Caso para afrontar todo tipo de audiencias previas al juicio oral.

### 4. Principio de Aplicación

Los alumnos deben ser capaces de usar el conocimiento aprendido y las competencias que están adquiriendo. Toda vez que se requiere que los alumnos usen el conocimiento y las habilidades aprendidas, se recomienda emplear un video o un nuevo caso que permita trazar con mayor dificultad la Teoría del Caso.

Así, en grupos de no más de ocho personas, se les pedirá que diseñen la Teoría del Caso desde la óptica de la fiscalía o de la defensa. Para ello, se recomienda proporcionarles un papelógrafo –o papelote– y plumones. Luego, los alumnos deben ser capaces de exponer su teoría del caso ante el resto de los participantes.

Esto le permitirá al docente brindarles retroalimentación intrínseca, ya que les explica qué sucede cuando no se identifica de manera adecuada cada uno de los elementos de la Teoría del Caso. Asimismo, reflexionarán sobre el *performance* de cada participante y de qué manera grupalmente pudieron haber identificado mejor los elementos de la Teoría del Caso.

### 5. Principio de Integración constructiva

A fin de asegurar que recuerden y piensen sobre lo aprendido, el docente puede solicitar que apliquen la Teoría del Caso a un caso concreto y real. Así, los participantes podrán apreciar que esta herramienta metodológica es muy útil y que puede ser aplicada a cada caso que tengan consigo. Además, quienes tengan asistentes, colegas, jefes o practicantes podrán compartir sus experiencias explicándoles lo aprendido; es decir, reflexionar a fin de divulgar en sus propias oficinas la necesidad del

<sup>56</sup> Ibid. p. 36.

<sup>57</sup> El lector puede visitar el Canal de YouTube “Entre Penas y Gracias” para visualizar los videos descritos en los ejercicios sugeridos a continuación.

empleo de la Teoría del Caso, con lo que refuerzan el principio de la demostración pública.

Así como hemos adoptado un sistema acusatorio que requiere un cambio en la ideología de los operadores jurídicos, también es necesario un cambio —y por qué no, una revolución— en la educación superior de los abogados con la finalidad

de nutrirlos de competencias no sólo especiales, sino también básicas y generales que le permitan desenvolverse en este nuevo sistema. Espero que este artículo sea útil para la planificación de la enseñanza de la Teoría del caso y, sobre todo, para generar el interés de emplear herramientas pedagógicas en la planificación de los cursos de litigación oral.