



**Universidad  
de Holguín**

---

**FACULTAD  
CIENCIAS SOCIALES**

DPTO. DERECHO

# **PRESUPUESTOS PARA LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO EN CUBA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

TESIS PRESENTADA EN OPCIÓN  
AL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO

Autora: Liset Roxana Rodríguez Poyato  
Tutor: Esp. Manuel Alberto Leyva Estupiñán

HOLGUÍN 2018



---

*“La cobardía hace la pregunta: ¿es seguro?  
La conveniencia hace la pregunta: ¿es político?  
La vanidad hace la pregunta: ¿es popular?  
Pero la conciencia hace la pregunta: ¿es correcto?  
Y llega el momento en que uno debe tomar una  
posición que no es segura, ni política, ni popular.  
Pero uno debe tomarla porque es la correcta.”*

**MARTIN LUTHER KING<sup>1</sup>**

---

---

<sup>1</sup> HARPERCOLLINS. *A testament of hope, the essential writings and speeches of Martin Luther King*, ISBN 0-06-064691-8, 1991, p. 15.

---

**DEDICATORIA:**

*A mi hermana, el mejor ejemplo de perseverancia y fortaleza...*

*A mi abuelo, sé que acompañas mis pasos...*

---

---

## **AGRADECIMIENTOS**

*A mi madre por su amor incondicional, ahora y siempre*

*A mi padre por su entrega y voluntad*

*para ayudarme en todo momento*

*A Lili, la hermana que siempre hubiera elegido,*

*única e indispensable en mi vida*

*A mi abuela Antonia por ser mi primera maestra,*

*por todos los momentos de mi niñez*

*A mi abuelo Virik, la persona más amable y*

*amorosa que he tenido en mi vida*

*A mi abuela América, ejemplo de fortaleza*

*A Pedri, por compartir conmigo estos años*

*y ser mi sostén en momentos de necesidad*

*A mis tíos que siempre han sido mi apoyo*

*En fin a toda mi familia que siempre están y estarán presente*

*A mi Tutor Manuel por acompañarme en este trayecto,*

*y brindarme su conocimiento y tiempo,*

*A Larisbel por sus consejos y amabilidad*

*A mi amigas queridas, porque sin*

*ellas mi vida no sería la misma...*

---

## RESUMEN

La presente tesis, en opción al título de Licenciada en Derecho, estuvo dirigida a fundamentar la recepción de la Teoría del caso como materia de litigación penal en el proceso penal cubano, sobre la base de presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos. A tales efectos, la investigación se estructuró en un marco referencial de dos capítulos, con un total de seis epígrafes. En el primer capítulo se sistematizaron los fundamentos *iusfilosóficos* y doctrinales que sustentan a la Argumentación Jurídica como contenido esencial del Derecho y sus bases epistemológicas en el Derecho Penal. Se determinó, a partir de la estructura formal y contenido material de la Teoría del caso, su configuración teórica. En el segundo capítulo se analizó en el ámbito del proceso penal de Cuba cómo se manifiesta la Argumentación Jurídica a partir de su referente teórico y el marco normativo.

Conforme a los resultados científicos obtenidos, se argumentaron presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos que sustentan la recepción de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica en el escrito de calificación de las partes, dentro de la fase intermedia del proceso penal cubano.

Para realizar la investigación se utilizaron métodos teóricos de investigación de las Ciencias Sociales, con incidencia en la investigación científica jurídica como análisis-síntesis, método abstracto-concreto, inductivo-deductivo, y sistémico-estructural-funcional. Se utilizan otros específicos de las Ciencias Jurídicas como teórico-jurídico, histórico-jurídico y exegético-jurídico.

## **ABSTRACT**

The current thesis, in option to the title of Bachelor in Law, was aim to establish the reception of the Theory of the case, as matter of penal litigation in the Cuban penal process, on the base of philosophical, theoretical and normative postulates. To this end, a referential frame of two chapters, with six epigraphs, structured the investigation. By the first chapter, philosophical and doctrinal aspects from the perspective of the Legal Argument as essential component of Law and its epistemological bases in penal process were establish. In addition, it was determined, from the formal structure and material content of the Theory of the case, its theoretical configuration. The second chapter analyzed it how Legal Argument manifests itself in the scope of Cuban's penal process, based from its theoretical referent and normative mark.

As main scientific results, were argued philosophical, theoretical and normative postulates, that support the reception of the Theory of the case, as expression of Legal Argument, on the written of provisional qualification of the parts, within the intermediate phase of the Cuban penal process.

In order to develop the research, were used theoretical methods such as analysis-synthesis, abstract-concrete, inductive-deductive and systemic-structural-functional, as well as other of the Juridical Science: theoretical - juridical, historical-juridical and exegetical-juridical.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>Capítulo I. El ámbito de la Argumentación Jurídica en el Derecho. La Teoría del caso y la Argumentación Jurídica.</b> .....	9
1.1- El Derecho como argumentación.....	9
1.1.1- La Argumentación Jurídica y la lógica jurídica.....	19
1.2- La Argumentación Jurídica dentro del proceso penal.....	23
1.3- La Teoría del caso en materia penal como manifestación de Argumentación Jurídica. ....	30
1.3.1- La Teoría del caso en materia penal .....	30
1.3.2 La Teoría del caso y la Argumentación Jurídica. ....	39
<b>Capítulo II. La Teoría del caso y la argumentación jurídica-procesal.</b>	
<b>Valoraciones en el proceso penal cubano.</b> .....	43
2.1- Cuestiones generales sobre el proceso penal cubano y la litigación.....	43
2.2- La Teoría del caso dentro del sistema de litigación penal. Posibilidades de introducción en el proceso penal cubano.....	60
2.3- Presupuestos para el reconocimiento de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica en el proceso penal cubano.....	72
<b>CONCLUSIONES</b> .....	79
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	80
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	81
<b>ANEXOS</b> .....	88

## INTRODUCCIÓN

Con la introducción en las Escuelas Penales del modelo penal garantista defendido por LUIGI FERRAJOLI<sup>2</sup>, el Derecho Penal se ve revitalizado con un sistema de garantías que equivale a minimizar el poder de los jueces y maximizar la fuerza de la *razón* y el saber judicial, dirigido a fundamentar y verificar las decisiones de los intervinientes en el proceso penal, donde necesariamente la *racionalidad* debe estar presente para el logro de una justicia penal que ofrezca mayores garantías para las partes en controversia.

Una cuestión que deviene de suma importancia para el sistema de justicia penal<sup>3</sup> es la utilización de la Teoría del caso como estrategia de litigación penal<sup>4</sup> fundamental para la Fiscalía y la Defensa, la cual proporciona que las partes demuestren su posición, valiéndose de la Argumentación Jurídica. *La Teoría del caso es el motor, la ruta de navegación y la brújula del litigante. Es la estrategia básica y subyacente a toda la intervención en un juicio. Debe ser una simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió.*<sup>5</sup>

La Argumentación Jurídica<sup>6</sup> es un ingrediente relevante en la experiencia jurídica en todas sus facetas: desde la interpretación o la producción del Derecho hasta su aplicación; y tanto desde el desempeño de la profesión como juez o fiscal; en la

---

<sup>2</sup> *Passím*, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, 2a.edición; trad. esp. Editorial Trotta, Madrid, España, 2005.

<sup>3</sup> El sistema de justicia penal constituye el campo en el que se ventila la resolución de los conflictos generados por la criminalidad, tanto a nivel nacional como internacional. Este término se refiere no sólo a las garantías judiciales concedidas a los ciudadanos, sino a la justa retribución a las víctimas de un delito, por lo que la justicia penal es siempre una meta. Cuando se habla del nuevo sistema de justicia penal se refiere a un Sistema de Justicia Penal que privilegie la reparación del daño a las víctimas, refuerce el debido proceso, fortalezca el principio de presunción de inocencia y propicie la reconstrucción del tejido social. *Vid.* Sistema de Justicia penal en Diccionario o Enciclopedia Jurídica Online, 2014. Disponible en: <http://diccionario.leyderecho.org/sistema-de-justicia-penal/> (Consultado el 2 de junio del 2018 a las 11:38 pm).

<sup>4</sup> La litigación penal se entiende como el conjunto de reglas y técnicas que permiten transmitir correctamente al tribunal la información en base a la cual se dictará la sentencia. *Vid.* BAYTELMAN, Andrés A. y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Editorial Alternativas. Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, Perú, 2005, p.23.

<sup>5</sup> ESPINOZA BONIFAZ, Augusto R. *Estrategia de litigación penal: Teoría del caso*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>. (Consultado el 3 de diciembre del 2016 a las 4:00 pm)

<sup>6</sup> Una de las definiciones de la Argumentación Jurídica entiende que es aquel tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho y en los cuales sea necesario convencer. *Vid.* BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción. Ideología de jueces y fiscales*. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 389.



defensa, en la asesoría jurídica, en la facultad de legislar, en la enseñanza del Derecho, o en la investigación socio- jurídica. En un adecuado proceso penal, o de cualquier índole, el profesional del Derecho debe tener la destreza para generar una serie de ideas con argumentos serios e irrefutables, en este sentido, la dimensión argumental del Derecho permite que las partes establezcan criterios basados en la *razón*, empero son muy pocos los que conocen y han estudiado del tema de la Argumentación Jurídica.

Por otra parte, dentro del sistema de litigación penal existen las denominadas técnicas de litigación oral o “*trial techniques*”, siendo una de las más llamativas la Teoría del caso o “*theory of the case*”, como se le conoce en Estados Unidos de Norte América, país del cual se origina y adquiere su nombre.<sup>7</sup> En Latinoamérica la Teoría del caso se asoma como una nueva realidad que en materia de procesos penales resulta novedosa.

Al respecto, HESBERT BENAVENTE<sup>8</sup> señala:

*La Teoría del caso no se limita a las tradicionales preguntas socráticas del qué, cómo, cuándo, dónde, por qué y para qué, sino debe corresponder a la relación dialéctica de las teorías del hecho, del delito, y sus consecuencias jurídicas, así como de la prueba, generando líneas de investigación y de litigación, que logren gestionar el conflicto a través del esclarecimiento de los hechos, la reparación del daño y, sobre todo, el respeto a los derechos humanos.*

La Teoría del caso constituye la hipótesis o la solución que las partes tratan de demostrar a los hechos que son objeto de debate. Es la versión de los hechos que trae al juicio cada sujeto procesal. Es la línea de un proyecto que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penales de importancia, así como las pruebas y elementos jurídicos que fundamentan tales hechos.

Para llevar a cabo la presente investigación, es necesario establecer sobre qué conocimientos se sustenta el tema, a partir del estudio de doctrinas, teorías y postulados referentes a la Argumentación Jurídica y a la Teoría del caso dentro del sistema penal. En el desarrollo de la Argumentación Jurídica han contribuido autores

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. *Los planteamientos de las partes en el juicio oral (ensayos de recopilación para una antología)*, 2ª ed., México, 2012, p. 19.

<sup>8</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *De la Teoría del caso a la gestión del caso*, en Benavente Chorres, Hesbert y José Daniel Hidalgo Murillo, Código Nacional de Procedimientos Penales Comentado, México, Flores Editor y Distribuidor-INMEXIUS, 2014, p. LXII.

de diversas nacionalidades y Escuelas Penales. Entre estos autores destacan: NORBERTO BOBBIO en el libro *Derecho y lógica*; LUIGI FERRAJOLI con su obra *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*; MANUEL ATIENZA en obras como *El Derecho como argumentación*, y *Las razones del derecho*; NEIL MACCORMICK en *Legal Reasoning and Legal Theory*; y ROBERT ALEXY en el libro *A Theory of Legal Argumentation*.

Los fundamentos doctrinales y teóricos sobre la Teoría del caso han sido abordados por diversos autores. En la doctrina estadounidense resaltan: THOMAS A. MAUET en su publicación *Trial Techniques*, MICHAEL MCCULLOUGH en su libro *Theory of the case*. STEVEN LUBET en *Modern Trial Advocacy. Analysis and practice*. Abundan sobre la material en la doctrina latinoamericana HESBERT BENAVENTE en su obra *La aplicación de la Teoría del caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*; ANDRÉS BAYTELMAN y MAURICIO DUCE J. en publicaciones como *Litigación Penal en Juicios Orales y Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*; RAFAEL BLANCO SUÁREZ en su obra *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*; CHRISTIAN SALAS BETETA en *Trascendencia de las técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal*.

En la doctrina cubana han tratado los fundamentos teóricos y normativos del proceso penal cubano autores como DANILO RIVERO en su libro *Estudios sobre el proceso penal*; JULIO A. FERNÁNDEZ PEREIRA, MARCELINO DÍAZ PINILLO, JOSÉ CANDIA FERREYRA, VICENTE JULIO ARRANZ CASTILLERO, MARCELINO DÍAZ PINILLO, y otros autores en la publicación *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*; ALDO PRIETO MORALES, en su obra *Derecho Procesal Penal*; AGUILERA DE PAZ, E. en su libro *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*; MARIANO RODRÍGUEZ SOLVEIRA en *Cien años de Derecho en Cuba*; y MAIDA GOITE PIERRE.

La investigación aboca el tema de la Teoría del caso dentro del sistema de litigación penal, partiendo del análisis y postulados teóricos y doctrinales acerca de la Argumentación Jurídica, como contenido esencial del Derecho, y componente necesario y eficaz para el proceso penal cubano. El trabajo investigativo versa sobre la recepción de la Teoría del caso en el escrito de calificación del Fiscal y el Defensor. Se localiza hasta el momento de solicitud de apertura a juicio oral y la correlativa posición de la Defensa, dentro de los trámites del procedimiento ordinario,

por considerar la autora que estos escritos de las partes, es el momento ideal para el esbozo o diseño de dicha teoría, por ser el momento donde por primera vez los litigantes exponen sus hipótesis o versiones de los hechos.

En el proceso penal cubano, sistema procesal mixto, donde existe una distribución de roles: el Fiscal ejerce la acusación, el Defensor se opone a la pretensión punitiva del Fiscal, y el Juez decide; son diversas las herramientas e instituciones que coadyuvarían al desarrollo de un proceso penal más garantista, entre ellas la Teoría del caso, destreza de litigación muy oportuna para lograr que el caso tenga el desenvolvimiento e impacto deseado, pues se guía por un pensamiento lógico, argumentando jurídicamente las ideas o hipótesis planteadas.

La razón principal para realizar un estudio sobre lo que debe ser para Cuba la Teoría del caso en materia penal, radica en que esta técnica o estrategia de litigación oral, no pretende sustituir al proceso, sino que se emplea dentro del mismo para un mayor esclarecimiento de los hechos, siendo posiblemente el núcleo de la litigación de los sistemas procesales penales actuales.

En Cuba existe un deficiente conocimiento y desarrollo en el marco del proceso penal de las estrategias de litigación penal con que cuentan las partes. De cara a la actual forma de confrontarse a la litigación penal en el proceso, los litigantes no logran conocer las estrategias con que cuentan para su actuar en el transcurso del mismo, cuestión que devela la necesidad de otorgar mayor espacio a la materia de litigación penal, que propenderá a mayores garantías del proceso.

Otra problemática se focaliza en la inexistencia en la Constitución cubana de la obligación de argumentar las decisiones jurídicas de todos aquellos partícipes en la administración de justicia. En la vigente Ley de Procedimiento Penal cubana, en cuanto a la forma de redacción del escrito de calificación de las partes, a tenor de los Artículos 278 y 283, -Ministerio Fiscal y Defensa- establece que dichas conclusiones se determinan *de forma precisa y enumerada*, lo que va en detrimento de la Argumentación Jurídica, pues los contendientes sólo tienen que afirmar los elementos que correspondan a sus intereses y la versión de los hechos que presentan, y no tienen la obligación de argumentar sus planteamientos; situación que obliga a una reformulación a la hora de fundamentar o motivar sus escritos.

En base a estas insuficiencias se descubre la necesidad y pertinencia de una investigación dirigida a la búsqueda de *presupuestos jurídicos* que permitan la recepción de la Teoría del caso en materia de litigación penal dentro del proceso penal cubano, con una aproximación desde la Argumentación Jurídica, que permita argumentar cada idea sujeta a debate, lo que indicará el fortalecimiento de la igualdad y la contradicción inter-partes, y con ello un proceso penal de mayores garantías.

Pudiendo así plantearse el siguiente **Problema Científico**: ¿Cuáles son los requerimientos para la recepción de la Teoría del caso en materia de litigación dentro del proceso penal cubano?

En relación con el problema científico se define como **idea a defender**: La Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica dentro del proceso penal cubano requiere la existencia de presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos.

Hacia la solución del problema científico elaborado se orienta la presente investigación. En este sentido se ha tomado como **Objeto de estudio**: la Teoría del caso en el proceso penal; y como **Campo de acción**: presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos para el recepción de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica dentro del proceso penal cubano en el escrito de calificación de las partes.

En correspondencia con el problema planteado y para la comprobación de la idea a defender se formula como **Objetivo General**: Fundamentar la existencia de presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos para la recepción de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica dentro del proceso penal cubano.

Se establecen como **Objetivos específicos**:

1. Sistematizar los fundamentos *iusfilosóficos* y doctrinales que sustentan a la Argumentación Jurídica como contenido esencial del Derecho y su vinculación con la lógica jurídica.
2. Establecer las dimensiones epistemológicas de la Argumentación Jurídica en los procesos penales y su recepción en la Teoría del caso.

3. Analizar cuestiones generales del proceso penal cubano y la argumentación jurídica-procesal.
4. Valorar las posibilidades de introducción de la Teoría del caso dentro del sistema de litigación penal en Cuba.
5. Proponer presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos necesarios para la recepción de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica en el escrito de calificación de las partes, dentro de la fase intermedia del proceso penal cubano.

La selección de los métodos de la investigación científica se fundamenta sobre la base de las acciones investigativas propuestas.

#### **Métodos utilizados:**

Se emplean métodos teóricos de investigación de las Ciencias Sociales, con incidencia en la investigación científica jurídica, estos son:

- Análisis-síntesis: se utiliza para analizar las categorías de Argumentación Jurídica y Teoría del caso, analizando sus elementos particulares, que permite conceptualizarlas y caracterizarlas; para luego integrarlas y llegar a conclusiones destacando las relaciones que existen entre las mismas, y de estas con el Derecho.
- Método abstracto-concreto: para destacar las características y cualidades que distinguen la Teoría del caso de otras categorías como Teoría del Delito.
- Inductivo-deductivo: parte del estudio teórico de la Argumentación Jurídica como componente de la Filosofía del Derecho. Este método permite establecer conclusiones válidas a partir de su estudio, para su aplicación en el proceso penal como parte integrante de la Teoría del caso.
- Sistémico-estructural-funcional: propicia el estudio de la Teoría del caso que se integra por una estructura, formada por diferentes partes, pero que juntas forman un todo. Con este enfoque se analiza la Teoría del caso dentro de la complejidad en la que se integra, para comprender sus funciones dentro del sistema jurídico del cual es parte.

Además de los métodos de investigación social, se utilizan otros específicos de las Ciencias Jurídicas como:

- Teórico- Jurídico: la investigadora se vale de éste para hacer un estudio en la doctrina de los elementos teóricos y jurídicos que encierra la Argumentación Jurídica, y la Teoría del caso. Con el empleo de este método se facilita realizar una amplia búsqueda bibliográfica sobre las categorías que son objeto de la investigación, la Argumentación Jurídica y la Teoría del caso, que han sido estudiadas por autores que asumen respecto a ellas criterios divergentes.
- Histórico-jurídico: este método se emplea para analizar el surgimiento y decurso evolutivo de la Teoría del caso; de igual forma es utilizado para el estudio de las características de los sistemas procesales inquisitivo, acusatorio y mixto, a los cuales hace referencia la autora.
- Exegético-jurídico: efectivo para la interpretación del sentido y alcance de las normas internas de Cuba, haciendo un juicio de validez y eficacia sobre la remisión de las normas cubanas a los juristas al uso de la Argumentación Jurídica, y sobre la introducción de la Teoría del caso como materia de litigación penal en el proceso penal cubano.

Desde una mirada científica, constituye una investigación de trascendencia para el moderno pensamiento jurídico-penal, pues sintetiza ideas contemporáneas en el universo de la dogmática penal referentes a la Teoría del caso y la Argumentación Jurídica como componente principal de la Filosofía del Derecho. Puede contribuir a una mayor eficacia del escenario en que se desarrolla el proceso penal en Cuba.

En otro sentido, el trabajo investigativo resulta de interés para las Ciencias Penales cubanas en la actualidad, pues si bien la Teoría del caso se ha reconocido en el Derecho Anglosajón y en otros países de Latinoamérica<sup>9</sup> como México, Colombia, y Panamá; y se ha analizado y aceptado doctrinalmente en otros como Perú, Chile, y República Dominicana; no se ha encontrado-hasta el momento- ninguna investigación que aborde la problemática en el proceso penal de Cuba, lo que devela la pertinencia de insertarla dentro de las estrategias de litigación penal de las partes, con una aproximación desde la Argumentación Jurídica como recurso ineludible en el proceso penal cubano para los litigantes.

---

<sup>9</sup> Vid. Anexo No. 01

La investigación, en correspondencia con los objetivos formulados, se organiza en su estructura en dos capítulos. El primer capítulo dedicado a sistematizar los fundamentos *iusfilosóficos* y doctrinales que sustentan a la Argumentación Jurídica como contenido esencial del Derecho y sus bases epistemológicas en el Derecho Penal. Este sustrato científico permite determinar, a partir de la estructura formal y contenido material de la Teoría del caso, su configuración teórica.

En el segundo capítulo se analiza cómo se manifiesta la Argumentación Jurídica en el ámbito del proceso penal de Cuba a partir de su referente teórico y el marco normativo. Conforme a los resultados científicos obtenidos, se argumentan presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos que deben sustentar la recepción de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica en el escrito de calificación de las partes, dentro de la fase intermedia del proceso penal cubano.

Entre los resultados obtenidos se destacan:

- Material bibliográfico con los fundamentos doctrinales de la Argumentación Jurídica, significando las corrientes *iusfilosóficas* que la sustentaron en el decurso del tiempo y las principales teorías.
- Artículo científico donde se establecen las relaciones entre la argumentación jurídica y la Teoría del caso en materia penal.
- Una propuesta, en el orden teórico, de presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos para la recepción de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica en el proceso penal cubano.

La presente tesis se inscribe en las líneas de investigación de la Universidad de Holguín, “Desarrollo de las Ciencias Sociales y Humanísticas” en correspondencia con el desarrollo de las Ciencias Jurídicas como línea de investigación declarada por la facultad de Ciencias Sociales, a la que se subordina a la sublínea de investigación del Departamento de Derecho en la Disciplina de Ciencias Penales *“El perfeccionamiento del sistema de justicia penal cubana, para lograr un eficaz enfrentamiento a la acción delictiva y la prevención de conductas que generan corrupción administrativa y delincuencia económica”* y como parte del Proyecto de Investigación institucional No. 21-2016.



## Capítulo I. El ámbito de la Argumentación Jurídica en el Derecho. La Teoría del caso y la Argumentación Jurídica.

*Sin una adecuada teoría de la verdad, de la verificabilidad y de la verificación procesal, la construcción ilustrada del Derecho Penal «cognoscitiva» o «garantista» termina apoyada en la arena.*

LUIGI FERRAJOLI<sup>10</sup>

Este capítulo, desde un enfoque explicativo-reflexivo se aborda la fundamentación teórica - doctrinal en que se sustenta la investigación, el mismo se dedica a la búsqueda de los fundamentos *iustificativos* y doctrinales que sustentan a la Argumentación Jurídica como contenido esencial del Derecho y su vinculación con la lógica jurídica. Este sustrato científico permite establecer las dimensiones epistemológicas de la Argumentación Jurídica en los procesos penales con su recepción en la Teoría del caso. La realización de esta unidad temática cumplimenta dos de los objetivos específicos 1 y 2.

### 1.1- El Derecho como argumentación

Desde finales de los años setenta germina una nueva concepción del Derecho vinculada íntimamente con el enfoque argumentativo (pragmático) del Derecho, defendida principalmente por autores como ATIENZA, MACCORMICK, ALEXY, y FERRAJOLI, que a pesar de sus discrepancias, conforman una comunidad de inquietudes y propuestas alrededor de un pragmatismo jurídico<sup>11</sup> dentro de la sociedad democrática que enlaza en el uso práctico de la razón con el Derecho, la moral y la política.

Argumentar significa demostrar o justificar una proposición mediante argumentos. Es exponer argumentos a favor o en contra de una determinada cuestión que se trata de afirmar o negar.<sup>12</sup> Es un diálogo en el que un sujeto –enunciador- presenta una serie

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, 2a.edición; trad. esp. Editorial Trotta, Madrid, España, 2005, p. 47.

<sup>11</sup> Parte del principio del pragmatismo, que determina el significado de la verdad por su utilidad práctica. El pragmatismo jurídico es una actitud valorativa del Derecho apoyada en la resultante práctica de los principios, leyes y normas dictadas. *Vid.* DUGUIT, Léon. *El pragmatismo jurídico*. ISBN: 9789706333513. Ediciones Coyoacán, México D.F., México, 1924, p. 34.

<sup>12</sup> Definición según Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, Tomo I, 23.a Edición, Espasa Libros, S.L.U., Madrid, España, 2014, p.187.



de argumentos con los que pretende modificar la conducta de otro sujeto -el enunciatario-, de forma que éste último acepte la tesis propuesta por el primero.<sup>13</sup>

De forma general, la acción de argumentar se ajusta a ciertas normas, como la prohibición de incurrir en falacias<sup>14</sup> o razonamientos que sólo en apariencia son admisibles. El procedimiento de argumentación consiste en exponer razones para la aceptación de un enunciado, y este enunciado puede incluir una decisión normativa. Cuando el enunciado recaba las razones o argumentos del Derecho, entonces se crea la Argumentación Jurídica.

La Argumentación Jurídica es un contenido esencial de la Filosofía del Derecho que trata sobre la aplicación del Derecho. Tiene estrecha relación con la Teoría de la interpretación jurídica, la Lógica jurídica, la Hermenéutica jurídica y la Metodología jurídica.

En la evolución histórica de la Argumentación Jurídica se identifican cuatro momentos fundamentales. El primero relacionado con la presencia del Estado absolutista<sup>15</sup>, antes del siglo XIX, el juez no tenía la necesidad de motivar sus decisiones porque actuaba en nombre del rey. Con el surgimiento del Estado de Derecho<sup>16</sup>, y consigo los sistemas parlamentarios, los jueces eran meros aplicadores de la ley, interpretándola estricta y gramaticalmente. Posteriormente, con el Estado Constitucional de Derecho<sup>17</sup> además de interpretar literalmente la norma se hacía de

---

<sup>13</sup> CORNEJO CALVA, Juan. *Argumentación Jurídica*. p. 1. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos78/argumentacion-juridica/argumentacion-juridica.shtml>. (Consultado el 26 de enero del 2017 a las 3:00 pm).

<sup>14</sup> Una falacia es un razonamiento no válido o incorrecto pero con apariencia de razonamiento correcto. Es un razonamiento engañoso o erróneo, pero que pretende ser convincente o persuasivo.

<sup>15</sup> En el Estado absolutista, el gobernante o monarca, se consideraba la autoridad máxima, y se encontraba por encima de todas las leyes. En un estado de este tipo el sistema político concentra toda la autoridad en la figura del soberano. Es característico de las potencias europeas de la era moderna. El absolutismo nació con las monarquías nacionales en el siglo XVI y alcanzó su apogeo en el siglo XVII con Luis XIV de Francia, el Rey Sol. *Vid.* ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*, primera edición, ISBN 84-323-0362-3, Madrid, España, 1979, p. 17.

<sup>16</sup> El Estado de Derecho es un modelo de orden de un país que se rige por un sistema de leyes escritas e instituciones que se subordinan a una Constitución, la cual es el fundamento jurídico de ese Estado. Es una forma de organización política en la cual el ejercicio del poder del Estado y su actividad están regulados y garantizados por ley. El término *Estado de Derecho* tiene su origen en la doctrina alemana del Rechtsstaat, sin embargo, la mayoría de los autores alemanes ubican el origen del concepto en la obra de Immanuel Kant. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, *Op. Cit.*, p. 896.

<sup>17</sup> El Estado Constitucional de Derecho es una fórmula de derivación alemana. Es aquella sociedad donde rige la Constitución y las demás leyes están subordinadas a él. En él la ley está subordinada a

una forma sistemática. Con la implantación del Estado Social de Derecho<sup>18</sup> es cuando la interpretación de la ley se hace de acuerdo a sus fines, de acuerdo al contexto histórico en que se manifieste, y en base a la intención del legislador, así como la legitimación de los jueces depende de su argumentación para resolver los juicios.

El desarrollo de los Estados Constitucionales presupone la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. El poder legislativo es un poder al cual se le imponen límites, por lo que tiene que justificarse de forma más rigurosa. Traducido de otra forma, el Estado Constitucional necesita un aumento de la tarea justificativa de los órganos públicos, y consigo, mayor uso de la Argumentación Jurídica. La culminación del Estado Constitucional, o sea el Estado de Derecho, infiere el sometimiento cabal al poder del Derecho y a la razón.<sup>19</sup>

Para NORBERTO BOBBIO<sup>20</sup> no existe doctrina jurídica, desde la antigüedad hasta la actualidad, en que no esté implícito, de alguna forma, en su razonamiento, alguna referencia a la relación entre razón y Derecho. En la argumentación (jurídica o no) la comprensión, el sentimiento se transmiten a terceras personas con el propósito de que la idea sea aceptada. Cuando se habla de argumentar jurídicamente, se trata de exponer cuestiones para sostener el criterio ajustado a Derecho, y que estas cuestiones inclinen a las partes, apoyadas en la justicia y la legalidad.

Para ATIENZA<sup>21</sup> la Argumentación Jurídica busca el problema jurídico para establecer el proceso, en relación a cómo proteger y generar transparencia en el argumento,

---

la Constitución, que es rígida, y el Tribunal Constitucional se establece para garantizar su cumplimiento. Vid. PRIETO SANCHIS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México, 1997, p. 70.

<sup>18</sup> El concepto de Estado Social de Derecho nació en Europa en la segunda mitad del siglo XX, como una forma de organización estatal encaminada a realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, Derechos y deberes sociales de orden constitucional. Vid. DEL VEICHO, Giorgio. *Persona, Estado y Derecho*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 26.

<sup>19</sup> CASTILLO ÁLVAREZ, Pablo José y CELI TOLEDO, Israel Patricio. *El Derecho como argumentación en Manuel Atienza*. p. 11. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17835](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17835). (Consultado el 26 de enero del 2017 a las 9:25 am)

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *La razón en el Derecho*. Ponencia inaugural del Congreso *La ragon en el Diritto*, celebrado en Bolonia en diciembre de 1984, p. 2.

<sup>21</sup> ATIENZA, Manuel. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, p. 15-45.

además de ser una posibilidad de resolver los problemas y transmitir las posesiones. De igual forma BEDOYA <sup>22</sup> conceptúa que la argumentación es la base de comunicación y sólo realizando un proceso adecuado puede obtenerse el resultado deseado y una decisión acorde a la pretensión de cualquiera de las potencias enfrentadas.

A criterio de la investigadora, la Argumentación Jurídica es un proceso científico del conocimiento del Derecho, que se desenvuelve a través de la exposición de un discurso, por el cual se pretende justificar una decisión jurídica en un contexto adversarial, mediante una sucesión de deducciones jurídicas sólidas, relacionadas, íntegras, y con conocimiento cabal sobre el asunto objeto de la argumentación.

Sobre la Argumentación Jurídica MANUEL ATIENZA<sup>23</sup> se plantea interrogantes, que a criterio de la autora son acertadas, como: *¿Qué significa argumentar jurídicamente? ¿Cómo se justifican racionalmente las decisiones jurídicas? ¿Suministra el Derecho una única respuesta correcta para cada caso? ¿Cuáles son, en definitiva, las razones del Derecho: no la razón de ser del Derecho, sino las razones jurídicas que sirven de justificación para una determinada decisión?*

El autor identifica tres campos en la vida jurídica donde se ven presentes las argumentaciones<sup>24</sup>, el primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, que se puede ejemplificar en la fase legislativa con las discusiones sobre la edad penal mínima, la eutanasia, la despenalización o no del aborto, entre otras cuestiones que pueden ser objetos de debate.

El segundo se refiere a la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, y comprende tanto a la actividad realizada por los jueces, como órganos administrativos o sencillamente los particulares. Por último hace referencia a una tercera esfera que es la dogmática jurídica, donde distingue tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que

---

<sup>22</sup> BEDOYA, L. F. *La Argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio*. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, Colombia, 2007, p 34.

<sup>23</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Constitucionales, México. Primera edición: 2003. Segunda reimpresión: 2005. p. XIII.

<sup>24</sup> *Idem*, p.1.

ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del Derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

La Teoría de la Argumentación Jurídica se refiere a los estudios jurídico-filosóficos que esgrimen diversas corrientes de pensamiento respecto a las premisas argumentativas,<sup>25</sup> tiene como objeto de reflexión las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. Esta teoría tiene como objeto la elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del Derecho.

La Teoría de la Argumentación Jurídica comprende en su estructura una *tesis* donde se expone el objeto de la argumentación, es decir, la hipótesis o idea a defender o refutar; los *fundamentos* que sirven para sostener la idea con sistematicidad y precisión, y una o *varias conclusiones* que reafirmen los fundamentos defendidos. La conclusión final debe tener un vínculo con las proposiciones debatidas, manifestando transparencia en el debate, lo que impide incurrir en falacias.

Para el uso eficaz de la Argumentación Jurídica se debe poseer un dominio total del tema, y de la idea o ideas a defender. Es sustancial el uso correcto del lenguaje, que permitirá al sujeto argumentante formular y transferir el sentido genuino de lo que sustenta. La Argumentación Jurídica requiere el empleo inflexible del lenguaje técnico-jurídico oportuno en cada asunto que se trate.

La Teoría estándar de la Argumentación Jurídica se encierra dentro del contexto de justificación de los argumentos, y nace de la necesidad de que las decisiones jurídicas sean debidamente justificadas<sup>26</sup>. Involucra teorías como las de ROBERT ALEXY o MACCORMICK que buscan explicar no solamente cómo se justifican las decisiones jurídicas, sino también cómo se deberían justificar.

La teoría de la Argumentación Jurídica formulada por ROBERT ALEXY coincide con la de MACCORMICK. Ambos han recorrido la misma vía, pero en sentidos opuestos. MACCORMICK<sup>27</sup> parte de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones en las instancias judiciales y, a partir de ahí, elabora una teoría de la Argumentación

---

<sup>25</sup> PINTO FONTANILLO, José Antonio. *La teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy*. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0041101.pdf>. (Consultado el 3 de diciembre del 2016 a las 11:15 am)

<sup>26</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. *Op cit.* p. 24.

<sup>27</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Unites Estates of America, 1978, p 78 - 83.

Jurídica que considera parte de una teoría general de la argumentación práctica. ROBERT ALEXY, por el contrario, arranca de una teoría de la argumentación práctica general que proyecta luego al campo del Derecho. El resultado al que llega consiste en considerar al discurso jurídico, a la Argumentación Jurídica, como un caso especial del discurso práctico general.<sup>28</sup>

En la teoría de la Argumentación Jurídica, ROBERT ALEXY<sup>29</sup> plantea que el discurso jurídico no pretende sostener que una determinada proposición es sin más racional, sino que puede justificarse racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que expresan la sumisión a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática.

Se oponen a este criterio el determinismo metodológico, que se basa en que las disposiciones y fallos jurídicos no conllevan una justificación, ya que surgen de la voluntad de una autoridad legítima, y son el resultado de la aplicación de normas generales; o el decisionismo metodológico que se fundamenta en que las decisiones jurídicas no se justifican porque son puros actos de voluntad.<sup>30</sup>

Para la autora la primera de estas posiciones resulta inadmisibles, fundamentalmente en el ámbito del Derecho moderno, en el que justificar o motivar las decisiones jurídicas no sólo favorece a considerarlas aceptables, sino también a que el Derecho cumpla una de sus disímiles funciones de hilo conductor del hombre en la sociedad. En cuanto a adoptar la segunda postura, sería aceptar que los jueces no justifican ni podrían justificar sus fallos, sino que toman sus decisiones de forma irracional.

ATIENZA<sup>31</sup> en una de sus obras principales *El Derecho como argumentación*, incorpora con una nueva concepción del Derecho aún en desarrollo, la cual tiene un

---

<sup>28</sup> LORENZO, Claudia I. *Robert Alexy: La Argumentación Jurídica*. Revista del Instituto de Estudios Penales, Número 2, Argentina, 2010, p 1-10.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Franckfurt, 1978, reimpresión 1983. Las citas corresponden a la edición castellana, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. M. ATIENZA, y I. ESPEJO. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1989. De esta obra hay también una versión inglesa: *A Theory of Legal Argumentation*, trad. de R. ADLER y N. MACCORMICK, Oxford University Press, Unites Estates of America, 1989, p.180-200.

<sup>30</sup> NEUMANN, Ulfrid. *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 2 y 3.

<sup>31</sup> *Passím*. ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, España, 2006.

trasfondo en la praxis jurídica, y que lleva a considerar el Derecho como argumentación. Esta nueva forma de estudiar y valorar el Derecho es diferente a concepciones teóricas del Derecho como el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo y el escepticismo jurídico.

En cuanto al *formalismo jurídico*, como concepción del Derecho expresa que éste consiste esencialmente en reglas, los formalistas plantean que no necesitan de una teoría de la Argumentación Jurídica pues es suficiente con aplicar la lógica deductiva. El formalismo jurídico es diferente a la lógica jurídica formal o deductiva, atendiendo a que en el análisis lógico del Derecho, o sea, en el razonamiento jurídico, no se tiene por qué incurrir en formalismo. ATIENZA advierte que lo que se debe prevenir no es la lógica jurídica, sino el logicismo jurídico.<sup>32</sup>

De la misma forma, ATIENZA hace un estudio del *positivismo normativo*, identificándolo como la concepción más extendida entre los teóricos del siglo XX, donde distingue dos formas básicas de la misma: una más radical, que sigue el modelo de KELSEN<sup>33</sup>, y la otra seguida por la obra de HART<sup>34</sup>. En cuanto a la concepción kelseniana, ATIENZA resalta la incompatibilidad de ésta con el enfoque del Derecho como argumentación, pues KELSEN defendía con énfasis el Derecho visto como un conjunto de normas, sin apreciar su enfoque funcional (sociológico) o el valorativo. Además la validez de las normas para el modelo kelseniano era considerado cuestión de autoridad, no de argumentación racional.

En lo que respecta a HART, muestra con el curso de los años interés en aspectos argumentativos del Derecho; incluso siguiendo su concepción del Derecho en

---

<sup>32</sup> Esto no es más que la propensión a simplificar el razonamiento jurídico a sus elementos lógicos-formales. Vid. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Op. Cit., p. 28.

<sup>33</sup> KELSEN defendió una visión positivista que él llamó Teoría pura del Derecho: un análisis formalista del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de Derecho natural. Planteaba que el Derecho es sólo estructuración de las normas positivas; es sólo Derecho positivo, independiente de cualquier contenido moral y menos de un supuesto Derecho natural. Vid. BULYGIN, Eugenio. *Prólogo a Hans Kelsen-Ulrich Klug, Normas Jurídicas y análisis lógico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988, p. 84.

<sup>34</sup> Uno de los aportes más interesantes de la teoría jurídica Hartiana es su crítica a la noción kelseniana de norma básica, fundamental, u originaria. HART criticó a KELSEN y sugirió que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no era una presunción sino un hecho: la regla de reconocimiento. A diferencia de las reglas primarias, la regla de reconocimiento no deriva su validez de otras normas, sino que es una regla que existe por la aceptación que los jueces hacen de ellas para distinguir las reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico. Vid. HART, Herbert L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, p. 67.



determinados aspectos, se ha edificado la teoría de la Argumentación Jurídica de NEIL MACCORMICK, que es una de las más influyentes en la actualidad.

Se puede discernir que lo que aleja al positivismo normativista de la visión del Derecho como argumentación, son las razones siguientes: los normativistas ven al Derecho como un grupo de normas, que existen para ser cumplidas. Desde la perspectiva del Derecho como argumentación, éste radica en una actividad, una práctica compleja. En lo que se refiere a los elementos integrantes del Derecho, la concepción kelseniana y hartiana, ven al Derecho como normas y tipos de normas, mientras que el enfoque argumentativo del Derecho lo entiende como un proceso, que incluye la práctica social.

El *realismo jurídico*, contrapuesta al positivismo jurídico, es una concepción que considera al Derecho como una práctica social superior al Derecho que ha sido formalmente establecido<sup>35</sup>, se acerca a la dimensión del Derecho como argumentación, sin lograr llegar a conformar una teoría de la argumentación.

Una posición extrema en el realismo jurídico americano es la defendida por JEROME FRANK<sup>36</sup>, que plantea que no puede hablarse de justificación de las decisiones judiciales; la que la hace incompatible con la visión argumental del Derecho. Para él las decisiones judiciales no están determinadas por normas preexistentes, sino que están condicionadas por consideraciones biológicas y de idiosincrasia de los jueces, lo que se necesita no es la argumentación ni la lógica, sino factores de tipo psicológico.

En una posición menos extrema, defendida por LLEWELLYN<sup>37</sup>, el modelo de argumentación en el realismo jurídico, tiene relación con la retórica<sup>38</sup> más que con la

---

<sup>35</sup> El realismo jurídico identifica al Derecho con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. En esta corriente el Derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal. Vid. HIERRO, Liborio. *Realismo jurídico, en El Derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11, Madrid, Trotta, 1996, p. 77.

<sup>36</sup> FRANK, Jerome. *Law and Modern Mind*, Nueva York, Coawaed- McCann, 1930, p. 90-105.

<sup>37</sup> LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition*, Deciding Appeals, Little, Boston-Toronto, Brown and Company, 1960, p. 76 y sig.

<sup>38</sup> La retórica es entendida como el arte y técnica de hablar y escribir con eficacia y corrección para lograr convencer al público o lector, provocar en él un sentimiento determinado o deleitarlo. Está compuesta por un sistema de reglas y recursos que actúan en diversos niveles de la construcción discursiva. Vid. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra, 1980, p.31.

Argumentación entendida como lógica deductiva, tendiendo como inconveniente que el centro de su interés no es el discurso justificativo de los jueces, sino el de carácter predictivo, lo que importa no es lo que dicen, sino su conducta.

En *el iusnaturalismo*, en principio, tampoco cabe el Derecho entendido como argumentación, dado por la fundamentación teológica del Derecho que esta corriente explica<sup>39</sup>; *sensu contrario*, disímiles autores iusnaturalistas han aportado a la teoría contemporánea de la Argumentación Jurídica, defendiendo ideas como el razonamiento jurídico frente a la lógica formal deductiva.

FINNIS<sup>40</sup>, autor iusnaturalista muy influyente en las últimas décadas del siglo XX, considera al Derecho como aspecto de la razonabilidad práctica, lo cual puede considerarse como un fragmento de la teoría de la Argumentación Jurídica. En cambio, FULLER<sup>41</sup>, contempla el Derecho no como un conjunto de normas previamente establecidas, sino como una empresa guiada por la idea de la razón: el Derecho es una empresa, entendida como actividad.

En el *escepticismo jurídico*, y su forma más específica hasta finales del siglo XX el marxismo jurídico clásico<sup>42</sup>, el Derecho es visto como obstáculo para el cambio social, lo esencial era transformar la base socioeconómica de la sociedad, de capitalismo a socialismo, por lo que el discurso interno de carácter justificativo, núcleo de la Argumentación Jurídica no era posible, más bien se convierte en argumentación política.

Posteriormente comienzan a germinar numerosas concepciones del marxismo jurídico, reconociendo el papel que juega el Derecho en la transformación de la sociedad. El Derecho es visto como un instrumento para lograr determinados fines políticos, por lo que no existe debidamente un discurso justificativo de la

---

<sup>39</sup> El iusnaturalismo plantea que el Derecho emana de un orden superior, de tipo religioso. Su tesis principal es la idea de la existencia de un Derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva, es decir, de origen humano, denominado Derecho Natural. Vid. VILLEY, Michel. *Compendio de filosofía del Derecho* (trad. de L. Horno), Eunsa, Pamplona, España, 1981, p. 84.

<sup>40</sup> FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, Unites Estates of America, 1980, p. 15-18.

<sup>41</sup> FULLER, Lon L. *The Law in quest of itself*. The Foundation Press, Chicago, Unites Estates of America, 1940, p. 80.

<sup>42</sup> Se le atribuye un carácter clasista al Derecho, entendido como expresión de voluntad de la clase económicamente dominante.



Argumentación Jurídica, pero sí se presencian elementos persuasivos, retóricos del Derecho.

El estudio detallado de las anteriores concepciones no quiere decir que ATIENZA desecha las mismas, al contrario, con una postura dialéctica, sintetiza una nueva concepción, más acabada y completa de la Argumentación Jurídica. Conecta la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de los problemas jurídicos, plantea que desde la perspectiva del Derecho como argumentación, el Derecho es una filosofía de tipo pragmatista, considerando al Derecho en relación con el contexto en el que se desenvuelve, y la importancia de la práctica como medio de conocimiento.

Defiende la idea que el Derecho es esencialmente una actividad argumentativa, que se relaciona con el lenguaje, la lógica y con otras formas de argumentación como la tópica, la retórica, y la dialéctica, disciplinas todas que tienen su origen en el mundo antiguo y principalmente en la obra de ARISTÓTELES<sup>43</sup> y CICERÓN<sup>44</sup>.

Existe una creciente cultura jurídica respecto a la Argumentación Jurídica, con un auge en su enseñanza en el Derecho anglosajón y especialmente en el Derecho romano- germánico. Cabe analizar en qué medida se considera hoy que la práctica del Derecho – y con ello la toma de decisiones jurídicas- debe ser argumentativa.

Un elemento a tener en cuenta para dar respuesta a esta interrogante es como, con la tendencia actual hacia un Derecho con rasgos más informales, dígase empleo de métodos como la mediación, conciliación y negociación, se hace emergente el aumento del recurso argumentativo, para lograr un acuerdo satisfactorio para las partes enfrentadas. En la administración de justicia los criterios que se deben usarse para la solución de conflictos no son simplemente los legales, el Derecho es más que

---

<sup>43</sup> *La Tópica* de ARISTÓTELES era una de las seis obras de que se componía el *Organon*. En ella, Aristóteles parte de una caracterización de los argumentos dialécticos, en relación con los argumentos apodícticos (expresa una verdad concluyente que no deja lugar a dudas) o demostrativos. Los argumentos dialécticos - de la tópica- se diferencian de los apodícticos, porque parten de lo simplemente opinable o verosímil, y no de proposiciones primeras o verdaderas. *Vid.* ARISTÓTELES, *Tópica I*, p. 1-5.

<sup>44</sup> En la *Tópica* de CICERÓN desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, en su lugar surge una distinción entre la invención y la formación del juicio. La tópica surge precisamente en el campo de la invención, de la obtención de argumentos; y un argumento es, para CICERÓN, una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa; los argumentos están contenidos en; la tópica sería el arte de hallar los argumentos. *Vid.* GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, España, 1988, p. 68.

las normas emitidas por el legislador. El jurista debe emplear otras técnicas para construir criterios coherentes en la resolución de conflictos. La importancia práctica de la argumentación en el Derecho, implica el abandono de la estricta sumisión a la ley y la aceptación del papel de la razón en la controversia jurídica.

La importancia y utilidad de la Argumentación Jurídica como pilar de la práctica jurídica, está dada precisamente porque argumenta el legislador, al exponer los fines por los cuales se debe elaborar una nueva ley, o que sostiene cuándo el contenido de un determinado precepto o artículo se debe modificar o mantener. De igual forma argumentan las partes en un proceso de cualquier índole, que con la defensa del caso intentan persuadir al tribunal de que su tesis es la correcta; el abogado que le brinda información a un cliente para que ejercite la maquinaria de justicia; o debate con otros defensores ideas para solucionar un caso específico. Argumenta además el juez que tiene que resolver un conflicto, emitiendo un fallo motivado.

*De facto*, no existe práctica jurídica que no consista en argumentar, incluidas las cuestiones teóricas. La experiencia jurídica demuestra que el Derecho tiene que fundarse en gran medida como teoría de la Argumentación Jurídica. Desde esta perspectiva, con un enfoque reflexivo, se analiza de forma muy concreta, la relación entre la Argumentación Jurídica y la lógica jurídica, para determinar cuál de estas categorías brinda realmente las herramientas necesarias para la solución de los problemas jurídicos.

### **1.1.1- La Argumentación Jurídica y la lógica jurídica.**

En el Derecho los argumentos que se generan nacen en diversas ocasiones de las normas o llegan a ellas. Cabe analizar como resultado si la lógica se aplica o no a las normas; y cómo se relaciona la Argumentación Jurídica con la lógica jurídica.

La expresión lógica se ha usado - y se usa- con disímiles significados, uno de los cuales correspondería a *coherente, racional, fundado, de sentido común aceptable*.<sup>45</sup>

Por lo que, en una concepción amplia del vocablo, ningún tema abordado por el Derecho puede quedar fuera de la lógica, específicamente de la lógica jurídica.

---

<sup>45</sup> Definición según Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, Tomo I, 23.<sup>a</sup> Edición, Espasa Libros, S.L.U., Madrid, España, 2014, p. 58.

Aun cuando la lógica jurídica se manifiesta en todos los ámbitos del Derecho, no tiene el mismo significado que la Argumentación Jurídica. Desde un punto de vista, puede verse que la Argumentación Jurídica es más amplia que la lógica jurídica, pues los argumentos jurídicos se manifiestan también desde un punto de vista psicológico o sociológico, o bien desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina lógica material o lógica informal, y otras veces tópica, retórica, dialéctica, etcétera.<sup>46</sup>

Por otra parte, la lógica jurídica tiene un objeto de estudio más amplio que la Argumentación Jurídica. BOBBIO<sup>47</sup> al referirse a la lógica jurídica, plantea que estaría constituida por la *lógica del Derecho*, que se centra en el análisis de la estructura lógica de las normas y del ordenamiento jurídico, y por la *lógica de los juristas*, que se ocupa del estudio de los diversos razonamientos o argumentaciones de los juristas teóricos o prácticos.

La tesis calificada precursora sobre la lógica jurídica es la *Juristische Logik* de ULRICH KLUG<sup>48</sup>, cuya primera edición data de 1951, aunque su concepción de la lógica jurídica estaba elaborada previamente desde 1939. El autor parte de una concepción de lógica general como *teoría de la consecuencia lógica*, lo que le permite diferenciar entre argumentos válidos y no válidos desde el punto de vista lógico-formal. La lógica jurídica sería una parte especial de esa lógica general, es decir, las reglas lógico-formales que llegan a emplearse en la aplicación del Derecho.

KLUG no se refiere a la lógica deóntica o lógica de las normas. Esta se desarrolla también en el año 1951 (aparece en el ensayo *Deontic Logic* de GEORGE H. VON WRIGHT<sup>49</sup>) y concibe la lógica jurídica, tanto lógica del Derecho y lógica de los juristas, no como una aplicación de la lógica formal general al campo del Derecho, sino como una lógica especial, elaborada a partir de las modalidades deónticas de obligación, prohibición y permisión.

---

<sup>46</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Op. Cit.*, p.44.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto, y CONTE, Amedeo. *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica*. UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, México, 1965, p.29.

<sup>48</sup> KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*, trad. de Gardella, J. C. de la 4a. ed. alemana de 1982, Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 2-8.

<sup>49</sup> VON WRIGHT, George H. *Lógica deóntica*, trad. Rodríguez Marín, J., Valencia, Cuadernos Teorema, 1979; ed. original, *Deontic Logic*, 1951, p.87.

La lógica en el Derecho se trata de manera diversa. Suele hablarse con imprecisión de la relación entre Derecho y lógica. Por lo que surge la interrogante: ¿en el Derecho cuál tipo de lógica usa el jurista, la lógica deductiva o una Teoría de la Argumentación Jurídica?

Para aquellos que se afilian a una concepción iusnaturalista o positivista<sup>50</sup> del Derecho, la lógica a aplicar es una lógica formal o deductiva. La lógica deductiva, formal, de subsanación o lógica del silogismo<sup>51</sup>, sólo proporciona razonamientos de corrección formales, pero ignora elementos materiales o de contenido que son relevantes en las ciencias jurídicas. El enfoque de la lógica formal entiende a los argumentos como encadenamientos de proposiciones, que constituyen las premisas<sup>52</sup>, y a través de ellas se llegan a otra, que constituye la conclusión<sup>53</sup>. La lógica es vista desde un ángulo de necesidad, un razonamiento lógico-deductivo implica que el paso de las premisas a la conclusión es necesario: si las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión.

Por otro lado, para los seguidores del sociologismo jurídico, y otras corrientes jurídicas florecientes a finales del Siglo XX que rebaten el positivismo, la lógica jurídica no es una lógica formal, sino una Teoría de la argumentación. Siguen esta línea de pensamiento autores como MANUEL ATIENZA<sup>54</sup>, ROBERT ALEXY<sup>55</sup>, CARLOS

---

<sup>50</sup> Donde el Derecho es igual a la norma jurídica o al sistema u ordenamiento jurídico.

<sup>51</sup> El silogismo es una forma de razonamiento deductivo que consta de dos proposiciones como premisas y otra como conclusión, siendo la última una inferencia necesariamente deductiva de las otras dos. El silogismo judicial o silogismo jurídico no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de Argumentación Jurídica, porque las premisas de que se parte pueden necesitar, a su vez, justificación, y porque la Argumentación Jurídica es normalmente entimemática. *Vid.* ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Op. Cit.*, p.40.

<sup>52</sup> Una premisa es la razón que apoya la conclusión.

<sup>53</sup> Una conclusión es la proposición a favor de la cual se dan razones o premisas. Las diferentes corrientes argumentativas coinciden en que una conclusión sin razones no es un argumento. Toulmin, por ejemplo, sostiene que para que haya un argumento deben presentarse datos de algún tipo: una conclusión desnuda, desprovista de datos que la apoyen, no es un argumento. *Vid.* TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación.* Ed. Península. Barcelona, España, 2007, p. 142 y 143.

<sup>54</sup> *Passím.* ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica.*

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación.* Ariel, Barcelona, España, 2006.

<sup>55</sup> *Passím.* ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, Franckfurt a. M., Surkamp, 1978, reimprisión 1983. Las citas corresponden a la edición castellana, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. M. ATIENZA, y I. ESPEJO. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1989. De esta obra hay también una versión inglesa: *A Theory of Legal Argumentation*, trad. de R. ADLER y N. MACCORMICK, Oxford University Press, 1989.

NINO<sup>56</sup>, y DWORKIN<sup>57</sup>, que sostienen que el Derecho es algo más que un grupo de normas jurídicas, por lo que se deben emplear para su correcta eficacia no sólo la lógica formal sino de una teoría de la Argumentación Jurídica, que brinde adecuados fundamentos para sostener tesis y proposiciones jurídicas, en correlación con las normas jurídicas.

A través de la lógica deductiva el juez parte de una norma jurídica concreta, analiza los elementos del caso y concluye llegando a su fallo por un mero proceso deductivo. No es menos cierto que para los casos de poca complejidad, el juez aplica una lógica de subsunción, no obstante, en casos más complejos, el procedimiento deductivo resulta insuficiente. En los casos difíciles (de los que se ocupa esencialmente la teoría de la Argumentación Jurídica), establecer las premisas fáctica y normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas.<sup>58</sup>

Para la producción y la aplicación de normas jurídicas se hace uso de la lógica formal, pero ésta resulta exigua, ya que entre la clave del razonamiento jurídico no se encuentra en el paso de las premisas a la conclusión, sino en el establecimiento de las premisas, es por ello que se hace necesario la inclusión de la Teoría de la Argumentación Jurídica. Cuando se habla de Teoría de la Argumentación Jurídica -o Argumentación Jurídica- no se limita al uso de la lógica formal, la cual sería una parte de la investigación.

La necesidad de dar solución tanto a los casos clásicos, como aquellos más complejos, hace que la argumentación pase de ser un proceso de simple deducción, a un complejo debate donde hay que tener presente, necesariamente, a los actores, a los hechos y a todo tercero susceptible de ser sujeto de Derecho y por qué no, también posible sujeto de argumentación. La importancia señalada en torno a la Argumentación Jurídica para la solución de las controversias en todos los ámbitos del Derecho en el presente epígrafe, permite analizar el papel que juega la Argumentación Jurídica dentro del proceso penal.

---

<sup>56</sup> Cfr. NINO, Carlos S. *La validez del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985, p.94.

<sup>57</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977. Hay trad. castellana de Gustavino, M., con introducción de Calsamiglia, A., *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, España, 1984, p. 53.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Fontana, Londres, Inglaterra, 1986. Hay trad. castellana de Ferrari, C., *El imperio de la justicia*. Gedisa, Barcelona, España, 1988, p. 62.

<sup>58</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. Op. Cit.*, p.44.

## 1.2- La Argumentación Jurídica dentro del proceso penal.

El moderno pensamiento jurídico penal se ve revitalizado y renovado por la *Teoría del garantismo penal*, expuesta por LUIGI FERRAJOLI<sup>59</sup>, donde se estructura una concepción de mayor complejidad, que recae sobre el fortalecimiento del Estado de Derecho. Se puede hablar de un *viejo y nuevo* Derecho penal, donde el juicio renuncia a ser un silogismo para convertirse en razonamientos que establece el grado de garantismo de los pronunciamientos judiciales, bajo la idea de que lo que prima es la verdad y no la autoridad que hace al juicio (*Veritas, non auctoritas facit iudicium*).

La Argumentación Jurídica se aplica en varias esferas del Derecho, desde la fase legislativa, es decir en la elaboración de las normas jurídicas, durante la aplicación de dichas normas jurídicas y en la dogmática jurídica. La argumentación centrada en el ámbito de la producción de las normas, relaciona el lenguaje y el Derecho, proponiendo soluciones a la difícil tarea de velar por la calidad de las normas.<sup>60</sup>

La Argumentación Jurídica desde que se conforma la norma jurídica por el ente legislativo, es decir, desde el momento de la creación legislativa, constituye un mecanismo para lograr que la norma tenga efectos positivos en la sociedad. En el Derecho Penal la Argumentación Jurídica en esta fase legislativa busca que la ley penal se inserte armoniosamente en el sistema jurídico, la conducta de los individuos se adapte a lo establecido por la ley, y que logre los fines sociales perseguidos.

En el ámbito de la aplicación del Derecho, específicamente en el empleo de normas o instituciones procesales penales, la Argumentación Jurídica en la práctica judicial tiene una verdadera expresión. El uso significativo de la Argumentación Jurídica en el marco del sistema penal es un elemento de competencia y destreza que deben manejar los diferentes intervinientes de un debate procesal penal.

FERRAJOLI en su obra *Derecho y razón* trata los problemas de la pena, del delito y del proceso conforme a cuatro interrogantes: *si, por qué, cuándo y cómo* castigar, que expresan las garantías relativas a la pena; *si, por qué, cuándo y cómo* prohibir, que

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, Op Cit., p. 6.

<sup>60</sup> DÍEZ HERRERO, Laura. *La Argumentación Jurídica en el procedimiento legislativo: la idoneidad de la Ponencia en la aplicación de los principios de técnica legislativa. Un caso singular en Castilla y León*. Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3339, N°. 20, 2008, p. 297-315.



expresan las garantías relativas al delito; *si, por qué, cuándo y cómo* juzgar, que expresan las garantías relativas al proceso.

Le atribuye tres significados diferentes al vocablo razón<sup>61</sup>, que le atañen a tres fundamentos del Derecho penal, a saber: el sentido de *razón en el Derecho*, el sentido de *razón del Derecho* y en el sentido de *razón de Derecho penal*. El sentido de la *razón en el Derecho*, al cual FERRAJOLI le atribuye un carácter teórico e incluye dentro de la epistemología<sup>62</sup> del Derecho, se refiere al tema de la racionalidad de las decisiones penales, o sea, del sistema de vínculos y reglas dirigido a fundamentar los procesos de imputación e imposición de sanciones penales. Este sentido es un rasgo integrante del garantismo penal, donde el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad de sus motivaciones.<sup>63</sup>

Al referirse a la epistemología garantista del Derecho penal, FERRAJOLI explica que son elementos de la misma el *cognoscitivismo procesal* y la *estricta jurisdiccionalidad*. Para lograr una justicia penal no arbitraria, debe lograrse que esta fluya en cierta medida con verdad, o sea, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y re-cognoscitivos (de Derecho), sujetos a verificación empírica. El *principio de estricta jurisdiccionalidad*, exige a su vez dos condiciones: la *verificabilidad o refutabilidad* de las hipótesis. Las hipótesis acusatorias deben ser sometidas a verificación y a refutación, de manera que sean confirmadas si se encuentran apoyadas por pruebas y contrapruebas.

FERRAJOLI manifiesta que aun cuando un sistema de garantías penales está perfeccionado, la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena nunca puede ser cierta y objetiva de forma absoluta. Plantea que la verificación de estos elementos fácticos del delito, exige decisiones argumentadas, pues la prueba de los hechos penalmente relevantes no es sólo una actividad de conocimiento, sino que se

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p.22.

<sup>62</sup> La epistemología es la doctrina de los fundamentos y métodos del conocimiento científico. También conocida como gnoseología, su objeto de estudio es la producción y validación del conocimiento científico. La epistemología analiza los criterios por los cuales se justifica el conocimiento, además de considerar las circunstancias históricas, psicológicas y sociológicas que llevan a su obtención. *Vid.* BARNES KUHN, Merton. *Estudios sobre Sociología de la Ciencia*. Editorial Alianza, Madrid, 1980, p.14.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal, Op cit.*, p.22.

va a formar una conclusión, que evidencia un poder de elección respecto a las distintas hipótesis que se presentan en el caso.

Explica que el juez, además de verificar los hechos configurados en la ley como requisitos de la pena, debe distinguir los elementos concretos que hacen a cada hecho singular y distinto de los demás, aunque sean de igual género jurídico,<sup>64</sup> y esto requiere de su parte una actividad valorativa.

De esta forma FERRAJOLI plantea que la epistemología garantista en el Derecho Penal corresponde a una de las dos epistemologías judiciales: cognoscitivismo y decisionismo, es decir, la diferencia entre comprobación y valoración; entre prueba e inquisición; entre razón y voluntad; entre verdad y potestad. Si una justicia penal con *verdad* constituye un ideal, una justicia penal *sin verdad* corresponde a un sistema de arbitrariedad. De manera concreta defiende que el juicio penal es una fórmula *saber-poder*, en el que se combina el conocimiento (*veritas*) con la decisión (*auctoritas*).<sup>65</sup>

FERRAJOLI expone una concepción semántica de la verdad procesal como *correspondencia*. La verdad procesal la descompone en verdad fáctica y verdad jurídica. La fáctica es cuando el delito es comprobable a través de la prueba de los hechos acontecidos, y de su imputación al sujeto inculcado. La jurídica es cuando es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados en la norma que califican al hecho como delito.<sup>66</sup> En consecuencia, una proposición se llamará verdadera sólo si es verdadera tanto fáctica como jurídicamente.

La investigación judicial no consiste solamente en la recogida de datos y piezas de convicción, sino en generar variados tipos de prueba, por ejemplo: interrogatorios, testimonios, careos, reconocimientos, pericias, etc. Al respecto FERRAJOLI sostiene que el objetivo de la investigación judicial es eliminar el conflicto en favor de la hipótesis más simple, con mayor capacidad explicativa, y verificable con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos<sup>67</sup>, pero a diferencia de otros tipos de investigación, la jurisdiccional es obligatoria y debe concluir en algún punto.

---

<sup>64</sup> *Idem.*, p. 33-40.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p.45-47.

<sup>66</sup> Para un estudio de las expresiones *fáctica* y *jurídica* vinculadas al término *verdadero* y de sus condiciones de uso en la ciencia y en la práctica jurídica Cfr. FERRAJOLI, LUIGI. *La semántica de la teoría del diritto*, pp. 86-104.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, *Op cit.*p.51-54.



Para FERRAJOLI las decisiones sobre la *verdad* en el juicio penal expresan un poder, que concluye con el fallo, de absolución o de condena, pero éste es un poder de *comprobación o verificación*, diferente a cualquier otro poder público.<sup>68</sup> Cuando un juez conoce de un delito, aunque esté tipificado en la ley, no se limita a afirmar o negar conforme a las pruebas la tesis sobre la comisión del delito por parte de un sujeto culpable. Valora además los fines de su decisión, la calidad de la pena, la gravedad específica del hecho en relación con el contexto, sus causas, motivos subjetivos, intensidad de la culpabilidad, es decir, realiza una personalización de las características específicas de cada hecho y las valoraciones, lo que FERRAJOLI llama equidad<sup>69</sup> del juicio, en la que se expresa un poder que nombra *poder de connotación*.<sup>70</sup>

En el segundo sentido de *razón del Derecho*, axiológico y político, el vocablo *razón* se refiere al tema de la justicia penal, es decir, las justificaciones ético-políticas de la calidad, cantidad y especialmente necesidad de las penas y las prohibiciones; además de las formas y criterios de las decisiones judiciales. Este segundo significado se vincula con la fundamentación externa o política del Derecho penal respecto a valores, intereses y finalidades extra o meta-jurídicas.<sup>71</sup> Tiene relación con el primer sentido, donde el modelo penal garantista fue concebido como la técnica punitiva racionalmente más idónea para maximizar la libertad y minimizar el arbitrio judicial.

FERRAJOLI se plantea la interrogante *¿Por qué el Derecho Penal?* articulando preguntas como: por qué, cuándo y cómo castigar o no castigar; por qué, cuándo y cómo prohibir o no prohibir; por qué, cuándo y cómo juzgar o no juzgar. Descompone el problema de la justificación del Derecho Penal en tres cuestiones. La primera es la justificación en general del derecho a castigar, es decir, de la pena. La segunda es la

---

<sup>68</sup> *Idem.*, p.103-105.

<sup>69</sup> La equidad sería una especie de muleta de la justicia consistente en una tendencia opuesta a todo formalismo, del que debe ser complementaria. *Cfr.* PERELMAN. *De la justice*, trad. cast. de R. GUERRA. *De la justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964, p. 46. *Ola justicia del hombre, en contraste con la justicia de la ley*. N. BOBBIO, *Governo degii omini o governo de fleleggi?*, en *El futuro de la democracia*, trad. Cast. de J. MORENO, *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?*, en *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, España, 1985, p. 211.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*. *Op. Cit.* p.155-164.

<sup>71</sup> *Idem.*, p.22 y 23.

justificación de los presupuestos de las penas, esto es, de los hechos calificados como delitos. La tercera es la justificación de las formas y procedimientos de investigación de los delitos y de aplicación de las penas, es decir, del proceso penal. El problema de la justificación de la pena, o sea, el poder de una comunidad política de ejercer una violencia sobre uno de sus miembros, es quizás el más clásico de la Filosofía del Derecho Penal, llamado *pretensión punitiva* o *derecho a castigar*. FERRAJOLI expone como interrogante en qué se fundamenta este poder; y si existen cuáles son las razones que hacen *justo, justificado*, o aceptable moral y políticamente que a la violencia ilegal representada por el delito se añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena.<sup>72</sup>

Las cuestiones han tenido dos respuestas: una positiva y otra negativa. Las respuestas positivas son las dadas por las doctrinas justificacionistas, que justifican los costes del Derecho Penal con fines, razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las respuestas negativas son las transmitidas por las doctrinas abolicionistas, que no reconocen justificación alguna al Derecho Penal y propugnan su eliminación.

Cuando se refiere al tercer sentido de *razón de Derecho Penal*, normativo y jurídico, el término *razón* explica finalmente el tema perteneciente a la validez o coherencia lógica interna de cada sistema penal positivo entre sus principios normativos superiores y sus normas jurídicas inferiores. FERRAJOLI explica las condiciones que justifican la imposición de las penas, así como la naturaleza y medida de las penas impuestas; los intereses que justifican o no la tutela penal mediante la tipificación como delitos de unos comportamientos y no de otros; y las razones que justifican o no la procedibilidad judicial y, los diferentes modelos de juez y de juicio.

Las cuestiones del *¿cómo castigar?* se refieren a la calidad de las penas y su medida legal y judicial, así como sus modalidades de ejecución<sup>73</sup>, basada en el principio de necesidad y de humanidad de las penas. FERRAJOLI reconoce que las penas, para desarrollar la función preventiva deben consistir en hechos desagradables, o en

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*, p. 247-257.

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal. Op. Cit.* p. 232-235 y p. 368-369.

males idóneos, para evitar la comisión de nuevos delitos y que las personas tomen la justicia por su mano.

Pero en qué deben consistir estos males es lo que responde precisamente a la pregunta *¿cómo castigar?*, el cual articula dos subproblemas: el de la calidad y el de la cantidad de la pena<sup>74</sup>. El principio de la pena mínima necesaria y el de respeto a la persona constituye la principal respuesta a esta pregunta. La pena debe ser la mínima de las posibles respecto al fin de la prevención de nuevos delitos. Por su parte, la pregunta *¿cuándo castigar?* se refiere a la legitimación interna y admite como respuesta el *principio de retribución*,<sup>75</sup> es decir, la garantía del Derecho penal que establece como condición necesaria de la pena la comisión previa de un delito.

En un análisis del delito y de cuándo y cómo prohibir, FERRAJOLI hace una distinción entre normas penales regulativas y normas penales constitutivas.<sup>76</sup> Regulativa es la norma que regula un comportamiento, calificándolo como permitido, prohibido u obligatorio, condiciona a su comisión u omisión la producción de efectos jurídicos. Llama constitutiva a la norma que establece inmediatamente calificaciones y efectos jurídicos, sin la mediación de comportamientos cuya comisión u omisión supongan su observancia o infracción.

En cuanto al juicio, respondiendo a las interrogantes cuándo y cómo juzgar, las garantías procesales que responden a estas preguntas se expresan por los principios de presunción de inocencia<sup>77</sup>, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa.

La interrogante *cuándo juzgar* se responde con el principio de inderogabilidad del juicio, u obligatoriedad de la acción penal, significa que ningún delito debe quedar sin juicio e impune, bajo el principio de separación del juez y la acusación. La pregunta del *cómo juzgar* se responde con las garantías<sup>78</sup> procesales de carga de la prueba<sup>78</sup> y

---

<sup>74</sup> *Idem.*, p. 385-397.

<sup>75</sup> G. BETTIOL. *Diritto penale*, Parte generale, Priulla, Palermo, Italia, 1950, p. 507.

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 502-506.

<sup>77</sup> Mediante este principio ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena hasta que no se pruebe mediante un juicio que es realmente culpable, donde la acusación es sometida a prueba y a refutación.

<sup>78</sup> Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega la inocencia del acusado formulando la acusación, es decir el Ministerio Fiscal.

derecho de defensa, esta última garantía es la que FERRAJOLI<sup>79</sup> identifica como la principal condición epistemológica de la prueba: la refutabilidad de la hipótesis acusatoria por la parte contraria con las contrapruebas.

Por último, es dable analizar las cuestiones expuestas por FERRAJOLI en cuanto la obligación de la motivación de las decisiones judiciales en el proceso penal, la cual lo dota de verdad y validez. El valor fundamental de este principio es que expresa y garantiza la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio.<sup>80</sup> Debido a la motivación de las decisiones judiciales, las hipótesis que han sido sometidas a verificación y refutación resultan avaladas y legitimadas.

Argumentar de una forma eficaz coadyuva a conservar la coherencia y la lógica del discurso de los diferentes sujetos que se desenvuelven en el proceso penal. Con el desarrollo de la Argumentación Jurídica en un proceso de índole penal, puede crearse un medio de comunicación entre abogados, fiscales y jueces, que haga posible exponer los puntos fundamentales del debate de una forma ordenada y clara, favoreciendo así la seguridad y veracidad de las resoluciones judiciales frente a la sociedad.

Si las partes argumentan correctamente durante el proceso penal, se verá reflejado a su vez en la sentencia judicial, pues permitirá que el fallo del juez se funda en argumentaciones razonadas, lo cual está acorde con un requisito de validez de las sentencias del que se habla en los últimos tiempos, donde ha proliferado que la fundamentación o motivación de las sentencias sea de forma obligatoria. La sentencia ha de suministrar a la persona que la lea un patrón preciso que enlace lo fallado con los hechos que fueron probados, a través de las alegaciones de las partes, y con la norma a aplicar. Si esa conexión no se manifiesta, la decisión es arbitraria, contraria a Derecho, pues tendría su base solamente en la voluntad de los jueces.

La sentencia tiene que mostrar una continuación razonada de hechos y del Derecho aplicable. La función principal de la fundamentación es que los jueces argumenten sus fallos, dejando abierta la opción a las partes, a los jueces del tribunal superior, y

---

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal. Op. Cit.* p.613-615.

<sup>80</sup> *Idem.* p. 622 y 623.

al público, la imagen externa sobre cómo se ha ejercitado eficaz y correctamente el poder jurisdiccional, lo cual se logra si le antecede una base sólida de fundamentación de las partes, por lo que en ellas recae la mayor carga de Argumentación Jurídica.

El proceso penal no es un ente muerto, la conexión de la argumentación en la reconstrucción de los hechos permite elaborar una decisión basada en la razón. Esto no quiere decir que deba aceptarse que la verdad obedece de modo absoluto a la coherencia que exista en la narración de la historia, sin negar que existe un vínculo de la verdad con la forma en que, a través de una argumentación eficaz, se narren los hechos dentro del proceso.

El empleo de la Argumentación Jurídica es sinónimo perenne de impartición de justicia. Este ámbito argumental del Derecho establece pautas fundamentales basadas en la razón, eliminando el uso de criterios empíricos, lo que busca es que no sea sólo un método experimental simple, sino ir al fondo del asunto. Cuando se combina este recurso argumentativo como complemento de la Teoría del caso, queda elaborada una estrategia completa y única para presentar ante el tribunal.

### **1.3- La Teoría del caso en materia penal como manifestación de Argumentación Jurídica.**

#### **1.3.1- La Teoría del caso en materia penal**

Diversas han sido las posturas e ideas asumidas cuando se trata de conceptualizar la Teoría del caso, la cual es una figura procesal que tiene su origen en el Derecho Anglosajón. Para entender mejor el concepto de la Teoría del caso, resulta menester acudir a la doctrina del país de la cual se origina, teniendo en cuenta que fue pensada para dirigirse y convencer a un jurado que en principio es ajeno a los aspectos legales, y no al juez.

La definición de Teoría del caso fue basado en la doctrina estadounidense. En el proceso penal estadounidense, la oralidad –y no así la escritura- constituye la herramienta principal con que cuentan las partes para obtener sus pretensiones en las audiencias, por lo que cobra singular importancia las técnicas de litigación oral, que sirven para interrogar testigos, contrainterrogarlos, objetar preguntas y, en

general, plantear las diversas pretensiones de las partes. Es dentro de estas técnicas que entra la elaboración de la Teoría del caso.

Para THOMAS A. MAUET<sup>81</sup>, la Teoría del caso es una *clara y simple historia sobre lo que realmente sucedió desde un particular punto de vista*. Defiende que ésta debe ser consistente con la evidencia y la aplicación del derecho sustantivo. No se debe demostrar únicamente qué ocurrió, sino debe explicarse por qué las personas en la historia actuaron de esa forma. Esencialmente considera que la Teoría del caso debe ser una historia persuasiva.

Otra postura es la asumida por MICHAEL MCCULLOUGH<sup>82</sup>, quien defiende que la Teoría del caso constituye la *historia que el abogado quiere que acepte el juzgador. Es la trama para su obra que es el juicio*. Como cualquier buena trama, normalmente incluirá ciertos elementos típicamente necesarios para narrar una historia: personajes, escenarios, elementos temporales, acción y sentimientos.

Por su parte, STEVEN LUBET<sup>83</sup> sostiene que los juicios se llevan a cabo para permitir que las partes logren persuadir al juez o al jurado con su propia historia sobre los hechos ocurridos. Explica que la parte que cuente la historia más persuasiva debe ganar, que la historia presentada en el juicio debe estar basada en evidencia admisible, y debe contener los elementos de una acusación o defensa legalmente cognoscible.

De las definiciones esbozadas, resalta que todas coinciden en que la Teoría del caso debe ser persuasiva; lo que se debe, a entender de la autora, precisamente a la cuestión antes enunciada de que en el sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense, quien decide sobre la inocencia o culpabilidad es el jurado, no el juez.

---

<sup>81</sup> MAUET, Thomas A. *Trial Techniques*, 8th. ed., Wolters Kluwer-Aspen Publishers, Nueva York, 2010, p. 24-25.

<sup>82</sup> MCCULLOUGH, Michael. *Teoría del caso*, citado por Pastrana Berdejo, Juan David y Hesbert Benavente Chorres, *El juicio oral. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2ª ed., Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 153.

<sup>83</sup> LUBET, Steven. *Modern Trial Advocacy. Analysis and practice*. 4ª ed., National Institute for Trial Advocacy, Louisville, Unites Estates of America, 2009, p. 1 y 2.

En la doctrina latinoamericana, HESBERT BENAVENTE<sup>84</sup> indica que la Teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotarlos de un sólo sentido, u orientación, las normas jurídicas sustantivas y procesales, así como el material probatorio o evidencias. De esta forma, estructura la Teoría del caso en: fase constructiva (*noticia criminis*, es decir donde se tiene conocimiento del crimen); fase recolectiva (recopilación de elementos de convicción); fase depurativa (pertinencia, utilidad y licitud); y por último la fase expositiva.

CHRISTIAN SALAS BETETA manifiesta que esta teoría es el planteamiento que la acusación o la defensa hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan.<sup>85</sup> Es una herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio, los cuales no solamente benefician a las partes, sino también al juez pues se le brindará una carga informativa que le permitirá contar con los elementos para resolver el conflicto de interés jurídico.<sup>86</sup>

YATACO<sup>87</sup> la define como la promesa u oferta que la Fiscalía o la defensa hacen llegar al tribunal sobre hechos que se van a probar; los medios de pruebas con que cuentan, y la relevancia jurídica que tienen. Para ESPINOZA BONIFAZ es una dirección, una visión estratégica para afrontar el proceso, un criterio desde el cual valorar la prueba. Es un mapa o un plano que se traza a partir de que se tiene conocimiento de los hechos.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> BENAVENTE CHORRES, HESBERT. *La aplicación de la Teoría del caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. Lima, Perú, 2011, p. 85.

<sup>85</sup> *Idem.*, p. 89.

<sup>86</sup> AGUILAR FREGOSO, VIOLET. *Análisis comunicativo de la Teoría del caso*. Revista de Ciencias Penales Iter Criminis. Cuarta Época, No. 21, Mayo-junio 2011, Instituto nacional de Ciencias Penales. México, p.17.

<sup>87</sup> YATACO, Jorge Rosas. *La Teoría del caso (Theory of the Case)*. p. 56. Disponible en: [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2332\\_05\\_teor%C3%ADa\\_del\\_caso.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2332_05_teor%C3%ADa_del_caso.pdf). (Consultado el 25 de enero de 2017 a las 3:00 pm)

<sup>88</sup> ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. *Op. Cit.*, (Consultado el 26 de enero del 2017 a las 9:55 am).



En cuanto a la persuasión al juez para que se oriente hacia la Teoría del caso que se pretende demostrar, IBÁÑEZ <sup>89</sup> plantea que algunas veces el tercero suprapartes -el juez- realiza inferencias inconscientemente determinadas por sus propios prejuicios. En este concurso de ejercicios mentales que inciden en la percepción del juez, es donde las estructuras del discurso y la fuerza de argumentación servirán para persuadirlo, y hacer que su postura coincida con la Teoría del caso.

Por su parte, ANDRÉS BAYTELMAN y MAURICIO DUCE J. <sup>90</sup> afirman:

*La Teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble. La Teoría del caso es un producto del trabajo del abogado.*

Según BLANCO SUÁREZ <sup>91</sup> la Teoría del caso intenta constituirse en una suerte de plantilla a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad o, más propiamente, los hechos del caso, proveyéndoles de un lente para dar una lectura intencionada que permita explicar lo sucedido.

Desde una definición creada por la autora la Teoría del caso se presenta como la unión de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que esgrimen el representante del Ministerio Fiscal o la Defensa en un caso concreto, tipificado en una norma penal, que ha sido construida y formulada mediante las pruebas propuestas por las partes, y que será defendida y sometida frente al tribunal juzgador para que este emita su fallo.

La Teoría del caso constituye así la tesis donde cada parte en el proceso penal ofrece una valoración de cómo ocurrieron los hechos objetos de análisis, además de la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas valoradas en el acto del juicio oral. Es un patrón de lo que se expondrá y aclarará en el juicio mediante las pruebas.

Esta teoría tiene dos modos de hacerse:

- Intuitivamente, cuando nadie enseña a hacerlo, se aplica el sentido común.

---

<sup>89</sup> IBÁÑEZ, P. A. *Los hechos en la sentencia penal*. Fontamara S.A, México, 2005, p.10.

<sup>90</sup> BAYTELMAN, Andrés y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal en Juicios Orales*. Ediciones Universidad Diego Portales, Chile, 2001, p. 50.

<sup>91</sup> BLANCO SUÁREZ, Rafael. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. Primera Edición. C y C impresores. Santiago de Chile, 2005, p.18.



- Metódicamente, se aprende a hacerlo siguiendo un método y se aplica. Imprescindible para un sistema de juicio por audiencias.

La Teoría del caso se comienza a elaborar desde el primer momento de que las partes tienen conocimiento del hecho. La Fiscalía comienza a definir hipótesis y precisar los requisitos exigidos por la norma aplicable, inicia la búsqueda de las pruebas que corroboren la existencia de esos hechos jurídicamente relevantes. La defensa comienza a elaborar su estrategia, busca los elementos para demostrar la inocencia o el grado de participación del acusado. En fin se debe apreciar si se cumplen los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Comprende la suma articulada de todos los relatos creíbles que se oirán en el juicio, de todas las pruebas materiales que se exhibirán, y de todas las inferencias que pueden extraerse. Además es importante que queden especificado en los apuntes las debilidades del caso, y de ser posible, tener un *memorando de litigación* por escrito, donde se especifiquen las cuestiones legales o de Derecho que puedan surgir en el juicio.

Para que quede redactada correctamente debe contener una hipótesis sencilla sobre los hechos, una clara adecuación típica de los mismos, sin entrar en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos, que sea creíble, y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustenten la propia pretensión, e incluso aquellos que fundamentan la Teoría del caso de la contraparte y que han salido a la luz en el transcurso del juicio.

El diseño de la Teoría del caso es abarcador, e involucra la acción u omisión, el sujeto activo, el pasivo, los objetos involucrados, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y las compara con los requisitos que exige el tipo penal. Si se logra enmarcar los elementos de forma significativa, se relaciona con la prueba que se ha acopiado. Si cada elemento fáctico tiene un referente en la prueba que así lo verifique, se tiene elaborada la Teoría.

### **Elementos de la Teoría del caso**

La Teoría del caso se sostiene de tres elementos básicos. Primeramente el fáctico, que es la identificación de los hechos principales que ayudan a determinar la responsabilidad o no del procesado, pero una sencilla narración de los hechos no es

capaz de resolver un caso que necesita de una solución legal. Se impone, además el elemento jurídico que consiste en la inclusión de los hechos dentro de un tipo penal, es decir, la confrontación de tales hechos con la ley, para determinar si esa acción u omisión se considera constitutiva de delito. Por último, el aspecto probatorio que son los medios de prueba del que se valen las partes y que confirman las proposiciones fácticas, no es más que la demostración de que además de existir y chocar con la norma jurídica, en el mundo de la realidad resulta imputables a su autor o autores.<sup>92</sup>

- **Fáctico:** son los hechos relevantes o conducentes que deben ser reconstruidos durante el debate oral, es decir, las ideas fácticas que se quiere que admita el tribunal para luego establecer el elemento jurídico. Los hechos ocurridos en el transcurso de un delito comprenden circunstancias de tiempo, lugares o escenarios, personas y sus sentimientos, el modo de ocurrencia, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas.

El vocablo fáctico es relativo a los hechos, basado en éstos o circunscrito a ellos, por contraposición a lo de índole teórica y hasta simplemente imaginario.<sup>93</sup> También se define como relativo al hecho o a los hechos.<sup>94</sup> Las proposiciones fácticas son el puente entre las teorías jurídicas y los hechos, puede haber una o varias proposiciones fácticas vinculadas a cada elemento de la teoría jurídica.

Para que el Tribunal tenga por ciertas o probadas las proposiciones fácticas son las evidencias o pruebas que se presentan en el juicio las que apoyan a las partes. Cada pieza de evidencia (un testigo, un documento, etc.) debe apoyar o negar la credibilidad de una o más proposiciones fácticas. Las proposiciones fácticas que no se apoyen son irrelevantes.

- **Jurídico:** como se señalaba anteriormente el aspecto jurídico no es más que la determinación de los elementos de Derecho de la hipótesis que se está alegando. Es el punto de partida para la adecuación de la historia en la norma penal aplicable. Consiste en el encuadramiento jurídico de los hechos dentro las disposiciones legales tanto sustantivas como adjetivas.

---

<sup>92</sup> SALAS BETETA, Christian. *Trascendencia de las técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal*. Fondo Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 2010, p. 101 -103.

<sup>93</sup> OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 420.

<sup>94</sup> Diccionario Larousse, Impreso en México, 2005, p.296.

Son los componentes básicos de la constitución de una norma penal, la cual se soporta en la tipicidad, la culpabilidad y la antijuricidad. Se fundamenta en la adecuación típica de la conducta, los hechos y el marco reglado sancionador de que dispone la ley.<sup>95</sup>

- **Probatorio:** Cuando se conocen los hechos de importancia para el proceso, viene la determinación y la clasificación de las pruebas que demuestran cada supuesto. Gravita en estudiar y presentar las pruebas pertinentes para establecer lo fáctico.

ARAYA MATARRITA<sup>96</sup> explica que la prueba forma parte de la base probatoria de la Teoría del caso, es el conjunto de elementos personales, documentales o materiales que demuestran un hecho que se tiene por cierto en la teoría fáctica. La prueba arroja un elemento de convicción sobre el hecho, y tan importante es que, si no hay prueba no se tiene más que una historia bien contada.

Lo probatorio sostiene la teoría fáctica y la jurídica. La teoría probatoria es la forma de comprobar a las partes, especialmente al tribunal los fundamentos de hecho y derecho defendidos. El aspecto probatorio permite saber los puntos fuertes y débiles que tiene la Teoría del caso, para el Fiscal la Teoría del caso es útil para determinar si un determinado hecho es antijurídico y punible, si reúne los elementos de tipicidad para formular la acusación, dando lugar a una sanción penal para el autor; y la responsabilidad penal del acusado en el hecho.

Cuando se trata del abogado, es necesaria para saber el grado de participación del defendido, la ausencia de alguno de los elementos de tipicidad del delito, fallas en el procedimiento, etc. Es decir, la Teoría del caso es una exposición de razones fácticas y jurídicas de por qué no se debe sancionar a aquel que se tiene como autor. La Teoría del caso entonces está compuesta por tres niveles de análisis: a) la teoría de los hechos o teoría fáctica; b) la teoría jurídica o teoría del derecho aplicable al caso; y c) la base probatoria. Si se deja fuera la base probatoria, lo que tendría el

---

<sup>95</sup> CASAREZ ZAZUETA, Olga Fernanda y GUILLÉN LÓPEZ, Germán. *Teoría del caso en el Sistema Penal Acusatorio*. Disponible en: [http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v\\_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ\\_OLG\\_A\\_Y\\_GERMAN\\_GUILLEN.pdf](http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_OLG_A_Y_GERMAN_GUILLEN.pdf). (Consultado el 25 de enero del 2017 a las 4:00 pm).

<sup>96</sup> ARAYA MATARRITA, Saúl. *Teoría del caso y Técnicas de debate en el Nuevo Proceso penal*. Managua, Nicaragua, 2002, p. 71 y 72.

litigante sería una buena historia, no un buen caso, porque le faltarían los elementos de convicción que lo demuestren.<sup>97</sup>

En términos sintéticos, la relación entre los tres elementos de la Teoría del caso es de secuencia:<sup>98</sup> primero encontramos los hechos (teoría fáctica) que tienen relevancia penal. En segundo lugar, se encuadran dentro de las normas penales aplicables para el caso concreto (teoría jurídica); en tercer lugar se contrastan los hechos con la prueba (teoría probatoria), de modo que permita construir una tesis con significado penal relevante.

### **Características presentes en la Teoría del caso:<sup>99</sup>**

- Sencillez: Los elementos que la integran deben ser claros y sencillos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.
- Lógica: Debe guardar armonía y permitir deducir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.
- Credibilidad: La credibilidad radica en la manera que la historia logra persuadir al juzgador.
- Suficiencia jurídica: Todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad; desde el punto de vista del acusador deben estar desarrollados todos los elementos de tipicidad del delito. La defensa debe determinar la falta de uno de estos elementos o de la responsabilidad penal del individuo.
- Flexibilidad: El juicio se concibe cómo será, pero siempre puede estar sujeto a cambios como todo proceso adversarial. La Teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse sin cambiar radicalmente, dando al traste con la credibilidad de cualquiera de las partes.

### **Utilidad de la Teoría del caso para organizar cada etapa del proceso:**

- Sirve para diseñar el programa metodológico de la investigación, el cual ha de tener relación con las hipótesis delictivas que se van creando. Las hipótesis son objetivos específicos, que permiten a cada parte construir su Teoría del caso, destinada a persuadir al juez de que la suya es la más creíble.

---

<sup>97</sup> SALAS BETETA, Christian. *Trascendencia de las técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal*. Op. Cit., p. 100.

<sup>98</sup> Vid. Anexo No. 02

<sup>99</sup> BARDALES LOZCANO, Erika. *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*, 3ª ed., Magister, México, 2010, p. 120.

- Útil para planear y organizar el escrito de calificación de las partes. Este contiene la presentación del tema, la narración de los hechos, y las pruebas que respaldarán la teoría para su posterior práctica en el juicio.
- Identifica el tema del asunto y los hechos penalmente relevantes.
- A partir de los hechos jurídicamente relevantes permite establecer las pruebas convenientes para el caso; y organizarlas. Pueden organizarse de manera cronológica, ventajosa para la Fiscalía porque relata la historia sin omitir ningún aspecto; o estratégicamente, la Defensa puede darles el orden que necesite para direccionarla hacia el hecho que se quiere probar.
- Contribuye a establecer el orden en que los testigos y peritos serán presentados, se priorizan los testimonios fuertes al inicio y final para causar mayor impacto sobre el tribunal. Permite analizar las debilidades de los testigos propios y adversos, así como preparar el interrogatorio y el conainterrogatorio.
- Define los temas y la organización de los alegatos de apertura y finales.

La construcción de la Teoría del caso dentro en el proceso penal permite al litigante enfrentar con capacidad el debate oral. Se convierte en una herramienta sustancial porque permite efectuar un estudio estratégico del caso; clasificar y ordenar la información del mismo; adecuar los hechos al tipo penal; escoger las pruebas relevantes; descubrir debilidades propias; e identificar las de la parte contraria.

Es destacable el beneficio metodológico que proporciona la Teoría del caso, como postulación que cada parte le presenta al órgano jurisdiccional para que la entienda como una verdad jurídica, ofreciéndole una visión integral de los acontecimientos penalmente relevantes. Desde el punto de vista del acusador, la Teoría del caso expone jurídicamente por qué determinados hechos acaecidos deben propinar una sanción penal en contra de su autor. Desde la mira del abogado, la Teoría del caso es la explicación jurídica de las razones por las cuales no se debe sancionar a la persona que se cree presunto autor de un hecho delictivo.

Como complemento de lo señalado, muchos casos se ganan o se pierden con la exposición de la Teoría del caso. Un ser humano es muy susceptible a hacer juicios permanentes con la primera información que percibe, por lo que, la primera

impresión que produce el relato o argumento de las partes puede tener más impacto positivo o negativo que la prueba misma.

La construcción de la Teoría del caso a la luz de la Argumentación Jurídica es el precedente necesario en que se fundamentan los alegatos presentados a los jueces, e indica la argumentación de los hechos y la selección de las pruebas en vista al juicio oral.

### **1.3.2 La Teoría del caso y la Argumentación Jurídica.**

En un proceso penal el debate se torna ineludible, pues el juez al motivar su fallo expresa razones o fundamentos. Esta motivación requiere que el Derecho y la prueba en sí estén sujetos a la polémica. Cada parte, al desarrollar su tesis se convierten en colaboradores del juez, pues aportan ideas y elementos para que este pueda fallar.

Actualmente el proceso penal interpartes obedece a un debate, donde los sujetos procesales deben hacer un mayor esfuerzo en la especialización de sus roles. En este sentido, se expresa la importancia de la Argumentación Jurídica como instrumento de persuasión, donde cada una de las partes exhibe de su Teoría del caso<sup>100</sup>, y con ella hace el mejor uso de las habilidades necesarias en las técnicas del juicio oral.

Desde un enfoque reflexivo se analiza la fuerza de la Argumentación Jurídica en la presentación de la Teoría del caso, mediante sus proposiciones fácticas, probatorias y jurídicas; en el debate, en la práctica y la valoración de la prueba. La Argumentación Jurídica, como complemento de la Teoría del caso, constituye una herramienta para perfeccionar el escrito de calificaciones de las partes, además del discurso y las capacidades orales que se despliegan en el juicio oral.

La relación que existe entre Argumentación Jurídica y Teoría del caso se evidencia al elaborar el programa metodológico por el cual se va a trazar el caso; es decir, desde que recibe el caso el fiscal y la defensa comienzan a construir argumentos, que expone en sus respectivos escritos de calificación, en las que resulta fundamental la ubicación de los problemas que desean resolver.

---

<sup>100</sup> PABLO FLÓREZ, Pedro. *Importancia de la Argumentación Jurídica en el juicio oral*. Justicia No. 18, ISSN: 0124-744, Diciembre 2010, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia p. 42-49.

El proceso penal, y principalmente el acto del juicio oral, es un diálogo abierto entre las partes que intervienen en el proceso, quienes provistos de fundamentos que han sido previamente trazados y analizados luchan por el predominio de su tesis para demostrar que le asiste. El fallo concluyente del juez sintetiza esa dialéctica dirigida a defender la Teoría del caso que esgrimen.

Las partes pueden divergir acerca la existencia de los hechos, de la valoración de las pruebas, de la norma aplicable, lo cual exige la capacidad para debatir, argumentar, refutar y dialogar; es decir, para sostener o refutar una tesis, y convencer a terceros acerca de su validez, siempre teniendo en cuenta que durante del proceso todo está un continuo cuestionamiento. En el proceso penal se busca convencer al juzgador acerca de la certeza de la Teoría del caso. Argumentar implica expresar razones, justificaciones o fundamentos pertinentes a favor de lo que se dice.

Tanto el abogado como el fiscal, deben contar con habilidades narrativas, demostrativas o probatorias, hermenéuticas y argumentativas. Una técnica de la argumentación competente, necesita un arduo trabajo que va desde la entrevista, hasta las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio, por lo que se exige una relación coherente de argumentos encaminados a la probanza de su Teoría del caso sobre los hechos sometidos a consideración del tribunal.

Como se ha planteado la Teoría del caso debe estar interrelacionada en sus aspectos jurídicos, fácticos y probatorios. Se debe tener lista e interiorizada una sola teoría, esto no significa que el litigante pueda ajustarse a una Teoría del caso alternativa. La Argumentación Jurídica es un valioso instrumento con el que puede perfeccionar su discurso; es decir, que la Teoría del caso conjuntamente con los elementos que posee, necesita presupuestos lógicos lo suficientemente defendibles desde el ángulo fáctico y probatorio.

El proceso argumentativo en la Teoría del caso busca ofrecer, de forma ordenada y convincente razones jurídicas sobre la comisión de un hecho con relevancia penal, porque existen medios de prueba, que aún no han sido desahogados en el juicio, que demuestran la existencia del hecho y su probable autor. La Teoría del caso para su diseño no puede renunciar a la Argumentación Jurídica, pues permite que las partes configuren su teoría dando razones de hecho, de derecho y con respaldo probatorio.



Mientras la Teoría del caso ordena estos niveles o elementos, desde la Argumentación Jurídica se logra dilucidar la verdad de los hechos.

En suma, la Teoría del caso se expresa a través de un argumento, lo cual, previamente, requiere de la elaboración de un razonamiento, lo que conlleva a un Derecho Penal garantista. He ahí la importancia de que las partes se preparen y practiquen las técnicas de litigación oral, bajo las cuales se aprende a elaborar, expresar, y a sustentar la argumentación de los hechos, sea como acusadores o defensores. Para ello no basta elaborar un buen razonamiento, que aunque sea válido hay que saber exteriorizarlo, a través de los argumentos, es aquí donde ingresa la teoría de la Argumentación Jurídica como complemento de la Teoría del caso.

A partir del análisis realizado en el presente capítulo se arriba a las conclusiones parciales siguientes:

- El análisis de la categoría Argumentación Jurídica resaltó la importancia del Derecho visto como argumentación, concepción defendida por ATIENZA, que consiste en considerar la Argumentación Jurídica desde un enfoque pragmático, entendido el Derecho como una actividad argumentativa.
- La Argumentación Jurídica es un proceso científico del conocimiento del Derecho, que se desenvuelve a través de la exposición de un discurso, por el cual se pretende justificar una decisión jurídica en un contexto adversarial, mediante una sucesión de deducciones jurídicas sólidas, relacionadas, íntegras, y con conocimiento cabal sobre el asunto objeto de la argumentación.
- En el Derecho el jurista no sólo aplica la lógica deductiva para solucionar las controversias o problemas jurídicos sino necesita de la Argumentación Jurídica que le brinde fundamentos adecuados para sostener tesis y proposiciones jurídicas, en correlación con las normas jurídicas.
- El uso de la Argumentación Jurídica en el proceso penal equivale a un modelo penal garantista en cuanto condiciona la validez de las decisiones jurídicas a sus motivaciones.

- La Teoría del caso es la unión de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que esgrimen el representante del Ministerio Fiscal o la Defensa en un caso concreto, tipificado en una norma penal, que ha sido construida y formulada mediante las pruebas propuestas por las partes, y que será defendida y sometida frente al tribunal juzgador para que este emita su fallo.
- Para el diseño o elaboración de la Teoría del caso, conjuntamente con su estructura fáctica, jurídica y probatoria necesita como complemento a la Argumentación Jurídica.

## Capítulo II. La Teoría del caso y la argumentación jurídica-procesal. Valoraciones en el proceso penal cubano.

*“Los hechos alegados, las calificaciones jurídicas establecidas y las pruebas articuladas, en las conclusiones provisionales, han de constituir un coherente tríptico, presentado al juzgador en apretado haz.”*

DANILO RIVERO GARCÍA <sup>101</sup>

En este capítulo, que puede calificarse como reflexivo-propositivo, se concreta el análisis central de la investigación en Cuba. A partir del referente normativo del país y las conclusiones parciales arrojadas en el primer capítulo, se realiza una valoración de las cuestiones generales del proceso penal cubano y la recepción de la Teoría del caso dentro del sistema de litigación penal, que determinen los presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos para el reconocimiento de la Teoría del caso, como manifestación de Argumentación Jurídica, en el escrito de calificación de las partes, dentro de la Fase Intermedia del proceso penal cubano. Con el cumplimiento de los objetivos específicos 3, 4 y 5 la autora concluye el ciclo de la investigación.

### **2.1- Cuestiones generales sobre el proceso penal cubano y la litigación.**

El vocablo proceso proviene del latín *procesus*, significa transcurso del tiempo, es la serie de fases de un fenómeno, o la evolución de una serie de fenómenos. El Estado al regular el ámbito del Derecho Penal parte de una función enunciativa del mismo, que comprende el Derecho Penal sustantivo o material<sup>102</sup>. Luego formula la ejecución de ese derecho sustantivo, es decir, una función formal del Derecho Penal, es aquí donde nace el Derecho Procesal Penal.<sup>103</sup>

El proceso penal para PEREIRA<sup>104</sup> es *una serie de actos tendientes a la consecución de una pretensión de acuerdo con el derecho objetivo, organizados de forma lógica.*

Define al procedimiento penal como el *conjunto de actuaciones reglamentadas por*

---

<sup>101</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2014, p. 52.

<sup>102</sup> El Derecho Penal sustantivo señala las conductas que el Estado, representante de los intereses de la sociedad, ha de prohibir. Se refiere a función enunciativa en este sentido, a la función que tiene el Estado de establecer aquellas conductas que considera antisociales, que consisten en una acción u omisión socialmente peligrosa, que considera como delito, y las medidas o consecuencias que, como sanción, se fijan para esos actuares.

<sup>103</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 1ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004. p. 10.

<sup>104</sup> *Idem*, p. 12.

*normas previamente establecidas, cuyo objeto es la determinación de las conductas que pueden ser calificadas como hechos delictivos y, consecuentemente, aplicar la sanción que corresponda a las mismas.*

Para ALDO PRIETO MORALES el Derecho Procesal Penal es el *conjunto de normas jurídicas emanadas del poder del Estado que ordenan el proceso, sea en su conjunto, sea en los actos particulares que lo integran y que tiene por finalidad aplicar el derecho material para restablecer la legalidad quebrantada.*<sup>105</sup>

En su obra *Estudios sobre el proceso penal*, DANILO RIVERO GARCÍA<sup>106</sup> realiza una breve pero abarcadora exposición en el tiempo del proceso penal en Cuba, donde resalta los momentos más importantes de la justicia penal ordinaria.

La justicia penal en Cuba antes de 1889 es poco conocida. El juzgamiento en materia penal en el período era propio del sistema inquisitivo<sup>107</sup>. Según MARIANO RODRÍGUEZ SOLVEIRA,<sup>108</sup> rigieron en la isla *La Novísima Recopilación*, que dejó vigente con carácter supletorio el *Fuero Juzgo*, y *Las Partidas*, supletoriamente estaban vigentes también las *Leyes de Indias*; y la costumbre.

DANILO RIVERO identifica como un momento clave en la historia del Derecho Procesal Penal cubano la entrada en vigor el 1ro de enero de 1889, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, de 14 de septiembre de 1882 (en lo adelante LECrim).<sup>109</sup> En esta Ley, la primera etapa, conocida por *del sumario*, con influencia del sistema inquisitorial, permitía reunir las pruebas sobre el delito y su autor, este era su único objetivo, pues el material probatorio obtenido no podía servir de base a la sentencia. La otra, con rasgos propios del sistema acusatorio<sup>110</sup>, se denominaba

---

<sup>105</sup> PRIETO MORALES, Aldo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editorial ENSPES. La Habana, 1982, p. 13.

<sup>106</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, *Op. Cit.*, p. 3-7.

<sup>107</sup> En el sistema inquisitivo predomina el poder Estado en todas las actividades procesales, o sea predomina la iniciativa estatal, la escritura, la secretividad, la prueba tasada, la pluralidad de actos, la no participación popular, la exclusión de la publicidad en todos los actos, excepto, en ocasiones, en la ejecución de la pena, el acusado como objeto del proceso, limitación de la defensa, y la prisión provisional como regla.

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ SOLVEIRA, Mariano. *Cien años de Derecho en Cuba*. Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1972, p. 69-105.

<sup>109</sup> Se extendió a la Isla por Real Decreto de 19 de octubre de 1888.

<sup>110</sup> El sistema de enjuiciar acusatorio tiene como características principales la igualdad de las partes ante la ley, en el debate. Otros elementos distintivos son: oralidad, la publicidad, el aporte individual de los elementos probatorios y su libre apreciación por parte del Tribunal, la continuidad del acto, y la

*del juicio oral*, donde con cierta paridad entre la acusación y la defensa, ante los mismos jueces, de forma concentrada e ininterrumpida, se recibían las pruebas, y de su libre apreciación, se pretendía la búsqueda de la verdad histórica,<sup>111</sup> que era la finalidad del proceso.

Otra etapa que el autor considera crucial es el Derecho Mambí, nacido en las guerras contra España de 1868 y 1895, donde surge la Ley Procesal de Cuba en Armas en 1896, y que continuó en la Sierra Maestra en la lucha contra Batista.<sup>112</sup> En Cuba, aún con errores, desde el año 1889, la solución de los conflictos penales se realiza en un proceso cuyo centro es el juicio oral y público, lo que la distinguía de modelos de enjuiciamiento de la mayoría de países latinoamericanos.

DANILO RIVERO explica que el Gobierno Revolucionario, a partir de enero de 1959, no enfrentó de inmediato la reforma del procesal penal. La LECrim mantuvo su vigencia para los delitos comunes por el procedimiento ordinario hasta 1974. Los delitos contra la Seguridad del Estado se sancionaron sumariamente por los Tribunales Revolucionarios según procedimiento establecido por la Ley Procesal de la República de Cuba en Armas de 1896, a tenor de la Ley No. 634 de 1959.

En marzo de 1969 se crean las Comisiones de Estudios Jurídicos, La Comisión No. 1 tuvo a su cargo *la unificación de las jurisdicciones y las leyes procesales*; y una sub-comisión asumió la tarea de elaborar las bases del proceso penal. Como resultado de esta tarea, surgió la Ley No. 1251, Ley de Procedimiento Penal de 25 de junio de 1973, acordada por el Consejo de Ministros, que derogó la LECrim española. A esta le siguió la Ley No. 5, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 13 de agosto de 1977, aún en vigor pero con numerosas modificaciones.<sup>113</sup>

Entre las cuestiones generales que caracterizan al proceso penal cubano, bajo el sistema de enjuiciar Mixto, caracterizado porque toma los elementos y aspectos más positivos de los sistemas acusatorio e inquisitivo, y de una forma integral los une.<sup>114</sup> En cuanto a la iniciativa estatal y privada en este sistema el proceso inicia mediante

---

participación popular. Vid. DÍAZ PINILLO, MARCELINO. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo I, *Op. Cit.*, p. 36-39.

<sup>111</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>112</sup> *Ídem*, p. 4

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 5-7.

<sup>114</sup> *Vid. Anexo No. 03*

la denuncia del perjudicado o la actuación de las autoridades competentes al descubrirse un hecho delictivo (Policía, Instrucción Policial, Fiscalía en representación del Estado).<sup>115</sup>

Los rasgos de oralidad y escritura se combinan, predominando en las fases preparatorias e intermedia la escritura (mediante la inspección del lugar de los hechos, realización de diligencias de instrucción, dictámenes periciales, resoluciones, recursos, escritos de calificación, etc.) y en la del juicio oral se destaca la oralidad (declaración del acusado, los testigos, los peritos, los informes de las partes, etc.).

Se manifiestan los rasgos de secretividad y publicidad. Desde el momento en que el acusado comienza a ser parte del proceso tiene acceso al expediente de fase preparatoria; o de no habersele impuesto medida, lo tiene al recibir las conclusiones provisionales acusatorias, por lo que se evidencia la publicidad.<sup>116</sup> En el período en que aún no se ha aplicado la medida o entregado las conclusiones acusatorias se mantiene la secretividad.

Otras características del sistema mixto son la libre apreciación de pruebas del Tribunal; la pluralidad de actos teniendo en cuenta las tres fases del proceso penal cubano, a saber, preparatoria, intermedia y juicio oral; y la participación popular, pues los tribunales se componen por jueces profesionales y legos.

En esta investigación se hará referencia a los actos y etapas realizadas dentro del procedimiento común u ordinario que establece la Ley de Procedimiento Penal cubana, pues también existen otros procedimientos especiales donde las normas del ordinario poseen carácter supletorio. En el procedimiento ordinario se identifican tres fases fundamentales<sup>117</sup>, a saber:

- La Fase de instrucción o investigativa o Fase preparatoria, confiada a un Instructor de la Policía, Seguridad del Estado o Fiscalía, bajo el control de esta última.
- La Fase intermedia que inicia con el ejercicio de la acción penal, y concluye con una decisión sobre la apertura del juicio.

---

<sup>115</sup> El ejercicio de la acción penal en Cuba, le corresponde al Ministerio Fiscal, y sólo por excepción se otorga a los particulares. *Cfr.* Artículos 272, 273, 274 y 268 de la Ley No. 5 de 1977 Ley de Procedimiento Penal.

<sup>116</sup> *Cfr.* Artículos 249 y 287 de la Ley No. 5 de 1977 Ley de Procedimiento Penal.

<sup>117</sup> *Vid.* Anexo No. 04

- Por último el Juicio Oral, que constituye el centro del proceso, las fases anteriores giran a su alrededor.

### **La Fase Preparatoria**

La fase preparatoria del juicio oral constituye una de las dos grandes etapas en que divide el proceso penal cubano la Ley de Procedimiento Penal: la fase investigativa, de recolección de los elementos esenciales sobre el hecho ocurrido y la fase del juicio oral. Esta fase tiene como objetivo acumular los elementos necesarios que le permitan al Fiscal definir si presenta el caso ante el órgano jurisdiccional competente,<sup>118</sup> con el fin de que éste aplique la ley penal.

El Artículo 104 de la Ley de Procedimiento Penal<sup>119</sup> la define como:

*Constituyen la Fase Preparatoria las diligencias previas a la apertura del Juicio Oral dirigidas a averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de éste y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación o no de los presuntos responsables y su grado y asegurar, en su caso, la persona de éstos.*

Las actuaciones realizadas en la fase preparatoria deben constar siempre por escrito, formándose un expediente de carácter reservado (predominio de la secretividad del sistema inquisitivo). No cualquier persona puede tener acceso a ellas e incluso el acusado, sólo cuando adquiere la condición de parte en el proceso, puede por sí, o mediante de su representación letrada tener acceso al expediente.

A su vez, la fase preparatoria en la Ley de Procedimiento Penal en Cuba está dividida en tres períodos o etapas<sup>120</sup>:

- El primero de ellos es el relativo a las primeras actuaciones, de averiguación preliminar o como también se le denomina, de investigación primaria.

Comienza desde que se conoce un hecho que se presume delictivo por parte de las autoridades, hasta que se inicia el expediente de fase preparatoria. En lugar de iniciarse el expediente, según el resultado de las investigaciones, puede concluir con

---

<sup>118</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo II, *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>119</sup> *Vid.* Artículo 104 de la Ley No. 5 de 1977 Ley de Procedimiento Penal. A su vez, el Artículo 277 de esta ley faculta al Instructor y al Fiscal para adoptar medidas para asegurar los bienes necesarios para el resarcimiento de la responsabilidad civil proveniente del delito, por lo que se puede agregar estas facultades a la fase preparatoria.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 121-125.



el inicio de un expediente investigativo, con el archivo de la denuncia o remitiendo al Fiscal las actuaciones para que dé cuenta al Tribunal Municipal Popular, por tratarse de un delito con sanción no superior a un año de privación de libertad o multa de trescientas cuotas o ambas, que se tramita mediante el procedimiento sumario.

- El segundo período es el relativo a la sustanciación del expediente de fase preparatoria.

Se inicia cuando se ha comprobado la existencia de un delito perseguible de oficio, que tiene prevista sanción superior a un año de privación de libertad o de multa superior a trescientas cuotas y se conoce su presunto autor. Concluye cuando el Instructor declara terminado el expediente.

- La tercera etapa transita desde el cierre del expediente de fase preparatoria hasta que el Fiscal lo presenta al Tribunal con las peticiones que correspondan.

En esta etapa, el Fiscal puede evacuar el ejercicio de la acción penal ante el Tribunal, disponer el archivo de las actuaciones con carácter provisional o solicitar al Tribunal que archive el expediente si tiene carácter definitivo, finalizando el proceso.

Se considera que concluye cuando el Tribunal dispone la apertura de las actuaciones a juicio oral, aunque con posterioridad, pueden surgir cuestiones que ha de solucionar la Sala antes de que los defensores evacuen el trámite de calificación; por lo que es más preciso considerar la resolución del Tribunal señalando fecha para el juicio, como la que concluye todo trámite anterior a la fase oral del proceso.<sup>121</sup>

El Instructor es el responsable de las investigaciones de la fase preparatoria y el Fiscal, en esa etapa no actúa como parte procesal, sino como garante de la legalidad y controlador de la actividad de la instrucción, tiene determinadas facultades decisorias respecto a acciones que realiza el Instructor o para cuya ejecución se necesita su aprobación.

### **La Fase Intermedia**

La Ley de Procedimiento Penal cubana no regula una fase distinta de la etapa que media entre la conclusión del expediente de fase preparatoria y el inicio del juicio oral

---

<sup>121</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo II, *Op. Cit.*, p. 126.

dentro del proceso, pero es evidente que existe una fase anterior al inicio del juicio que ya no posee carácter investigativo.

La Fase Intermedia entre la instrucción previa y el juicio oral o tercera etapa de la Fase Preparatoria, comienza cuando el Fiscal recibe el expediente terminado del Instructor, o éste lo eleva a tenor del Artículo 122 de la Ley Procesal y debe finalizar - normalmente- con el Auto de admisión de pruebas y señalamiento del juicio oral.<sup>122</sup>

Cuando el Fiscal recibe el expediente terminado, y estima que se encuentra completo, dentro de los cinco días hábiles siguientes (prorrogables por cinco más), según el Artículo 262 de la referida ley toma una de las siguientes decisiones:

- Decretar cualquier medida cautelar, si no se hubiere hecho antes, o modificar o revocar la que se hubiere aplicado anteriormente;
- sobreseer, es decir, archivar provisionalmente las actuaciones<sup>123</sup>;
- presentar el expediente al Tribunal competente, solicitando:
  - que se sobresea libremente el expediente, o sea, archivarlo definitivamente<sup>124</sup>;
  - que se tramite y resuelva alguno de los Artículos de previo y especial pronunciamiento según el Artículo 290 de la propia ley;
  - que se disponga la apertura del juicio oral, formulando para ello las conclusiones provisionales acusatorias correspondientes.

El Fiscal también puede pedir que se declare la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de un acusado, según el Artículo 122 de dicha ley. Además el Artículo 263 prevé que cuando el Fiscal formula el escrito de calificación y solicita la apertura del juicio oral, el Tribunal puede devolver el expediente si encuentra en él alguna insuficiencia ya sea desde la fase preparatoria o errores en el propio escrito.

La etapa en que se ejercita la acción penal es uno de los momentos fundamentales del proceso, regulada en el Libro Tercero de la Ley de Procedimiento Penal

---

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 127.

<sup>123</sup> El sobreseimiento provisional significa que se archivan las actuaciones temporalmente, cuando por alguna razón no puede continuarse el proceso, permitiendo que se abra el mismo en cualquier momento si existen nuevos elementos o si se identifican los presuntos autores, regulado en el Artículo 266 de la Ley de Procedimiento Penal. *Vid.* DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo II, *Op. Cit.*, p. 128-130.

<sup>124</sup> El sobreseimiento libre es una decisión que adopta el Tribunal donde se finaliza el proceso de forma definitiva e impide todo actuar posterior sobre los mismos hechos, igualándolo la Ley con los mismos efectos que una sentencia absolutoria. *Vid.* DÍAZ PINILLO, Marcelino. *Op. Cit.*, p. 130.

(Artículos 272 al 304) con el título “De la Acción Penal y de la Calificación del Delito”. En esta fase es que la parte acusadora (Ministerio Público o acusador particular) concreta su pretensión punitiva. Al ejercitar la acción se conforma el objeto del proceso, que abarca el hecho imputado por la acusación, la calificación legal del mismo y la sanción punible que se pretende lograr, de todos estos elementos deberá defenderse el acusado.

▪ **La calificación del delito. Argumentación jurídica-procesal en el escrito de calificación de las partes.**

El Título III del Libro Tercero de la Ley de Procedimiento Penal<sup>125</sup> regula los trámites relativos a la calificación del delito por las partes y los últimos actos preparatorios antes juicio. La calificación del delito constituye el paso previo a la apertura del juicio oral, es el punto de partida para el desarrollo del proceso.<sup>126</sup>

Los actos que le sigan estarán sujetos al contenido del escrito de las partes, fundamentalmente las de la acusación; a este documento la ley ritual le da distintas denominaciones, a saber: conclusiones provisionales (Artículo 262.3c), acusación (Artículo 272), conclusiones acusatorias (Artículo 275), escrito de calificación (Artículo 280) o en la práctica también se le conoce como pliego acusatorio.

Se denominan calificaciones o conclusiones provisionales porque están sujetas al resultado que ofrecieren las pruebas practicadas en el acto del juicio oral; con las cuales dichas tesis pueden validarse enteramente, modificarse o ser insostenibles.<sup>127</sup>

Su fórmula de redacción aparece expresamente prevista en el ordenamiento procesal en los Artículos 278, 279 y 280.

Sobre el uso de la argumentación en este escrito de calificación, la Ley Procesal Penal opta por un modelo sencillo y sujeto a formas, en el que no se exige razonamiento alguno. Lo que se deduce al preceptuar que en el escrito del Fiscal solicitando la apertura a juicio oral (Artículos 278, 279 y 280); y en el correlativo de la Defensa (Artículo 283), se “*determinan en conclusiones precisas y numeradas*” las respectivas calificaciones. Si las partes no se ajustan, en la redacción de sus

<sup>125</sup> Cfr. Artículos 278 al 289 de la Ley. No. 5 de 1977 Ley de Procedimiento Penal.

<sup>126</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo II, *Op. Cit.*, p. 182.

<sup>127</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, *Op. Cit.* p. 14.

escritos, a los requisitos exigidos por la Ley, el Tribunal deberá devolverlos y ordenar que los conformen con sujeción a las normas reguladoras de esa materia.<sup>128</sup>

De forma tal que ni el Fiscal ni el Defensor, en sus escritos de calificación, tienen que argumentar por qué consideran que esos son los hechos establecidos en la etapa investigativa; ni por qué se incurre o no en determinado delito; en lo referido a la participación del acusado, las circunstancias modificativas, o las consecuencias civiles; basta con que se citen y afirmen. En este sentido, el recurso argumentativo queda reservado para el debate en el juicio oral.

LAZCANO Y MAZÓN<sup>129</sup> sobre el modo de redactar las calificaciones refiere:

*Conviene hacer constar, que al escrito de calificación de los hechos no debe dársele una extensión extraordinaria, ni hacer en él conjeturas y consideraciones, ni transcripciones de escrituras y menos razonamientos para convencer al Tribunal y cuando en dicha forma lo redacta una parte, debe devolverse el mismo y la lista de testigos y peritos, para que dentro del segundo día formule nuevas conclusiones con arreglo a derecho; sin que tal acto signifique coacción a la parte y lejos de quebrantarse con ello las formas del procedimiento, lo que se hace es obligar a cumplirlas.*

Para el profesor DANILO RIVERO<sup>130</sup>, y con él cual la autora concuerda plenamente, razonar las calificaciones, tanto para el Fiscal como para el Defensor, puede implicar mayor reflexión sobre los puntos expuestos, lo que se puede traducir en más cuidado, y oportunamente, darse cuenta de la suficiencia o pobreza de los argumentos en que se fundan las pretensiones.

Sin embargo el autor no aboga plenamente por conclusiones razonadas, ni afirma categóricamente que la carencia de fundamentos escritos en las calificaciones, implique ausencia de razonamientos. Para el autor razonar los escritos de calificación en los momentos actuales no constituye un error pues haría más comprensibles los criterios de las partes, pero no afirma que su ausencia resulte un error; ya que el ordenamiento jurídico no lo establece.

Para la investigadora, partiendo de que fundamentar las calificaciones haría más comprensibles las hipótesis de las partes desde un inicio para el tribunal, una solución factible sería considerar un esbozo parcial de la Argumentación Jurídica en estos

---

<sup>128</sup> Vid. PORTUONDO y DE CASTRO, J. *Curso de Derecho Procesal Criminal*. T. II, La Habana, 1942, p. 97; y también LAZCANO y MAZÓN, A. M. *El juicio oral*. Ed. Lex, La Habana, 1947, p. 32.

<sup>129</sup> LAZCANO Y MAZÓN, A. M. *El juicio oral*. *Op. cit.*, p. 23 y 24.

<sup>130</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, *Op. Cit.*, p. 16 y 17.

escritos, sin extender en demasía los razonamientos o justificaciones, reservando la mayor parte para el debate penal.

### **Escrito de Calificación del Fiscal**

Con la redacción de las conclusiones a título provisional del Fiscal se pone en marcha la maquinaria de justicia, ejercitando la acción penal, y si corresponde la acción civil derivada del delito. La formulación de este escrito es esencial pues con él se fija el objeto del proceso y las cuestiones que se manejarán en el debate penal, además la resolución que en su día se dicte resolviendo el caso tendrá estrecha correlación con las hipótesis planteadas. El Artículo 278 de la Ley de Procedimiento Penal regula su contenido.

La primera de las conclusiones se refiere a los hechos sancionables<sup>131</sup>, AGUILERA DE PAZ<sup>132</sup>, sobre la argumentación en esta conclusión, expresa:

*Dos son los sistemas principales que en cuanto a este particular se observan en los Códigos procesales. Uno de ellos consiste en la exposición minuciosa y razonada de los hechos imputados al procesado como fundamentos de la acusación, y que se estimen probados a juicio de la parte acusadora; (...) el otro se reduce a la expresión concreta y sintética de los hechos que sirven de base a la acusación, sin exponer los fundamentos del juicio formado respecto de su comprobación, y reservando para los oportunos debates todo razonamiento y toda discusión.*

Como bien expresa DANILO RIVERO,<sup>133</sup> el último de estos sistemas es el que se adopta en el ordenamiento procesal cubano, pero sí destaca la importancia, de que en la conformación de los hechos imputables, el Fiscal instruya oportunamente al acusado en la fase investigativa de *qué se le acusa, por quién y los cargos que se le dirigen*. Hoy día - como pocas veces ocurre-se debe dejar constancia de dicha instrucción en el acta de toma de declaración al acusado.

La segunda de las conclusiones corresponde a la calificación legal o jurídica de los hechos,<sup>134</sup> es donde se determina el delito en correspondencia con la ley penal sustantiva. Concerniente al recurso argumentativo en este caso, AGUILERA DE PAZ<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> Artículo 278.1 de la Ley de Procedimiento Penal: (...) *Los hechos sancionables que resulten de las actuaciones (...)*.

<sup>132</sup> AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. t. V, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 21.

<sup>133</sup> *Vid.* RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, *Op. Cit.*, p. 19 -25.

<sup>134</sup> Artículo 278.2 de la Ley de Procedimiento Penal: (...) *La calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyan (...)*.

<sup>135</sup> AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. *Op. Cit.*, p. 24.

expresa (...) el fundamento de dicha apreciación y la demostración de su procedencia corresponden al período del juicio en que las partes podrán con toda amplitud aducir las alegaciones que estimen convenientes, para la debida justificación de sus respectivas tesis.

Ciertamente la Ley exige una conclusión precisa, donde se determine el delito que corresponda según los hechos acaecidos, lo que queda claro es que el Fiscal, según mandato de la norma, está obligado a distinguir perfectamente la calificación del delito, para lo que cual puede emplear fórmulas como: apartados, letras, o números. La tercera de las conclusiones abarca el concepto de participación<sup>136</sup> del acusado o de cada uno de ellos si corresponde. Sobre los autores se debe consignar el concepto en que tomó parte en cada uno de los delitos que se le atribuyen, con la cita de las normas penales, referidas a la intervención y al delito o los delitos (incluyendo la modalidad de estos).<sup>137</sup>

En la cuarta de las conclusiones se establecen las circunstancias modificativas o eximentes de la responsabilidad penal.<sup>138</sup> Al redactar esta calificación el Fiscal, durante las tres leyes procesales<sup>139</sup>, se ha limitado a citar las circunstancias modificativas o eximentes de la responsabilidad penal que considera, sin argumentación alguna, pues su fundamento debe reflejarse en la primera de las conclusiones, lo que no corresponde con lo que establece la Ley procesal.

Por último, en la quinta de las conclusiones, el Fiscal hace su petición de las sanciones principales y accesorias que considera deben imponerse al acusado en la sentencia.<sup>140</sup> La pretensión de la sanción penal, por su importancia, necesita un global examen del caso, y exige a su vez que esté correctamente argumentada las razones de por qué esa y no otra, guiada por numerosos elementos, entre ellos, su

---

<sup>136</sup> Artículo 278.3 de la Ley de Procedimiento Penal: (...) el concepto de la participación que en ellos hayan tenido los acusados contra los que se ejercite la acción penal (...).

<sup>137</sup> Vid. RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, Op. Cit., p. 29.

<sup>138</sup> Artículo 278.4 de la Ley de Procedimiento Penal: (...) los hechos que resulten de las actuaciones que constituyan circunstancias modificativas o eximentes de la responsabilidad penal (...).

<sup>139</sup> Las tres leyes procesales son la LECrim, Ley de Procedimiento Penal de 1973 y Ley de Procedimiento Penal de 1977. Cfr. RIVERO GARCÍA, DANILO. *Estudios sobre el proceso penal*, Op. Cit., p.30 y 31.

<sup>140</sup> Artículo 278.5 de la Ley de Procedimiento Penal: (...) las sanciones en que hayan incurrido él o los acusados por razón de su respectiva participación en el delito; y medidas de seguridad que, en su caso, deben imponerse (...).

finalidad (Artículo 27 de la Ley No. 62 Código Penal). Debe observarse el marco penal del delito calificado y, seguidamente, todas las reglas del Código Penal que atenúan o agravan la condena, preceptivas y potestativas. También debe observarse rigurosamente los Artículos 47 y 48 del mismo código; todo lo cual llevará necesariamente a una petición fiscal de la sanción lo más justa y equitativa posible.

El escrito de calificación debe contener en su preámbulo los datos que identifican el caso, a saber: número de expediente de fase preparatoria y año de radicación; órgano de instrucción que lo sustanció, calificación legal de los hechos, la invocación a la Sala del tribunal a la cual se presentan las actuaciones, los artículos de la Ley ritual que regulan este trámite y las solicitudes que se hacen al tribunal:

- Que se tenga por personado y por parte en el proceso al Fiscal, o al acusador particular, si es el que promueve la acción;
- que se tenga por acusado a la persona o las personas contra las cuales se dirigen las imputaciones, exponiendo el nombre completo de cada una de ellas y, en su caso, del que resulte tercero civilmente responsable y
- que se abra la causa a juicio oral.<sup>141</sup>

En cuanto a la proposición de pruebas en el pliego acusatorio, es importante resaltar que de muy poco vale un bien minucioso y detallista escrito, donde se expongan los hechos y sus calificaciones jurídicas, si adolece de una base probatoria suficiente para la demostración de su hipótesis ante el Tribunal. Las pruebas deben ser oportunamente propuestas en el escrito, y con señalamiento del tema a demostrar, para que el Tribunal adopte una decisión sobre la necesidad del material probatorio ofrecido, lo cual no puede valorar si desconoce lo que se intenta acreditar con ella. Al ofrecer los distintos medios de pruebas,<sup>142</sup> el Fiscal lo hará con coherencia, en correspondencia con la tesis que pretende defender en el juicio oral.

Cuando el órgano juzgador recibe el expediente con las conclusiones del Fiscal, y se encuentran las diligencias necesarias para proceder, dicta Auto fundado abriendo la

---

<sup>141</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo II, *Op. Cit.*, p. 183-184.

<sup>142</sup> La Ley de Procedimiento Penal establece los tipos de pruebas de que se valen las partes en el Título II Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral. El Artículo 311 las enumera por orden, a saber: declaraciones de los acusados y de los terceros civilmente responsables, pruebas documentales, examen de testigos, informe pericial e inspección en el lugar de los hechos.



causa a juicio oral,<sup>143</sup> disponiendo que se requiera a los acusados y terceros civilmente responsables, para que designen sus defensores en un término de cinco días hábiles, si aún no lo tienen. Si al concluir ese plazo alguno de ellos no lo hubiera designado se le designa de oficio, por el propio Tribunal.<sup>144</sup>

### **Escrito de Calificación del Abogado**

El papel que desempeña el Defensor en el proceso penal parte de un mandato constitucional.<sup>145</sup> A pesar de ello la Ley de Procedimiento Penal posee un escaso desarrollo de esta institución.

A tenor del Artículo 283 de la Ley de Procedimiento Penal, a los defensores designados o de oficio, una vez personados ante el Tribunal, se les entrega por orden el expediente de fase preparatoria, y en el improrrogable término de cinco días hábiles deben formular sus conclusiones provisionales<sup>146</sup>, respondiendo a las correlativas del Fiscal, y proponiendo las pruebas que estimen convenientes para defender los intereses de su representado.

Para **DANILO RIVERO**<sup>147</sup> el escrito de calificación provisional del abogado constituye una trascendental pieza en su estrategia para el logro de la finalidad propuesta; presupuesto esencial para su redacción es una cabal comprensión del acta de calificación del Fiscal. Resalta el autor la importancia de que el Defensor se reúna con el acusado para poder evacuar este trámite, donde discutan detalladamente las posibles tesis a esgrimir; siendo el ideal que exista un consenso en las hipótesis que se defenderán en el escrito de conclusiones.

Con la formulación del escrito del abogado correlativo al del Fiscal, queda clara la idea de que se debe manifestar los criterios en función de los intereses de su representado, y manifestando la posición asumida, donde resalte los puntos de divergencia entre su tesis y la de la acusación.

---

<sup>143</sup> Vid. Artículo 281 de la Ley. No. 5 de 1977 Ley de Procedimiento Penal.

<sup>144</sup> Vid. Artículo 282 de la Ley. No. 5 de 1977 Ley de Procedimiento Penal.

<sup>145</sup> La Constitución de la República de Cuba reconoce el derecho a la defensa en el Artículo 59.

<sup>146</sup> Por su parte, el Artículo 283 en el cuarto párrafo establece que los defensores que no presenten sus conclusiones provisionales dentro de los términos señalados, se le impondrá una multa de veinticinco pesos por cada día de demora.

<sup>147</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, Op. Cit., p. 44 y 45.

En cuanto a estos puntos de divergencia en las conclusiones del abogado, DANILO RIVERO<sup>148</sup> asume de inicio dos criterios fundamentales: uno donde niega su fundamentación en dicho escrito, coincidente con el de AGUILERA DE PAZ, que plantea como razón que justifica que los abogados no exterioricen sus puntos de diferencia en los escritos de calificación es para sorprender al Fiscal, impidiéndole que pueda preparar a tiempo su refutación al sólo mostrar conformidad o disconformidad.

Otro criterio, en cambio, es exponer en el escrito de forma clara y argumentada los puntos de vista del abogado, este criterio presenta como traba precisamente que el Fiscal se prepara para refutar esas ideas, e incluso asiste más preparado de lo que usualmente acostumbra. Esta postura que a juicio de la autora es la acertada, es la que al final asume como correcta, el defensor debe mostrar transparencia en su escrito, aunque se reconoce que esta exposición no debe abarcar toda la argumentación o motivación que se desarrollará en el juicio, sólo la posición argumentada que asume el abogado sobre las conclusiones acusatorias.

El Defensor, al redactar la primera de las conclusiones, puede adoptar varias actitudes, entre las que se encuentran: limitarse a negar los hechos imputados; mostrar disconformidad con los hechos sancionados por el Fiscal y dejar establecidos los que considere a partir de sus investigaciones, demostrándolos en el orden probatorio; aceptar en términos absolutos las conclusiones del Fiscal; o reconocer el hecho de la forma en que se imputa añadiendo elementos o circunstancias que favorezcan al acusado.<sup>149</sup> Cualquiera de estas posturas debe tener un fundamento probatorio para el acto del juicio oral.

En la segunda de las conclusiones, el defensor se refiere a la calificación del delito propuesta por el Fiscal de las siguientes formas: conformándose con ella, o rechazándola en términos absolutos. De igual forma ocurre con la tercera de las conclusiones relativas al concepto de participación, donde tiene dos caminos, puede aceptar la tesis del Fiscal por considerarla correcta, o exponer las razones por la cual

---

<sup>148</sup> *Ídem*, p. 46 - 51.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 52 - 55.

no está de acuerdo imputarle a su representado la autoría de los hechos narrados por el Fiscal.<sup>150</sup>

En la cuarta de las conclusiones el abogado debe tener extremo cuidado, pues en esta es donde el Fiscal solicita del Tribunal la apreciación de la condición de reincidencia o multirreincidencia del sujeto, donde el defensor deberá verificar si los datos son correctos y verdaderos. Además cuidará, para oponerse en su caso, que el Fiscal reclame la apreciación de circunstancias agravantes que carecen de prueba en los hechos imputados. También debe tener en cuenta que se le aprecien todas las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal que estén presentes y favorezcan a su representado.

En la quinta de las conclusiones, referentes a la sanción, el letrado debe asumir una postura de conformidad o disconformidad con la solicitud de sanción del Fiscal, también es útil que el abogado argumente las razones que considere pertinentes para demostrar que una clase de sanción es de mejor aplicación que otra,<sup>151</sup> con fundamentos apoyados en las investigaciones y en cuanto a las circunstancias personales de su representado, lo que además debe demostrar con pruebas suficientes en el acto del juicio oral.

El Artículo 284 autoriza a ambas partes a formular sobre cada punto objeto de calificación, dos o más conclusiones alternativas. Para el Fiscal esto ocurre de forma muy inusual, porque evidenciaría cierta debilidad en la imputación. Por el contrario, es una herramienta muy válida para la defensa, que le permite argumentar ante el Tribunal varias hipótesis, por ejemplo puede presentar una tesis absolutoria y otra basada en la calificación de un delito de menor entidad y por ende, menor sanción.

El escrito de calificación cobra especial importancia dado que en él ambas partes proponen las pruebas de las cuales pretenden valerse para demostrar su hipótesis en el juicio oral, anexando la relación de testigos que desean que sean examinados,

---

<sup>150</sup> RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, Op. Cit., p. 55 - 59.

<sup>151</sup> Las clases de sanciones se regulan en el Título VI Las Sanciones, en los Artículos 27 al 58 de la Ley No. 62 Código Penal de Cuba. El Artículo 28 las enumera y enuncia, distinguiéndola entre sanciones principales y accesorias. Las sanciones principales son: la muerte, la privación de libertad, el trabajo correccional con o sin internamiento, la limitación de libertad, la multa y la amonestación.

con indicación de los puntos sobre los que darán testimonio de acuerdo a su interés y el lugar donde deben ser citados.<sup>152</sup>

Una vez recibidos los escritos de calificación de las partes, según lo regulado en el Artículo 287 de dicha Ley, el Tribunal mediante Auto resolutorio de admisión de pruebas y señalamiento a Juicio Oral, admite las pruebas que considere pertinentes, rechazando las otras. En la propia resolución señala la fecha en que, dentro de los veinte días posteriores, debe comenzar el juicio oral.

### **El Juicio Oral**

Para VICENTE ARRANZ<sup>153</sup> el término *juicio oral* se refiere a la contienda pública y oral que llevan a cabo las partes frente al tribunal, para la resolución de lo que constituye el objeto del proceso penal. Constituye en este sentido la fase final del proceso. Para el autor el juicio oral comienza en el momento en que se inicia el debate penal, o sea, cuando las partes esgrimen respectivos escritos de calificaciones. La Ley de Procedimiento Penal señala como inicio de esta fase el trámite de admisión de dichas conclusiones en el Artículo 281.

Para DANILO RIVERO el juicio ocurre una vez que la acusación y la defensa han expuesto sus posiciones en el escrito, brindando los medios de pruebas en virtud de sus intereses. Entonces *el Tribunal convoca al juicio o debate, para que de forma pública y continua, empleando la palabra como vía de comunicación, se produzca una discusión o controversia, en busca de la verdad histórica, y cuyo producto genuino es la sentencia.*<sup>154</sup>

Esta fase está integrada por actos procesales precedentes y se compone de varias sub-fases. Siguiendo el criterio de MIGUEL FENECH<sup>155</sup> se distinguen las tres siguientes:

- Fase preliminar: Formada por el grupo de actos procesales del Tribunal y las partes a partir del trámite de evaluación de calificación de las conclusiones provisionales hasta la apertura del juicio oral. Comprende los actos regulados en la vigente ley procesal en los Artículos 286, 287 y 288.

---

<sup>152</sup> Según establece el Artículo 332 de la Ley de Procedimiento Penal si se interesa prueba pericial, igualmente se expresarán las cuestiones que serán objeto del informe de los peritos, así como la lista de los peritos que se llevarán a rendir informe en el juicio oral.

<sup>153</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Op. Cit.*, p. 212.

<sup>154</sup> *Ídem.*, p. 279-285.

<sup>155</sup> FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal. Temas I y II.* 3ª Edit., Edit. Labor S.A., Barcelona, España, 1960, p. 58-60.

- Fase de debate: Se extiende desde que el Presidente del Tribunal declara abierta las sesiones hasta la declaración por éste de concluso el juicio para sentencia. Según la ley ritual esta sub-fase se integra por los siguientes actos:<sup>156</sup>
  - Integración del Tribunal y preparación de las sesiones y declaración de apertura de las sesiones por el Presidente del Tribunal (Artículo 309).
  - Dación de cuenta por el Secretario (Artículo 310).
  - Práctica de los distintos medios de prueba: declaración de acusados (Artículo 312), examen de testigos (Artículos 314 al 331); informes periciales (Artículos 332 al 337); realización de la Prueba Real (Artículos 338 y 339); y práctica de medios de prueba no propuestos por las partes (Artículo 340).
  - Actos de conversión de las conclusiones provisionales de las partes en conclusiones definitivas (Artículo 349). Las partes pueden mantener o modificar sus escritos de calificación, e incluso el representante Fiscal puede retirar la acusación.
  - Informes orales de las partes respecto a sus conclusiones definitivas (Artículos 353 y 354).
  - Ejercicio por el acusado del derecho de última palabra (Artículo 355).
- Fase Decisoria: integrada por los actos que siguen a la declaración del juicio concluso para sentencia hasta su notificación. En la ley procesal penal de Cuba se distinguen dentro de esta sub-etapa la discusión y votación de la sentencia regulada en los Artículos 45 y 46, y su notificación, regulada en el Artículo 85.

En cuanto a los medios de impugnación se encuentran regulados por la Ley Procesal en el Título VII De los recursos contra las Resoluciones, donde establece los recursos de queja, apelación y casación. El recurso de queja a tenor de los Artículos 53 al 55 procede contra resoluciones del Instructor o Fiscal que puedan causar perjuicio irreparable. El de súplica, normado en los Artículos 56 y 57, procede contra resoluciones del Tribunal que no sean de mero trámite (autos), salvo que la propia Ley lo prohíba o conceda otro recurso. El recurso de Apelación constituye un nuevo examen de las cuestiones debatidas en el juicio oral por un tribunal de mayor jerarquía, dentro del mismo proceso, guiado por los Artículos 58 al 66 de la ley ritual.

---

<sup>156</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Op. Cit.*, p. 286.

La apelación es en este sentido una segunda primera instancia, donde el tribunal superior, en vez de revisar la anterior decisión, resuelve con base en la prueba recibida. Por otra parte, el recurso de Casación, establecidos en los Artículos 67 al 80 de la ley, establece un régimen de causales para la discusión de presuntas violaciones de las garantías esenciales del proceso, dichas violaciones pueden ser por infracción de la ley (Artículo 69) o quebrantamiento de forma (Artículo 70).

Por último, el procedimiento de revisión, regulado en la ley procesal en los Artículos 455 al 466, es entendido como un medio de impugnación especial<sup>157</sup> pues constituye un nuevo proceso, que surge con posterioridad al proceso inicial. Los presupuestos para establecer dicho procedimiento, o causales de revisión, se establecen en el Artículo 456 de la Ley de Procedimiento Penal.

Se puede observar que el sistema procesal penal cubano es un camino de razonamiento y reflexión, que tiene como finalidad indagar un conflicto jurídico llegando a la verdad con justicia, donde es imprescindible que el juzgador conozca los hechos y todas sus circunstancias. Dentro de este sistema se encuentra el debate oral y contradictorio entre los litigantes, presente en todo momento en el proceso, donde figura una discusión dialéctica de los hechos. Para el logro de un proceso penal en Cuba más garantista, y en base a la búsqueda de la *verdad* en el proceso penal, es necesario la inserción de las estrategias de litigación penal que permitan un mayor desempeño de las partes.

## **2.2- La Teoría del caso dentro del sistema de litigación penal. Posibilidades de introducción en el proceso penal cubano.**

En un ideal de justicia fuera magnífico pensar que en el proceso penal, y fundamentalmente en el juicio oral, podemos distinguir siempre al culpable del inocente, o sea, descubrir la verdad, pero la realidad es que esa verdad está en un pasado al que nadie puede volver. Cuando los jueces fallan construyen una versión, que la convierten en oficial, sobre lo que para el órgano juzgador realmente ocurrió. Al respecto ANDRÉS BAYTELMAN y MAURICIO DUCE expresan que *cuando se trata de*

---

<sup>157</sup> DÍAZ PINILLO, Marcelino. *et al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo III, *Op. Cit.*, p. 187-192.

*averiguar qué fue lo que ocurrió, lo máximo que se tiene es un conjunto de versiones contrapuestas heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles.*<sup>158</sup>

Las partes en el proceso penal, sea el Fiscal o el abogado de la defensa, que litigan en el acto del juicio oral, requieren de otras herramientas simultáneamente del sólido conocimiento de la Ley Procesal Penal, y una racional y aceptable versión para defender ante los jueces. En diversas universidades<sup>159</sup> de países como México, Colombia, Chile, Panamá, Estados Unidos, Perú, entre otras, ya se reciben cursos de forma optativa, maestrías, postgrados, talleres, cursos en línea, etc., sobre el sistema de Litigación Penal, consistentes en aprender, practicar y entrenar el desempeño de ambas partes en el proceso penal.

Estas son nociones e ideas que no se encuentran con frecuencia en los libros. La litigación penal puede solucionar interrogantes como cuándo debe el abogado caminar o quedarse sentado y para qué, cómo debe referirse a un testigo propio o de la contraparte, cómo relacionarse con los jueces, todos aspectos imprescindibles para los juristas en el acto del juicio oral ya sea como fiscales o defensores.

Siendo así, la única vía para aplicar de forma cabal las normas procesales penales es mediante las destrezas de litigación. Se define la litigación como un conjunto de reglas y técnicas que permiten transmitir correctamente al tribunal la información en base a la cual se dictará la sentencia.<sup>160</sup> Las estrategias de litigación penal permiten comprender correctamente normas que se encuentran reguladas en la Ley Procesal Penal, por ejemplo la prohibición de preguntas sugestivas en el examen a testigos,<sup>161</sup> a través de la litigación las partes conocerían la mejor forma posible de elaborar la pregunta para lograr la información deseada. Este tema y otras interrogantes no se encuentran en la Ley procesal, sino vienen impuestas por la dinámica misma de la litigación, y, sólo pueden ser comprendidas cuando se opera a través de la misma.

---

<sup>158</sup> BAYTELMAN, Andrés A. y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Op. Cit.* p. 65-66.

<sup>159</sup> *Vid.* Anexo No. 05

<sup>160</sup> OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.* p. 160.

<sup>161</sup> La pregunta sugestiva es la que se sugiere en el cuerpo de la misma pregunta la contestación. Con ella se evidencia falta de preparación del fiscal o la defensa, pues al sugerirles las respuestas a los testigos se les resta el protagonismo y la importancia que poseen como medio de prueba. En la Ley procesal penal cubana se prohíben las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes en el Artículo 181.



Tanto el fiscal como el abogado luego de examinar los elementos de prueba que tienen optarán por una estrategia. Estrategia proviene del léxico militar evocando a las confrontaciones bélicas. Por ello es posible rememorar en este aspecto *El arte de la guerra* de Sun Tzu: “No hay cosa más difícil que el arte de la maniobra. La dificultad en este aspecto consiste en convertir un camino tortuoso en la vía directa y en cambiar la desventaja en ventaja”.<sup>162</sup>

Para ANDRÉS BAYTELMAN y MAURICIO DUCE<sup>163</sup> un jurista que no sabe aplicar las estrategias de litigación–litigante, juez o profesor de derecho–simplemente *confecciona teorías abstractas, intelectuales, que no responden a la realidad y a los problemas para los que fueron creadas las normas, lo que con frecuencia desnaturaliza el proceso, lleva a lecturas lineales y literales de las normas, genera requisitos absurdos o los considera satisfechos porque cumplen desde un punto meramente formal.*

Los autores son del criterio de que *concebir al juicio estratégicamente no consiste en distorsionar la realidad, sino asumir que la prueba no habla por sí sola, sino a través de los litigantes;*<sup>164</sup> y los litigantes pueden presentarla de forma que ella revele con totalidad la información que posee, o pueden hacerlo de modo que transite por detalles insignificantes, pierda credibilidad, pase inadvertida, omita información o que no reciba atención del tribunal.

Cuando se expresa que la litigación penal es un ejercicio extremadamente estratégico, no quiere decir que sea la elaboración de una versión para engañar al tribunal. Al contrario, para que el tribunal pueda aproximarse lo más posible a la verdad, dependerá de que las partes puedan presentarle un relato completo, claro, creíble, y coherente acerca de los hechos.

Existen tres tipos de habilidades requeridas para litigar efectivamente. La primera de ellas tiene que ver con la capacidad para planificar y preparar estratégicamente el juicio, o sea, la elaboración de la Teoría del caso. La segunda vinculada con la capacidad para obtener e introducir información de forma efectiva en juicio oral, a

---

<sup>162</sup> SUN TZU, *El arte de la Guerra*. Edición traducida al español, Gaia Ediciones, México, ISBN 9788484452713, p. 61.

<sup>163</sup> BAYTELMAN, Andrés A. Y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Op. Cit.*, p. 11-12.

<sup>164</sup> *Idem*, p. 29 y 30.

través del examen y contra examen a testigos y peritos. Finalmente, una destreza relacionada con el uso efectivo de la información que se producirá en el juicio, que se expondrá a su vez, mediante los alegatos de las partes. Sobre la primera de estas destrezas, es decir, el diseño de la Teoría del caso dentro del sistema de litigación penal, es precisamente sobre lo que versa el desarrollo de este epígrafe.

Litigar en un juicio oral es una acción estratégica al extremo, tanto para el fiscal que acusa como para el abogado que defiende.<sup>165</sup> Dentro de la estrategia de litigación penal se encuentra como se ha planteado el diseño de la Teoría del caso, en donde las partes pretenden demostrar cómo acontecieron los hechos y la participación o no del imputado en ellos. Según ANDRÉS BAYTELMAN y MAURICIO DUCE una buena Teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante<sup>166</sup>, pues está dirigida a encaminar un ángulo oportuno y coherente desde el cual el tribunal pueda leer toda la actividad probatoria.

Valiéndose de la litigación penal, las partes planean sus estrategias a desarrollar en el juicio: aprenden cómo diseñar una Teoría del caso adecuada; la forma de examinar a los testigos propios para extraer la información que valide la credibilidad de la teoría; cómo contraexaminar a los testigos de la contraparte para exponer los defectos de su testimonio; cómo proceder a examinar y contraexaminar a los peritos; la forma de utilizar la prueba material y documental; y cómo elaborar el alegato final que esté en correspondencia con la teoría presentada. En suma, la ruta o guía para que el litigante avance durante el proceso es la Teoría del caso.

### **Posibilidades de introducción en el proceso penal cubano de la Teoría del caso.**

En cuanto a las posibilidades de introducción en el proceso penal cubano de la Teoría del caso como materia de litigación penal, siendo éste uno de los acápites estelares de la investigación, se parte precisando que el buen manejo de las técnicas de litigación oral, que propicien el desempeño exitoso de las partes en el proceso, dependerá de la forma en que se dominen dichas estrategias, lo que se logra con la experiencia. Poner en práctica las pautas proporcionadas permitirá apreciar los

---

<sup>165</sup> ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. *Estrategias de litigación penal: Teoría del caso. Op. Cit.*, p. 72.

<sup>166</sup> *Ibíd.*, p. 19.

errores relacionados al conocimiento del caso, al empleo del lenguaje, a la forma en que se transmite el mensaje, etc.

Siendo así, en el proceso penal cubano, a juicio de la investigadora, se ha identificado como primer momento para la planificación y preparación de esta teoría la Fase Intermedia, donde precisamente las partes en sus escritos de calificaciones plasmarán sus hipótesis basadas en el conocimiento que posean de los hechos (proposiciones fácticas), las cual han dotado de un extenso material probatorio y fundamentan jurídicamente.

La Teoría del caso no comienza a desarrollarse en el momento del debate del juicio oral, sino desde que las partes tienen conocimiento de los hechos. Un primer momento de la construcción de esta teoría, como estrategia de litigación a desarrollar en el proceso, debe ser en la preparación para el juicio, cuando se redacta el escrito de calificación de las partes, con la Teoría del caso se facilita conocer las fortalezas, oportunidades y debilidades del caso, así como organizar los medios de prueba.

La Teoría del caso en la presentación del escrito de calificación, aun siendo de forma escrita, puede ilustrar al tribunal cual es la estrategia y aspiración de cada parte, sea en su posición de Fiscal o Defensa, mediante la exposición escrita de los hechos, los fundamentos jurídicos que lo soportan, y las pruebas que serán practicadas en el debate. Es la primera oportunidad para exponer mediante la escritura la Teoría del caso que se ha elaborado, por lo cual es un momento clave y crucial para el litigante, donde en ese preciso instante procurará encaminar al tribunal a apreciar la prueba desde el punto de vista conveniente para su teoría.

Es útil como paso previo, redactar un esquema o esbozo que resuma los elementos del caso que deben ser probados en el juicio oral. Para este escrito inicial, el litigante debe tener diseñado, de forma escrita o en su mente, cómo hará la presentación del caso, debe tener conocimiento al menos de cuál es la idea fáctica que lo guía, es decir, cómo proyectará los hechos, con qué pruebas cuenta, y por último, el elemento jurídico de dicho esquema, es decir, debe aprovechar esta oportunidad para exponer con convencimiento de su teoría.

Construir la Teoría del caso es un proceso que puede fluctuar en la Fase Intermedia, modificándose en la medida en que el conocimiento del caso y los hechos se va

cambiando. Todas las proposiciones fácticas que se intenten acreditar en el juicio, toda la prueba que se presente para hacer valer dichas proposiciones fácticas, todo examen, contraexamen y alegato que se realiza dentro del juicio, están en función de la Teoría del caso que se ha plasmado en el escrito de calificación de las partes.

Las pruebas que son propuestas en el escrito de las partes, para su posterior aceptación en el Tribunal, deben ser ampliamente argumentadas, pues permitirá al juez apreciar la importancia o necesidad de que esta prueba se desarrolle en el proceso y por consiguiente, la admita. Además de esta forma, cuando el tribunal admita las pruebas que considere pertinentes y rechace las que no lo sean, la Ley procesal brinda la posibilidad de que se interponga por las partes la protesta contra la denegación de una prueba, que en su día, se convierte en una causal para establecer el recurso de casación, regulada en el apartado 1 del Artículo 70 de la propia ley. Si las pruebas han sido argumentadas jurídicamente, se puede preparar la protesta formulando razones motivadas que permitan admitir el recurso de casación en el momento procesal que corresponda.

Es de notar, que al regular esta causal para el recurso, la ley ritual exige que su proponente, además de justificar que la prueba cuya práctica se solicita fue propuesta en tiempo y forma, y que realizó la protesta cuando fue rechazada, a tenor del Artículo 72 de la referida Ley, debe argumentar las razones que a su juicio existen para que la misma se considere pertinente, facilitando así su evaluación por el tribunal de casación, en este caso sí se establece la obligatoriedad de la argumentación jurídica.

Otro elemento de interés sobre la práctica de las pruebas que aflora el tema de la Argumentación Jurídica de forma positiva en el proceso penal de Cuba, surge con la Instrucción No. 211 del 2011 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, donde se aplica una importante transformación en cuanto a la práctica de las pruebas documentales. A tenor del Apartado IV Práctica de las Pruebas de esta Instrucción, en sus incisos b) y c) se da margen al debate durante el Juicio Oral de la prueba documental. Este debate se convierte en el momento oportuno para explicar el motivo por el cual se valora esa prueba, que ya ha sido argumentado desde las conclusiones en relación con la estrategia que ha trazado cada parte.

Por otra parte, referente también al tema de la Argumentación Jurídica en el recurso de casación, la Ley de Procedimiento Penal regula la posibilidad de establecer el mismo, a tenor del artículo 70.4, cuando no se expresa en la sentencia, de forma clara y terminante, cuáles son los hechos que se consideran probados, o si resulta manifiesta contradicción entre ellos. De igual forma, el apartado 5, establece como causal que no se resuelvan en la sentencia todos los puntos de derecho que hayan sido objeto de la acusación y la defensa.<sup>167</sup>

A pesar de que en estas causales se encuentran en correspondencia con la Argumentación Jurídica, pues obliga a que la sentencia aborde todos los hechos que fueron probados, así como los puntos de derecho que alegaron las partes, sería conveniente incorporar como causal de casación, la posibilidad, hoy inexistente en la ley ritual<sup>168</sup>, de atacar los hechos que ya han sido probados en la sentencia del Tribunal de primera instancia, lo que brinda un espacio más para que las partes demuestren su Teoría del caso, haciendo uso de la Argumentación Jurídica para probar y fundamentar sus pretensiones.

La Teoría del caso que ha sido plasmada en el escrito de calificación de las partes, se desarrollará y defenderá luego en dos momentos fundamentales dentro del juicio oral: el examen a testigos y el alegato de clausura o informe final de las partes. La necesidad de que se diseñe esta teoría adecuadamente, con el uso de la argumentación jurídica, radica en que las conclusiones provisionales de las partes es el primer escenario donde se fijan los elementos jurídicos que prueban los hechos, presentando una Teoría del caso más creíble.

El examen de testigos incluye dos temas muy importantes en la litigación penal: el interrogatorio y el conainterrogatorio, los cuales forman parte del material probatorio para demostrar la Teoría del caso de cada parte ante el tribunal, regulado en la Ley Procesal Penal cubana en el Título II Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral, Capítulo II El Examen a Testigos, en los Artículos 314 al 331.

---

<sup>167</sup> Vid. Artículo 70.4.5 de la Ley de Procedimiento Penal

<sup>168</sup> El recurso de casación sólo procede contra sentencias definitivas en materia penal dictadas por el Tribunal Supremo Popular, y por las Salas de lo Penal y de Delitos contra la Seguridad del Estado de los Tribunales Provinciales Populares. Vid. Artículo 67.1 de la Ley de Procedimiento Penal.

El interrogatorio directo o examen directo es el mecanismo mediante el cual se desarrolla la prueba testifical en el acto del juicio oral, realizado por el Fiscal o el abogado para interrogar a los testigos, y que su declaración sea escuchada e impreso favorablemente al tribunal. En este sentido, los objetivos que las partes persiguen con el interrogatorio al testigo son: demostrar la credibilidad del mismo, confirmar las proposiciones fácticas de la Teoría del caso, y adquirir información de interés para el análisis de la prueba.

Así, la importancia del examen directo es que se convierte en la primera oportunidad con que cuenta el litigante para probar su Teoría del caso a los jueces. El examen directo propicia la presentación de la Teoría del caso desde una prueba ya concreta, y no de únicamente desde el escrito de calificación del litigante que hasta el momento han sido sólo hipótesis sin fundamento.

El conainterrogatorio o contra-examen es la exposición al testigo de la contraparte a preguntas sobre los temas cubiertos en el examen directo, para refutar la credibilidad de la información ingresada. El testigo puede memorizar el contenido de lo que responderá en el directo, y hacer creer al tribunal que la información es veraz, es el contra-examen el que lo hará salir del esquema que lleva preparado.

El contra-examen exige al litigante tener control del testigo, porque necesita superponer su propia Teoría del caso a ese testimonio, que es la versión de un testigo que se opone a la Teoría del caso presentada. No se debe repetir las mismas preguntas que se hicieron en el examen directo, pues se demostraría ineptitud y falta de habilidades.

Finalmente, en los alegatos de clausura, las partes argumentarán sobre lo dicho durante el debate y arriesgarán lo que consideren como una sentencia probable. El alegato final es el único y último debate explícito de los litigantes por la credibilidad de sus respectivas teorías del caso. No puede tener mayor importancia en la litigación, pues es el mayor ejercicio argumentativo en todo el proceso penal. En este momento ya la presentación de la prueba se ha completado y, por lo tanto, es procedente que las partes sugieran conclusiones al tribunal acerca de la Teoría del caso que han venido presentando.

El alegato conclusivo es un espacio significativo para poner en práctica la Argumentación Jurídica, pues es el discurso final que desarrollan las partes. En este momento el poder de la Argumentación Jurídica cobra relevancia, para la construcción lógica y ordenada del discurso, y para defender o negar los puntos de vista de las partes, demostrando que su hipótesis es clara, defendible y coincidente con todos los medios de prueba que se han puesto en práctica, en relación con la Teoría del caso que se ha defendido durante todo el proceso.

Cuando los jueces dictan la sentencia construyen una teoría interpretando la versión de una de las partes, o tomando fragmentos de las versiones de cada parte. Por lo que, los argumentos y pretensiones deben encaminarse a que los jueces asimilen y hagan suya la versión que se quiere dar por cierta.

Los alegatos de clausura de las partes coinciden en la Ley de Procedimiento Penal cubana con los informes finales de la acusación y la Defensa que regula la Ley en los Artículos 353 al 355. Es interesante como el Artículo 354 expresa que las partes se ajustarán en sus informes a las conclusiones formuladas como definitivas por las partes. Las conclusiones definitivas se regulan a su vez en el Artículo 349, donde expresa que las partes pueden mantener como definitivas sus conclusiones provisionales o modificarlas en todo o en parte.

La ley procesal no regula la forma de informar de las partes en su alegato final, sólo infiere que se deben ajustar a las conclusiones definitivas, es decir, no explota ese recurso argumentativo del que se valen las partes, como último momento para exponer sus planteamientos. Todas las habilidades desplegadas por las partes en la conclusión final constituyen un pilar importante con el que el operador judicial puede motivar las decisiones y tener argumentos y contraargumentos, que finalmente van a ser la base del sentido del fallo y la sentencia.

Para el diseño de la Teoría del caso por las partes en Cuba se requiere:

- En correspondencia con la estructura o elemento fáctico, determinar de qué trata el caso en específico frente al cual se encuentran las partes.
- Construir una o varias proposiciones fácticas por cada hecho relevante que corresponda a los elementos jurídicos de su teoría.



- En base a la estructura jurídica determinar cuáles son los hechos relevantes sobre los cuales se edificaría el relato y la pretensión de las partes.
- En relación con la estructura probatoria es necesario asignar los medios de prueba que corresponden a cada proposición fáctica.
- Construir un relato persuasivo, creíble y lógico desde el escrito inicial de calificación de las partes.
- Estructurar y emitir una crítica a la historia de la contraparte, basándose en el material probatorio, fundamentalmente con los elementos aportados por el interrogatorio y contrainterrogatorio a testigos.
- En el alegato final las partes argumentarán sobre lo dicho en el debate, en relación con la Teoría del caso presentada. En este alegato la Argumentación Jurídica tiene una fuerte carga para la construcción lógica y ordenada del discurso, y para defender o negar los puntos de vista de las partes, demostrando que su hipótesis es defendible y coincidente con los medios de prueba que se han puesto en práctica.

A criterio de la investigadora, para la recepción de la Teoría del caso y sus elementos dentro del proceso penal cubano, aunque no está reconocida legalmente en Cuba, puede ser incluida dentro de cursos optativos y talleres de litigación penal para los estudiantes; así como postgrados, maestrías, diplomados para los fiscales y abogados, donde la argumentación jurídica se convierta en una exigencia dentro de su preparación como juristas. No interesa a los efectos de la investigación que dicha teoría sea articulada jurídicamente, ni incluida dentro de la Ley de Procedimiento Penal, lo que se busca es su uso desde un beneficio metodológico.

Es urgente la preparación y adiestramiento del futuro capital humano vinculado al Derecho, desde las aulas universitarias, para la implementación pedagógica del manejo de la Teoría del caso por el método de resolución de casos, conforme a talleres de litigación, como ya se realiza en diversos países de América Latina; lo que permitirá crear conciencia en los juristas sobre el arte de la oralidad y la Argumentación Jurídica. Sin embargo, no sólo se busca buenos oradores, sino juristas capaces de poder expresarse, hacer entender y transmitir sus argumentos. Implementar la capacitación con profesionales de reconocida experiencia en la

doctrina y expresamente en el ejercicio práctico de la profesión, permitirá transmitir y desarrollar destrezas básicas para la litigación oral en audiencias.

El escenario procesal penal cubano se encuentra integrado por distintas etapas y actos procesales, por lo que es vital que las estrategias argumentativas de la acusación o la defensa estén encaminadas desde el escrito de calificación hacia los objetivos, finalidades, y principalmente a presentar ante el juez una teoría argumentada donde la lógica penal sea apreciable. Las alegaciones de las partes a través de la redacción del escrito de calificación deben ser probadas dando justificaciones lógicas para fundamentar como sucedieron los hechos, y que las normas aplicables al caso en cuestión son las correctas; en confrontación con los fundamentos de la parte contraria, lo que corresponde con la estructura o elementos integrantes de la Teoría del caso.

La recepción de la Teoría del caso en las conclusiones provisionales, contribuye al fortalecimiento de un principio clave del proceso penal en Cuba, a saber, el principio de correlación imputación-sentencia. La necesaria correlación entre la imputación y la sentencia es una regla que debe estar presente en el debate para evitar la indefensión del acusado.

FENECH<sup>169</sup> define el principio de congruencia como: *la conformidad que debe existir entre el contenido de la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en que aquélla se dicta*. Esto quiere decir que el tribunal en su sentencia, debe ajustarse al objeto del proceso, por lo que no puede modificar, cambiar o alterar los aspectos que se desarrollaron en la contienda judicial. Bajo este principio<sup>170</sup> el tribunal se ve obligado a pronunciarse sobre todos los temas propuestos por las partes, y en sentido inverso, no puede abarcar cuestiones que no se hayan sometido al debate.

---

<sup>169</sup> FENECH, Miguel. *Derecho Procesal*. Op. Cit. p. 73.

<sup>170</sup> El principio de congruencia se expresa en el Artículo 358 de la Ley de Procedimiento Penal: *“En la sentencia se resuelven todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio...”*. Además conforme al Artículo 357 se debe dictar aquélla en resolución de las *“razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los acusados”*, a partir del resultado de las *“pruebas practicadas en el juicio”*.

### **Ejemplo para su recepción en Cuba atendiendo a los elementos de la Teoría del caso en un caso concreto:**

El día 1ero de junio del 2017, al ser las 12:00 pm, en el lugar conocido como Las Biajacas, el acusado A, apuñaló a la víctima B, con un cuchillo de 22 cm, el que sacó en medio de una disputa con la víctima, dándole muerte al mismo. En este caso de Homicidio (regulado en el Artículo 261 del Código Penal cubano)<sup>171</sup>, para el abogado lo jurídico consistiría en establecer que aunque alguien mató a la víctima, no fue su cliente el homicida. No se niega que alguien mató a la víctima con dolo, lo fáctico se ajusta en demostrar que no fue el acusado. El defensor presentaría varios hechos, siguiendo la idea de que no fue su cliente, para buscarles luego sustento jurídico:<sup>172</sup>

1. Su representado no estuvo en el lugar de los hechos;
2. Su representado estaba en su casa cuando mataron a la víctima;
3. Su representado no tenía móvil para matar a la víctima;
4. la policía no encontró el arma que mató a la víctima.

Estas ideas se demuestran mediante las pruebas que explican la existencia de los hechos que se alegan, lo cual conduce al aspecto probatorio.

El primer hecho se demuestra por medio de la declaración del cliente o acusado que expresa que no mató al individuo, por la declaración de algún testigo presencial que no observó bien al autor, y si hubiera por la grabación de la cámara de video del lugar de los hechos alegando, por ejemplo, que el autor era más alto que el indicado.

El segundo hecho se demuestra por el testimonio de la novia o algún familiar del acusado que declara que él estuvo en la casa. El tercer hecho se prueba por declaraciones de familiares y amigos del indicado, que expresen que él y la víctima que eran muy amigos o sencillamente que no se conocían. Por último, el cuarto hecho se demuestra por declaración de la policía que manifiesta que nunca encontraron el arma.

Para la recepción de la Teoría del caso desde la Fase Intermedia, fundamentalmente en el escrito de calificación de las partes, donde además se proponen las pruebas que se pretenden practicar en el juicio, la Argumentación Jurídica ocupa un papel

---

<sup>171</sup> Ley No. 62 de 1987, Código Penal de Cuba.

<sup>172</sup> *Vid.* Anexo No. 06.

indiscutible en la determinación de los hechos relevantes y el problema de la verdad en el proceso penal, por lo que se necesitan presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos para su inserción en el proceso penal cubano.

### **2.3- Presupuestos para el reconocimiento de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica en el proceso penal cubano.**

Para lograr el reconocimiento de la Teoría del caso como manifestación de Argumentación Jurídica, a fin de su desarrollo dentro de las técnicas de litigación oral que deben poseer los litigantes en el proceso penal cubano, se establecen presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos, y normativos en torno al objeto de la tesis.

Conforme a los fundamentos *iusfilosóficos* que sustentan a la Argumentación Jurídica como contenido esencial del Derecho, la autora sigue como idea la perspectiva defendida por ATIENZA<sup>173</sup>, que consiste en considerar la Argumentación Jurídica desde un enfoque pragmatista, entendido el Derecho como una actividad argumentativa, o sea, la actividad que realiza el jurista en la práctica del Derecho, inclúyase la toma de decisiones jurídicas, debe ser eminentemente argumentativa.

El principal efecto de esta concepción en la teoría y en la norma es que genera un alto grado de racionalidad en el pensamiento del jurista, en cualquier ámbito donde ejerza su actividad práctica, es decir, en todas las esferas en que el Derecho se desenvuelve. En el proceso penal cubano, en diversas ocasiones la Argumentación Jurídica ha quedado en el olvido, en la actualidad se ha limitado su uso de forma casi exclusiva a la motivación o fundamentación a la que están obligados los jueces en sus fallos o sentencias.

Poco regulan las normas penales cubanas, el Código Penal y la Ley de Procedimiento Penal, en cuanto al uso de la dimensión argumental del Derecho. En el proceso penal cubano las partes no realizan una debida explotación de la Argumentación Jurídica, ni cuentan con las herramientas de litigación penal necesarias para su desempeño en el proceso.

Además, siguiendo la problemática, en las universidades cubanas tampoco se exploran las estrategias de litigación que existen para que los litigantes en el

---

<sup>173</sup> *Passím*. ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. Op. Cit.

\_\_\_\_\_. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*. Op. Cit.

transcurso del proceso defiendan sus pretensiones. Lo anterior devela la necesidad de establecer presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos para la recepción de la Teoría del caso en materia de litigación penal dentro del proceso penal cubano, lo que indicará el fortalecimiento de un proceso más garantista, y el logro de una mayor justicia penal.

Conforme a las valoraciones realizadas, y como presupuestos teóricos la investigadora sostiene que la Teoría del caso como estrategia de litigación penal es un componente imprescindible para el desenvolvimiento del proceso penal que contribuye al fortalecimiento del *principio de correlación imputación - sentencia*.

En función de esta idea, y sobre la base del modelo penal garantista expuesta por LUIGI FERRAJOLI<sup>174</sup> que asume la investigadora, donde el juicio renuncia a ser un conjunto de deducciones para convertirse en razonamientos, se expresa la importancia de que en el proceso penal las hipótesis acusatorias sean sometidas a verificación y a refutación. La verificación de los elementos fácticos del delito exige decisiones argumentadas, pues la prueba de los hechos penalmente relevantes no es sólo una actividad de conocimiento, sino que se va a formar una conclusión que evidencia un poder de elección respecto a las distintas hipótesis que se presentan en el caso. Estas hipótesis se diseñan a través de la Teoría del caso, por lo que, se fundamentan, a modo propositivo, presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos, y normativos para la recepción de la Teoría del caso en materia de litigación dentro del proceso penal en Cuba.

El punto de partida de estos presupuestos lo demarcan los fundamentos históricos, filosóficos y jurídicos que fundamentan la Argumentación Jurídica como componente esencial del Derecho, por ser una forma cognoscitiva y de funcionalidad de la actividad práctica en el plano jurídico, a partir de que:

- La Argumentación Jurídica entendida como proceso científico del conocimiento del Derecho, que se desenvuelve a través de la exposición de un discurso, por el cual se pretende justificar una decisión jurídica en un contexto adversarial, mediante una sucesión de deducciones jurídicas sólidas, relacionadas, íntegras, y con conocimiento cabal sobre el asunto objeto de la argumentación.

---

<sup>174</sup> *Passím*. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, *Op cit.*

- En su estructura la Argumentación Jurídica está formada por tres niveles: la tesis o hipótesis que exponen el objeto de la argumentación, los fundamentos que sirven para sostener la idea y las conclusiones que reafirmen el planteamiento expuesto en el debate.
- El contenido material de la Argumentación Jurídica es la motivación o el razonamiento de las decisiones jurídicas.

Ello se traduce en aceptar plenamente el concepto del Derecho entendido como Argumentación Jurídica y reconocer la racionalidad en la práctica jurídica. Frente a este primer presupuesto y a partir de la valoración normativa, en el ámbito de la Constitución de la República cubana<sup>175</sup> no existe ninguna referencia al uso de la Argumentación Jurídica en el Derecho, en ninguna esfera, su obligatoriedad en el texto constitucional hoy es inexistente, lo que conlleva a un detrimento de las garantías del proceso penal y al principio de presunción de inocencia del acusado, pues no obliga a las personas vinculadas a la práctica del Derecho y a la impartición de justicia, a motivar sus decisiones jurídicas.

Además, la Ley de Procedimiento Penal no asume plenamente la concepción argumentativa del Derecho. Manifiesta un esbozo de esta cuando establece que las causales para establecer el recurso de casación deben ser argumentadas en párrafos separados, donde se expongan las razones para la interposición del recurso. A su vez, el Artículo 358 establece que la sentencia resuelve todas las cuestiones que hayan sido objeto en el juicio. Estas cuestiones se han fijado previamente a través del escrito de calificación de las partes, en este caso la Ley ritual no contempla por parte del Fiscal o la Defensa la Argumentación Jurídica a la hora de motivar sus escritos, pues del Artículo 278 expresa taxativamente sobre que debe versar cada una de las conclusiones del acusador o la defensa, en forma enumerada y concreta.

Lo que obliga desde una visión garantista del Derecho Penal, un replanteamiento a la hora de fundamentar o motivar los escritos de calificación de las partes afín a la concepción de la Argumentación Jurídica, lo que se logra con el diseño de la Teoría

---

<sup>175</sup> Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, Gaceta Oficial, Extraordinaria No. 3, del 31 de enero de 2003, La Habana, 2003, publicación oficial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2012.

del caso que permita argumentar cada hipótesis sujeta a debate. La coyuntura en la que se encuentra la investigación provoca que la Argumentación Jurídica y la Teoría del caso se unan en el proceso penal.

La aplicación de la Argumentación Jurídica en la práctica del Derecho Penal permite obtener un segundo presupuesto: el reconocimiento de la Teoría del caso como estrategia de litigación asumida dentro del proceso penal, para su recepción en Cuba dentro de la fase intermedia del proceso, a través del escrito de conclusiones de las partes, lo que permitirá un ulterior desarrollo del juicio oral. El estudio epistemológico de esta categoría fijó los elementos formales y de contenido de la Teoría del caso, a saber: las proposiciones fácticas, jurídicas y probatorias.

En tal sentido, a juicio de la autora la Teoría del caso es la unión de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que esgrimen el representante del Ministerio Fiscal o la Defensa en un caso concreto, tipificado en una norma penal, que ha sido construida y formulada mediante las pruebas propuestas por las partes, y que será defendida y sometida frente al tribunal para que este emita su fallo.

Este análisis conlleva a reconocer que para configurar a la Teoría del caso y sus elementos dentro del proceso penal cubano, hay que partir de su contenido como eslabón base dentro del sistema de litigación que, aunque no está reconocida legalmente en Cuba, puede ser incluida dentro de cursos optativos, de postgrado y talleres de litigación penal.

Atendiendo a la importancia de la Teoría del caso en el proceso penal y en la búsqueda de la verdad, se considera que el concepto puede ser complementado con el concepto de tipo pragmatista del derecho como argumentación, donde para el diseño de esta teoría, como estrategia, ruta o mapa conceptual por el cual se guiarán los litigantes para presentar su versión de los hechos ante el tribunal, es necesario el recurso argumentativo al momento de las partes plasmar su versión en el escrito de calificación provisional.

De ahí que se propone como presupuesto la complementariedad de la Argumentación Jurídica en la recepción de la Teoría del caso dentro del proceso penal cubano, como materia de litigación penal de suma importancia para los litigantes, dígame Fiscal y Defensor. Resulta importante considerar el papel que juega



un razonado y fundamentado escrito de conclusiones provisionales, donde se diseñe la Teoría de caso, para que en la posterior práctica de pruebas, principalmente en el interrogatorio y conainterrogatorio a testigos, estén siempre en función de la Teoría del caso que se ha presentado desde la Fase Intermedia.

Estos presupuestos de cara a las insuficiencias teóricas de los juristas cubanos en torno a las destrezas de litigación oral en la esfera penal, confirma la necesaria inserción de la Teoría del caso, como estrategia esencial de litigación penal, la cual debe quedar plasmada desde un primer momento en las conclusiones provisionales de las partes en la Fase Intermedia del proceso penal. En este sentido, ante futuras modificaciones se debe:

- Reconocer que el Derecho visto como argumentación es el mecanismo más efectivo para lograr un razonamiento coherente en el proceso penal.
- Reconocer a la Teoría del caso como elemento vital dentro del sistema de litigación penal, para su posterior recepción en Cuba dentro de la Fase Intermedia del proceso penal, a través del escrito de calificación de las partes.
- Reconocer todos los elementos formales o estructurales de la Teoría del caso para su correcto diseño, así como sus características y utilidad práctica.

Desde esta perspectiva de análisis, se cumplimenta la acción científica principal de la investigación. La Teoría del caso se puede diseñar teóricamente en Cuba en el escrito de calificación de las partes, a partir de los presupuestos que han sido argumentados y que en pos de sistematizar, desde lo propositivo se formulan en tres grupos:

Presupuestos *iusfilosóficos* que se requieren:

- I. La Argumentación Jurídica entendida como proceso científico del conocimiento del Derecho, que se desenvuelve a través de la exposición de un discurso, por el cual se pretende justificar una decisión jurídica en un contexto adversarial, mediante una sucesión de deducciones jurídicas sólidas, relacionadas, íntegras, y con conocimiento cabal sobre el asunto objeto de la argumentación.
- II. En el Derecho el jurista no sólo aplica la lógica deductiva para solucionar las controversias sino necesita de la Argumentación Jurídica que le brinde los

fundamentos adecuados para sostener tesis y proposiciones jurídicas, en correlación con las normas jurídicas.

- III. La Argumentación Jurídica en el proceso penal equivale a un modelo penal garantista en cuanto condiciona la validez de las decisiones jurídicas a sus motivaciones.

Presupuestos *teóricos* que conforman el marco conceptual:

- I. La Teoría del caso es la unión de las hipótesis fáctica, jurídica y probatoria que esgrimen el representante del Ministerio Fiscal o la Defensa en un caso concreto, tipificado en una norma penal, que ha sido construida y formulada mediante las pruebas propuestas por las partes, y que será defendida y sometida frente al tribunal para que este emita su fallo.
- II. Se configura a partir de sus tres elementos formales o niveles de análisis, donde cada uno se nutre en el contenido de los primeros y es secuencia del anterior, a saber:
  - Elemento fáctico, compuesto por los hechos relevantes o conducentes que deben ser reconstruidos durante el debate oral, es decir, las ideas fácticas que se quiere que admita el tribunal para luego establecer el elemento jurídico.
  - Elemento jurídico, comprende la determinación de los elementos de Derecho de la hipótesis que se está alegando. Es el punto de partida para la adecuación de la historia en la norma penal aplicable.
  - Elemento probatorio o base probatoria, que es la determinación y la clasificación de las pruebas que demuestran cada supuesto.
- III. El diseño o elaboración de la Teoría del caso, conjuntamente con la estructura fáctica, jurídica y probatoria que posee, necesita como complemento a la Argumentación Jurídica, que permita exteriorizar a través de los argumentos las razones o fundamentos a favor de la versión de los hechos que se defenderá ante los jueces durante el desarrollo del proceso penal.

Presupuestos *normativos* para su recepción

- I. La obligatoriedad de argumentar jurídicamente las decisiones en el proceso penal, reconocida en la Constitución cubana, garantiza la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena y fortalece a la transparencia del mismo.

- II. La incorporación en futuras modificaciones de la Ley de Procedimiento Penal de Cuba, de la obligatoriedad de argumentar el escrito de calificación de las partes, conlleva al desarrollo de un proceso penal de mayores garantías para las partes.
- III. La incorporación en futuras modificaciones de la Ley de Procedimiento Penal de la posibilidad, mediante el recurso de casación, de atacar los hechos que ya han sido probados en la sentencia de primera instancia.

Sobre la base de lo expuesto en el presente capítulo se formulan las siguientes conclusiones parciales:

- El proceso penal cubano se basa en el sistema mixto. El procedimiento ordinario cuenta con tres fases fundamentales: Fase Preparatoria, Fase Intermedia y Juicio Oral. La Argumentación Jurídica en los momentos actuales del proceso penal cubano queda reservada para el debate penal dentro del juicio oral, y para la sentencia de los jueces; no así desde la Fase Intermedia en el escrito de calificación de las partes.
- Las principales deficiencias encontradas en la investigación se relacionan con el limitado uso dado a la Argumentación Jurídica por los juristas cubanos; la inexistencia en la Constitución de Cuba del uso de la Argumentación Jurídica en cualquier esfera del Derecho, y la escasez de conocimiento que existe en el proceso penal en cuanto a las estrategias de litigación necesarias para el desempeño de las partes en el proceso; en las universidades cubanas tampoco se exploran dichas técnicas de litigación oral.
- Para la recepción de la Teoría del caso en el proceso penal cubano se debe tener en cuenta:
  - El Derecho entendido como Argumentación Jurídica conlleva a reconocer la racionalidad en la práctica jurídica. La aplicación de la Argumentación Jurídica en la práctica del Derecho Penal permite el reconocimiento de la Teoría del caso como estrategia de litigación asumida dentro del proceso penal.
  - El beneficio metodológico que brinda el conocimiento potencial de la Teoría del caso, dentro de las estrategias de litigación penal en el proceso penal cubano para organizar y gestionar el actuar de las partes en el proceso.

## CONCLUSIONES

En correspondencia con las acciones científicas establecidas se concluye:

**PRIMERA:** Sobre la base de los fundamentos *iusfilosóficos* y doctrinales que sustentan a la Argumentación Jurídica se afirma la importancia del Derecho visto como actividad argumentativa. En el Derecho el jurista no sólo aplica la lógica deductiva para solucionar los problemas jurídicos, necesita además de la Argumentación Jurídica.

**SEGUNDA:** El trazado epistemológico de la Argumentación Jurídica en los procesos penales permite aseverar que el recurso argumentativo en el proceso equivale a un modelo penal garantista, en cuanto condiciona la validez de las decisiones jurídicas a los fundamentos dados para arribar a dicha decisión. En la búsqueda de mayores garantías del proceso, surge el diseño de la Teoría del caso como estrategia de litigación penal, que necesita como complemento a la Argumentación Jurídica.

**TERCERA:** La Argumentación Jurídica en los momentos actuales del proceso penal cubano se reserva al debate penal dentro del juicio oral, y a la sentencia del tribunal; no así desde el escrito de calificación de las partes, momento esencial para su uso, por ser el primer espacio en que las partes exponen las hipótesis de los hechos, dotadas del respaldo jurídico y material probatorio que validan las mismas.

**CUARTA:** Las principales deficiencias encontradas se relacionan con el limitado uso y estudio de la Argumentación Jurídica por los juristas cubanos; la escasez de conocimiento en el proceso penal cubano y en las universidades de las estrategias de litigación penal de las partes. Por lo que debe entenderse:

- a) el beneficio metodológico que brinda la Teoría del caso para organizar y gestionar el actuar de las partes dentro del proceso penal cubano.
- b) la capacidad de la Argumentación Jurídica para la recepción en el proceso penal cubano de la Teoría del caso.

**QUINTA:** La recepción de la Teoría del caso, a fin de su desarrollo en el escrito de calificación de las partes dentro de la fase intermedia del proceso penal cubano, debe sustentarse en presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos, que permiten que la Argumentación Jurídica sea el hilo conductor en el proceso, lo que inclina a la transparencia y las garantías del mismo.

## RECOMENDACIONES

En función de las conclusiones finales a las que se arribó en la investigación, se recomienda:

### **A la comisión de Asuntos Jurídicos y constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular**

- Que en el futuro proceso de reforma a la Constitución de la República de Cuba se incluya la obligatoriedad de argumentar jurídicamente las decisiones en los procesos penales.
- Que en futuras modificaciones de la Ley de Procedimiento Penal de Cuba se regule la obligatoriedad de argumentar el escrito de calificación de las partes.
- Que en futuras modificaciones de la Ley de Procedimiento Penal se admita la posibilidad, mediante recurso de casación de atacar los hechos que ya han sido probados en la sentencia de primera instancia.

### **Al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular**

- Que en uso de la facultad de interpretar las leyes, reconocida constitucionalmente, acuerde mediante el Dictamen correspondiente la obligatoriedad de argumentar jurídicamente los escritos jurídicos propuestos por las partes.

### **A la Fiscalía General de la República y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos**

- Que se asuma en el actuar de fiscales y abogados durante el proceso penal cubano la Teoría del caso como estrategia argumentativa para el sostenimiento de las tesis acusatorias y de la defensa, sobre la base de los presupuestos *iusfilosóficos*, teóricos y normativos propuestos en la investigación.

### **A las Facultades y Departamentos de Derecho del país**

- Se fomente el estudio de la Teoría del caso dentro de la litigación penal cubana como sistema de Argumentación Jurídica que propende a la transparencia y las garantías dentro del proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR FREGOSO, Violet. *Análisis comunicativo de la Teoría del caso*. Revista de Ciencias Penales Iter Criminis. Cuarta Época, No. 21, Mayo-junio 2011, Instituto nacional de Ciencias Penales. México.
- AGUILERA DE PAZ, E. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. t. V, Ed. Hijos de Reus, Madrid, España, 1914.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Franckfurt a. M., Surkamp, 1978, reimpresión 1983. Las citas corresponden a la edición castellana, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. M. ATIENZA, y I. ESPEJO. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1989. De esta obra hay también una versión inglesa: *A Theory of Legal Argumentation*, trad. de R. ADLER y N. MACCORMICK, Oxford University Press, 1989.
- ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*, primera edición, ISBN 84-323-0362-3, Madrid, España, 1979.
- ARAYA MATARRITA, Saúl. *Teoría del caso y Técnicas de debate en el Nuevo Proceso penal*. Managua, Nicaragua, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991.  
\_\_\_\_\_ ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Constitucionales, México. Primera edición: 2003. Segunda reimpresión: 2005.
- BARDALES LOZCANO, Erika. *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*, 3ª ed., Magister, México, 2010.
- BARNES KUHN, Merton. *Estudios sobre Sociología de la Ciencia*. Editorial Alianza, Madrid, España, 1980.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal en Juicios Orales*. Ediciones Universidad Diego Portales, Chile, 2001.  
\_\_\_\_\_ BAYTELMAN, Andrés A. y DUCE J, Mauricio. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Editorial Alternativas. Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, Perú, 2005.

- BEDOYA, L. F. *La Argumentación Jurídica en el Sistema Penal Acusatorio*. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, Colombia, 2007.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la Teoría del caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. Lima, Perú, 2011.
- BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción. Ideología de jueces y fiscales*. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*. Primera Edición. C y C impresores. Santiago de Chile, Chile, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *La razón en el Derecho*. Ponencia inaugural del Congreso *La ragion en el Diritto*, celebrado en Bolonia en diciembre de 1984.
- BOBBIO, Norberto, y CONTE, Amedeo. *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica*. UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, México, 1965.  
 \_\_\_\_\_ BOBBIO, *Governo degii omini o governo de fleleggi?*, en *il futuro de lla democrazia*, trad. Cast., de J. MORENO, *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?*, en *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, España, 1985.
- BULYGIN, Eugenio. *Prólogo a Hans Kelsen-Ulrich Klug, Normas Jurídicas y análisis lógico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1988.
- CASAREZ ZAZUETA, Olga Fernanda y GUILLÉN LÓPEZ, Germán. *Teoría del caso en el Sistema Penal Acusatorio*. Disponible en: [http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v\\_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ\\_OLGA\\_Y\\_GERMAN\\_GUILLEN.pdf](http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_OLGA_Y_GERMAN_GUILLEN.pdf). (Consultado el 25 de enero del 2017 a las 4:00 pm).
- CASTILLO ÁLVAREZ, Pablo José y CELI TOLEDO, Israel Patricio. *El Derecho como argumentación en Manuel Atienza*. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17835](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17835). (Consultado el 26 de enero del 2017 a las 9:25 am.)
- CORNEJO CALVA, Juan. *Argumentación Jurídica*. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos78/argumentacionjuridica/argumentacion-juridica.shtml>. (Consultado el 26 de enero del 2017 a las 3:00 pm).



- DEL VEICHO, Giorgio. *Persona, Estado y Derecho*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1957.
- DÍEZ HERRERO, Laura. *La Argumentación Jurídica en el procedimiento legislativo: la idoneidad de la Ponencia en la aplicación de los principios de técnica legislativa. Un caso singular en Castilla y León*. Anuario de derecho parlamentario, ISSN 1136-3 339, N°. 20, Madrid, España, 2008.
- Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, Tomo I, 23.a Edición, Espasa Libros, S.L.U., Madrid, España, 2014.
- Diccionario Larousse, México, 2005.
- Diccionario o Enciclopedia Jurídica Online, 2014. Disponible en: <http://diccionario.leyderecho.org/sistema-de-justicia-penal/> (Consultado el 2 de junio del 2018 a las 11:38 pm).
- DUGUIT, Léon. *El pragmatismo jurídico*. ISBN: 9789706333513. Ediciones Coyoacán, México D.F., México, 1924.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977, trad. castellana de Gustavino, M., con introducción de Calsamiglia, A., *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, España, 1984.  
 \_\_\_\_\_ *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1986, trad. castellana de Ferrari, C., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, España, 1988.
- ESPINOZA BONIFAZ, Augusto Renzo. *Estrategias de litigación penal: Teoría del caso*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php> (Consultado el 26 de enero del 2017 a las 9:55 am).
- FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Temas I y II.3ª Edit., Edit. Labor S.A., Barcelona, España, 1960,
- DÍAZ PINILLO, Marcelino. *Et. Al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo I, II Y III, 1ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del pragmatismo penal*, 2a.edición; trad. esp. Editorial Trotta, Madrid, España, 2005.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, Unites Estates of America, 1980.

- FRANK, Jerome. *Law and Modern Mind*, Coowaed- McCann, Nueva York, Unites Estates of America, 1930.
- FULLER, Lon L. *The Law in quest of itself*. The Foundation Press, Chicago, Unites Estates of America, 1940.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tónica jurídica*, Civitas, Madrid, España, 1988.
- G. BETTIOL. *Diritto penale*, Parte generale, Priulla, Palermo, Italia, 1950.
- HART, Herbert L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, Unites Estates of America, 1983.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El juicio oral. Técnicas y estrategias de litigación oral*, 2ª ed., Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.
- HIERRO, Liborio. *Realismo jurídico, en El Derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11, Trotta, Madrid, España, 1996.
- IBÁÑEZ, P. A. *Los hechos en la sentencia penal*. Fontamara S.A, México, 2005.
- KLUG, Ulrich. *Lógica jurídica*, trad. de Gardella, J. C. de la 4a. ed. alemana de 1982, Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- LAZCANO Y MAZÓN, A. M. *El juicio oral*. Ed. Lex, La Habana, 1947.
- LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Little, Boston-Toronto, Brown and Company, Unites Estates of America, 1960.
- LORENZO, Claudia I. *Robert Alexy: La Argumentación Jurídica*. Revista del Instituto de Estudios Penales, Número 2, Argentina, 2010.
- LUBET, Steven. *Modern Trial Advocacy. Analysis and practice*. 4ª ed., National Institute for Trial Advocacy, Louisville, Unites Estates of America, 2009.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, United States of America, 1978.
- MAUET, Thomas A. *Trial Techniques*, 8th. ed., Wolters Kluwer-Aspen Publishers, Nueva York, 2010.
- NEUMANN, Ulfrid. *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.
- NINO, Carlos S. *La validez del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.

- OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- PABLO FLÓREZ, Pedro. *Importancia de la Argumentación Jurídica en el juicio oral*. Justicia No. 18, ISSN: 0124-744, Diciembre 2010, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia.
- PERELMAN, *De la justice*, trad. cast. de R. GUERRA. *De la justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964.
- PINTO FONTANILLO, José Antonio. *La teoría de la Argumentación Jurídica en Robert Alexy*. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0041101.pdf>. (Consultado el 3 de diciembre del 2016 a las 11:15 am).
- PORTUONDO Y DE CASTRO, J. *Curso de Derecho Procesal Criminal*. T. II. La Habana, 1942.
- PRIETO MORALES, Aldo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editorial ENSPES. La Habana, 1982.
- PRIETO SANCHIS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México, 1997.
- RIVERO GARCÍA, Danilo. *Estudios sobre el proceso penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2014.
- RODRÍGUEZ SOLVEIRA, Mariano. *Cien años de Derecho en Cuba*. Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1972.
- SALAS BETETA, Christian. *Trascendencia de las técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal*. Fondo Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra, 1980.
- SUN TZU, *El arte de la Guerra*. Edición traducida al español, Gaia Ediciones, México, ISBN 9788484452713.
- TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Ed. Península. Barcelona, España, 2007.
- VILLEY, Michel. *Compendio de filosofía del Derecho* (trad. de L. Horno), Eunsa, Pamplona, España, 1981.

- VON WRIGHT, George H. *Lógica deóntica*, trad. Rodríguez Marín, J., Valencia, Cuadernos Teorema, 1979; ed. original, Deontic Logic, 1951.
- YATACO, Jorge Rosas. *La Teoría del caso (Theory of the Case)*. Disponible en: [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2332\\_05\\_teor%C3%ADa\\_del\\_caso.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2332_05_teor%C3%ADa_del_caso.pdf). (Consultado el 25 de enero de 2017 a las 3:00 pm).

## **FUENTES NORMATIVAS.**

### **LEGISLACIÓN DE CUBA**

#### **HISTÓRICAS**

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, de 14 de septiembre de 1882 (LECRim), extendida a Cuba por Real Decreto de 19 de octubre de 1888.
- Ley Procesal de la República de Cuba en Armas de 1896, en *Leyes de la República de Cuba*, Imprenta América, FIGUEROA Editor, New York, 1897.
- Ley No. 1251, Ley de Procedimiento Penal de 25 de junio de 1973.

#### **VIGENTES**

- Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002, (Gaceta Oficial, Extraordinaria número 3, del 31 de enero de 2003, La Habana, 2003) publicación oficial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2012.
- Ley No. 5 del 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular.
- Ley No. 62 Código Penal de 1987, (Gaceta Oficial, número 3, del 30 de diciembre de 1987, edición especial, La Habana, 1987), modificado en 1985, 1993, 1994, 1997, 1999 y 2013.
- Decreto - Ley No. 310, Modificativo del Código Penal y la Ley de Procedimiento Penal (Gaceta Oficial, Extraordinaria número 18 del 25 de junio de 2013, La Habana, 2013).
- Instrucción No. 211 del 2011 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular

## LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Código Procesal de Panamá, Ley No. 63 del 28 de agosto del 2008, dictada por la Asamblea Nacional, publicada el 29 de agosto del 2008 en Gaceta Oficial 26114.
- Código Procesal Penal del Estado de Durango, publicado en el Periódico Oficial No. 11 Extraordinario de fecha 5 de diciembre del 2008, Decreto 232, LXIV Legislatura.
- Código de Procedimiento Penal del Estado de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial el 17 de febrero de 2012.
- Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906 del 2004, aprobado por el Congreso de la República el 31 de agosto del 2004 en Diario Oficial 45.658.

## ANEXOS

### Anexo No. 01 Regulación de la Teoría del caso en Latinoamérica

Países	Contenido de la Teoría del caso en la legislación
<b>Panamá</b>	<p>El <b>Código Procesal de Panamá</b>, Ley No. 63 del 28 de agosto del 2008, regula la Teoría del caso en dos Artículos:</p> <p><b>Artículo 367.</b> <i>Presentación inicial. Inmediatamente, el Presidente del Tribunal ordenará al Fiscal que presente su Teoría del caso, luego al querellante y finalmente al defensor y a los intervinientes si los hubiera.</i></p> <p><b>Artículo 369.</b> <i>Práctica de pruebas. Después de las presentaciones iniciales de las partes se recibirá la prueba ofrecida, comenzando con la del Fiscal, luego el querellante y al final la defensa. Dentro de su respectivo turno cada parte tendrá libertad para deshogarla o presentarla al Tribunal, según corresponda a su propia Teoría del caso.</i></p>
<b>México</b>	<p>El <b>Código Procesal Penal del Estado de Durango</b>, en la sección 9 del Capítulo III, relativo a la Etapa de Juicio Oral, en el Artículo 380 Apertura de la audiencia, establece:</p> <p><i>El día y hora fijados, el tribunal se constituirá en la sala de audiencias con la asistencia del Ministerio Público, del acusado, de su defensor y de los demás intervinientes. (...)</i></p> <p><i>El titular del órgano jurisdiccional que presida la audiencia señalará la acusación que deberá ser objeto del juicio contenida en el auto de apertura de juicio oral, los acuerdos probatorios a que hubiesen llegado las partes y advertirá al acusado que deberá estar atento a lo que oirá.</i></p> <p><i>Enseguida, concederá la palabra al Ministerio Público para que exponga su acusación o Teoría del caso y, posteriormente, se ofrecerá la palabra al defensor, quien podrá exponer los fundamentos en que base su defensa o Teoría del caso.”</i></p>

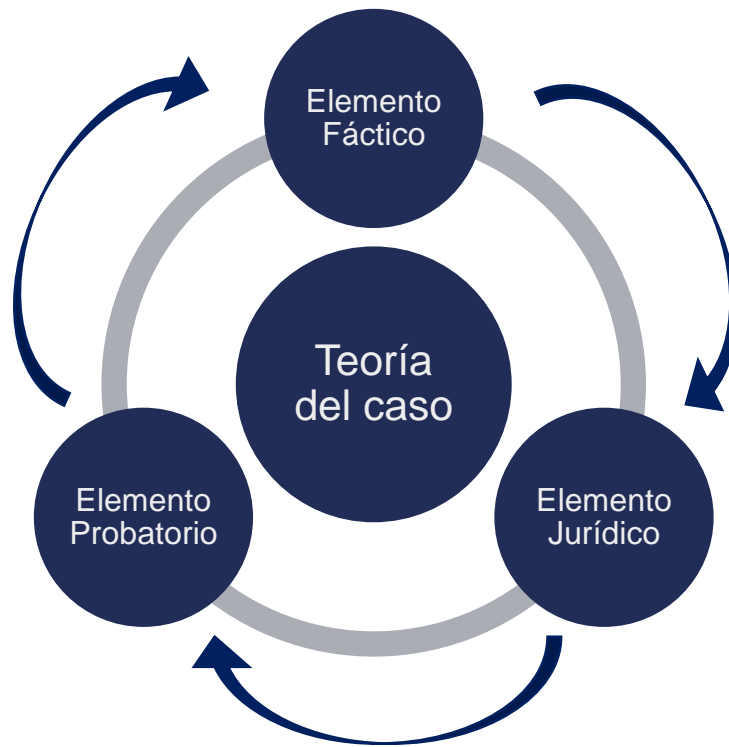
Países	Contenido de la Teoría del caso en la legislación
	<p><b>El Código de Procedimiento Penal del Estado de Quintana Roo</b> dedica un capítulo a la Teoría del caso, en efecto en su Título sexto, el capítulo único se titula “Teoría del caso”, justamente el Artículo 168 defiende lo siguiente:</p> <p><i>... 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, (...) la cual se expondrá, (...) explicativamente y con propósitos persuasivos ante el juez de control o el Tribunal de juicio oral.</i></p>
<b>Colombia</b>	<p><b>El Código de Procedimiento Penal de Colombia</b>, Ley No. 906 del 31 de agosto del 2004, regula la Teoría del caso en el Artículo 371 incisos 1 y 2 alude a la Teoría del caso, cuya presentación en el seno del juicio oral es obligatoria para la Fiscalía y facultativa para la Defensa, cuando señala:</p> <p><i>“Antes de proceder a la presentación y práctica de pruebas, la Fiscalía deberá presentar la Teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio.”</i></p>

**Fuente:** Elaboración propia a partir de:

- Código Procesal de Panamá, Ley No. 63 del 28 de agosto del 2008, publicada el 29 de agosto del 2008 en Gaceta Oficial 26114.
- Código Procesal Penal del Estado de Durango, publicado en el Periódico Oficial No. 11 Extraordinario de fecha 5 de diciembre del 2008.
- Código de Procedimiento Penal del Estado de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial el 17 de febrero de 2012.
- Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906 del 2004, aprobado el 31 de agosto del 2004 en Diario Oficial 45.658.



## Anexo No. 02. Secuencia de los elementos de la Teoría del caso



### Anexo No. 03 Cuadro comparativo de los sistemas procesales

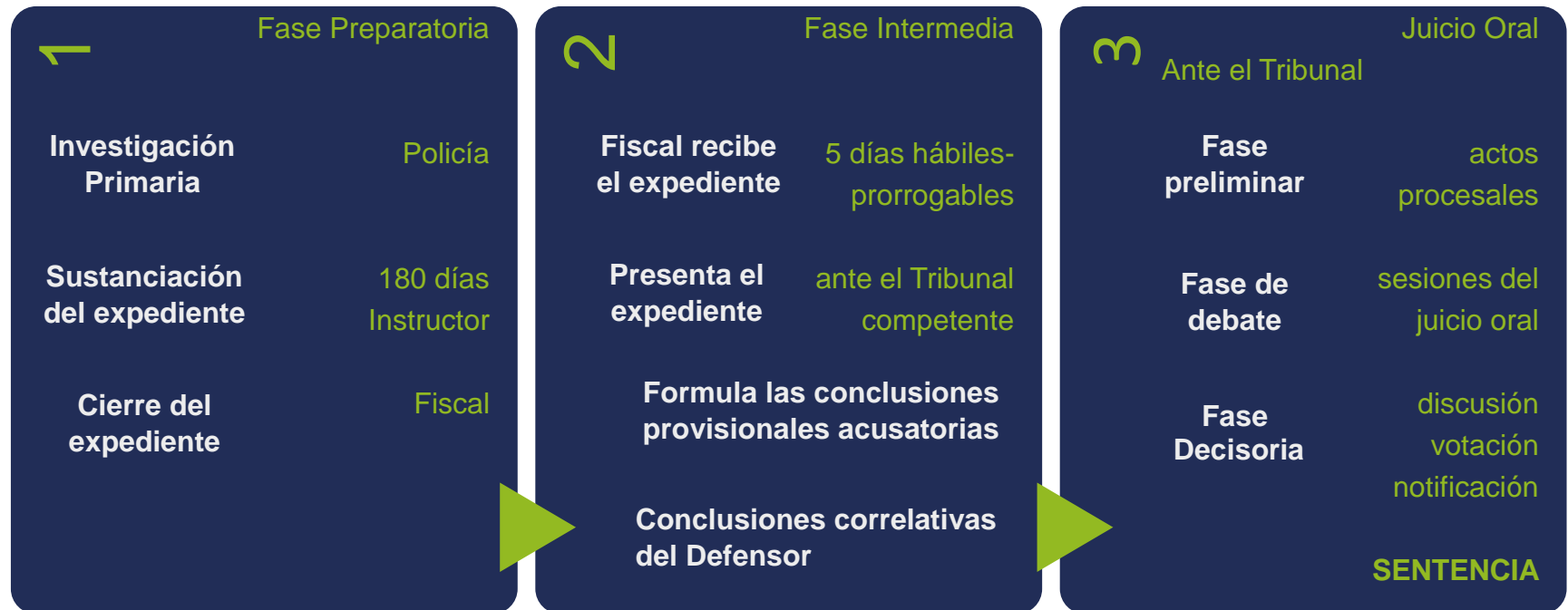
Sistema Inquisitivo	Sistema Acusatorio	Sistema Mixto
Acumulación de funciones en el órgano jurisdiccional	Separación de funciones entre distintos organismos del Estado	Combina elementos del sistema inquisitivo y mixto (Cuba)
<b>Iniciativa estatal</b> Actuación del Estado a través de los tribunales, en la realización de todas las actividades procesales. El juez es una figura omnipotente de inicio a fin del proceso.	<b>Iniciativa privada</b> Inicio del procedimiento a partir de la denuncia del perjudicado por la acción delictiva, o sea, no existe la actuación de oficio.	<b>Iniciativa estatal y privada</b> El proceso se inicia por la denuncia del perjudicado o por la actuación de las autoridades competentes.
<b>Escritura</b> Todas las actuaciones en el proceso se realizan de forma escrita.	<b>Oralidad</b> Juicio oral ante el Tribunal que le permite valorar directamente las pruebas valoradas.	<b>Oralidad y Escritura</b> Prevalen en las Fases Preparatorias e Intermedia la escritura, y en la del juicio oral la oralidad.
<b>Secretividad de las actuaciones</b> Todas las actuaciones en el proceso son secretas, desconocidas incluso por el procesado, que no tiene acceso en ningún momento a ellas, y no puede proponer pruebas.	<b>Publicidad</b> Garantía procesal para los acusados, pues el Juicio Oral se realiza de forma pública ante todas las personas que deseen asistir.	<b>Secretividad y publicidad</b> Período de secretividad en la etapa investigativa hasta que al acusado se le impone una medida cautelar, que se convierte en parte en el proceso y puede designar un abogado, a partir de este instante está marcado el proceso por la publicidad.
<b>Pruebas tasadas</b> El juez es el encargado de la práctica de las pruebas, las mismas tienen un valor fijo, establecido con anterioridad con el fin de llegar al fallo deseado por el juez. La confesión es la que prevalece.	<b>Aporte individual de las pruebas y su libre apreciación por parte del Tribunal</b> Cada una de las partes se vale de las pruebas que estime pertinentes para defender sus intereses ante el Tribunal.	<b>Libre apreciación de pruebas</b> Toma este rasgo del acusatorio donde el Tribunal dicta la sentencia basada en la apreciación de las pruebas practicadas durante el Juicio Oral.

Sistema Inquisitivo	Sistema Acusatorio	Sistema Mixto
<p><b>Pluralidad de actos</b> El juez no está limitado en el tiempo para la práctica de las pruebas.</p>	<p><b>Continuidad del acto</b> Secuencia continua de denuncias, aporte de pruebas y práctica de las mismas en un solo momento procesal realizado delante del tribunal, sin otros actos anteriores.</p>	<p><b>Pluralidad de actos</b> Rasgo del sistema mixto, el proceso dividido en varias fases o etapas. En Cuba existen tres etapas: Fase Preparatoria, Fase Intermedia y Juicio Oral.</p>
<p><b>No participación popular y exclusión de la publicidad</b> El acusado no tiene participación alguna y menos aún la tienen los ciudadanos.</p>	<p><b>Participación popular</b> En la composición del tribunal participan jueces legos (ciudadanos que no son letrados) y profesionales.</p>	<p><b>Participación popular</b> Rasgo integrante del acusatorio, jurado compuesto por jueces legos y profesionales.</p>

**Fuente:** Elaboración propia a partir de:

- DÍAZ PINILLO, Marcelino. *Et. Al. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*. Tomo I, II Y III, 1ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- SALAS BETETA, Christian. *Trascendencia de las técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal*. Fondo Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 2010.

## Anexo No. 04 Fases del procedimiento penal ordinario en Cuba



**Fuente:** Elaboración propia

## Anexo No. 05 Muestra de cursos próximos sobre litigación penal

Fecha	Cursos Próximos	País
Junio 13-16, 2018	Técnicas Avanzadas del Contraexamen	Estado de México, México
Julio 12-16, 2018	Curso de Litigación con Especialidad en Ciencias Forenses	San Diego, EEUU
Septiembre 7-9, 2018	Técnicas Avanzadas del Contraexamen	San Diego, EEUU
Septiembre 19-22, 2018	Curso de Destrezas en Litigación Oral	Estado de México, México
Octubre 17-20, 2018	Curso de Destrezas en Litigación Oral	Quito, Ecuador
Noviembre 7-10, 2018	Curso de Destrezas en Litigación Oral	Lima, Perú
Noviembre 27-30, 2018	Técnicas Avanzadas del Contraexamen	Santiago, Chile
Febrero 15-19, 2019	Academia de Destrezas en Litigación XXVIII	San Diego, EEUU

**Fuente:** Elaboración propia a partir de la información en *Acceso Capacitación: Capacitación en Juicios Orales*. Disponible en <http://www.accesocapacitacion.com/>. (Consultado el día 2 de junio de 2018 a las 1:33 am).

## Anexo No. 06 Análisis de los elementos esenciales de la Teoría del caso

### Estructura Fáctica

Hechos relevantes del caso	Fiscalía	Defensa
<b>Cuándo</b> (elemento de tiempo) - Referente amplio - Referente específico	a. El día 1ero de junio del 2017 b. al ser las 12:00 pm	a. El día 1ero de junio del 2017 b. al ser las 12:00 pm
<b>Dónde</b> (elemento de ubicación o locación)	En el lugar conocido como Las Biajacas. El acusado se encontraba en el lugar de los hechos.	En el lugar conocido como Las Biajacas. Su representado no estaba en el lugar de los hechos, estaba en su casa cuando mataron a la víctima.
<b>Quién hizo:</b> (sujeto activo)	El acusado A	Otra persona
<b>Qué hizo:</b> (acción imputada o afirmada)	Apuñaló	Apuñaló
<b>A quién se lo hizo:</b> (sujeto pasivo)	A la víctima B	A la víctima B
<b>Circunstancias de:</b> - Modo - Instrumento - Otras	- Con un cuchillo de 22 cm. - Apuñaló a la víctima en medio de una disputa.	- Con un cuchillo de 22 cm. - La policía no encontró el arma que mató a la víctima.
<b>Resultado de la acción:</b>	La muerte de la víctima B.	La muerte de la víctima B.
<b>Móvil de la acción</b> (el por qué):	Por una disputa que se formó entre los dos por dinero.	Su representado no tenía móvil para matar a la víctima.

**Fuente:** Elaboración propia

## Anexo No. 06 Análisis de los elementos esenciales de la Teoría del caso.

### Continuación

#### Estructura Jurídica

Elementos Jurídicos del caso para la Fiscalía	Elementos Jurídicos del caso para la Defensa
<ul style="list-style-type: none"><li>- El día 1ero de junio del 2017, al ser las 12:00 pm, en el lugar conocido como Las Biajacas, el acusado A, apuñaló a la víctima B, con un cuchillo de 22 cm, el que sacó en medio de una disputa por dinero con la víctima, dándole muerte al mismo.</li><li>- Delito de Homicidio previsto en el Artículo 261 del Código Penal cubano.</li><li>- El presunto autor de la conducta, es el acusado A, persona imputable al momento de la comisión del hecho.</li><li>- No existe causal de justificación o atenuación alguna. Agravante el horario Artículo 53 h) del Código Penal.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- El día 1ero de junio del 2017, al ser las 12:00 pm, en el lugar conocido como Las Biajacas, se le quitó la vida a la víctima B, con un cuchillo de 22 cm.</li><li>- El principio de Derecho Penal de presunción de inocencia. El principio procesal de la carga de la prueba.</li><li>- Aunque alguien mató a la víctima, el autor de la conducta homicida no fue el acusado A.</li></ul>

**Fuente:** Elaboración propia



## Anexo No. 06 Análisis de los elementos esenciales de la Teoría del caso.

### Continuación

#### Estructura Probatoria

Pruebas	Fiscalía	Defensa
<b>Cómo:</b> Establecido por:	Testimonio del médico perito (sobre la autopsia que describe las heridas en la víctima y el instrumento utilizado).	Declaración de la policía que expresa que no encontraron el cuchillo.
<b>Dónde:</b> Establecido por:	Testimonio del ciudadano X, sobre el lugar de los hechos, la descripción física de la persona que observó, la forma de cómo vestía, etc.)	Declaración de la novia o algún familiar que declara que estuvo en la casa.
<b>Quién:</b> Establecido por:	Testimonio del ciudadano X, sobre el lugar de los hechos, la descripción física de la persona que observó, la forma de cómo vestía, etc.) Testimonio sobre la procedencia del arma.	Declaración del cliente que expresa que no mató a la víctima. Declaración de algún testigo presencial que no observó bien los rasgos del autor, si hubiera grabación de alguna cámara de video del lugar alegar, por ejemplo, que el autor es más alto que el representado.
<b>Móvil de la acción:</b> Establecido por:	Declaraciones de algún testigo o conocido que sabía de la existencia de problemas entre el acusado y la víctima.	Declaraciones de familiares, vecinos o amigos expresando que el acusado y la víctima eran amigos o sencillamente no se conocían.
<b>Resultado de la acción</b>	Muerte de la víctima B. Testimonio del médico perito (sobre la autopsia que describe las heridas en la víctima).	Muerte de la víctima B. Testimonio del médico perito (sobre la autopsia que describe las heridas en la víctima).

**Fuente:** Elaboración propia