

# *Teoría del Caso Penal y teoría del Caso Teatral*

## *Theory of the Criminal Case and theory of the Theatrical Case*

Javier Ysrael Momethiano Santiago\* <https://orcid.org/0000-0002-6009-1907>

Fernando Ramos García\*\* <https://orcid.org/0000-0002-6122-1902>

Hugo Ramiro Ambrosio Bejarano\*\*\* <https://orcid.org/0000-0003-3796-2580>

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i30.2446>

\* Maestro en Derecho Penal, doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Especializado en Criminalidad Corporativa por la Universidad de Salamanca, y Destrezas de Litigación Oral por California Western School Of Law. Perú.  
Correo electrónico: momethianoabogados@yahoo.es

\*\* Profesor en actuación y pedagógica teatral de la Escuela Superior de Arte Dramático; Docente de teatro y oratoria de la Universidad Nacional del Callao; y Profesor invitado de Litigación oral de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Perú.  
Correo electrónico: ramos.fernando20@gmail.com

\*\*\* Doctor en Derecho, Maestro en Criminológica por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Maestro en Criminología por Universidad Internacional de Valencia, y Maestro en Derechos Humanos, y Resolución de Conflictos por el CAEN. Perú.  
Correo electrónico: bejarano2000.hugo@gmail.com

# Lex





*Onírico.* Óleo sobre lienzo, 945 X 1256 cm.  
Diego Alcalde, artista plástico peruano (Lima, Perú 1986)  
<https://www.instagram.com/diegoalcaldeart/?hl=es>

## RESUMEN

Realizar las actuaciones orales en el proceso penal o en una obra teatral, determina que el juzgador o público, le crea su versión de hechos o historia, calificación jurídica o guion, y aporte probatorio o trama. En tal sentido, todo se convierte en acción en la Sala de audiencia o en el teatro; es así que el lema es una síntesis de la acción general (petitorio definitivo en el alegato de cierre), que se diferencia del lema tentativo, aunque este último contiene el conflicto sucedido en base a la etapa intermedia, y teniendo como antecedente a la etapa de investigación preparatoria (petitorio tentativo en el alegato inicial). Es así que el tinterillo o teatrero aparecerá, cuando no tiene lema, así como cuando no reconoce su expresión corporal cotidiana y su expresión corporal artística, que determina el proceso, el resultado y la traducción del resultado.

**Palabras clave:** *Elemento fáctico, historia, elemento jurídico, guion, elemento probatorio, y trama.*

## ABSTRACT

When carrying out oral proceedings in criminal proceedings or in a play, this determines that the judge or public believes their version of facts or history, legal qualification or script, and evidence or plot. In this sense, everything becomes action in the courtroom or in the theater; Thus, the motto is a synthesis of the general action (definitive petition in the closing argument), which differs from the tentative motto, although the latter contains the conflict that occurred based on the intermediate stage, and having as antecedent the stage preparatory investigation (tentative request in the initial argument). This is how the subject who practices without professional or theatrical title will appear, when he does not have a motto, as well as when he does not recognize his daily corporal expression and his artistic corporal expression, which determines the process, the result and the translation of the result.

**Keywords:** *Factual element, history, legal element, script, evidentiary element, and plot.*

## I. INTRODUCCIÓN

La teoría del caso es la óptica que propone la parte acusadora (teoría del caso propia) o defensa (teoría del caso impropia) respecto a los sucesos ocurridos que son materia de controversia<sup>1</sup>, puesto que permiten construir una historia clara y relevante con contenido penal o teatral al ser producto de la conjunción de la hipótesis fáctica, o de una historia; jurídica o guion; y probatoria o trama; en tal sentido es un razonamiento jurídico o extrajurídico, además oral, retórico, y dialéctico como destreza de su aplicación, ya que su comunicación debe ser una coherente historia que dramatiza y humaniza el letrado convenciendo al juzgador, o persuadiendo el actor al público en una obra de teatro. Por eso Muñoz Neira considera que la teoría del caso “en el fondo es un proyecto de ‘vida’ del juicio para cada una de las partes”<sup>2</sup>. Para Mauet “la teoría del caso, antes que nada, explica por qué la gente implicada actuó del modo en que lo hizo”<sup>3</sup>, esto no implica una visión criminológica de predisposición por la desviación, sino que se refiere al móvil de quien actúa, puesto que “nuestra teoría del caso no puede consistir en cualquier cosa que nos parezca conveniente inventar sino que depende fuertemente de las proposiciones fácticas que podemos probar en el juicio”<sup>4</sup>, o de una adecuada composición teatral, ligada a un sistema social, es decir saber contar una historia, exponiendo el conflicto. La recalificación jurídica realizada por el juzgador penal a la acusación fiscal no implica plantear una teoría del caso, ya que éste no controla el proceso penal, sino las partes procesales. La complejidad de la información permite que las partes utilicen las ayudas audiovisuales para transmitir el discurso, facilitando su asimilación para el juez penal unipersonal o colegiado, aunque se debe tener presente que el abuso de los medios tecnológicos nos llevarían a renunciar

---

<sup>1</sup> Pues, “la regla general áurea de la conducta es la tolerancia mutua, en razón de que nunca pensaremos todos de la misma manera y siempre veremos la verdad fragmentaria y desde distintas perspectivas”, según indica Gandhi, Mahatma. *El arte de la no violencia*. <https://literatura.itematika.com/libro/103/el-arte-de-la-no-violencia.html>

<sup>2</sup> Orlando Muñoz Neira, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos* (Bogotá: Legis editores S. A., Colombia, 2006), 167.

<sup>3</sup> Thomas A. Mauet *Estudios de técnica de litigación*, (Lima: Jurista Editores, Perú, 2007), 61.

<sup>4</sup> Andrés Baytelman, Andrés y Mauricio Duce, *Litigación penal juicio oral y prueba* (Lima: Editorial Alternativas, Perú, 2005), 102.

a la oralidad que propulsa el modelo procesal penal de rasgos adversariales<sup>5</sup>. En general la teoría del caso se construye desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho o de la historia y no necesariamente a partir de la *notitia criminis*. Inicialmente el método del caso se plantea –sin ningún tipo de orden– como hipótesis (borrador de la teoría del caso) sujetas a verificación, para que se conviertan en teoría y se presente en el juicio oral o en una obra teatral. En lo particular las partes procesales o actores teatrales estructuran su teoría del caso con proposiciones fácticas –una o varias– o historias, encuadradas en elementos legales que determinan el delito o guiones que aprecian el conflicto, sustentadas con medios probatorios o trama, con el fin de presentar un relato lógico (entendimiento cronológico del tema), creíble (seguridad de lo que se narra), y claro (convencimiento del juzgador y persuadiendo al público que asiste a la obra teatral). Esto es parecido a la estructura de una demanda civil o denuncia penal. También, existen otras estructuras de la teoría del caso:

- a. Primero el elemento jurídico o guion, segundo lo factico o historia, y por ultimo lo probatorio o trama;
- b. Primero el elemento factico o historia, luego el probatorio o trama y finalmente el jurídico o guion:
- c. Primero el elemento probatorio o trama, segundo lo factico o historia, y tercero lo jurídico o guion.

Estas dos últimas, sirven para estructurar nuestros alegatos; mientras que la primera estructura se utiliza en otros países. Para preparar la teoría del caso, debemos comenzar realizando nuestro alegato de cierre o la escena ultima de la obra teatral, mediante cambio de roles, lluvia de ideas, discusión y dialogo del asunto, con colegas, estudiantes y no letrados. En definitiva, si los hechos o historia no son subsumibles dentro de la figura penal o guion, solo tendremos una simple historia o una composición defectuosa, pero no un caso penal o teatral; asimismo no habrá caso penal o teatral, y solo una historia o elemento factico, si encuadran en la figura penal o guion, sin aporte probatorio<sup>6</sup>, o trama.

---

<sup>5</sup> Al respecto, Vid. El numeral 111.2, artículo 111 del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

<sup>6</sup> Sin embargo, los letrados que combaten “erróneamente o sin método obtendrán pequeñas victorias por guerra de agotamiento”, según BIN, Sun. *El arte de la guerra II* (Lima: Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Perú, 2010), 68.

## II. FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso cumple las funciones siguientes:

- a. Identifica el tema y hechos relevantes que las partes presentarán para su defensa o acusación.
- b. Facilita el interrogatorio y contrainterrogatorio de los sujetos procesales.
- c. Establece las pruebas conducentes, pertinentes, útiles y permitidas, que indagará y solicitará la parte procesal en la sala de audiencia.
- d. Permite presentar y organizar los alegatos iniciales y finales de las partes.
- e. Adopta y desecha las estrategias de defensa.<sup>7</sup>

## III. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

Para que tenga utilidad la teoría del caso es relevante considerar las características siguientes:

- a. Sencillez. Consiste en utilizar racionios fácticos y dogmáticos claros, que no impliquen superficialidad.
- b. Única. Debe ser presentada como un relato que no plantea teorías del caso alternativas.
- c. Legal. La teoría del caso debe fundamentarse en la norma jurídica que sea aplicable al caso materia de juzgamiento.
- d. Lógica. Significa que debe existir armonía y coherencia al inferir las consecuencias jurídicas del suceso que la soportan.
- e. Creíble. Consiste en que nuestros argumentos deben ser reales con el propósito de que se convenza al juzgador penal, pues desde el ámbito teatral se persuade al público. Por ello, es necesario que el abogado reconozca su expresión corporal cotidiana y su expresión corporal artística para que desarrolle técnicas de selección, que permitirán apreciar su proceso, resultado, y traducción del resultado.
- f. Suficiencia jurídica. Consiste en demostrar la concurrencia de los elementos del hecho punible aportando su respectiva prueba.
- g. Flexible. Se concibe que nuestra teoría del caso debe adaptarse a cambios durante el desenvolvimiento del proceso, pero sin que estos resulten extremos, puesto que se afectaría la credibilidad de esta.

---

<sup>7</sup> Es una atribución y obligación del fiscal, así como deberá de apreciarse en la investigación de la infracción cometida por el adolescente, según el numeral 15, artículo 14; y el numeral 15.4, artículo 15 del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente.

- h. Omnicomprensiva. La estrategia elegida no debe permitir cabos sueltos en la estructura de nuestra teoría del caso, en tal sentido se debe tomar en cuenta todos los sucesos para su explicación.
- i. Verosímil. Debe respetar las reglas de la lógica, en caso contrario la teoría del caso dejará de convencer.
- j. Consistente. La teoría del caso debe ser coherente, con la finalidad de que la parte contraria no destruya nuestra teoría del caso con sucesos que no podemos probar.
- k. Emplea etiquetas o lemas. Consiste en que las partes procesales llamen la atención de la Sala de audiencia o público, ya sea poniendo énfasis en la condena o absolución del procesado. El lema expresa dinámica y a su vez diseño, pues es un arte colocar el título en las obras de teatro o cine; en tal sentido el lema es un súper objetivo en función de lo que el actor quiere expresar, y el conflicto debe estar en el súper objetivo. El lema puede elaborarse desde el punto de vista del agente, acción, o consecuencia de la acción; pues dependerá que es lo que el letrado o el actor teatral quiere enfatizar, al protagonista del hecho, o a lo escandaloso que resulta el comportamiento del protagonista, o a las emociones que generan las secuelas de la acción del protagonista. Por tal motivo, el abogado no debe apelar siempre a construir su lema tomando frases o titulares de periódicos, revistas, libros, etc., ya que en muchos casos se aprecian los lemas como forzados a nuestra teoría de caso; salvo que tengan estrecha relación con el asunto.
- l. Utiliza proposiciones fácticas. Significa que las partes procesales relacionan las afirmaciones fácticas con los elementos legales, sustentando nuestra versión del caso

#### IV. ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO

La presentación del caso por las partes o por los actores de teatro tienen por finalidad ofrecer puntos de vista que pretenden que el tribunal lo aprecie en el juicio o el público lo mire en la obra teatral, valorando los elementos siguientes:

##### a. Elemento fáctico o teoría fáctica.

Estos elementos facticos son los sucesos relevantes que sustentan al ámbito jurídico, pues en estos se examinan circunstancias, lugares, tiempo, sujetos, medio empleado, el resultado del accionar del agente o la puesta en peligro para el bien jurídico, etc. Mientras los puntos focales son tópicos específicos e importantes que se sustentan en medios de prueba. La proposición

fáctica surge al presentarse el problema de mencionar solo hechos, sin teoría jurídica; o teoría jurídica, sin hechos. Entonces estas proposiciones fácticas se elaborarán según las reglas de la criminalística, es decir formulando las preguntas siguientes: ¿Qué aconteció?, ¿Quién lo hizo?, ¿Por qué aconteció?, ¿Dónde aconteció?, ¿Cuándo aconteció? ¿Cómo lo hizo?, etc. En este sentido, Sánchez Velarde indica que este elemento “permite conocer identificar los hechos y sus aspectos más relevantes de tal manera que sustente el planteamiento jurídico; comprende las circunstancias propias del caso, la participación de las personas, lugar, el tiempo, los medios utilizados, los efectos de la acción, las condiciones personales del acusado o de los testigos”<sup>8</sup>. También se entiende por elemento fáctico la información variada que resulta algunas veces contradictoria al iniciar la investigación preparatoria, y que las partes procesales deberán seleccionarla y relacionarla con la prueba, antes de apreciar el elemento legal. Para contar una buena historia (necesaria secuencia de escenas, trama y credibilidad) es indispensable apreciar la actuación teatral, pues indicar el conflicto (el delito que se imputa, su inexistencia o atenuación), colocar diálogos (revivir el instante de los hechos, como si estuviera produciéndose) y describir los personajes (héroe o villano) y el entorno (lugar, instrumentos, circunstancias, etc.) genera la atención del juzgador por el caso penal. En su mayoría los abogados no saben contar la historia del caso (lamentablemente el letrado si aprende contar la historia es producto del ejercicio de la profesión, mas no en las aulas universitarias), en razón de que no toma en consideración la disposición del lugar (preparación), en otras palabras, le es difícil tener adaptabilidad del lugar (Sala de audiencia). Mientras el actor teatral elabora una composición (contar una historia es un sistema y subsistema), ligada a un aspecto social, diseñando su historia, donde está la estrategia; en tal sentido tenemos que saber cómo está dividido el espacio escénico. Este se divide por planos, colocándose en el centro el actor teatral, que está en tiempo y espacio. El Juez está en un nivel alto (pedestal). En el alegato inicial la historia se aprecia en pasado o presente; mientras en el campo teatral la historia que sucedió se ejecuta, exponiendo el conflicto y solucionándolo en tiempo presente (dinámica). En el alegato de clausura los hechos se aprecian como definitivos desde diferentes posturas de las partes; es así que contar la historia implica que terminaron las acciones del actor de teatro.

#### **b. Elemento jurídico o teoría jurídica**

Es la aplicación de la ley penal a los sucesos ocurridos (principio de legalidad), es decir que se analiza los elementos del hecho punible<sup>9</sup> para sostener que existe delito; o no hay ilícito por no intervenir el sujeto (confusión de identidad del agente, existencia de suicidio, y duda en la

---

<sup>8</sup> Pablo Sánchez Velarde, *El nuevo proceso penal* (Lima: Idemsa, Perú, 2009), 196.

<sup>9</sup> Vid. Luis Eduardo Roy Freyre. *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I (Lima: AFA Editores importadores S. A., Segunda edición, Perú, 1986), 511.

realización del suceso) o se plantea la exclusión del delito (ausencia de conducta, atipicidad, causa de justificación, causa de inculpabilidad y causa de exculpación), exclusión de pena (carencia de condición objetiva de punibilidad o presencia de excusa absolutoria), y disminución de la punibilidad (realizo el delito de homicidio por emoción violenta, en forma culposa o en calidad de partícipe). Con respecto al hecho punible o si se prefiere al delito<sup>10</sup>, es la conducta típica, antijurídica y culpable (tripartita), que tiene como secuela una sanción adecuada a la responsabilidad del agente, sometida algunas veces a condiciones objetivas de punibilidad. Para reforzar nuestro concepto es necesario conocer cuáles son los elementos del hecho punible. Así tenemos:

- *Tipo y tipicidad*

El tipo penal es la descripción hipotética, concreta y legal de la conducta prohibida o esperada por el legislador. La descripción de la conducta en la norma penal es una exigencia del Estado de Derecho vinculada al principio de legalidad. El comportamiento humano consiste en que un sujeto será merecedor de una sanción por su acto realizado (forma de acción como manifestación de la conducta), así como por dejar de hacer algo (forma de omisión propia como manifestación de la conducta) o el no hacer algo que equivale a un hacer por existir un deber de garante (forma de omisión impropia como manifestación de la conducta). De acuerdo al principio de mínima intervención solo se toma en cuenta aquellos comportamientos lesivos o que ponen en peligro los bienes jurídicos más importantes. Por esta razón es que se amenaza con una pena o medida de seguridad a los que infrinjan el precepto legal. En tal sentido, el tipo valora el comportamiento desde la conminación abstracta de la pena, independientemente del sujeto concreto y su actuación. Al ser la necesidad abstracta de la pena, preventivo general (interpretación teleológica y literal) se tiene su finalidad político criminal, junto con el principio de culpabilidad (teoría ulterior al tipo objetivo), pero siendo la prevención especial distante al entendimiento del tipo, pues aquí se aprecia al agente en concreto. La adecuación de un hecho al tipo penal se llama tipicidad. La estructura u organización de la tipicidad, se atiende a dos aspectos:

*El aspecto objetivo*

Está referido al obrar del agente en el mundo exterior; y este comprende a los sujetos, el comportamiento prohibido, el objeto material, los elementos descriptivos y normativos, la relación de causalidad (imputación objetiva), y el bien jurídico tutelado,

---

<sup>10</sup> Vid. Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal* (Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., España, 1984), 253 – 256.

### *El aspecto subjetivo*

Está referido a la postura psicológica del autor de la comisión de un evento criminal. En este aspecto se examina al dolo o culpa en sus distintas revelaciones; existiendo también los elementos subjetivos del tipo diverso al dolo.

Las causas de ausencia de acción son: la fuerza física irresistible, el movimiento reflejo o el estado de inconsciencia. Y las causas de atipicidad son: el acuerdo y el error de tipo.

- *Antijuridicidad e injusto*

La antijuridicidad es la realización de una acción típica contra el ordenamiento jurídico. Dentro de este concepto es necesario tener en cuenta que la acción efectuada por el sujeto no deberá de justificarse. Se entiende por antijuridicidad el comportamiento opuesto al ordenamiento jurídico, mientras que por injusto penal la acción típica y antijurídica. En tal sentido, Muñoz Conde nos dice que “la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma”<sup>11</sup>. Cabe aclarar que el injusto no solo comprende al campo penal sino también a otros ámbitos<sup>12</sup>.

Las causas de justificación son: la legítima defensa (núm. 3), el estado de necesidad justificante (núm.4), el obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (núm. 8), la obediencia jerárquica (núm. 9), y el consentimiento (núm. 10) preceptuados en el artículo 20 del Código penal.

- *Culpabilidad y necesidad preventiva*

La culpabilidad es uno de los elementos esenciales del delito. No basta pues que la acción sea típicamente antijurídica para agotar la teoría del delito, sino que ésta ha de ser responsable, y en ciertos casos, resultan necesarias las condiciones objetivas de punibilidad. La naturaleza jurídica de la culpabilidad es explicada dentro de la polémica por tres principales corrientes doctrinarias:

---

<sup>11</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, España, 1996), 276.

<sup>12</sup> Vid. Claus Roxin, *Fundamentos: La estructura y la teoría del delito*, Tomo I (Madrid: Editora Civitas S.A., España, 1997), 219.

### *Corriente psicológica*

La corriente psicológica tiene como principales sostenedores a Sebastián Soler, Nelson Hungría, Fontan Balestra y otros; su fundamentación se basa en la relación subjetiva que existe entre la voluntad del autor y el acto ejecutado por él. Para Nelson Hungría no es posible la *imputatio juris* de un resultado criminoso sino que hay relación psíquica que lo vincule al agente. Para que se considere punible un hecho no basta la existencia del vínculo causal objetivo entre la acción u omisión y el resultado, ni su encuadramiento formal en un artículo de la ley penal, sino que es necesaria la culpabilidad. *Sensu lato* del agente, esto es, que haya habido una voluntad de actuar, libre y conscientemente, con el fin de obtener un resultado antijurídico, que a pesar de haberse representado la posibilidad de que esto ocurriese, o por lo menos, que revele no obstante la previsión del resultado, una inexcusable inadvertencia o imprudencia. Para esta corriente, imputabilidad e ilicitud son los presupuestos de la culpabilidad; la primera es el presupuesto subjetivo y la segunda el presupuesto objetivo.

### *Corriente normativa*

La corriente normativa sostenida por Reinhart y Frank tiene como sus principales seguidores en Freudenthal y Goldschmidt, siendo su más grande representante Edmundo Mezger. Esta tendencia hace depender la culpabilidad de la desvaloración de la actitud espiritual del autor, con respecto a la conducta que el realiza, considerada en su totalidad. El simple hecho psicológico no agota la culpabilidad, porque sobre ella debe caer una valoración normativa de quien juzga. La culpabilidad es considerada en el juicio del reproche por el juzgador, ya que interpreta la responsabilidad penal, pues solo es culpable aquél a quien se le puede exigir cierto comportamiento.

### *Corriente finalista*

La corriente finalista tiene su más alto representante en Hans Welzel, y tiene entre sus seguidores a Maurach y Niese. Para esta escuela la esencia del concepto de culpabilidad consiste en la posibilidad de hacer al autor el juicio de valor por haber obrado contra el derecho habiendo podido hacerlo conforme a él. Romero Soto entiende que la culpabilidad se compone de tres elementos: la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento de lo injusto, y la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma; estos tres elementos constituyen apreciaciones que están fuera de la cabeza del agente, por lo general en la del juez, lo cual libra al concepto de culpabilidad de todo psicologismo, esto es de toda posibilidad de autovaloración por parte del agente.

### *Corriente funcionalista*

Tomando como base el estructural funcionalismo sociológico norteamericano teniendo como principales exponentes a Talcot Parsons, Robert Merton y Niklas Luhmann, es que se desarrolla el Nuevo funcionalismo alemán teniendo como principal exponente a Günther Jakobs quien defiende su teoría de la prevención general positiva y la necesidad de vigencia segura de la norma. Es en la corriente funcionalista donde la culpabilidad tiene el deber de establecer si el agente es un sujeto capaz para esta demostración o si el sujeto puede ser alejado de la antijuridicidad de su accionar sin necesidad que la generalidad discuta sobre la validez de la norma que se infringió. Partiendo de esta teoría sociológica sistémica, Jakobs define la culpabilidad como “asunción de una defección en relación a la motivación dominante respecto de un comportamiento antijurídico y esta asunción se da cuando falta la disposición de motivarse por la norma correspondiente, y este fallo no puede hacerse comprensible de modo que no afecta la confianza general en la norma; la culpabilidad por ello concreta infidelidad al Derecho, conciencia y fin es la finalidad del sistema”<sup>13</sup>. Es así que la culpabilidad tiene como base las necesidades sociales de una imputación externa de responsabilidad (la cual depende de las presiones sociales que desee imponer la sociedad o por el contrario que esté dispuesta a aceptar), no siendo por tanto un mero reproche ético individual sujeto a una capacidad personal del agente. En tal sentido, mediante el funcionalismo extremo lo que se busca a fin de cuentas es que la sociedad y el Derecho Penal aspiren a proteger nuestro sistema social mediante la estabilidad de la norma. A diferencia del funcionalismo mesurado de Roxin que propone la vinculación de la dogmática jurídico – penal con la finalidad político criminal, logrando así incluir las consecuencias externas al sistema del derecho penal.<sup>14</sup>

En cuanto a los **presupuestos de la culpabilidad** estos elementos son:

### *Capacidad de culpabilidad*

La culpabilidad, se basa en que el autor de la infracción penal tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. El conjunto de estas facultades mínimas requeridas se le llama imputabilidad, y actualmente se le denomina capacidad de culpabilidad. Quien carezca de esa capacidad sea por no tener la madurez suficiente, por sufrir de graves alteraciones psíquicas, no podrá

---

<sup>13</sup> Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zure* (Berlin - New York: Walter de Gruyter, chnungslehre 2ª ed, Deutschland – Vereinigte Staaten, 1991), 476.

<sup>14</sup> Vid. Claus Roxin, op. cit., 204.

ser declarado culpable, empero tampoco responsabilizado penalmente de sus actos, por más que sean típicos y antijurídicos dichos actos. La imputabilidad está referida al momento de la comisión del hecho. En caso contrario existe la denominada “*actio libera in causa*” que constituye una excepción a él, y por el cual se considera imputable al sujeto que al tiempo de cometer los actos típicos y antijurídicos no lo era, pero si resultó imputable al momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica. Como ejemplos clásicos tenemos: el que se embriaga a sabiendas que bajo ese estado se torna agresivo y ataca a las personas, o el que se embriaga y droga para cometer un robo.

### *Conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido*

La norma penal solo puede motivar a la persona en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. El conocimiento de la antijuricidad no debe estar referido al contenido exacto del precepto legal infringido o a la penalidad concreta del hecho; bastará solo con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho está jurídicamente prohibido y resulta contrario a las normas elementales de convivencia. A fin resolver el asunto del conocimiento de la antijuricidad hay que recurrir al concepto de la función motivadora de la norma penal, que es aquella función de comunicación y participación que culmina el proceso de socialización del individuo. Solo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, sub cultura, etc.) podrá plantearse el tema de la antijuricidad. En una sociedad en la que coexisten distintos sistemas de valores, habrá que admitir que algunos individuos que aun pudiendo conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen este problema cuando ese hacer es normal dentro del grupo social al cual pertenecen.

### *Exigibilidad de un comportamiento distinto*

Normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles ni heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Entonces, lo que determina el actuar del sujeto de una u otra forma es la situación anormal que se presenta, mas no la valoración que se hace sobre el sujeto, puesto que su enfoque ya fue visto en la capacidad de culpabilidad. La exigibilidad del comportamiento implica un juicio *ex ante* al momento del suceso realizado por el sujeto, apreciándose las circunstancias que motivaron su conducta y confrontándola con el comportamiento social del ciudadano medio ante tal situación.

Las causas de inculpabilidad son: la inimputabilidad, minoría de edad o error de prohibición. También habrá exculpación para el sujeto si obró bajo estado de necesidad exculpante o miedo insuperable.

En este elemento jurídico se reconoce el conflicto (varones versus mujeres; varones versus varones; hombre versus naturaleza; persona individual versus persona colectiva, etc.), apreciado desde diferentes posturas (fiscal o abogado defensor), en tal sentido el abogado al no ser equiparable a un director teatral, no interpreta en última instancia el conflicto (Teoría del hecho punible), y su solución (Teoría de las consecuencias jurídicas del hecho punible), pues ello le corresponde por lo general al juzgador. Mientras, el director teatral (dramaturgo) lo interpreta en última instancia desde su punto de vista, y el actor lo ejecuta; es así que el guion (contiene el conflicto y la solución), es un texto escrito (similar al ámbito legal preceptuado en el Código Penal y leyes penales especiales escritas), elaborado por el dramaturgo que lo interpreta desde su postura (ámbito de libertad actoral). Entonces en el alegato inicial, el guion que contiene un conflicto, comprende su esencia (Teoría del hecho punible, más el lema), pero no la expresión (concreta la trama en el interrogatorio). Además, la solución que se propone del conflicto, es una posible tentativa de final del guion, pues existen sagas teatrales, películas o series. Mientras, en el alegato final, el guion es la solución definitiva del conflicto que se sugiere, ya que existen diferentes posturas de las partes, es decir en términos de actuación teatral, se expresa en el final de las acciones.

### c) Elemento probatorio o teoría probatoria

Son las pruebas que se presentan para determinar el aspecto factico y jurídico, con la finalidad de apreciar las fortalezas y debilidades de nuestra teoría del caso, mientras, en el ámbito teatral se reconoce la trama, como una sucesión de hechos, personajes, etc. que van perdiendo o superando, todos los obstáculos para conseguir sus objetivos que se presentan durante la acción, siempre que la trama se plantee como una estrategia adecuada. También, en el alegato inicial se aprecia que las pruebas se perciben en futuro “promesa”, pues ello se puede apreciar en el expediente, aunque en Sala de audiencia no se sabe lo que puede suceder, pues las pruebas para ser consideradas como tales, se someten a examen; mientras que el actor teatral ejecuta el trama en presente y en forma gradual y lógica (como transcurre la acción dramática), aunque perder o superar sus objetivos, tiene implicancias futuras, por eso el observador del teatro no sabe lo que va a suceder en una obra, es decir el actor teatral piensa en específico y se desenvuelve en el aquí y ahora; similar al abogado que piensa en específico y ejecuta en presente, pero con implicancias futuras. En el alegato de clausura se aprecia la prueba desde el pasado, es decir lo que se desarrolló en el juicio oral; similar a la trama que se ejecuta en el presente una conclusión que se obtuvo en el pasado inmediato, pues al terminar las acciones, el resto es silencio (dinámico), pues es una acción mental que tiene una expresión (equilibrio estratégico).

En el ámbito jurídico la prueba idónea es el elemento que permite formular acusación por el fiscal o establecer que el imputado no se encuentra comprometido en los hechos cuando se

trata del abogado defensor. Estos medios probatorios (prueba testimonial, documental, pericial, etc.) resultan satisfechos si se relacionan con cada afirmación fáctica demostrada, por tanto, cada sujeto procesal busca el mejor medio de prueba (evidencia personal, documental, real, directa o circunstancial) que sustente su proposición fáctica. El abogado defensor no solo se limita a estructurar sus fundamentos racionales, puesto que también optará por negar los cargos que se le imputan a su cliente (ejemplo: acusación basada en un solo indicio) o proponer un hecho alternativo (ejemplo: el actuar del agente no es el de homicidio sino de legítima defensa)<sup>15</sup>. En este último caso “le corresponde al procesado probar su exculpación, defensa afirmativa admitida por la praxis judicial y el modelo procesal penal adversativo regulado”<sup>16</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La presente investigación arriba a las conclusiones siguientes:

1. La teoría del caso penal y teatral es la tesis de solución que presentan las partes procesales o los actores teatrales durante el proceso penal o en la obra teatral, y que tiene por finalidad que el juzgador o el público le crea su versión del hecho o historia, calificación jurídica o guion, y aporte probatorio o trama, alejado de cualquier intención de manipulación ilícita.
2. La expresión corporal cotidiana y la expresión corporal artística, determina el proceso, el resultado y la traducción del resultado.
3. En la expresión corporal cotidiana, se reconoce el esquema de movimiento (posibilidades o limitaciones), esto se sujeta en particular a su modo de alimentación, cultura, biología, etc. El abogado no reconoce su expresión corporal cotidiana.
4. La expresión corporal artística, significa que el sujeto amplía su registro de movimiento, y al hacerlo resulta más sensible para establecer relaciones humanas, en tal sentido se recomienda que el abogado lleve cursos de oratoria, música, danza, teatro, fútbol, vóley, etc.
5. Movimiento, es el traslado del cuerpo de un punto a otro. El énfasis está en el transcurso, espacio – tiempo (proceso).
6. Acción, es el traslado de un punto a otro, para satisfacer una necesidad, como ir a la oficina para traer las copias del expediente (resultado).

---

<sup>15</sup> Cfr. Javier Ysrael Momethiano Santiago y Fernando Ramos García, “Litigación penal y su representación teatral” (Lima, acceso el 28 de agosto de 2022), <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1548/1527>, 213 – 222.

<sup>16</sup> Javier Ysrael Momethiano Santiago, “Legítima defensa como ratificación y no represión del derecho penal material y formal”; en *El penalista de la América Austral. Ofrenda académica al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni*, (Arequipa: Pangea, Perú, 2010), 142.

7. Gesto, es el conjunto de movimientos que tiene una comprensión verbal (traducción del resultado),
8. El abogado debe desarrollar técnicas de selección, referido a sus desplazamientos, gestos y con relación a los objetos, para que genere atención de tipo psicológico en el juzgador y pueda convencerlo.
9. El tipo que comprende su aspecto objetivo (libreto) y subjetivo (interiorización del rol en relación con el libreto), proporciona un análisis reducido del elemento jurídico o guion de la teoría del caso penal o teatral, puesto que es indispensable apreciar los demás elementos del hecho punible.
10. Los elementos fáctico o historia, jurídico o guion, y probatorio o trama de la teoría del caso penal y teatral son concurrentes y se estructura su orden según alegato de inicio (similar a levantar el telón de la obra teatral) o alegato de cierre (semejante a la última escena de la obra teatral). La teoría del caso penal y teatral solo será considerada una buena historia que presenten las partes o los actores, si no se toma en cuenta el elemento probatorio o trama; o será una simple historia, si no se considera el elemento jurídico o guion, y probatorio o trama.
11. La apreciación de la teoría afirmativa y negativa del hecho punible (elemento jurídico o guion); las circunstancias, móviles, lugares, etc. (elemento factico o historia); y documentos, videos, audios, etc. (elemento probatorio o trama) deberán estar contenidas en los alegatos.

## REFERENCIAS

- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. *Litigación penal juicio oral y prueba*, Lima: Editorial Alternativas, 2005.
- Bin, Sun. *El arte de la guerra II*. Lima: Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, 2010.
- Gandhi, Mahatma. *El arte de la no Violencia*, s.e. Buenos Aires: s.a., acceso el 30 de abril de 2017, [http:// www.infotematica.com.ar](http://www.infotematica.com.ar)
- Hassemer, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1984.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin - New York: Walter de Gruyter, chnungslehre 2ª ed., 1991.
- Mauet, Thomas A. *Estudios de técnicas de litigación*. Trad. Karen Ventura Saavedra. Lima: Jurista Editores, 2007.
- Momethiano Santiago, Javier Ysrael. “Legítima defensa como ratificación y no represión del derecho penal material y formal”; en *El penalista de la América Austral. Ofrenda académica al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni*. Arequipa: Pangea, 2010.
- Momethiano Santiago, Javier Ysrael y Ramos García, Fernando. “Litigación penal y su representación teatral”. Lima, acceso el 28 de agosto de 2022, <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1548/1527>
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis editores S. A., 2006.
- Roy Freyre, Luis Eduardo. *Derecho Penal*. Parte especial. Tomo I. Lima: AFA Editores importadores S. A., Segunda edición, 1986.
- Roxin, Claus. *Fundamentos: La estructura y la teoría del delito*. Tomo I. Madrid: Editora Civitas S.A. 1997.
- Sánchez Velarde, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa, 2009.

RECIBIDO: 28/08/2022

APROBADO: 15/11/2022



*Torito.* Óleo sobre lienzo, 100 x 81 cm.  
Diego Alcalde, artista plástico peruano (Lima, Perú 1986)  
<https://www.instagram.com/diegoalcaldeart/?hl=es>