

Litigación penal y su representación teatral
Criminal Litigation and its Theatrical
Representation

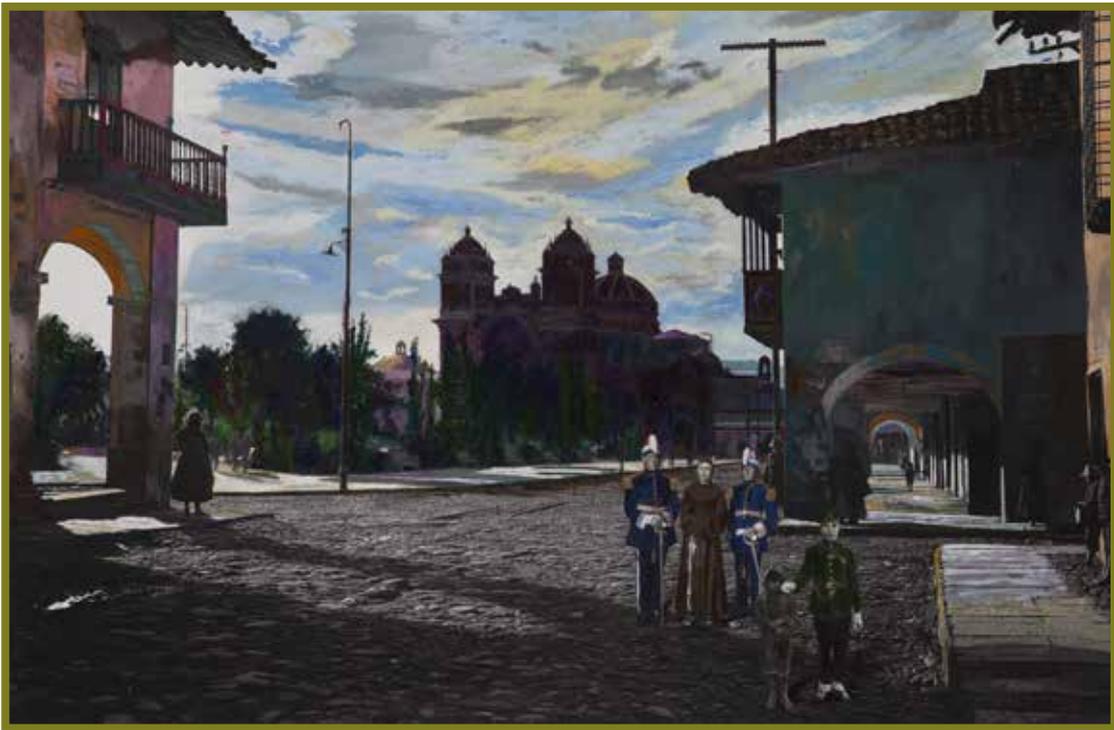
Javier Ysrael Momethiano Santiago,* Fernando Ramos García**

DOI: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i21.1548>

- * Magíster en Derecho Penal, egresado del Doctorado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y especializado en Destrezas de Litigación Oral por California Western School of Law (EEUU).
Correo electrónico: momethianoabogados@yahoo.es
- ** Profesor en Actuación y Pedagogía Teatral de la Escuela Superior de Arte Dramático; docente de Teatro y Oratoria en la Universidad Nacional del Callao; y profesor invitado de Litigación Oral de la Universidad Nacional Federico Villarreal.
Correo electrónico: ramos.fernando20@gmail.com

Lex





Plaza de Armas. Enrique Polanco.
<https://www.facebook.com/enriquepolancopintor/>

RESUMEN

La oralidad se caracteriza por registrar tecnológicamente las actuaciones orales en el proceso penal. Esto determina que el juzgador le crea su versión de hechos, calificación jurídica, y aporte probatorio, aunque se estructura su orden según el alegato de inicio o cierre. Este alegato es el libreto del justiciable que asume el letrado en el juicio oral que es llevado a cabo en un escenario llamado sala de audiencias, siendo el juez penal unipersonal o colegiado, semejante al productor, director, actor, y dramaturgo teatral, pues el letrado es semejante al director, actor y dramaturgo teatral al ser creaciones colectivas, mientras que el acusado, la víctima, o el tercero civilmente responsable, son semejantes a los actores o actrices teatrales. Entonces el juicio o drama que se inicia con el alegato apertura avanza con la actuación probatoria y termina con el alegato de cierre, es semejante a levantar el telón, efectuar diálogos y a la escena última de una obra teatral.

Palabras clave: *litigación penal, representación teatral, persuasión, teoría del caso, y juzgamiento penal.*

ABSTRACT

Orality is characterized by technologically recording oral proceedings in the criminal process, this determines that the judge creates his version of events, legal qualification, and evidence, although its order is structured according to the beginning or closing argument. This plea is the libretto of the defendant that the lawyer assumes in the oral trial that is carried out in a scenario called the hearing room, being the unipersonal or collegiate criminal judge, similar to the producer, director, actor, and theatrical playwright, since the lawyer is similar to the director, actor and theatrical playwright in being collective creations, while the accused, the victim, or the third party who is civilly responsible, are similar to the actors or theatrical actresses. Then the trial or drama that begins with the opening plea, advances with the evidentiary action and ends with the closing argument, is similar to raising the curtain, making dialogues and the final scene of a play.

Key words: *criminal litigation, theatrical representation, persuasion, case theory, and criminal prosecution.*

I. ORALIDAD

En el sistema escritural existía la oralidad, pero se entendía como una excepción a la regla; en tal sentido, el sistema oral se caracteriza por registrar tecnológicamente las actuaciones orales en el proceso penal, pues la oralidad resulta ser la regla, y es su excepción lo escriturario. El sistema de jurado anglosajón (compuesto por ciudadanos legos y dirigido por un magistrado) escabinado (compuesto por ciudadanos legos y magistrados, siendo relevantes estos últimos) y mixto (combinación de los anteriores), no se aplican en nuestro país; por tanto, se exige que los discursos orales del fiscal, abogado defensor, actor civil y el tercero civilmente responsable tengan un buen nivel argumentativo y persuasivo dirigido al juzgador profesional del derecho. Esta técnica de la persuasión implica:

- a) Utilizar la palabra “porque” para explicar o argumentar el caso;
- b) Emplear la rima en las palabras, por ejemplo: “si puedes probar debes acusar”;
- c) Humanizar a la persona que se patrocina;
- d) Cooperación del juzgador para evitar que se distraiga;
- e) Utilizar los elementos de la teoría del caso;
- f) Emplear la táctica del espejo;
- g) Vestirse como los demás;
- h) Escuchar nuestro nombre y apellido, por ejemplo: señor Juez José Pardo Saldarriaga;
- i) Utilizar el efecto advertencia, en caso de que las personas se resistan a ser convencidas;
- j) Emplear variables de credibilidad, honestidad, trabajo, etc.;
- k) Comunicar con adecuado nivel dogmático el mensaje, sin que se aprecie el efecto bumerán, pues el receptor varía la situación y responde con actitudes cambiantes;
- l) Emplear las fuentes del derecho penal;

- m) Reconocer la tendencia doctrinal del juzgador a través de su reacción al proponer el letrado su teoría del caso;
- n) Agradecer un consejo;
- o) Emplear energía al hablar; si no, se resta credibilidad;
- p) Utilizar el lenguaje no verbal, en sus siguientes modalidades:
 - Kinésico. Es el significado de los movimientos corporales de la cabeza, tronco, brazos, manos y piernas.
 - Proxémico. Es el estudio del espacio, específicamente la proximidad o alejamiento de los objetos o personas en el momento que interactúan. Este espacio puede ser fijo (limitado por estructuras inmóviles, como es el caso de la ubicación de los escritorios en la sala de audiencias) y semifijo (zona ubicada alrededor del cuerpo, por ejemplo: el acusado se encuentra sentado junto a su abogado defensor). En cuanto a la distancia, se aprecia más en la sala de audiencia una distancia social (personas que no tienen amistad, como es el caso de la ubicación de la parte acusada separada de la parte acusadora) y pública (grupo de personas que miran el desarrollo del juicio oral), aunque excepcionalmente se observa una distancia íntima (zona de mucha confianza entre el juez penal y su especialista al solicitar un consejo) y personal (conversación del juez penal con su especialista que generalmente culmina en un mandato). Por último, la distribución fija del espacio de la sala de audiencia no es en forma centrípeta, sino centrífuga, en razón a la colocación de los bienes muebles.
 - Oculésico. Estudia el comportamiento de la mirada hacia la derecha o izquierda, así como arriba, abajo, etc.

II. TEORÍA DEL CASO

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,¹ puesto que permiten construir una historia clara y relevante con contenido penal al ser producto de la conjunción de la hipótesis **fáctica, jurídica y probatoria**. En tal sentido, es un razonamiento —jurídico o extrajurídico— oral, retórico y dialéctico como destreza de su aplicación, ya que su comunicación persuasiva debe ser una coherente historia que dramatiza y humaniza el letrado. Por eso Muñoz Neira considera que la teoría del caso “en el fondo es

¹ 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 Mahatma Gandhi. Buenos Aires, *El arte de la no violencia* (Buenos Aires), 3, acceso el 30 de abril de 2017, [http:// www.infotematica.com.ar](http://www.infotematica.com.ar)

un proyecto de ‘vida’ del juicio para cada una de las partes”.² Para Mauet, “la teoría del caso, antes que nada, explica por qué la gente implicada actuó del modo en que lo hizo”;³ 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”.⁴ La recalificación jurídica realizada por el juzgador penal a la acusación fiscal no implica plantear una teoría del caso, ya que este no controla en el nuevo 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 llevaría a renunciar a la oralidad que propulsa el nuevo modelo procesal penal de rasgos adversariales. En general, la teoría del caso se construye desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho 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 durante la investigación preparatoria, las cuales deben ser saneadas y fortalecidas en la etapa intermedia, para que se conviertan en teoría y se presente en el juicio oral. En lo particular, las partes procesales estructuran su teoría del caso con proposiciones fácticas —una o varias— encuadradas en elementos legales que determinan el delito, sustentadas con medio probatorios, con el fin de presentar un relato lógico (entendimiento cronológico del tema), creíble (seguridad de lo que se narra) y persuasivo (convencimiento del juzgador). 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, segundo lo fáctico y por último lo probatorio;
- b) Primero el elemento fáctico, luego el probatorio y finalmente el jurídico;
- c) Primero el elemento probatorio, segundo lo fáctico y tercero lo jurídico.

Estas dos últimas sirven para estructurar nuestros alegatos como lo analizaremos más adelante, mientras que la primera estructura se utiliza en otros países. Para preparar la teoría del caso, debemos comenzar realizando nuestro alegato de cierre, mediante cambio de roles, lluvia de ideas, discusión y diálogo del asunto, con colegas, estudiantes y no letrados. En definitiva, si los hechos no son subsumibles dentro de la figura penal solo tendremos una simple historia, pero no un caso penal; asimismo, no habrá caso penal y solo una historia delictiva, si los hechos encuadran en la figura penal, sin aporte probatorio.⁵

² Orlando Muñoz Neira, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos* (Bogotá: Legis Editores S. A., 2006), 167.

³ Thomas A. Mauet, *Estudios de técnicas de litigación*. Trad. Karen Ventura Saavedra (Lima: Jurista Editores, 2007), 61.

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

⁵ Sin embargo, los letrados que combaten “erróneamente o sin método obtendrán pequeñas victorias por guerra de agotamiento”, según Sun Bin, *El arte de la guerra II* (Lima: Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, 2010), 68.

II.1. 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

II.2. 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 raciocinios 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.
- 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 juzgamiento, pero sin que estos resulten extremos, puesto que se afectaría la credibilidad de esta.
- 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 deja de ser persuasiva.

- 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, ya sea poniendo énfasis en la condena o absolución del procesado.
- l) Utiliza proposiciones fácticas. Significa que las partes procesales relacionan las afirmaciones fácticas con los elementos legales, sustentando nuestra versión del caso.

II.3. Elementos de la teoría del caso

La presentación del caso por las partes tiene por finalidad ofrecer puntos de vista que pretenden que el tribunal lo aprecie en el juicio, valorando los elementos siguientes:

- a) **Elemento fáctico o teoría fáctica.** Estos elementos fácticos 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”.⁶ 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.
- b) **Elemento jurídico o teoría jurídica.** Es la aplicación de la ley penal a los sucesos ocurridos (principio de legalidad), es decir que se analizan los elementos del hecho

⁶ Pablo Sánchez Velarde, *El nuevo proceso penal* (Lima: Idemsa, 2009), 196.

punible⁷ 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 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 (realización del 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,⁸ 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:

- **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). Solo para fines didácticos nos permitimos separar la conducta de la tipicidad.

Las causas de ausencia de acción son fuerza física irresistible, movimiento reflejo o estado de inconsciencia.

- **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. 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:

⁷ Vid. Luis Eduardo Roy Freyre, *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I. Segunda edición (Lima: AFA Editores importadores S. A., 1986), 511.

⁸ Vid. Winfried Hassemer, *Fundamentos del derecho penal* (Barcelona: Bosch Casa Editorial S. A., 1984), 253-256.

- 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.
- El aspecto subjetivo está referido a la postura psicológica del autor de la comisión de un evento criminoso. 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 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”.⁹ Cabe aclarar que el injusto no solo comprende al campo penal sino también al civil.

Las *causas de justificación* son: legítima defensa (núm. 3), estado de necesidad justificante (núm.4), obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (núm. 8), obediencia jerárquica (núm. 9), y 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 esta ha de ser responsable, y en ciertos casos, resulta necesario las condiciones objetivas de punibilidad. La naturaleza jurídica de la culpabilidad es explicada dentro de la polémica por tres principales corrientes doctrinarias:
 - *Concepción psicológica.* La concepción 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*

⁹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 276.

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 teoría, imputabilidad e ilicitud son los presupuestos de la culpabilidad; la primera es el supuesto subjetivo y la segunda el supuesto objetivo.

- *Concepción normativa.* La concepción 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 él 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 aquel a quien se le puede exigir cierto comportamiento.
- *Concepción finalista.* La concepción 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.
- *Concepción funcionalista.* Tomando como base el estructural funcionalismo sociológico norteamericano y teniendo como principales exponentes a Talcot Parsons, Robert Merton y Niklas Luhmann, 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 concepción 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 de 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”.¹⁰ 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 mediano 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.

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 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 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 sí 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.

¹⁰ Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner teil; Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Segunda edición (Berlín - New York: Walter de Gruyter, 1991), 476.

- *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 de 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, subcultura, 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.

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; por tanto, 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). 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”.¹¹

III. JUICIO ORAL

El juicio-drama es la etapa del proceso penal que está constituida por un conjunto de debates orales, sobre la base de la investigación preparatoria y que se lleva a cabo en la sala de audiencias —semejante al escenario teatral— por el juzgador penal unipersonal o colegiado dentro de un proceso penal común. El juzgado penal colegiado está integrado por tres jueces a quienes se les encarga el juicio oral y su resolución en los ilícitos que tengan en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años; por tanto, el juzgador penal unipersonal conoce los ilícitos donde no son competentes los juzgados penales colegiados. Si el juzgamiento se lleva a cabo contra el presidente de la república, ministros de Estado, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, jueces supremos, fiscales supremos, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar o el contralor general de la república, la sala penal especial de la Corte Suprema será la competente dentro de un proceso penal especial.

III.1 Intervinientes para el desenvolvimiento del juicio oral

Para que se realice el juicio oral, es necesaria la presencia del juzgador penal, el representante del Ministerio Público, el acusado, el abogado de la defensa, la persona jurídica, la víctima, el querellante particular y el tercero civil. Si el testigo o perito no puede ser localizado para ser conducido compulsivamente, el juzgamiento continuará, prescindiendo de esta prueba de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 2, artículo 379 del CPP.

- a) **El juez penal unipersonal o el presidente del juzgado colegiado.** *El juez penal — semejante al productor, director, actor y dramaturgo teatral, como creación colectiva— tiene a su cargo la dirección del juzgamiento respetando el debido proceso¹² así como los principios constitucionales, y queda bajo su cuidado el orden de las sesiones, velando por el esclarecimiento de la verdad.¹³ La utilización de la persuasión permite clasificar al juzgador en:*

¹¹ 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, 2010), 142.

¹² *Vid.* Sentencia Casatoria N° 14-2009 / La Libertad, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia penal, constitucional penal y procesal penal* (Lima: Jurista Editores, 2012), 707-708.

¹³ Ávila, Borinsky, Fernández y Lago, *Sistemas procesales penales comparados* (Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 1999). 101-102.

- Rígido. Es el magistrado drástico y al que se le persuade, apelando a sus sentimientos.
- Líquido. Es el juzgador que se encuentra en duda permanente y que debe ser convencido por varios argumentos coherentes que despejen todas sus dudas.
- Flexible. Es el magistrado que se distancia de la solemnidad y se deja convencer con argumentos racionales.

Este sujeto procesal tiene las potestades siguientes:

- *Dirección*. Es el poder que el juzgador penal tiene respecto a ordenar que se realicen en forma planificada el principio, el avance y el término del juzgamiento, es decir, actuar eficientemente de manera técnica y metódica durante los debates orales. Además, le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes.
 - *Disciplinaria*. Es el poder que tiene el juzgador para mantener la tranquilidad, el respeto a la autoridad y el orden en la sala de audiencias, así como ordenar la expulsión de aquel que perturbe el desenvolvimiento del juzgamiento y disponer que se detenga al sujeto que ocasione amenazas o agresiones, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiera lugar; en este sentido, los aplausos, silbidos, gritos u otros gestos están prohibidos; de darse este caso, el juez penal unipersonal o el presidente del juzgado colegiado les llamará la atención a fin de que guarden el orden, puesto que de persistir con esta actitud, dispondrá que estas personas salgan de la sala de audiencias donde se realiza el debate oral, teniendo para ello la ayuda policial si fuera necesaria. Si el abogado defensor faltare el respeto al juzgador, este le llamará la atención, pudiéndosele expulsar de la sala de audiencias como sanción disciplinaria de continuar con su gesto. En este caso, podrá ser reemplazado el letrado por el que designe la parte interesada dentro de las veinticuatro horas o en su lugar se le designará un defensor de oficio.
 - *Discrecional*. Es el poder que tiene el juzgador unipersonal o el presidente del juzgado colegiado de actuar libremente en forma eficaz, precisa e inteligente ante una circunstancia no esperada y no reglamentada en la legislación sin que esto signifique arbitrariedad. Un ejemplo de esto lo podemos apreciar en el caso de declarar impertinentes las interrogantes hechas de manera ambigua, capciosa u oscura por el abogado.
- b) **Representante del Ministerio Público.** Es el fiscal en lo penal —semejante al director, actor, y dramaturgo teatral, como creación colectiva— titular de la acción penal y quien tiene la carga de la prueba, encargado de emitir su acusación respetando las exigencias concurrentes del principio de legalidad,¹⁴ solicita el sobreseimiento del

¹⁴ Vid. Sentencia Casatoria N° 11-2007 / La Libertad, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 703.

proceso, formula preguntas a las partes, ofrece medios probatorios e interpone recursos impugnatorios. Razón por la cual Levene lo considera como parte pública en sentido sui generis.¹⁵ En la audiencia, la presencia del representante del Ministerio Público es indispensable; en caso contrario se le excluirá del juzgamiento de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 6, artículo 359 del CPP. Si este magistrado no pudiera intervenir en el juzgamiento, su adjunto lo deberá hacer en virtud a lo contenido en el Art. 23, 25 y 27 de la L.O.M.P. “Este órgano autónomo, llamado Ministerio Público, es el encargado de elaborar las políticas con arreglo a las cuales se organiza la persecución criminal y se le entregan las competencias para dirigir con facultad de imperio las tareas de investigación policial”.¹⁶ Esta facultad es apreciada muchas veces en la sala de audiencias, a través de la corbata roja o vestimenta roja que usa el magistrado.

- c) **El acusado.** Es la persona física —semejante al actor o actriz teatral— a quien el fiscal penal en su acusación califica de autor o partícipe de un hecho tipificado como ilícito. La concurrencia del acusado a la audiencia es indispensable para la realización del juzgamiento de acuerdo a lo establecido en el artículo 367 del CPP. Si este no asistiera al proceso penal será considerado como reo ausente o contumaz según el caso, debiéndose dictar las requisitorias y edictos correspondientes, y reservar el proceso hasta que estos sean habidos.
- d) **Abogado defensor.** Es el letrado —semejante al director, actor, y dramaturgo teatral, como creación colectiva— con estudios universitarios y título legítimo que ejerce el derecho. Según Asencio Mellado, a la “abogacía le compete la defensa, entendida en sentido amplio y tanto desde posiciones activas cuanto pasivas en el proceso de los intereses de los ciudadanos, así como otra serie de conflictos con relevancia jurídica”.¹⁷ El defensor designado por el imputado y los abogados de oficio conforman el Ministerio de Defensa; en tal sentido, su inconcurrencia a la audiencia impide iniciar el juzgamiento conforme lo establece el artículo 367 del CPP. Si el abogado no pudiera concurrir a la audiencia por enfermedad u otro impedimento, será remplazado por otro defensor, aplazando la sesión a fin de que el nuevo letrado tome conocimiento del proceso. El juzgador penal, a fin de garantizar el derecho de defensa, siempre debe preferir al defensor designado por el procesado, que al abogado de oficio nombrado por este. El letrado designado deberá ir con vestimenta o corbata azul —implica diálogo— a la sala de audiencias.

¹⁵ Vid. Ricardo Levene, *Manual de derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editora Plus Ultra, 1975), 158.

¹⁶ Rafael Blanco Suárez, *et al.*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal* (Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005), 8.

¹⁷ José María Asencio Mellado, *Introducción al derecho procesal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), 159.

- e) **Persona jurídica.** Con la finalidad de aplicar el artículo 104 y 105 del Código Penal es que el nuevo modelo procesal penal introduce a la persona jurídica como parte procesal pasiva. La inclusión formal de este ente jurídico al proceso penal se encuentra establecida en el artículo 91 del CPP. Además, es necesario “establecer una ‘cadena de atribución’ que conecte a la persona jurídica o a sus órganos con acciones de facilitación, favorecimiento encubrimiento del hecho punible. Y consecuentemente, se deberá, en base a lo anterior, desarrollar una fundamentación jurídica de la razón inclusiva del ente colectivo en el proceso penal”.¹⁸
- f) **Víctima.** Se entiende por víctima —semejante al actor o actriz teatral— la persona ofendida directamente por la comisión del ilícito penal, y aparece en el proceso penal como:
- **Agraviado.** Es la persona física a quien se le ha causado directamente un menoscabo a su salud, vida, propiedad, honor, etc. —bienes jurídicamente protegidos— por la comisión de un ilícito penal, o quien es perjudicado por las secuelas del mismo. “Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima y el autor está obligado a reparar tal perjuicio; por ello, como consecuencia del delito surgen dos acciones, una dirigida a obtener la aplicación de la sanción penal y otra dirigida a obtener el resarcimiento por el daño causado”.¹⁹ Si el perjuicio es ocasionado al Estado o a un ente jurídico, se nombrará un representante conforme a lo establecido en la normatividad.
 - **Actor civil.** La acción reparatoria puede ser ejercitada por el agraviado o por quien la ley civil considera legitimado de reclamación. La persona que no ejerza de por sí sus derechos será representada por sus personeros legales. La persona que sea constituida como actor civil dentro del proceso penal puede promover incidentes, concurrir a la audiencia, impugnar las resoluciones que la ley le permite e informar analizando los hechos, pero no pudiendo calificar el delito ni solicitar pena, debiéndose limitar a solicitar la reparación. Para Bovino la institución del actor civil solo significa la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal para reclamar una *pretensión de derecho privado que la víctima podrá reclamar de todos modos en otro procedimiento*;²⁰ en este sentido, admite el código sustantivo la unidad procesal de la acción penal y civil producido por un delito con la finalidad de tutelar tanto al agraviado como al bien jurídico.²¹ Si el actor civil no concurre al juzgamiento, se tendrá por abandonada su constitución en parte procesal.

¹⁸ Víctor Prado Saldarriaga, *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal* (Lima: Idemsa, 2009), 104.

¹⁹ Víctor Cubas Villanueva, *El proceso penal* (Lima: Palestra Editores, 2003), 163.

²⁰ Alberto Bovino, “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, en *Victimología y victimodogmática: una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal* (Lima: Ara Editores, 2003), 593.

²¹ Javier Ysrael Momethiano Santiago, *Código penal exegético* (Lima: Editorial San Marcos, 2003), 285.

- g) **Querellante particular.** Es la persona particularmente ofendida —semejante al actor o actriz teatral— por un ilícito penal; por tanto, es el titular del ejercicio de la acción penal privada (semejante al director y dramaturgo teatral). “La doctrina moderna y algunas legislaciones se han pronunciado decididamente por un incremento del elenco de delitos de acción privada, reconociendo a la víctima u ofendido todo el poder de acusar, con plena vigencia de la autonomía de la voluntad en la persecución penal, al punto de configurarse un ejemplo de sistema que se podría denominar acusatorio privado casi puro”.²²
- h) **Tercero civil.** Se entiende por tercero civil aquella persona natural (semejante al actor o actriz teatral) o jurídica que no ha participado en el hecho punible. Sin embargo, responde económicamente por el daño ocasionado por su dependiente o conductor.

III.2 Finalidad y características del juicio oral

Esta etapa tiene por finalidad examinar las pruebas presentadas por las partes a través de su teoría del caso²³ para arribar a una conclusión acerca del hecho punible y la responsabilidad del procesado y se dicte la correspondiente resolución. Además, se regula por principios fundamentales, y se caracteriza por ser:

- a) **Público.** El juicio oral tiene que llevarse a cabo en forma pública, y excepcionalmente podrá realizarse total o parcialmente privada tal como lo establece el artículo 357 del CPP. Esta etapa del proceso penal es pública, porque es libre el acceso del público al lugar donde esta se realiza con puerta abierta, concurriendo del mismo modo todos los medios de información masiva para dar publicidad. La excepción se produce cuando el juzgador penal acuerda darle carácter privado a la audiencia o considera admitir una concurrencia limitada de personas a la misma, cuando se ventilan juicios que por su naturaleza así lo exijan, como podría ser el caso de los delitos contra la libertad sexual.
- b) **Oral.** El juicio se caracteriza por el empleo de las palabras, y es, pues, oral su predominio en el desarrollo del juzgamiento por los interrogatorios, los debates orales, la exposición de la acusación fiscal, las intervenciones de los abogados, incluso la lectura de la sentencia. Por la oralidad se opera la inmediación; es así que se conoce directamente la personalidad del imputado, testigo, perito, etc., permitiendo apreciar a cabalidad la prueba.
- c) **Inmediación.** Mediante este principio el juzgador aprecia de forma directa los medios de prueba, es decir que el juez penal unipersonal o colegiado se acerca al acusado,

²² Hugo Bermudes, “La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo”, en *La víctima en el proceso penal* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997), 211.

²³ Vid. Rosa Mavila León, *El nuevo sistema procesal penal* (Lima: Jurista Editores, 2005), 139.

agraviado, testigos y peritos. Sin intermediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo. De ahí que debe protegerse la intermediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba.²⁴

- d) **Contradictorio.** En esta etapa del proceso penal se aprecian intereses opuestos que sustentan las partes, salvo aquellos casos de conformidad o allanamiento de la acusación fiscal. “Por consiguiente, la noción de prueba penal tiene como requisito esencial que haya sido sometida a debate contradictorio, con arreglo a los principios de intermediación, publicidad, oralidad y, desde luego contradicción [...]. Esta regla no significa, sin embargo, que solo se puede valorar la denominada prueba plenaria, esto es, la practicada en el juicio oral, que exige el contacto directo con los elementos utilizados en él, para lograr la convicción judicial”.²⁵
- e) **Continuo.** Iniciada la audiencia, esta continuará en sesiones consecutivas que sean indispensables hasta su culminación, salvo que se suspenda o postergue por no más de ocho días hábiles.

III.3 Desarrollo de la etapa del juicio oral

En esta fase se constituye la parte central del proceso penal,²⁶ ya que mediante la prueba se pretende convencer al juez penal sobre la inocencia o responsabilidad del acusado. Esta etapa se inicia con el auto de citación a juicio oral, formándose luego el expediente judicial, el cuaderno para debate así como otros cuadernos que ordene el ente jurisdiccional hasta la culminación del juicio oral, con la expedición de la sentencia. Si el asistente judicial del juzgado penal unipersonal o colegiado, encargado de verificar el auto de enjuiciamiento emitido por el juez de la investigación preparatoria, detecta un error o defecto en esta, lo devolverá al juzgador de la etapa intermedia del proceso penal para que lo subsane.²⁷ Entonces, la audiencia es el campo propicio en el que se realiza el juicio oral, en instancia única, permitiendo por una ficción legal que se desenvuelva en sesiones sucesivas; en tal sentido, es un acto procesal diverso, pero vinculado a la norma jurídica e indivisible a pesar de que este se efectúe en sesiones consecutivas del juzgamiento, llevado a cabo por el juez penal unipersonal o colegiado. Este debate oral por lo general es realizado en la sala de audiencias a fin de hacerlo público para los interesados. Sin embargo, es posible que esta sala de audiencias se traslade a otro sitio, distinto al de su sede, como es el caso de la declaración de un testigo en su domicilio, de una inspección ocular, etc., siempre que el ámbito territorial no afecte la publicidad del proceso, favoreciendo la celeridad del mismo y el rendimiento probatorio

²⁴ Sentencia Casatoria N° 09-2007 / Huaura, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 731-732.

²⁵ San Martín Castro, César Eugenio, *Estudios de derecho procesal penal* (Lima: Grijley, 2012), 310.

²⁶ Vid. Sentencia Casatoria N° 09-2007 / Huaura, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 731.

²⁷ Vid. Exp. N° 1021-71-2006 / Huaura, en José David Burgos Alfaro, *El nuevo proceso penal* (Lima: Grijley, 2009), 214.

de este.²⁸ Instalada la audiencia, se procede al desarrollo de la misma, teniendo en cuenta los pasos siguientes:

- a) **Apertura del juicio.** El juzgador penal debe expresar de manera específica lo que se va debatir oralmente al instalar el juicio.
- b) **Alegatos iniciales.** El letrado antes de llegar a la sala de audiencias debe tararear una melodía, con la finalidad de vocalizar adecuadamente sus palabras en el alegato. Las partes procesales deben entrar a la sala de audiencias sin mirar abajo, para luego lentamente sentarse y abrir las manos con las palmas hacia abajo sobre el escritorio y con el tronco recto. Este actuar del letrado demuestra seguridad, con la finalidad que el oponente le tenga temor. Para iniciar el alegato —semejante al libreto teatral—, el letrado deberá inclinar un poco su asiento dirigiendo su mirada al juez penal, creando un canal de comunicación. Si el fiscal expone su alegato, el abogado defensor debe mirar al juez unipersonal o colegiado,²⁹ con el objeto de llamar la atención del adversario y pierda su canal de comunicación con el juzgador. En esta exposición puede el letrado solicitarle al juez que por respeto a la sala de audiencias lo haga parado (colocar los pies separados uno del otro, sin exagerar la distancia; flexionar las rodillas; trasladarse con una finalidad; columna vertebral recta; hombros atrás ligeramente; brazos ligeramente separados y dedos medio y pulgar de las manos disimuladamente unidos; luego al comenzar hablar, manos abiertas y de karate; y efectuando contacto visual) o sentado (utilizar de forma intermedia las manos sin levantarlas o bajarlos mucho y colocando los codos sobre el escritorio, pues en caso contrario se apreciará exagerado el alegato, como si fuera una conferencia o charla). Lamentablemente, en nuestro país, la colocación de los micrófonos en la mayoría de las salas de audiencias limita a los abogados a estar sentados en su alegato. En tal sentido, se debe entender que el mensaje oral (velocidad de las palabras, tono de voz, silencio, etc.) y corporal (gestos y posturas) son simultáneos. También, es necesario realizar dos o tres respiraciones profundas o beber agua antes de iniciar el alegato, pues esto contrarresta la aceleración de nuestro organismo; por tanto, el sistema parasimpático debe desactivar los nervios producidos por el sistema simpático (aumenta el ritmo cardíaco, sudor en las manos, sequedad de la boca, etc.), derivado del cerebro emocional que detecta el riesgo y alarma a todo el organismo. También, la técnica del anclaje nos ayuda a considerar las experiencias positivas pasadas para afrontar el miedo. En definitiva, los alegatos iniciales o apertura —semejante a levantar el telón de la obra teatral— tienen

²⁸ Eloy Fernán Momethiano Zumaeta y Javier Ysrael Momethiano Santiago, *Código de Procedimientos Penales Exegético. Estudio de las normas progresivas del Nuevo Código Procesal Penal* (Lima: Editorial San Marcos, 2004), 634.

²⁹ “Es importante percibir lo que sucede a los costados sin mover los ojos”, como dice Musashi, Miyamoto, *El libro de los cinco anillos* (Librodot.com, s.l., s.a.), acceso el 30 de abril de 2017, [http:// www.librodot.com](http://www.librodot.com), 13.

por finalidad dar a conocer nítidamente al juez unipersonal o colegiado por primera vez las posiciones o pretensiones de las partes³⁰ (destacando sus enfoques: fáctico, probatorio y jurídico, así como proyectándose al final del juicio las partes respecto de lo que esperan), y consisten en las exposiciones orales (teoría del caso que planea y organiza el alegato de apertura) breves de hechos (presentación del lema o tema reflejando lo esencial de su teoría, etiquetas, y su organización cronológica) sustentadas con medios de prueba (organiza su presentación al juzgamiento, siendo prudente en no realizar afirmaciones que luego no podrá demostrar) y argumentaciones jurídicas (organización metodológica sistemática o estratégica) que se efectúan en el orden siguiente:

- La fiscalía. Presenta el hecho punible imputado, vinculado a las pruebas de cargo tanto ofrecidas como admitidas y su calificación jurídica, pues no puede existir juicio sin acusación³¹ ni acusación tácita o implícita, pero sí puede plantearse tipificaciones alternativas por el tribunal, pues no altera el objeto procesal, al respetarse la identidad entre el *fatum* acusatorio y los hechos declarados probados en la sentencia, así como la homogeneidad del bien jurídico existente.³²
- El abogado defensor del acusado. Presenta sus argumentos respecto al supuesto hecho, y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas, así como su fundamentación jurídica, pues esta parte cuenta con los mismos medios procesales que la parte contraria.³³
- El abogado del actor civil. Presenta lo acontecido y las pruebas ofrecidas y admitidas, así como los argumentos jurídicos respecto al derecho de reparación.
- El abogado del tercero civil. Presenta los hechos y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas, así como sus argumentos legales respectivos.

Concluidos estos alegatos, el juzgador pone en conocimiento del acusado sobre sus derechos, y de manifestarse si lo desea respecto de la acusación. En caso de que el acusado de su conformidad sobre la acusación admitiendo ser autor o participe del hecho punible, previa consulta con su abogado defensor, el juez declarará por terminado el juzgamiento, debiendo de resolver.

³⁰ Sin embargo, podemos hacer que “el enemigo vea mis fortalezas como debilidades y mis debilidades como fortalezas, mientras hago que sus fortalezas se vuelvan debilidades y descubro en dónde no es fuerte”, como señala Sun Tzu, *El arte de la guerra* (Lima: Fondo Editorial Cultura Peruana, 2013), 138.

³¹ Vid. Sentencia Casatoria N° 54-2009 / La Libertad, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 708-709.

³² Vid. Sentencia Casatoria N° 62-2009 / Tacna, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 713.

³³ Vid. Sentencia Casatoria N° 54-2009 / La Libertad, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 711-712.

- c) **Actividad probatoria.** “Es el conjunto de actos procesales que despliegan los sujetos procesales destinados a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba”.³⁴ Los momentos de la actividad probatoria son:
- Aportación de pruebas. Las pruebas se admiten a solicitud del representante del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales. Estos medios de prueba pueden ser nuevos o reiteran medios de prueba no admitidos en la audiencia preliminar llevada a cabo por el juez de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. La admisión de nuevos medios de prueba en el juicio oral se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad.³⁵
 - Admisión de pruebas. Esta se dará cuando la prueba tiene por objeto apreciar la imputación del hecho cometido y su respectiva secuela jurídica; por tanto, resultan inadmisibles las pruebas impertinentes, inútiles, inconducentes y prohibidas. Además, el juzgador puede limitar la admisión de pruebas al ser de imposible actuación o exageradamente cuantitativa.
 - Convenciones probatorias. Las partes acuerdan dentro del proceso que determinado medio de prueba no debería ser demostrado, puesto que resulta ser un hecho notorio. La tesis de desvinculación del juzgador se dará cuando fundamente las razones de su rechazo a la convención probatoria.
 - Actuación de la prueba. La actuación probatoria en el juzgamiento se efectúa en el orden general siguiente:
 - Examen del acusado. Este interrogatorio directo —pretende extraer informaciones indispensables para construir una teoría del caso— se realiza por el fiscal y los abogados defensores de las partes, sujetándose a las reglas del numeral 2, artículo 376 del CPP; y del numeral 1, artículo 376 del CPP. Se empezará por las interrogantes difíciles y mirando fijamente los ojos del acusado para generar tensión. Luego se harán las interrogantes fáciles y mirando entre cejas a nuestro cliente. Si el acusado al contestar la pregunta silabea las palabras puede entenderse como amenaza. En caso sean varios acusados, el orden del interrogatorio lo determinará el juzgador penal, ya sea de modo individual o separadamente a pedido de oficio o parte.
 - Examen de testigos y peritos. Este examen —semejante a los diálogos de una obra teatral e incisiva entrevista periodística— se rige por las mismas reglas del interrogatorio al acusado. Se inicia con el juramento o promesa de decir la

³⁴ Víctor Cubas Villanueva, *El nuevo proceso penal peruano* (Lima: Palestra Editores, 2009), 271.

³⁵ *Vid.* Sentencia Casatoria N° 10-2007 / Trujillo, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 733-734.

verdad, siendo interrogado primeramente por quien la ofreció como prueba; y luego por las otras partes (contrainterrogatorio) para superponer su teoría del caso. Creamos proximidad en el interrogatorio del testigo o perito, siempre que hablamos a su ritmo³⁶ (táctica del espejo). El juzgador admitirá que los peritos durante su interrogatorio puedan consultar notas, publicaciones y documentos; y en el caso de los testigos que justificadamente inconcurrieron a la sala de audiencias, el juzgador se trasladará al lugar donde este se encuentre; o permitirá, si es indispensable, la videoconferencia, delegando la actuación probatoria a un órgano jurisdiccional distinto.

- Examen de la prueba material. Esta prueba será presentada en el transcurso de la declaración del acusado, testigo y perito, con la finalidad de que estos las reconozcan e informen lo pertinente.
 - Oralización de la prueba documental. La oralización implica que el documento tiene eficacia probatoria, pues el propósito de este acto no solo es considerar el contenido del documento como relevante sino también el de ponerlo al día.³⁷ Es la incorporación de las pruebas al juzgamiento. Esta se inicia con la prueba presentada (indicando su pertinencia, relevancia probatoria y la foliación respectiva) por el representante del Ministerio Público, luego por el abogado del actor civil, el letrado del tercero civil, y el abogado defensor del imputado. Con la finalidad de sustentar su petitorio respecto del instrumento oralizado, las partes harán el uso de la palabra. Por lo demás, se deberá tener presente lo preceptuado en el artículo 383 del CPP.
 - Otros medios de prueba y prueba de oficio. Para los fines del proceso penal se puede llevar a cabo la realización de la inspección ocular o la reconstrucción de los hechos.
- Valoración de la prueba. Se observa las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, estableciendo los resultados obtenidos y los criterios adoptados. Cabe aclarar que no toda omisión de la valoración de la prueba legal introducida en el debate provoca *per se* la invalidación de la sentencia por falta de motivación, pues implicaría recoger un rígido y trivial formalismo para anular procesos sobre la base de pruebas que no son sustanciales.³⁸

³⁶ Sin embargo, “para imponerse en la lucha, lo principal es reconocer el ritmo del enemigo. La mejor forma para sorprenderlo es el uso de los ritmos inesperados” como indica Miyamoto Musashi, *El libro de los cinco anillos...*, 11, acceso el 30 de abril de 2017, <http://www.librodot.com>

³⁷ Javier Ysrael Momethiano Santiago, *La implementación progresiva de normas del Nuevo Código Procesal Penal comentadas* (Lima: Editorial San Marcos & Ediciones Legales, 2005), 73.

³⁸ Sentencia Casatoria N° 07-2010 / Huaura, en Tomás Aladino Gálvez Villegas, *Nuevo orden jurídico...*, 727.

d) **Alegatos finales.** El alegato de cierre —semejante a la escena última de la obra teatral— es el análisis que realizan las partes indicando el lema, que es un titular de la noticia periodística; etiqueta; y luego los argumentos probatorios contenidos en la acusación, vinculados a lo sucedido y sustentado legalmente; y de todo cuanto se ha actuado en la sala de audiencias (planteamiento de la teoría del caso demostrando su versión y destacando sus enfoques: probatorio, fáctico y jurídico), es decir, que “la teoría del caso, que únicamente fue anunciada en su momento a través del alegato de apertura, queda finalmente perfilada en el alegato final”.³⁹ Entonces, debe entenderse que “el alegato no puede ser producto de una trasnochada; por el contrario, la preparación del alegato final se encuentra unida a la propia preparación de la teoría del caso. Puede decirse que la preparación del alegato final se inicia al empezar la construcción del caso”;⁴⁰ aunque sería un “gran error [...] anticipar el resultado del encuentro, [pues] no se debe estar pensando si termina en victoria o en derrota. Deja que la naturaleza siga su curso, y tus herramientas golpearen en el momento exacto”.⁴¹ La exposición final difiere del alegato de apertura en el orden de su estructura de los elementos de la teoría del caso, pues su análisis lo lleva a concluir solicitando la absolución, condena o atenuación de la pena. Esta exposición del letrado tiene una duración restringida por el juzgador penal, aunque “las grandes batallas suelen durar muchas horas”.⁴² Por eso, Bergman indica que “el principal objetivo del alegato final es convencer al juzgador de que nuestras proposiciones fácticas son exactas. Como un juzgador generalmente desea sentir que una decisión no solo es legalmente válida, sino moralmente justa, una meta afín y concurrente del alegato final es formular razones en el sentido de que la exactitud de nuestras proposiciones fácticas concuerda con las consideraciones de justicia”.⁴³ Además, el juzgador tendrá en consideración al cerebro trino (cerebro reptiliano, límbico y neocortical), aunque específicamente al cerebro neocortical, que presenta un hemisferio cerebral izquierdo que es racional (accionando el letrado su mano derecha) y otro derecho que es emocional (accionando el letrado su mano izquierda). Si entran en conflicto estos hemisferios, el juzgador detectará la mentira.

Los alegatos de cierre tienen el orden siguiente:

- Exposición oral del fiscal. Se puede optar por reiterar la pretensión acusatoria o retirar la requisitoria fiscal (generalmente gestos del letrado indicando con el dedo).

³⁹ William Rabanal Palacios, *et al*, *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos* (Lima: Jurista Editores, 2008), 752.

⁴⁰ Luis Miguel Reyna Alfaro, *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal* (Lima: Grijley, 2009), 226.

⁴¹ Bruce Lee, *El tao del jeet kune do* (Madrid: Editorial Eyras, 1990), 12.

⁴² Karl Von Clausewitz, *De la guerra* (Librodot.com, s.l., 2002), 69, acceso el 30 de abril de 2017, [http:// www.librodot.com](http://www.librodot.com)

⁴³ Paul Bergman, *La defensa en juicio*. Segunda edición (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989), 186.

- Alegatos del actor civil. Demostrará que existe derecho de reparación, estableciendo su cuantía indemnizatoria, solicitando la restitución del bien o el pago por su valor. Y estando prohibido de calificar el hecho punible y su pena.
 - Alegatos del tercero civil. Sostiene que no existe el hecho punible atribuido al acusado, con la finalidad de excluir su responsabilidad civil, refutando la atribución solidaria que se le hace por el daño y monto indemnizatorio que se peticiona. También está prohibido de referirse a la imputación desde el ámbito penal.
 - Alegatos por el defensor del acusado. Responde a la acusación fiscal, empleando etiquetas desde su punto de vista, analizando el hecho punible, la pena y su reparación. Su defensa concluye solicitando la absolución del procesado (gestos con manos abiertas y mostrando sus palmas el letrado al juzgador) o la atenuación de la pena (énfasis gestual de la mano izquierda y mostrando las palmas el letrado al juzgador). La defensa positiva que sostiene la inocencia del cliente debería acreditar —no estando obligado— con pruebas lo ocurrido y su argumentación jurídica.
 - Autodefensa del acusado. Es la intervención del acusado por la que se estima lo más conveniente para su defensa (el lenguaje no verbal que debe emplear el acusado es el mismo que realiza su abogado defensor, ya sea solicitando absolución o disminución de la pena). Sin embargo, resulta desafortunada la apreciación de Reyna Alfaro respecto del artículo 391 del CPP al decir que es “conocido comúnmente con el nombre de ‘la última palabra’ del acusado”,⁴⁴ puesto que el acusado si lo desea puede no hacer uso de su derecho de defensa; en este sentido señala bien el maestro Roxin que “solo exige que el acusado sea oído, pero no que él tenga siempre la última palabra”.⁴⁵
- e) **Deliberación.** Terminado el debate oral, el juzgador penal debe deliberar sobre el fallo, haciéndolo de modo secreto, y por un tiempo que no exceda de dos días en procesos sin complejidad y de cuatro días en procesos con complejidad. Si se excede este plazo se quiebra el juicio oral. La votación de la decisión puede ser por unanimidad o mayoría. La pena de cadena perpetua requiere decisión unánime.
- f) **Sentencia.** Es el juez penal unipersonal o colegiado el encargado de emitir una decisión final, conteniendo una parte expositiva, considerativa y resolutive. Esta resolución judicial puede ser absolutoria o condenatoria.
- g) **Impugnación de la sentencia.** Terminada la lectura de sentencia, el juez penal unipersonal o colegiado deberá preguntar a las partes si se encuentran conformes o no con la

⁴⁴ Luis Miguel Reyna Alfaro. *Litigación estratégica...*, 53.

⁴⁵ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000), 360.

resolución y si interpondrán medio impugnatorio. La parte interesada podrá reservarse su recurso de apelación o interponerlo, pudiendo fundamentarla con posterioridad al acto de lectura de la sentencia.

IV. COLOFÓN

La presente investigación arriba a las conclusiones siguientes:

- La oralidad se caracteriza por registrar tecnológicamente las actuaciones orales en el proceso penal; esto determina que los discursos orales de las partes tengan un buen nivel argumentativo y persuasivo, pues está dirigido al juzgador profesional del derecho, y no a un jurado.
- La teoría del caso es la tesis de solución que presentan las partes durante el proceso penal, y que tiene por finalidad que el juzgador crea su versión de hechos, calificación jurídica y aporte probatorio alejado de cualquier intención de manipulación ilícita.
- El elemento jurídico de la teoría del caso del representante del Ministerio Público debe apreciar al hecho punible como el comportamiento injusto y culpable (teoría afirmativa del delito), y que tiene como secuela una sanción adecuada a la responsabilidad del agente, sometida en pocas ocasiones a la presencia de condiciones objetivas de punibilidad o ausencia de excusa absolutoria, salvo excepciones que impliquen retiro de la acusación.
- El elemento jurídico de la teoría del caso realizado por el abogado defensor del acusado debe apreciar las causas de ausencia de comportamiento, causas de atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad o causas de exculpación (teoría negativa del delito), y que tiene como consecuencia la falta de sanción penal para el sujeto, que en pocas ocasiones queda excluido de punibilidad por inexistencia de condición objetiva de punibilidad o al presentarse una excusa absolutoria, salvo excepciones que impliquen disminución de la pena
- El tipo que comprende su aspecto objetivo y subjetivo proporciona un análisis reducido del elemento jurídico de la teoría del caso, puesto que es indispensable apreciar los demás elementos del hecho punible.
- Los elementos fáctico, jurídico y probatorio de la teoría del caso son concurrentes y se estructura su orden según alegato de inicio o cierre. La teoría del caso solo será considerada una buena historia que presenten las partes, si no se toma en cuenta el elemento probatorio o será una simple historia, si no se considera el elemento jurídico y probatorio.

- El juicio oral llevado a cabo en la sala de audiencias es semejante a un escenario teatral.
- El juez penal unipersonal o colegiado es semejante al productor, director, actor, y dramaturgo teatral, pues son creaciones colectivas.
- El letrado (fiscal y abogado defensor) es semejante al director, actor y dramaturgo teatral, pues son creaciones colectivas.
- El acusado, la víctima, o el tercero civilmente responsable son semejantes a los actores o actrices teatrales.
- El juicio-drama tiene como objetivo exponer las pruebas presentadas y sustentadas por las partes a través de su teoría del caso, para arribar a una conclusión, que se refiera a determinar que se ha o no acreditado el delito y la responsabilidad del procesado, y se dicte la correspondiente sentencia.
- El alegato sustentado por las partes procesales es el libreto del justiciable que asume el letrado.
- El lema o tema es un titular de la noticia periodística, que debe ser vinculado con el caso y contenido en el alegato; pues es poco empleado por los estudiantes de derecho o letrados, en los talleres de simulación de audiencias o audiencias reales, lo que determina una falta de apreciación clara y concreta en la exposición del alegato.
- El contar historias está ausente en la enseñanza de la carrera profesional del derecho; en tal sentido, es necesario recurrir a una visión periodística o teatral, empleando el conflicto, los personajes y diálogos para generar persuasión en el juzgador penal.
- El interrogatorio al acusado, testigos o peritos es semejante a una incisiva entrevista periodística y a los diálogos de una obra teatral.
- El juzgador penal debe apreciar el lenguaje no verbal de los sujetos procesales en la sala de audiencias, en sus ámbitos: kinésica, proxémica y oculésica, pues al no ser simultáneos el mensaje oral y corporal, se puede detectar la mentira.
- El alegato inicial, la actuación probatoria y el alegato de cierre es semejante a levantar el telón, efectuar diálogos y a la escena última.
- El letrado debe apreciar el perfil psicológico del magistrado rígido, líquido y flexible para poder persuadirlo con su teoría del caso.
- La apreciación de la teoría afirmativa y negativa del hecho punible (elemento jurídico); las circunstancias, móviles, lugares, etc. (elemento factico); y documentos, videos, audios, etc. (elemento probatorio) deberán estar contenidas en los alegatos, pues es el

juzgador penal como tercero neutral quien da la razón a una de las partes. De ahí de la centralidad del juicio y su relevancia en el proceso penal.

- La litigación penal es multidisciplinaria, pues no solo debe ser enfocada desde el ámbito teatral, sino militar, periodístico, psicológico u otros.

REFERENCIAS

- Asencio Mellado, José María. *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- Ávila, Borinsky, Fernández y Lago. *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 1999.
- Baytelman, Andrés y Mauricio Duce. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Lima: Editorial Alternativas, 2005.
- Bergman, Paul. *La defensa en juicio*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- Bermudes, Hugo. “La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo”. En *La víctima en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.
- Bin, Sun. *El arte de la guerra II*. Lima: Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, 2010.
- Blanco Suárez, Rafael et al. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005.
- Bovino, Alberto. “La participación de la víctima en el procedimiento penal”. En *Victimología y victimodogmática: una aproximación al estudio de la víctima en el derecho penal*. Lima: Ara editores, 2003.
- Burgos Alfaro, José David. *El nuevo proceso penal*. Lima: Grijley, 2009.
- Clausewitz, Karl Von. *De la guerra*. Librodot.com, s.l., 2002. Acceso el 30 de abril de 2017. <http://www.librodot.com>
- Cubas Villanueva, Víctor. *El proceso penal*. Lima: Palestra Editores, 2003.
- Cubas Villanueva, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2009.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia penal, constitucional penal y procesal penal*. Lima: Jurista Editores, 2012.

- Gandhi, Mahatma. *El arte de la no violencia*. Buenos Aires. 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*. Segunda edición. Berlín - New York: Walter de Gruyter, 1991.
- Lee, Bruce. *El tao del jeet kune do*. Madrid: Editorial Eyras, 1990.
- Levene, Ricardo. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editora Plus Ultra, 1975.
- Mavila León, Rosa. *El nuevo sistema procesal penal*. Lima: Jurista Editores, 2005.
- Mauet, Thomas A. *Estudios de técnicas de litigación*. Trad. Karen Ventura Saavedra. Lima: Jurista Editores, 2007.
- Momethiano Santiago, Javier Ysrael. *Código penal exegetico*. Lima: Editorial San Marcos, 2003.
----- *La implementación progresiva de normas del Nuevo Código Procesal Penal comentadas*. Lima: Editorial San Marcos & Ediciones Legales, 2005.
----- “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 Zumaeta, Eloy Fernán y Javier Ysrael Momethiano Santiago. *Código de Procedimientos Penales Exegetico. Estudio de las normas progresivas del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial San Marcos, 2004.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis Editores S. A., 2006.
- Musashi, Miyamoto. *El libro de los cinco anillos*. Librodot.com, s.l., s.a. Acceso el 30 de abril de 2017. [http:// www.librodot.com](http://www.librodot.com)
- Prado Saldarriaga, Víctor. *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*. Lima: Idemsa, 2009.
- Rabanal Palacios, William *et al.* *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Lima: Jurista Editores, 2008.

- Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*. Lima: Grijley, 2009.
- Roy Freyre, Luis Eduardo. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I. Segunda edición. Lima: AFA Editores importadores S. A., 1986.
- Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- San Martín Castro, César Eugenio. *Estudios de derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2012.
- Sánchez Velarde, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa, 2009.
- Tzu, Sun. *El arte de la guerra*. Lima: Fondo Editorial Cultura Peruana, 2013.

Recibido: 23/02/2018
Aprobado: 15 /04/2018