

Respuesta valorativa de compatibilidad entre la teoría del delito y la teoría del caso: Armonía del derecho penal y el sistema adversarial penal

Xavier F. Andrade Castillo

Resumen

Este trabajo busca precisar que, aunque distintos el derecho anglosajón y el derecho europeo continental a partir de sus fuentes de conocimiento y producción (que los mantiene divorciados), es posible encontrar una aceptable paridad entre ellos que, sin fusionarlos, el sacrificio de la justicia o algún derecho fundamental, más bien permite un adecuado paralelismo jurídico como puente de equilibrio de los dos sistemas y el eslabón del derecho sustantivo, con el adjetivo, bajo un bloque de igualdad jerárquica de normas jurídicas, como respuesta y guía de comportamiento de los operadores de justicia de un Estado de derechos.

Palabras claves: *common law*, derecho continental europeo, procedimiento penal, teoría del delito, teoría del caso, derecho penal, sistema adversarial penal.

Abstract

This paper seeks to define that although common law and continental European law are different -as a whole- beginning from their sources of knowledge and production (which keeps them separated), it is possible to find an acceptable parity between them which, without merging them, sacrificing justice or some fundamental right, allows for an adequate legal parallelism as a balancing point between both systems and for a link between substantive law and procedural law, where all legal norms are under the same hierarchical level as a response and behavioral guide for judicial officers of a State of rights.

Key words: Common Law, continental European law, criminal procedures, criminal theory, theory of the case, criminal law, criminal adversarial system.

Sumario:

1. Introducción al tema y su fundamento. **2.** Cuestiones preliminares de los conceptos. **3.** Derecho penal material: Teoría del delito. **4.** El sistema de enjuiciamiento penal adversarial: el litigio oral penal y la teoría del caso. **5.** Necesidad de la armonización de las teorías.

1. Introducción al tema y su fundamento

A partir de la vigencia del sistema acusatorio penal¹ se han presentado algunos problemas derivados de su aplicación práctica y también sobre los lineamientos teóricos de sus instituciones.

En general, la forma característica por la cual se estudia el proceso o procedimiento penal, es a través de una variedad de conceptos y definiciones que intentan describirlos², además de revisar los principales elementos de un complejo sistema de normas y reglas legales que son objeto de preocupaciones y problemas permanentes.

Una de las características principales de los sistemas procesales ha sido su falta de adecuación a los ordenamientos constitucionales que, por lo general se fundamentan en las garantías procesales propias del Estado de Derecho, y los derechos fundamentales³, además claro está, en las opiniones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, estos problemas procedimentales acompañados de ciertas ambigüedades de las normas constitucionales y aún rezagos del sistema procesal penal inquisitorial o cultura inquisitiva⁴, conllevan y exigen un esfuerzo serio

1 En vigencia en el Ecuador a partir de su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 de 13 de enero del 2000 con reformas posteriores: R.O.-S No. 544 de 9 marzo de 2009; R.O.-S No. 555 de 24 de marzo de 2009; y, R.O.-S No. 160 de 29 de marzo de 2010.

2 Mauricio Duce J, *El proceso penal y el derecho procesal penal en contexto*, opinión señalada junto a una obra conjunta con el profesor Cristián Riego.

3 Los derechos mínimos de dignidad humana procesales (en general) de una persona sometida a un enjuiciamiento penal surgen con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948, como por ejemplo derecho de justicia (Artículo XVIII), derecho de petición (Artículo XXIV), derecho de protección contra la detención arbitraria (Artículo XXV), derecho a proceso regular (Artículo XXVI), entre otros, sin dejar de admitir que ya existían con anterioridad a este pronunciamiento. Puede verse como *Estatuto de Roma*, documento completo, disponible en: <<http://www.iccnw.org/documents/rome-s.pdf>> (último acceso 20 de diciembre de 2012).

Véase también: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Registro Oficial 101, de 24 de enero de 1969. Convenio Americano de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, Registro Oficial No. 452, de 27 de octubre de 1977.

4 Véase Alberto Binder, *La reforma procesal penal en América Latina*, en Justicia Penal y Estado de Derecho, Argentina: Editorial Ad-hoc, año 1993, pp. 204-208.

de transformación y cambio cultural, dirigido a dar respuestas que el mismo sistema o proceso puede ofrecer de manera legítima, y con garantías mínimas de gestión.

Vale aclarar que, el *common law* (derecho anglosajón-basado en la creación del derecho a través de la jurisprudencia o decisiones de los tribunales de justicia penal); y el *civil law*, (basado en la ley y la doctrina, como fuente de derecho) son diametralmente distintos por definición histórica, cultural, legislativa, económica y política.

La principal diferencia entre el sistema de derecho continental europeo (particularmente Alemania, Italia, Portugal y España) y el sistema anglosajón (Inglaterra y Estados Unidos de América) radica en la distinta jerarquía existente entre las diversas "fuentes de conocimiento"⁵ de esos derechos. En este sentido, el Derecho anglosajón se nutre de un conjunto de sentencias judiciales que son vinculantes, es decir, son obligatorias para todos los jueces de jurisdicción penal, quienes no pueden apartarse de las opiniones y decisiones tomadas previamente por otros magistrados en caso similares. Por el otro lado, el derecho continental o *civil law*, nutrido y bajo la influencia directa del derecho romano que, desde sus comienzos se preocupó por el *nullun procedendo sine lege scripta sine lege praevia*, es un derecho eminentemente "legal", por lo que, las leyes, dentro de los límites constitucionales de rigor (principio de legalidad), constituyen la única fuente formal de derecho penal⁶ y procesal, por lo que, las sentencias emitidas con anterioridad por otros jueces de jerarquía jurisdiccional superior, no tienen el carácter, ni de "vinculante", ni de "obligatoria" para el restante de jueces inferiores o del mismo rango.

Marcada esta diferencia, consciente de ella y otras tantas disparidades, la presente opinión, busca más bien encontrar un punto de correspondencia, paridad que se finca justamente en la teoría del delito y del caso y sus reglas elementales de postulación estructural.

2. Cuestiones preliminares de los conceptos

El punto de partida de esta aproximación es el establecer los conceptos y características elementales de estas dos disciplinas a través de una exposición sistemática y analítica de las reglas que los regula, sus relaciones internas y su significado a la luz y opinión de algunos autores, sin profundidad exegética la que no es el objetivo de este trabajo.

En efecto, los conceptos desarrollados por el procedimentalismo no dicen mucho sobre lo que en verdad el proceso penal es efectivamente en la práctica, como tampoco sobre las garantías fundamentales que juegan dentro de

5 Esteban Righi, *Derecho penal, parte general*, Argentina: Lexis Nexis, 2008, p. 73.

6 Esteban Righi, *Ób. Cit.*, pág. 74.

él⁷, ni si tienen alguna relación con el modelo de organización política, ni los roles de los actores judiciales.

Los dos modelos o sistemas principales a través de los cuales la doctrina procesal penal ha agrupado a los procesos penales de sus países son, el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio⁸, que desde el punto de vista geográfico se identifican como pertenecientes al mundo europeo continental (al primero) y aplicado en el mundo anglosajón (el segundo⁹).

En uno y otro sistema se pone de relieve la función del órgano judicial que es activo (juez con iniciativa investigativa, probatoria y protagonista del proceso) o pasivo (poca o nula intervención de juez), respectivamente, para fundamentar su distinción.

Aunque las diferencias marcadas y señaladas entre los dos derechos han sido históricamente grandes, en la actualidad, éstas, entre ambos sistemas, es cada vez menor, ya que se hace evidente y se verifica que en el Derecho anglosajón, una incrementada tendencia hacia la "codificación" de las reglas jurídicas. En esta dirección puede observarse que la producción de normas escritas penales y procesales, va desplazando poco a poco a los antiguos precedentes judiciales y en su lugar los van reemplazando por normas escritas, que al parecer puede deberse al afianzamiento de la doctrina y teoría en el sistema de justicia criminal.

Para otros autores, este fenómeno puede ser posible gracias a la enorme flexibilidad y lo cimbreante que caracteriza al Derecho anglosajón, a diferencia de lo que ocurre con el sistema continental europeo, en el que la existencia de códigos y normas escritas le ha impreso un carácter más severo e intolerante al cambio.

Lo cimbreante del Derecho anglosajón puede evidenciarse en el hecho de que, este comenzó siendo un sistema de derecho consuetudinario, basado en la costumbre como fuente, lo que se conocía como "derecho común" de ahí la denominación de "*common law*". Posteriormente, y debido a la actuación imperante de los tribunales de justicia penal, evolucionó gradualmente hasta que los precedentes se encumbraron como la principal fuente de derecho, convirtiendo al sistema más bien en uno de "derecho jurisprudencial". Sin embargo, queda por ver ahora, si la mencionada tendencia hacia la codificación que modernamente se verifica en los estados enrolados al sistema anglosajón, no termina por convertirlo, también, en un sistema "legalista", como es el referido sistema continental.

7 Véase Carlos Peña, *Entre la elección y la duda*, Revista Sistemas Judiciales No. 1, Buenos Aires, año 2001. *Op. Cit.* Mauricio Duce J, *El proceso penal y el derecho procesal penal en contexto*, opinión señalada junto a una obra conjunta con el profesor Cristián Riego.

8 Herbert Packer, *Two Models of Criminal Process*, University of Pennsylvania, United States of America: Law Review, 1964, pp. 1-68.

9 Mirjan Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Chile: Editorial Jurídica de Chile, año 2000, pp. 12-17.

Nótese que el sistema continental europeo también ha atravesado ciertas transformaciones legalistas, y la más duradera (quinientos años de cultura inquisitiva¹⁰), ha sido la más persistente por su estructura formalista y burocrática¹¹.

Vale aclarar que, incluso en el *civil law*, existen inmensas diferencias entre los sistemas de justicia criminal europeo y latinoamericano¹² (obsérvese el modelo alemán versus el boliviano).

Así mismo, en esta línea preliminar de delimitación, debe considerarse también al Derecho penal de autor y derecho penal de acto¹³, temas desarrollados por la doctrina civil y que en todos los sistemas de persecución penal y estructuras procedimentales tienen como columna vertebral al derecho sustantivo, ya que en *stricto sensu*, son "simbióticos".

Otra cuestión relevante es que ambos sistemas tienen un común denominador sustentado en encontrar la fórmula de cómo "sancionar" o "absolver" al responsable, y de esta forma justificar así la erradicación del delito para "aliviar" la seguridad social.

Un tema importante sin duda, en temas de procedimiento, es la conceptualización de uno de los sujetos procesales. Así existen diversas posiciones académicas y prácticas muy discutibles, cuando se trata de señalar a quien sufre una persecución penal. Se habla por ejemplo del sospechoso, procesado, acusado, imputado, indicado, inculpaado, sindicado, encartado, entre otros, generando dudas sobre los efectos jurídicos procedimentales de la correcta utilización de estas denominaciones.

Aún así, en este ensayo se utilizarán solamente dos de ellas, respondiendo tajantemente a sus variables teóricas (del delito y del caso), autor y/o procesado, mismas que serán utilizadas de manera genérica (para designar a la persona que sufre la persecución penal en calidad de autora o partícipe del hecho); y, específica (conforme el desarrollo de las etapas del procedimiento penal¹⁴) intentando un enfoque más bien práctico¹⁵.

10 Alberto Binder, *La reforma procesal penal en América Latina, Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1993, pp. 204-208.

11 El sistema inquisitorial fue desarrollado en los países europeo continentales a partir del siglo XV y según se dice fue exportado por España a Latinoamérica.

12 Mauricio Duce, ob.cit. ,p. 27

13 Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado*, Argentina: Rubinzal Culzoni, primera edición, año 2007, pp. 26-27.

14 Estas distinciones se han tratado en las obras de derecho procesal penal de Julio B.J. Maier, José Cafferata Nores, Jorge Clariá Olmedo, Eduardo M. Jauchen, Jorge Vázquez Rossi, solo por citar algunos, quienes en han coincidido en explicar los conceptos fundamentales de los sujetos procesales para entender desde cuando se genera el derecho a la defensa y la legitimación para todos los efectos procesales.

15 Xavier F. Andrade, *Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional*, *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, Año 13 vol. 15 enero-junio 2013, p. 132.

Puede decirse en general que, a partir de la necesidad implementar un sistema de justicia criminal de regulación del *ius puniendi*, también surge la obligación de crear una herramienta de equilibrio fundamental, y es justamente -no la más importante-, el derecho a la defensa.

Uno de los triunfos históricos del Iluminismo y consecuencia notoria del juicio acusatorio es la defensa, entendida como derecho, principio y garantía ("*Cuique defensio tribuenda: se debe conceder a todos el derecho a la defensa*"¹⁶).

La supremacía de este derecho es la medida que permite equilibrar la balanza de la justicia en un Estado de derecho. El axioma es que ante el ataque, la defensa¹⁷. Por ello, un defensor debe conocer los hechos, la acusación y en "teoría" la estrategia de socorro técnico y custodia de derechos fundamentales.

La defensa involucra a más de su contenido de igualdad procesal, una serie de derivaciones entendidas como facultades¹⁸, derechos y obligaciones. La defensa implica y exige una contradicción, un "choque" fáctico y jurídico a los planteamientos de la acusación.

El procesado tiene derecho para gozar de una defensa técnica, letrada, experta o togada¹⁹ pudiendo ser privada o pública. La primera, es aquella designada y de confianza del imputado; y la segunda, aquella nombrada y proporcionada por el Estado a través de la defensoría pública, quien actúa de oficio. Esta cumple los roles de asistente jurídico y analista fáctico del imputado para resistir la imputación oficial.

Tanto defensa material como técnica (afirmativa o negativa)²⁰ abren temas como posibilidades o facultades que le asisten al procesado, como por ejemplo, la de autoincriminación o aceptación del acto y el derecho al silencio.

El sistema de persecución penal, el procesado, su defensa, en sus conceptos más amplios serán abordados de manera que, en específico, se alineen a la temática aquí propuesta.

16 Álvaro O. Pérez Pinzón, *Los principios generales del proceso penal*, Colombia: Publicación de la Universidad Externado de Colombia, año 2008, p. 55.

17 Xavier F. Andrade, Ob. Cit., p. 136.

18 Véase y entiéndase a la facultad de intervenir en un proceso: Maier, Óp. cit., p. 256 – Jauchen, Óp. cit., p. 153.

19 Cfr. Pérez, p. 52.

20 La defensa positiva involucra la alegación de una de las causales de justificación como legítima defensa, estado de necesidad justificante, mandato de ley, obediencia debida u orden de autoridad, consentimiento del titular del bien jurídico, etc. La defensa negativa simplemente es la negación o puesta en duda del acto o de la responsabilidad, más no del hecho.

3. Derecho penal material: Teoría del delito

Los contenidos valorativos y lógicos del Derecho penal han sido desarrollados conforme las ideologías políticas, culturales, geopolíticas y momentos históricos de surgimiento de los Estados. En todos los casos, el Derecho penal se cristaliza en un ordenamiento jurídico que define conductas calificadas como delitos, y en vista de su perceptible daño social, conllevan una pena o sanción para sus autores²¹.

Al considerarse al Derecho penal como una "ciencia", surgen disciplinas que se preocupan de su interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y opiniones jurídicas de carácter científico²² que, en conjunto, se las denomina dogmática jurídica (*begriffsjurisprudenz*). Por ello, "La teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto"²³.

En esta teoría se estudia las características comunes del delito²⁴ en sus formas estructurales (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), planteando formulaciones sujetas a discusión, opinión y discrepancia científica, como respuestas a la independencia de sus defensores o detractores, lógicamente a partir de presupuestos ya establecidos jurídicamente, es decir, se ocupa de explicar que es el delito en general, verbigracia, cuales con las características que debe tener cualquier delito²⁵.

También se dirige a la averiguación de los presupuestos que han de darse para la actualización de un tipo penal, sus rasgos distintivos, además de la pena aplicable con mínimos y máximos, según el daño²⁶, y que junto con los elementos generales del delito, ayudan a los tribunales o jueces penales a dar una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado²⁷.

Tanto la dogmática penal, desarrollada en la teoría del delito, como el derecho penal en general han planteado dos muy generales y universales postulados: una ideología filosófica jurídico penal llamada el Derecho penal de acto, con variadas escuelas de pensamiento que lo justifican, postulan y pregonan, sustentada en la noción de acción; y otra, conocida como Derecho penal de

21 Sergio Medina Peñaloza. *Teoría del delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*. México: Ángel Editor, 2001, p. 44.

22 *Id.*, p. 45.

23 SOSUNLAM. *Derecho penal I resumen Zaffaroni*. <http://www.sosunlam.com.ar/index.php/envio-de-material/material-enviado-por-usuarios/category/21-penal-1?download=26:zaffaroni> (acceso: 29/01/2014).

24 Jorge Machicado. *Teoría del delito*. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/teoria-del-delito.html#sthash.Er4VLcTr.dpuf> (acceso: 29/01/2014).

25 SOSUNLAM, *Óp. cit.*

26 Puede tratarse de un resultado de lesión material, una puesta en peligro de bien jurídico o una actividad de peligro concreto o abstracto.

27 R. Zaffaroni, A. Alagia, A. Skolar. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2006, p. 288. En: Jorge Machicado. *Teoría del delito*. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/teoria-del-delito.html#sthash.Er4VLcTr.dpuf>(acceso: 29/01/2014).

autor, con fundamentos dogmáticos muy discutidos y criticados por los defensores de un derecho penal igualitario²⁸.

En la primera ideología, se concibe a la punibilidad como exclusivo fundamento de la conducta concreta del sujeto en la ejecución de un hecho previsto como delictivo, y la sanción, a su vez, tiene como sustento solamente ese hecho individual y no la personalidad, ni los antecedentes del autor, como tampoco los peligros que en el futuro se esperen del mismo²⁹. En definitiva, se sanciona a un individuo por lo que hizo, es decir, por su conducta (acto u omisión) y resultado. Esta es la opinión prácticamente unánime de aplicación punitiva y criminológica de vanguardia universal.

La segunda ideología, en diferente sentido, "*se basa para fundamentar la previsión legal delictiva, la culpabilidad del imputado y la sanción correspondiente del mismo, en su personalidad, sus antecedentes, su condición de la vida, su peligrosidad o asociabilidad*"³⁰ esto es, se da importancia y relevancia, para la sanción, a las características individuales de la persona (*in stricto sensu*) frente a la sociedad, dejando de lado al hecho o conducta perpetrada que pasan a un segundo plano, por ello, se la denomina Derecho penal de autor. Este postulado lo sostiene y defiende una doctrina de minoría, casi imperceptible, en razón de de la previsión legislativa y el respeto del principio de legalidad procesal y penal.

Otro tema de discusión aún no agotado, es el de la culpabilidad o juicio sobre esta, que también tiene corrientes de pensamiento antagónicas que la postulan, fundamentan, limitan y definen. La culpabilidad, es el tercer elemento de la estructura del delito. La culpabilidad tiene relación directa con el principio de legalidad y la pena. En palabras de Hans Welzel³¹ la culpabilidad "es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual"³², la autodeterminación libre, la voluntad de resolución del hecho antijurídico y no conforme a derecho³³.

Distinta posición sobre este tema, es la teoría psicológica sobre la culpabilidad, la cual establece que, una vez que una persona delinque, se deberá comprobar cómo el estado psicológico en el que se hallaba se vincula al hecho que cometió –nexo psicológico-.³⁴ Es decir, esta ideología tiene una ostensible

28 Las escuelas de pensamientos penal y construcción del delito más reconocidas y estudiadas son, la llamada Clásica (1881-1915) representantes: Franz von Liszt, Kirchmann, Ernst Beling, Gustav Radbruch; Neoclásica o teleológica (1907-1940) representantes: Dilthey, Karl Binding, Max Ernst Mayer, Reinhart Frank, James Goldschmidt, Freudenthal, Edmund Mezger*; Finalista (1930 aprox.) representantes: Hans Welzel, Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Stratenwerth, Schaffstein, Von Weber*; y Funcionalista representantes: Günther Jakobs, Durkheim, Talcott Parsons y Robert Melton, Claus Roxin* solo por citar unos pocos, *vid.* Sergio Medina Peñalosa, *Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo e imputación objetiva*, México: Ángel editor, segunda edición, año 2003.

29 Cfr. Jauchen, *Óp. cit.*, pp. 26-27.

30 Jauchen, *Óp. cit.* p. 26-27.

31 Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, año 1965.

32 Edgardo DONNA, *Derecho Penal. Parte General. Teoría general del delito III*. Tomo IV, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores. 2009, p. 93.

33 *Ibid.*, p. 93.

34 Vicente P. Cabello. *Psiquiatría forense en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 184.

inclinación a lo fáctico sobre la valoración jurídica, esto es, prevalencia de la constatación como juicio de culpabilidad³⁵.

Como discusión y en contrapartida de la teoría psicológica, se presentan varias opiniones sobre el concepto y los elementos estructurales de la culpabilidad, saliendo del naturalismo filosófico –positivista- al de sistema en base del valor³⁶ -metodología neokantiana- el cual pasó a formar parte de esta.

A finales del siglo XIX surge el neokantismo con influencia directa en el derecho, que a diferencia del psicologismo que se basaba en observar y describir, este postula la utilización del método de comprender y valorar una conducta. Esta teoría defendida por Jiménez de Asúa³⁷, James Goldschmidt³⁸, Berthold Freudenthal³⁹, y Reinhard Frank⁴⁰, sostiene que no es suficiente el análisis psicológico, sino que, es necesario estudiar también, las normas bajo las cuales la persona debió regirse y qué le motivó a transgredir esas normas con sus acciones, por ello, a esta ideología se la conoce también como concepción valorativa de la culpabilidad⁴¹.

Edmund Mezger⁴² es a quien se le atribuye el último gran sistema dogmático de base causal o causalismo, sin embargo, de que la doctrina en el ámbito de la culpabilidad ha generado y propuesto dos teorías que fundamentan la reprochabilidad. Una de ellas, la primera, es la llamada teoría compleja de la culpabilidad, que la observa como una expresión de un reproche fundamentado en la idea de poder. Esta idea del poder estudia el libre albedrío y analiza si el sujeto pudo actuar de otro modo, si es que pudo motivarse por la norma y si es que fue capaz de utilizar una racionalidad preventiva, y "exige para la formulación del juicio de culpabilidad la comparación de la actuación del sujeto enjuiciado con la actuación de un hombre medio o un hombre normal"⁴³. La segunda, es la llamada teoría normativa pura de culpabilidad, basada en la teoría final de la acción que entiende a la culpabilidad como pura reprochabilidad⁴⁴.

35 Esteban Righi. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008, p. 301.

36 Edgardo Donna, *Óp. cit.*, p. 68.

37 *Ibidem*, Jiménez de Asúa, L. pp. 354-355.

38 James Goldschmidt. *La concepción normativa de la culpabilidad (Normativer Schuldbegriff)* en *Fest. Für Frank*, 1930. Véase: Colección: Maestros del Derecho Penal, N. 7. Montevideo Buenos Aires: B de F Ltda., 2007, pp. 83-124.

39 Berthold Freudenthal. *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem dtusschen Strafgesetzbuch von, 1919*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1922. Véase: Colección: Maestros del Derecho Penal, N.11, Montevideo -Buenos Aires: B de F Ltda., 2003, pp. 24-36.

40 Reinhard Frank. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. 1907. Véase: Colección: Maestros del Derecho Penal, N. 1. Montevideo- Buenos Aires: B de F Ltda., 2004, pp. 13-25.

41 *Ibidem*, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. pp. 354-355.

42 Edmund Mezger. *La culpabilidad en el derecho penal*. (Strafrecht; Allgemeiner Teil; 9). Universidad de Valladolid. 1956, pp. 18-19. *Vid*, Tirant lo Blanch. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Valencia: 2000, p. 52.

43 Paz M. Cuesta Aguado. *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 85.

44 *Ibidem*, Fernández, G. p. 26.

La teoría normativa compleja de culpabilidad fue interrumpida abruptamente por el llamado finalismo, cuando Hans Welzel⁴⁵ presenta su teoría final de la acción, cambiando radicalmente los elementos subjetivos de la culpabilidad (dolo-intención y culpa-falta de previsión) a la tipicidad, esto es, la inserción sistemática del dolo y la culpa, al tipo penal, dándoles la categoría de elementos subjetivos del tipo penal.

El finalismo reconoce al hombre como base del sistema penal y el fundamento de la culpabilidad se encuentra en el reconocimiento de la libertad del hombre y su autonomía⁴⁶ haciendo que la voluntad de este se dirija a favor del desvalor de su acción.

Aunque la teoría limitada de la culpabilidad intenta "corregir" estos errores, sin duda la mayor objeción se encuentra en la consideración de un libre albedrío vinculante por estructuras lógico-objetivas derivadas de la naturaleza de las cosas⁴⁷, además de la libertad de voluntad del hombre y la posibilidad de su existencia, como posibilidad científica de su demostración.

Aún así, la mayor parte de la doctrina y academia contemporánea contemporáneas, se han adecuado a esta última teoría del delito, por las principales consecuencias sistemáticas del cambio del modelo normativista puro.

C. Roxin⁴⁸ critica la culpabilidad de visión finalista por su estructura y concepción, aunque mantiene la reprochabilidad a la que entiende como motivabilidad normal (valor rector de la prevención, necesario para precisar el criterio de la normalidad), "tratándola como un subnivel específico en el tercer estrato del sistema"⁴⁹ a la cual redefine como responsabilidad⁵⁰, ya que el concepto de culpabilidad, le resulta difícil de entender⁵¹.

En esta misma línea de pensamiento G. Jakobs⁵² afirma que existe responsabilidad del autor cuando le falta motivación conforme a la norma, esto es, la culpabilidad no es sino, la responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, por lo que, supone falta de fidelidad al derecho⁵³.

45 Hans Welzel. *Um die finale Handlungslehre*, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen 1949, p. 22; WELZEL, *Aktuelle Strafrechts-problem im Rahmen der finalen Handlungslehre*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1953, p. 15; WELZEL. *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elwert Verlag, Marburg, 1964, p. 19; Welzel. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica Chile.

46 Edgardo Donna, Óp. cit. p. 93.

47 Esteban Righi, Óp. cit., p. 308.

48 Claus Roxin. *La teoría del delito en la discusión actual*. (Traducción de Manuel Abanto Vásquez). Perú: Editora Jurídica Grijley, pp. 297-326.

49 Esteban Righi, Óp. cit., p. 309.

50 *Ibid.*

51 *Ibidem*, Bustos R., J. p. 991.

52 Günther Jakobs. *Derecho penal. (Parte general; Fundamentos y teoría de la imputación)*; traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, pp. 593-601.

53 Esteban Righi, Óp. cit., p. 310.

En definitiva, bajo estas dos últimas posturas, un individuo es responsable y sujeto de pena o sanción en base a la idea de prevención general positiva, vale decir, la capacidad de actuar conforme a la norma, dando como resultado que la responsabilidad está en función de la política criminal de los estados, que tiene relación con la necesidad o no de la pena, y no viceversa.

Lo trascendente aquí es resaltar que, cualquiera de las teorías de culpabilidad que se escojan, sirven para estructurar una estrategia de acusación o de defensa o teoría del caso dentro del esquema del delito como por ejemplo sería el planteamiento de: TIPICIDAD, una ausencia de elementos del tipo (atipicidad de la conducta) no hay violencia, arma, etc.; ANTIJURIDICIDAD, una causal de justificación (defensa positiva) legítima defensa, mandato de ley, obediencia debida u orden de autoridad; CULPABILIDAD, una causal de inculpabilidad (error de prohibición vencible o invencible), etc.

Es de relieve hacer notar que todas las escuelas de pensamiento penal y sus tesis o teorías sobre el delito y culpabilidad, han sido observadas, examinadas y juzgadas por la doctrina, particularizando sus debilidades, lo que, hace aún más interesante el conocer estas observaciones como artillaje de ataque.

Como consecuencia obvia de lo aquí brevemente expuesto, surge, genera y permite el motivar resoluciones públicas (principio de motivación), principio de oportunidad o de oficialidad (fiscal), y derecho a una defensa técnica, los que en un Estado de derecho son principios, garantías y derechos fundamentales de los seres humanos bajo persecución criminal dentro de un sistema adversarial.

4. El sistema de enjuiciamiento penal adversarial: el litigio oral y la teoría del caso

El derecho material o sustantivo debe estar dirigido a satisfacer su propia y precisa aplicación, por lo que, se requiere de un proceso que le permita su diligencia, es decir, la determinación de la existencia de un delito y su responsable, con la individualización de su pena.

La existencia de una norma penal, que sancione una conducta, que exista un acto ajustable a esa norma, que tal acontecimiento sea atribuible a una persona, y que ésta, sea culpable sin el amparo de una causal de justificación, debe ser regulada por un procedimiento preciso, oral, contradictorio, transparente, igualitario y célere.

En la misma línea de pensamiento procedimental hay que advertir que el sistema adversarial y el sistema acusatorio (cuyos principios generales son iguales y por ello se los equiparan), difieren en pocos aspectos, como por ejemplo que, en el primero, administran justicia y sentencian los jueces a través de

tribunales (tres jueces, abogados, togados y letrados, por lo general), mientras que son los jurados (grupo de civiles) para el segundo sistema, los que definen la situación de un procesado señalando o no su culpabilidad dando relieve a la confrontación fáctica, haciendo de los hechos son su columna vertebral.

En resumen, los civiles se pronuncian sobre los hechos y los jueces sobre el derecho.

En este sentido, se tratarán como símiles previa la advertencia al lector de la diferencia pre mencionada.

Los principios del *common law*, provenientes de la antigua costumbre, como se mencionó preliminarmente, sólo pueden ser conocidos ("descubiertos") y aplicados ("declarados") en el contexto estrictamente controlado de los procedimientos judiciales⁵⁴-sistema acusatorio puro-. Y los principios jurídicos, tal y como son desarrollados por los tribunales, conforman una serie limitada de reglas emanadas de decisiones anteriores⁵⁵.

Es por ello que, un sistema acusatorio no es sino el conjunto de principios y prácticas no escritas, cuya autoridad no deriva de una manera explícita de una fuente de origen legislativo o ejecutivo⁵⁶, vale decir, judicial.

El *common law* o derecho anglosajón es preponderantemente práctico, no teórico. En su centro está el "*adversary proceeding*" en los tribunales, el que debe entenderse como una confrontación entre dos partes contendientes y distintas, cada una cumpliendo un rol de sujeto procesal, haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia⁵⁷.

Las reglas acerca de la administración de justicia, el procedimiento y la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales tienen un interés igual, e incluso superior a las reglas relativas al Derecho sustantivo⁵⁸ -contrario a la teoría del delito-, esto es que, las reglas de derecho del *common law*, (menos abstractas que las del *civil law*), son reglas dirigidas a dar la solución a un proceso; no se trata de la formulación de reglas generales para el futuro. Y en este sentido, los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores⁵⁹.

Todos los códigos procesales, por lo general, establecen entre sus normas fundamentales disposiciones expresas sobre la aplicación directa de normas

54 Nuria Cuadrado Gamarra. Diferencias entre los sistemas romano-germánicos (*civil law*) y de *common law* y su repercusión en la inteligencia artificial. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/comlaw.htm>. (acceso: 28/01/2014).

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*

de derechos humanos particularmente la del juicio previo⁶⁰. Un juicio involucre cumplir con un debido proceso⁶¹ esto es, haber agotado técnicamente sus etapas insoslayables, como acusación, defensa, prueba y alegación⁶². En el sistema adversarial generalmente, todo está permitido si no está prohibido por ley⁶³.

No obstante el juicio como actuación procesal, constituye "un método legal establecido por ley, que regula sistemática y ordenadamente las etapas y formas en que necesariamente debe practicarse, siendo la ley reglamentaria de los derechos y garantías constitucionales"⁶⁴.

Para cumplir con su fundamento de origen, el juicio debe necesariamente reunir características de jerarquía constitucional, sin importar si la acción es pública o privada.

Así el juicio deberá ser previo, contradictorio, público, imparcial, de jurisdicción natural, oral, simplificado, eficaz, uniforme y de plazo razonable⁶⁵.

Una persona procesada tiene derecho a juicio basado en la medida, ponderación y equilibrio de fuerzas, que termine con una sentencia condenatoria o declarativa de su inocencia (puesta en duda por el procedimiento mismo).

La piedra angular de esta premisa es el principio de legalidad "*Quod nullus sine iudicio ordine dammari valeat*: que nadie pueda ser condenado sin sujeción al procedimiento judicial establecido"⁶⁶.

En esta línea de ideas, el enjuiciamiento adversarial o acusatorio comienza con un hecho o *notitia criminis* la que debe manejarse a través de una teoría o hipótesis, tanto para la acusación como para la defensa del "sospechoso".

La teoría del caso o *theory of case* se comienza a elaborar desde el primer momento de que se tiene conocimiento o noticia del hecho⁶⁷ y necesariamente debe contar con una estructura que integre con lógica, claridad y sencillez los hechos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios⁶⁸. Una buena teoría

60 Cfr. Estatuto de Roma.

61 Entendido como el conjunto de derechos, garantías y principios fundamentales de respeto de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales y la constitución de los estados, un proceso legal y regular.

62 Cfr. Jauchen, *Óp. cit.*, p. 97.

63 World Bank. *Características Claves entre los Sistemas de Common Law y Derecho Civil*. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/ley-regulacion/common-law-derecho-civil>. (acceso: 28/01/2014).

64 Jauchen, *Óp. cit.*, p. 100.

65 Sobre este tema puede revisarse la amplísima investigación recogida en la obra de Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecha*, Argentina: Editorial Ad-hoc S.R.L., patrocinada por la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, publicada en primera edición en Argentina, octubre del año 2002.

66 Pérez, p. 34.

67 Christian Salas Beteta. *La teoría del caso y las técnicas de litigación oral penal*. <http://cienciaspenalesypraxis.blogspot.com/p/la-teoria-del-caso-y-las-tecnicas-de.html> (acceso: 29/01/2014).

68 *Ibid.*

debe permitir deducir o inferir de manera simple las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan⁶⁹.

Tal como se revisó en el título anterior, la teoría del delito exige que una conducta criminal deba contener una estructura básica –típica, antijurídica, culpable- en estricto orden, para considerarla punible. En cambio, la teoría del caso resalta que la estructura básica de esta deba contener una propuesta fáctica, probatoria y jurídica (no necesariamente en ese orden).

Una característica que debe precisarse es la simplicidad de contenido de una propuesta fáctica, la cual estriba en que ésta deba cubrir la mayor cantidad de hechos de los que componen la causa, de manera que, se puedan exponer en la misma línea de sencillez⁷⁰, incluso con relieve de los hechos no favorables, de tal suerte que, se disminuya el impacto del discurso de contrincante (seguramente esto será una fortaleza).

La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso, sin cambiar radicalmente, porque el cambio de la teoría del caso acaba con la credibilidad de cualquier sujeto procesal⁷¹, y hace inminente su falta de preparación y conocimiento del hecho. En el litigio oral, la credibilidad es de incuestionable y fundamental importancia.

Se cree equivocadamente que la teoría debe sólo estar presente en la audiencia del juicio público, oral y contradictorio, cuando lo correcto, es que ésta deba esgrimirse como un argumento válido en las audiencias preliminares en las cuales se debaten derechos fundamentales, como cuando se conocen los cargos en la audiencia de formulación o se acepta la imputación en la respectiva audiencia de juicio abreviado, o en la etapa intermedia⁷². La teoría del caso se diseña y alimenta desde el momento en que se asume el caso: a partir de allí se construye de manera secuencial, ordenada y probatoria⁷³.

El juicio oral es el eje central del proceso adversarial, no porque toda investigación debe terminar en juicio oral, sino porque las decisiones más importantes del proceso deben ser asumidas en función de lo que se conseguiría en el juicio oral, y la teoría va dirigida a ello.

La teoría del caso debe ser suficientemente jurídica, y de manera obligatoria llevar consigo una propuesta en este sentido, tanto para quien acusa (fiscal) como para quien defiende (defensor).

69 *Ibid.*

70 Carlos Felipe Sánchez Lugo. *La teoría del Caso*. http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=85&Itemid=34. (acceso: 29/01/2014).

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 Arsenio Oré Guardia y Giulliana Loza Avalos. *Teoría del Caso*. http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/141009/dp-teoria_caso_peru.pdf (acceso: 29/01/2014).

Quien acusa debe señalar los hechos y su conexión con el autor, y la manera cómo va a probarlos, pero fundamentalmente, la tipificación, esto es, el señalamiento del delito y sus elementos, además del grado de participación y la pena. También debe hacerlo para desvirtuar "jurídicamente" la defensa⁷⁴.

Ahora, si la defensa expone una teoría defensiva afirmativa o positiva –legítima defensa-, ésta también se encuentra obligada a justificar "legalmente" sus requisitos jurídicos⁷⁵, y la acusación debe desvirtuarlos fáctica, probatoria y jurídicamente.

Nótese que la defensa podría, en otro sentido, solo crear una duda razonable⁷⁶ como tesis, o sobre el hecho, o la responsabilidad (culpabilidad) del procesado⁷⁷ o sobre los elementos jurídicos del delito⁷⁸.

Pero qué es lo jurídico o la base jurídica en el enjuiciamiento adversarial. La respuesta en base del principio de legalidad se bifurca en dos aspectos.

El primer aspecto responde justamente a la teoría del delito, en cuanto a que la propuesta jurídica de la acusación es la exposición de los elementos del delito, esto es: I. TIPICIDAD: el tipo penal (homicidio), su tipificación (descripción de la conducta, dar la muerte), elementos objetivos (sujeto activo, pasivo, núcleo, elementos normativos, etc.), elementos subjetivos (dolo culpa); II. ANTIJURIDICIDAD: formal y material (existen o no causas de justificación); y, III. CULPABILIDAD: imputabilidad, exigibilidad de la conducta, conocimiento de la antijuridicidad. También es importante plantear el grado de participación de procesado (autor, cómplice, partícipe). Finalmente, la pena y su gradación (mínimo-máximo) de existir atenuantes o agravantes, respectivamente.

Todos estos conceptos son teóricos normativos y se revisan en la teoría del delito y teoría de la pena. Es decir, para la propuesta jurídica, necesariamente debe conocerse teoría, de suerte que se conciba y proponga legítimamente.

Visto desde la defensa, debe manejarse la teoría del delito para conocer y presentar una defensa afirmativa, es decir, que el acusado actuó legítimamente, conforme lo ordena la ley, el derecho. Incluso puede presentarse una tesis de exclusión de culpabilidad por inexigibilidad de la conducta. Error o coacción moral, psicológica o física, son estrategias también respetables dentro de la teoría del delito.

74 Es posible que la defensa reconozca el hecho, pero pida la mínima sanción porque ha justificado atenuantes. No se olvide que las atenuantes son de carácter legal y modifican notoriamente la pena. También puede darse el supuesto en que la defensa sostenga que el procesado no es autor, sino cómplice, de manera que la pena sea del cincuenta por ciento.

75 Los tres elementos legales de la legítima defensa son: 1. Actual agresión ilegítima 2. Necesidad racional del medio empleado 3. Falta de provocación suficiente.

76 Dentro del sistema anglosajón es *reasonable doubt*: duda razonable o fundada sobre el hecho o el responsable de tal, cuya existencia justifica dictar un veredicto absolutorio por parte del jurado.

77 Puede alegarse error de prohibición: vencible o invencible.

78 Puede exponerse error de tipo: vencible o invencible. Incluso atipicidad de la conducta por falta de algún elemento.

El segundo aspecto se centra en la propuesta probatoria de la teoría del caso, y esta debe actuarse conforme a la ley, vale redundar, legalidad probatoria (requisitos de obtención) que incide en la calificación de la conducta. Todo procedimiento debe limitarse dentro de los lineamientos definidos en el debido proceso, ya que cualquier vulneración, afectarán los derechos del procesado.

Todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto, debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad desde los presupuestos de legalidad probatoria.

Desde el punto de vista del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad como se ha expuesto, pero además debe pronunciarse sobre los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma procesal o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o admisibilidad de los medios de prueba (cadena de custodia)⁷⁹.

Un buen ejemplo de este aspecto recae en la prohibición de autoincriminación⁸⁰ vía coacción que, a más de ser de corte constitucional nacional, también lo es en el campo internacional, teniendo un origen en los derechos humanos, referidos a proteger la dignidad y libertad del género humano, tal es así que, el artículo 8 número 2 letra g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos,⁸¹ establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo)⁸², entendido claro está dentro de enjuiciamiento penal.

Aunque la jurisprudencia nacional e internacional tiene criterios para entender a la autoincriminación en las diferentes etapas del proceso y sobre todo en los métodos (legales o no)⁸³ de llegar a ella, la idea aquí más bien intenta aclarar su contenido dentro del contexto procesal adversarial penal.

Algunas posiciones doctrinales sostienen argumentativamente que la autoincriminación no es otra cosa que la confesión del acusado para facilitar la tarea

79 Christian Salas Beteta. Óp. cit.

80 La autoincriminación es plenamente válida cuando es libre y voluntaria y no será el único medio para obtener una sentencia condenatoria.

81 Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se encuentra reconocida dentro del boque de constitucionalidad ecuatoriano en sus artículos 424 y 425 aprobada por la Asamblea Constituyente del año 2008. (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial número 449, de 20 de octubre del año 2008).

82 Cfr. Carlos Alberto Carbone. Medidas coercitivas "En cuerpo y alma" del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación. *Revista de Derecho Procesal Penal* (2006-2): la injerencia en los derechos fundamentales del imputado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2006, p. 190.

83 Los llamados métodos legales son los establecidos en las normas procesales como por ejemplo los acuerdos reparatorios, suspensión condicional de procedimiento, procedimiento abreviado, etc., y los métodos no legales son los que provienen de coacción moral, psicológica o física como la tortura.

del fiscal o del juez (según fuere del caso o sistema penal) y beneficiarse de una condena "más justa" incluso la aplicación de atenuantes, lo que permite ciertos acuerdos previos a veces cuestionables al objetivo de una persecución criminal.

En todo caso, la mayoría de posturas frente al tema son unánimes en apuntalar que la autoincriminación será válidamente admitida, siempre y cuando sea libre y voluntaria, esto es, sin vulneración de la libertad física o psíquica del acusado, vale decir, será jurídica y procesalmente valorada si es hecha sin coacción de naturaleza alguna⁸⁴. Ambos, el acusado y la coerción penal, ante los fines del proceso, generarán siempre conflictos,⁸⁵ y de esto no cabe la menor duda.

La facultad de declaración de un acusado dentro de un proceso de naturaleza penal, "...está conformada por dos caras de una misma moneda: por un lado, por el derecho que posee para "hablar" -el cual no es otro que el derecho a ser oído; y por el otro, por su derecho para "callar" -o bien llamado "derecho al silencio"⁸⁶.

Si se toma en cuenta que en un sistema acusatorio penal la base es el juicio oral⁸⁷, entonces la declaración incriminatoria será válida siempre y cuando sea presentada ante juez de garantías penales, para que surta efectos jurídicos de palabra judicial, ya que ésta es prueba, y como tal, debe ser solicitada, ordenada, practicada e incorporada en juicio, *in contrario sensu*, las evidencias recogidas previamente aun cuando no sean producto de coacción moral, física o mediante engaños, no tendrán valor probatorio alguno, si el acusado se declara inocente o se acoge al silencio⁸⁸ frente a su juez natural en audiencia.

En la mayor parte de ordenamientos se reconocen las declaraciones autoincriminatorias como circunstancias atenuantes de la pena, es decir, para una rebaja en caso de sentencia condenatoria.

De lo dicho, la autoincriminación funciona como medio de defensa material y técnica, esto es, como herramienta de ayuda a la justicia en el esclarecimiento de la verdad material (derecho de la víctima a conocer la verdad), denota arrepentimiento y además beneficia en la aplicación de una pena, ya que fun-

84 Ver nota al pie 1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8, número 3.

85 Cfr. Carbone, p. 188.

86 María del Mar Niño, disponible en: <http://www.ciberjura.com.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=3769&Itemid=26> (último acceso: 30 de diciembre del año 2009). El silencio como contrapartida del lenguaje procesal también posee su significación como la otra cara de la moneda, y por ende se constituye en palabra también. El silencio y un lenguaje apropiado definen la expresión verbal del poder, al igual que se constituyen en una de las condiciones necesarias del arte dramático, según Tedesco Guardar silencio es en sí mismo un acto de comunicación humana, incluso dentro del reino animal (ritual de cazar una presa), es un arte de hablar. En: Ignacio F. Tedesco. *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*. 1era. Ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, p. 275.

87 Alberto Bovino. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. 1ra. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

88 Acogerse al silencio necesariamente involucra una declaración tácita de inocencia que debe ser destruida por la acusación oficial.

ción como atenuante de comportamiento (teoría del delito). Sin embargo, la autoincriminación no viola el principio de inocencia (derecho constitucional), ya que éste solo puede ser puesto en duda por el acusador oficial (derecho adversarial) y en juicio debe ser quebrantado por la sentencia en firme (derecho procesal), todo ello sustentado en la piedra angular llamada principio de congruencia⁸⁹.

En este aspecto y en cuanto al derecho anglosajón, el derecho al silencio o la no autoincriminación se encuentra reconocido por la V enmienda de la Constitución americana, en cuanto establece el "no ser compelido a ser testigo contra uno mismo", (*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*) mismo que tiene una vertiente reconocida a partir de 1965 por la Corte Suprema de ese país, derivado del fallo "Griffin versus California"⁹⁰ en el cual además se llegó a alcanzar como inferencia lógica de la argumentación jurídica, que tampoco puede hacerse determinado comentario o sacarse conclusión alguna, a partir del silencio adoptado por el acusado⁹¹.

No debe olvidarse frente a este razonamiento que hay una máxima que dice "*nemo inauditus condemnetur*" (No puede nadie ser condenado sin ser oído, previamente)⁹².

Así, si el actor de un juicio no prueba, aunque se declare culpable, se absuelve al demandado así el aforismo sempiterno (*actore non provente, reus absolvitur*)⁹³ aun cuando éste se haya autoincriminado a través de la palabra judicial en la etapa de investigación o en la de juicio.

De lo revisado se puede evidenciar la serie de eslabones que forman parte de la cadena del sistema de persecución penal, es decir, la teoría del delito y teoría del caso, dentro de un procedimiento penal.

Recuérdese que en el sistema adversarial, el que administra justicia (delibera y sentencia), luego de un juicio oral y contradictorio, es un tribunal (tres jueces), quienes son abogados conocedores del derecho penal, y no personas o ciudadanos civiles que desconocen el derecho, lo que obliga tanto a la acusación como a la defensa, a plantear mecanismos teóricos, coherentes a su propuesta jurídica, para el convencimiento de "juristas" no civiles.

89 El Principio de congruencia es la columna vertebral en un proceso acusatorio, ya que delimita la correlación de la acusación, la defensa y el fallo final. Verbigracia, si la acusación oficial es por homicidio simple (dolo), y el acusado plantea la tesis de ser autor de homicidio inintencional (culposo) y se autoincrimina por este último, la sentencia no podrá establecer su responsabilidad penal sino por el que llegare a probar el acusador oficial, ya que el testimonio autoincriminatorio no tiene validez probatoria porque es incongruente con la tesis de acusación.

90 Xavier F. Andrade, *Óp. cit.*, p. 138.

91 Artículo de María del Mar Niño, de 8 de mayo del año 2008, ver nota al pie 13: Andrade, p. 58.

92 Pérez, *Óp. cit.*, p.55.

93 Pérez, *Óp. cit.*, p. 37.

5. Necesidad de la armonización de las teorías: a manera de conclusión

Las ciencias del derecho evolucionan y desarrollan presupuestos lógicos de aplicación permanente, para alcanzar fines que pueden entrar en el campo de la política criminal de un Estado.

Hacer definiciones doctrinarias, jurídicas y prácticas resulta inoficioso en el derecho penal, procesal y sistema adversarial, ya que tanto unas como otras poseen cualidades y efectos jurídico-sociales muy distintos, por lo que, en este caso son, discordes y divergentes. Catalogar y definir a las teorías del delito y del caso como especialistas en un determinado tema o no, es justamente la evidencia que hasta el momento provoca desatinos.

La generalización puede ser indiscreta y servil en casos concretos, provocando imprecisiones de interpretación judicial. La individualización en el caso concreto, parece ser lo indicado al tratar de armonizar las dos teorías.

Para tener relieve jurídico-penal la teoría del delito cobra vida en la propuesta jurídica de la teoría de caso y viceversa, sin ser tratadas como equivalentes.

Lo anterior, explica también que existen soluciones –fallos- muy diversos que, con criterio poco razonable, sean controversiales y tímidos en la explicación, esto coherente con la eterna lucha de dogmáticos versus procesalistas, que tienden a radicalizar sus posiciones jurídicas. El juez debe hacer una valoración jurídica del caso concreto para aplicar la norma penal adecuada.

Es claro que, aunque conceptualmente y esencialmente distintas las dos teorías por su origen, son términos equiparables en la norma procesal, por la forma que se encuentran entendidas, además de armónicas en un sistema de adversarios.

Desde el surgimiento de la humanidad y la propia evolución del ser humano han generado múltiples investigaciones dirigidas a explicar el comportamiento de este y sus esferas endógenas y exógenas, algunas ciertamente controversiales, otras aceptables; y otras que, aún no responden sus propios cuestionamientos. Las dos teorías van dirigidas a encontrar la justificación del derecho a castigar.

Como consecuencia del derecho a defenderse, técnicamente (derecho a una defensa técnica, letrada, dogmática), surge el derecho a ser oído en cualquier momento, anclado al derecho a estar informado de manera previa, clara, oportuna y precisa de la imputación de cargos, de tal suerte que pueda explicar o contradecir los fundamentos tanto "fácticos" como "jurídicos" de la investigación formal o de la acusación, ya en el juicio. Incluso esta facultad se amplía cuando existen medidas coercitivas personales dictadas en su contra, así el imputado podrá explicar las razones jurídicas o de arraigo social, por las

cuales no deben ser ordenadas en su perjuicio, y esto responde a una propuesta jurídica, que forma parte de la teoría del caso⁹⁴.

Este derecho hace posible el principio de intermediación, en el cual el juez es el árbitro que observa directamente la contienda jurídica y fáctica expuesta por el fiscal y refutada por el imputado y viceversa (principio de contradicción). De ese choque de partes, saldrá la opinión objetiva de valoración judicial. Pero ésta desarrolla ímpetu, en el momento que la discusión de hechos se confronta con los jurídicos, en igualdad de condiciones procesales⁹⁵.

No se olvide que el sistema acusatorio parte de la honestidad y lealtad procesal que son los estandartes donde se afianza, son sus espacios de apogeo. Entre más clara, precisa e imparcial la información sobre la persecución, más confiabilidad en el sistema.

Si declarar libremente sobre los hechos imputados al procesado, como el dar las razones o explicaciones que según su criterio le asisten para lograr una decisión jurisdiccional a su favor, son derechos de defensa (derecho a ser oído), entonces entender los cargos también forma parte de una actividad procesal que resulta imprescindible⁹⁶ para los fines del proceso y la obtención de la verdad sustancial⁹⁷.

Como corolario de estar debidamente informado y entender la imputación, deviene el derecho a preparar la defensa con el tiempo y medios suficientes, además del derecho a la contradicción, pero fundamentalmente esto permite la operatividad y el respeto del principio de congruencia que es "*la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila.*"⁹⁸ Por ello la sentencia, es de carácter jurídico, debe estar en conformidad o ser congruente con la acusación, "*sententia debet esse conformis libello*" y dando valoración al aforismo jurídico que respalda lo dicho es "*Iudex iusta alligata et probata iudicare debet*: el juez debe juzgar de acuerdo a lo alegado y lo probado"⁹⁹ lo que se conoce en el derecho anglosajón como *Theory of pleading doctrine*¹⁰⁰ bajo los presupuestos no solo de hecho, sino de doctrina. Esta es una repuesta valorativa.

94 Xavier F. Andrade, Óp. cit., p. 139.

95 *Id.*, p. 132.

96 Cfr. Clariá Olmedo, Óp. cit., p. 146.

97 La verdad sustancial es el descubrimiento objetivo del hecho y su responsable, la verdad formal se verifica por las manifestaciones formales esgrimidas por las partes, véase nota al pie Clariá, p. 120.

98 Julián Horacio Langevin. *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre la acusación, defensa y sentencia*. 1ra. ed. Argentina: Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 31.

99 Pérez, Óp. cit., p. 51.

100 Principio por el cual una parte debe probar lo que alega.

Los derechos del procesado aquí revisados rápidamente en este estudio, no son todos los que forman parte del debido proceso, ni tampoco los más importantes, son simplemente ejemplificativos de las variables de estudio, dentro de un proceso de investigación y juzgamiento. Ojalá pudieran surgir visiones más lúcidas, amplias y precisas acerca de otros derechos fundamentales que permitan transformar la realidad procesal por simple o pequeña que esta fuera.

Varias hipótesis se han sostenido sobre la incompatibilidad del derecho anglosajón y el continental europeo que, en su momento de surgimiento, han sido aceptables. Sin embargo, la mayoría han sido reformuladas por el desarrollo propio de la ciencia jurídica y procedimental, o la cada vez más necesaria y directa influencia del sistema acusatorio en las legislaciones procesales latinoamericanas ante el fracaso del sistema inquisitorial y el evidente desatino de sus postulados.

Se sostiene con justa razón que, la necesidad de juzgar hombres por medios más rápidos, directos, precisos, efectivos y justos, nace de la exigencia social de ambas vías, derechos humanos y estado de seguridad, ya que de una u otra la forma la política criminal se nutre de estas exigencias, a veces irreconciliables, y obliga a los científicos jurídicos a construir escenarios más legítimos, puros y cálidos que le permitan al procesado entender la realidad de su tormento, privación de su libertad. Esta es el alma de la administración de justicia penal.