

posee su propia concepción del auditorio universal, sin embargo, no es más que una apreciación muy personal y subjetiva. Aunado a lo anterior es preciso estudiar las variaciones que tiene el auditorio universal para conocer lo que las personas que conforman al auditorio consideran como real, verdadero, objetivo y válido⁷⁷, lo anterior conlleva a la práctica de la explicación y la comprensión de los argumentos de tipo discursivo.

Capítulo II

La argumentación jurídica, la teoría del caso y el litigio estratégico.

1. La teoría del caso y la argumentación jurídica en México.

La teoría del caso es un aspecto del sistema penal acusatorio adversarial mexicano, surgido con la reforma constitucional de 2008, hay que comprenderla para poder demistificar algunos aspectos que la envuelven. La teoría del caso es abordada por primera vez en el sistema jurídico mexicano a partir de la contradicción de tesis 412/2010 en la cual se presente de la siguiente manera:

⁷⁷Perelman CH (1989) Tratado de la argumentación, Madrid, Gredos.

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO. El nuevo sistema procesal penal, a través del principio de contradicción, garantiza la igualdad procesal de las partes prevista en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en la medida en que se les permite escuchar de viva voz las argumentaciones de la contraria para apoyarlas o rebatirlas y observar desde el inicio la manera como formulan sus planteamientos en presencia del juzgador. Así, tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor, deben exponer al juzgador su versión de los hechos con base en los datos que cada uno de ellos aporte, a fin de lograr convencerlo de su versión, la cual ha sido denominada en la literatura comparada como "teoría del caso", que puede definirse como la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte, a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del juzgador, la cual deberá vincularse con los datos aportados para desvirtuar aquellos en que se apoyen las afirmaciones de su contraparte, de manera que la intervención de las partes procesales puede resumirse en: presentación, argumentación y demostración. En otras palabras, la teoría del caso se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener que está acreditado un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión, o bien, que existe alguna excluyente de responsabilidad o la destrucción de la proposición que se realiza contra el imputado y que desvirtúa las evidencias en que se apoya.⁷⁸

Como se puede apreciar la teoría del caso es propiamente una puesta en práctica de las expresiones argumentativas. La tesis aislada referida anteriormente establece como elemento central el principio de contradicción, mediante el cual ambas partes pueden escuchar de viva voz los argumentos de la parte contraria para apoyarlos o rebatirlos y observar, por lo cual se pueden realizar contrarréplicas de los alegatos de apertura, el ofrecimiento y desahogo de la prueba, y de los alegatos de clausura, lo cual genera una posición de debate en presencia de la autoridad.

La teoría del caso como ejercicio argumentativo permite demostrar la culpabilidad o inocencia respecto de un hecho señalado como delito. Sin embargo, es un ejercicio argumentativo mediante el cual se mide la capacidad de una de las partes a fin de que puedan probarse los hechos. La teoría del caso atiende a principios básicos de la argumentación jurídica, pues se trata de presentar la situación, abordarla y esclarecerla para demostrar la postura.

La teoría del caso se basa en el adecuado uso de la retórica, así como de la comprensión y manejo del lenguaje jurídico. Dentro de la teoría del caso es posible

⁷⁸ Tesis Aislada 160185 [Marzo de 2012]; <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160185>

observar el replanteamiento de los propios argumentos, si el argumento total sobre el cual el abogado plantea su línea argumentativa está mal estructurado y negligentemente definido, pierde fuerza al momento de su exposición y demostración⁷⁹, por tanto, la construcción de la teoría del caso resulta falible. ¿Por qué ocurre esta situación? Debe tenerse en consideración que en muchas ocasiones tiene que ver el uso adecuado de los términos y la interpretación que de manera conjunta generan sobre una idea. Toda vez que dentro de las cuestiones judiciales se toma en consideración principios tales como el de razonabilidad, el cual se vuelve prioritario para la resolución de ejercicios de interpretación normativa y ponderación.

Considérese que la teoría del caso no es exclusiva de la materia penal, sino del área jurídica en general, por tanto, existen teoría del caso en el derecho civil, fiscal, constitucional entre otras tantas. Una pieza fundamental en la construcción de una buena teoría del caso es la interpretación jurídica, mediante la cual, se permite descubrir, comprender e incluso atribuir el correcto significado de las normas jurídicas. Lo anterior forma parte del litigio estratégico, el atribuir un determinado significado al término dentro de la interpretación jurídica permite construir verdaderas soluciones para los problemas presentados, la interpretación deficiente obstaculiza la buena marcha de un juicio y puede llevar a soluciones erróneas.

La interpretación jurídica es un pilar fundamental en la argumentación jurídica, entre los casos más importantes del uso interpretativo se encuentra la ponderación. La cual es definida como un ejercicio de racionalidad⁸⁰. Es muy importante poner atención en la traducción realizada pues se utiliza termino racionalidad y no razonabilidad, el significado de ambos términos es distintos en el español y deja en ocasiones abierta la puerta para la interpretación del término y su uso. Mientras que en idiomas como el alemán no se distingue entre los términos de racionalidad y razonabilidad, se usan distintos términos véanse algunos ejemplos:

Idioma alemán	Idioma español
---------------	----------------

⁷⁹ Hamilton G G. (1990) Lógica parlamentaria, México. Colofón.

⁸⁰ Alexy R. (2014) La fórmula del peso, (Trad. Carlos Bernal Pulido) en Argumentación jurídica. El uso de la ponderación y la proporcionalidad Carbonell M (coord.) Editora Jurídica, Quito, p.24

Das Verständnis: comprensión, sentido, inteligencia, entendimiento, compenetración, talento. Die auffassungsgabe: comprensión, entendimiento, inteligencia. Der fassungskraft: capacidad mental, comprensión. Der begriffsvermögen: Facultad comprensiva, comprensión, entendimiento, entendederas Die einsicht: discernimiento, comprensión, examen, inspección, juicio. Die erkenntnis: discernimiento, comprensión, conocimiento, entendimiento, luz, fallo. Das einfühlungsvermögen: Compenetración, comprensión, intuición.	Racionalidad: Cualidad de racional. Racional: Perteneciente o relativo a la razón. Racional: Conforme a la razón. Racional: expresión algebraica, que puede escribirse como cociente de dos polinomios. Racional: Ornamento sagrado que llevaba puesto en el pecho el sumo sacerdote de Israel. Racional: Contador mayor de la casa real de Aragón.	Razonabilidad: Calidad de ser razonable. Razonable: Adecuado, conforme a razón. (al momento de dar una respuesta) Razonable: Proporcionado o no exagerado.
--	---	--

Como se puede observar el significado de cada término resulta ser mucho más específico gracias a los campos semánticos. De la misma manera, el vocablo razón usado como sustantivo presente en el alemán algunas variantes interesantes:

Idioma alemán	Idioma español
Die Raison: razón.	Razón: facultad de discurrir.
Die Räson: razón.	Razón: Acto de discurrir el entendimiento.
Der Vernunft: razón, sentido común, buen sentido, entendimiento, juicio, asentamiento.	Razón: Palabras o frases con que se expresa el discurso.

Der Verstand: inteligencia, intelecto, mente, entendimiento, razón, juicio. Der Grund: fondo, suelo, tierra, terreno, fundamento, razón. Die Ursache: causa, razón, motivo, casual, móvil, origen. Der Anlass: ocasión, motivo, razón, causa, caso, margen. Der Erklärung: definición, razón, motivo, explicación, interpretación, comentario. Der Einwand: objeción, reparo, réplica, dificultad, distingo, razón. Des Recht: derecho, razón, equidad, justicia, privilegio, prerrogativa. Der Berichtigung: rectificación, ajuste, saldo, arreglo, corrección, razón. Die Billigung: sanción, aprobación, consentimiento, pláceme, razón. Das Verhältnis: proporción, relación, querida, ligue, lío, razón. Die Äußerung: manifestación, declaración, observación, comentario, enunciación, razón. Die Auskunft: referencia, información, informe, dato, razón. Die Nachricht: noticia, novedad, nueva, mensaje, recado, razón.	Razón: Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo. Razón: Motivo Razón: Orden y método en algo. Razón: Justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas Razón: Equidad en las compras y ventas. Razón: Cuenta, relación, computo. Razón: Recado, mensaje, aviso. Razón: Cociente de dos números o, en general, de dos cantidades compatibles entre sí.
---	---

Como puede apreciarse existe una pluralidad de definiciones en alemán para la palabra razón, esto permite la existencia de un lenguaje mucho más especializado

y concreto en la formulación de ideas centrales, y no deja un margen tan amplio para la interpretación como lo haría el español.

Conforme a lo anterior es posible señalar que la racionalidad y la razonabilidad no pueden ser usados como sinónimos, pues la primera tiene como referente a las ciencias exactas, mientras la segunda se establece en el campo de la plausibilidad y la verosimilitud, mediante la verificación formal y un paso posterior del intelecto buscando establecer un fundamento científico. Siendo así la ponderación debería ser establecida a partir de un esquema de razonabilidad y no de racionalidad, pues el referente es distinto.

En el tema de la ponderación debe tener en consideración que forma parte de la argumentación jurídica, como una herramienta cuya aplicación puede provocar un resultado indeterminable. En ocasiones se señala que la ponderación es una estructura formal y vacía, basada en apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez. Toda vez que la ponderación se basa en la razonabilidad, la cual reestructura la base de una serie de criterios de análisis que integran todos los juicios necesarios para comprender la validez de una medida, el control de razonabilidad se vuelve un análisis de la proporcionalidad, entre los principios además pretende examinar la relación entre los medios y fines mediatos e inmediatos de una medida que se pretenda adoptar a fin de que sea proporcionada⁸¹. Siendo así, la razonabilidad dentro de la ponderación se vuelve un principio que permite reestructurar la base de una serie de criterios de análisis que permiten señalar la validez de las medidas adoptadas conforme a la normatividad.

La razonabilidad se vuelve una herramienta indispensable para la creación de la teoría del caso, pues a través de su empleo se puede verificar la postura sostenida mediante un fundamento científico, es decir, todas las premisas están sujetas a pruebas. Téngase presente que la razonabilidad se vuelve un principio que genera una herramienta que permite generar funciones:

⁸¹ Tesis Aislada de registro 2007923 [Noviembre 2014] <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007923>

- **Interpretativa:** al generar un pragmatismo para la generación de normas, como sería la jurisprudencia⁸².
- **Integradora:** al crear criterios de resolución de lagunas jurídicas⁸³.
- **Limitativa:** ya que demarca el ejercicio determinadas facultades⁸⁴.
- **Fundamenta del ordenamiento,** en cuanto legitima o reconocer la validez de otros fuetes de derecho⁸⁵.
- **Sistematizadora del orden jurídico,** para la generación de reglas de trato y la reafirmación de principios jurídicos que componen el sistema⁸⁶.

Siendo así la razonabilidad juega un papel fundamental en la legitimidad de las decisiones e interpretaciones normativas, con base en los criterios de razonabilidad se puede establecer una serie de parámetros para integrar juicios necesarios que ayuden a comprender la validez de una medida.

Una buena medida la teoría del caso se apuntala con el principio de razonabilidad para generar el impacto necesario en el espectador y la autoridad, lo anterior a fin de que deba existir un pensamiento lógico jurídico en el momento de argumentar oralmente y obtener el mayor beneficio posible⁸⁷.

La teoría del delito es ante todo un ejercicio argumentativo, el cual si se realiza con el más alto nivel permite obtener una sentencia favorable a los intereses y por consiguiente generar un discurso retorico de convencimiento. El uso de una metodología adecuada para la construcción de la teoría del caso permite, construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso, al igual que la interpretación y reinterpretación de términos que permite generar la articulación del discurso y que la hipótesis fuese demostrada, con ello se brinda al juez de una carga demostrativa que le permite contar con los elementos

⁸² Dehesa Dávila G (2015) Introducción a la retórica y la argumentación. 7ª ed. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. P.495

⁸³ Ídem

⁸⁴ Ídem

⁸⁵ Ídem

⁸⁶ Ídem

⁸⁷ Benavente Chorres, H (2011). Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral. México, Flores editor y Distribuidor, p. 19

de juicio mediante los cuales resolverá el conflicto de interés jurídico, siendo así, la teoría del caso, debe incluir una narración persuasiva y debe incluir la mayor cantidad de hechos de la causa bajo las circunstancias de modo, tiempo y lugar⁸⁸.

La teoría del caso como un ejercicio argumentativo permite generar una práctica discursiva que establezca los fundamentos jurídicos al a par de una descripción detallada de los hechos y el material probatorio que se presentará. Dentro de las técnicas de argumentación jurídica debemos entender que cada tipo de alegato se presenta en una etapa determinada del proceso, ello para generar el mayor impacto posible. Siendo así, en el alegato de apertura no se pueden incluir conclusiones, ya que se estaría prejuzgando, pues nada se ha probado y se dejaría ver al contrincante la estrategia litigiosa, tampoco podemos comprometernos a realizar aquello que no se cumplirá, pues de otra forma se sobredimensionaría la prueba y provocaría falsas apreciaciones para el cliente y para la autoridad. La teoría del caso no es una herramienta para crear argumentos viscerales en la autoridad, tratar de hacerlo solamente demostraría la falta de preparación como abogados, tampoco se debe caer en abstracciones, y mientras más complejo sea el caso, se necesitarán más apoyos audiovisuales.

La teoría del caso se plantea como una hipótesis la cual puede modificarse y ajustarse hasta antes de comenzar el juicio oral o durante la sustanciación de este último, por ello se pide que la teoría del caso sea sencilla, lógica, con una suficiencia jurídica, es decir, que posea los elementos normativos suficientes para la acreditación de una determinada conducta, derecho o acción, y flexible a fin de que pueda adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso, sin cambiar radicalmente, de otra manera provocaría incertidumbre e incredibilidad.

La teoría del caso es el núcleo esencial del procedimiento, pues dependiendo de su formulación y las situaciones que se vaya suscitando conforme a esta, se pueden

⁸⁸ Baytelman A, A y Duce J, M. (2008) Litigación penal. Juicio oral y prueba. México, Fondo de cultura económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales, p.102 Benavente Chorres, H (2011). Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral. México, Flores editor y Distribuidor, pp. 195 – 196 León Parada,V (2005) ABC del nuevo Sistema Acusatorio Penal. Colombia, Ecoe Ediciones, p.178

ejercer las acciones jurídicas respectivas para la protección de los derechos de los gobernados.

La teoría del caso puede ser analizado desde el aspecto constitucional, a través del uso del principio de proporcionalidad, lo cual consiste en tomar en consideraciones del caso en concreto, para solucionar conflictos entre bienes constitucionales, a fin de que en los ejercicios de ponderación se garantice de mejor manera la protección constitucional de los derechos. Como ejemplo se puede mencionar lo señalaba la tesis jurisprudencial denominada GESTACIÓN SUBROGADA O POR SUSTITUCIÓN. LA IMPOSICIÓN DE UN RANGO DE EDAD PARA SER MADRE CONTRATANTE ES DISCRIMINATORIA Y VULNERA EL DERECHO HUMANO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA, en la cual se aborda el tema constitucional de la edad para realizar la gestación subrogada o por sustitución y si esta medida no vulnera el derecho humano a la autodeterminación reproductiva, sobre ese punto la Corte resolvió que la medida no se encuentran encaminada a satisfacer un propósito constitucional de carácter imperioso, y que la medida legislativa contraviene de manera directa el mandato constitucional previsto en el artículo 4º constitucional sobre la libertad y la autonomía reproductiva, en tanto que vulnera el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espacimientto de los hijos(as).⁸⁹

La teoría del caso no termina en primera instancia con la resolución del juez de, más bien, es continua hasta que la sentencia quede firme, esto lo podemos observar a partir de los análisis jurisprudenciales, y los amparos en revisión planteados ante la suprema corte de justicia de la nación donde se cambian los paradigmas jurídicos a partir de la argumentación que se presenta.

Téngase presente que el hecho de promover un recurso jurídico como la apelación o el acudir al juicio de amparo no implica volver a plantear los mismos argumentos que se hicieron valer en el juicio inicial, más bien, es combatir una serie de determinaciones jurídicas que fundaron y motivaron esa sentencia o acto de autoridad; por tanto, la estrategia del litigio muta y vuelve a generar un

⁸⁹ Jurisprudencia de registro 2024846 [Junio 2022] <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006241>

replanteamiento de la situación jurídica, sin dejar de lado, la esencia del juicio. Siendo así se puede apreciar la siguiente tesis:

PENSIÓN ALIMENTICIA. SU CUANTIFICACIÓN DEBE REALIZARSE CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN EL PRINCIPIO DE VIDA DIGNA Y DECOROSA.

Hechos: Una mujer demandó a su cónyuge el pago de una pensión alimenticia. En primera instancia el Juez condenó al demandado al pago por el equivalente al 15 % (quince por ciento) de sus ingresos ordinarios y extraordinarios. Inconforme con el porcentaje, la actora interpuso recurso de apelación pues consideró que la pensión se otorgó de manera deficiente al tomarse en cuenta sólo los elementos económicos y no los factores sociales. La Sala responsable modificó la sentencia recurrida e incrementó el porcentaje al 20 % (veinte por ciento) de los ingresos del cónyuge. Inconforme con dicho monto, la apelante promovió juicio de amparo directo, el cual le fue negado, motivo por el cual interpuso recurso de revisión.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que, para fijar el monto de la pensión alimenticia, además de la capacidad y necesidad de las partes, es necesario tomar en consideración los factores sociales y económicos que incidieron en el núcleo familiar, así como reconocer la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres.

Justificación: El derecho humano a recibir justicia bajo un método con perspectiva de género deriva de los artículos 1o. y 4o., párrafo primero, de la Constitución General. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 25, numeral 1, que las personas tienen derecho a recibir alimentos, vestido, vivienda y asistencia médica, tomando como parámetro un nivel de vida adecuado. Así, establecer el monto de la pensión alimenticia considerando exclusivamente factores económicos vulnera el principio de vida digna y decorosa; de ahí que al juzgar con perspectiva de género se deben tomar en consideración las condiciones sociales y económicas en las que se desarrolló la familia, en especial al momento de fijar el monto de la pensión alimenticia. Sin que dicha pensión se limite a las necesidades de mera subsistencia de la persona acreedora, sino que debe adecuarse a la situación económica a la que se encuentra acostumbrada, ya que su finalidad es garantizar una vida digna y decorosa al acreedor alimentario. Por lo que los juzgadores deben prestar especial atención a los elementos contextuales del núcleo familiar⁹⁰.

Como se ha podido observar en la jurisprudencia se establece que la teoría del caso se readaptó, ya que el debate se centra en fijar el monto de la pensión alimenticia, además de la capacidad y necesidad de las partes, es necesario tomar en consideración los factores sociales y económicos que incidieron en el núcleo familiar, así como reconocer la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres, es decir, esta teoría del caso conlleva el estudio de la perspectiva de género.

⁹⁰ Jurisprudencia de registro 2024601 [mayo 2022] <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024601>

El esquema argumentativo se basa en establecer que la premisa mayor se centra en lo establecido dentro de los artículos 1º y 4º primer párrafo de la constitución, la declaración universal de los derechos humanos y tomando como base el parámetro de un nivel de vida adecuado, y los conceptos de vida digna y decorosa. La perspectiva de género juega un papel muy importante al momento de fijar la pensión alimenticia ya que se hace énfasis en la situación social, histórica y cultural que viven las mujeres, de manera que la pensión alimenticia se fija en razón de la subsistencia de la persona acreedora, adecuada a la situación económica a la cual se acostumbra y garantizar una vida digna y decorosa, siendo una obligación prestar atención a los elementos contextuales del núcleo familiar.

2. Pautas para el litigio estratégico.

Al abordar el tema del litigio estratégico, debe tomarse en consideración situaciones relacionadas con los aspectos ontológicos jurídicos, la valorización de causas, la adecuada defensa, y el cobro de honorarios conforme a las tarifas arancelarias.

Abordar temas del foro jurídico conlleva forzosamente estudiar la práctica jurídica desde el enfoque ontológico y deontológico de sus operadores jurídicos, es decir, de los abogados postulantes y la autoridad que resuelve las controversias. El sistema jurídico mexicano se compone de la parte sustantiva y la adjetiva, lamentablemente el aspecto adjetivo es aquel que la sociedad no comprende, por tratarse del enfoque práctico y la manera en cómo opera la impartición de justicia en este país. Entiéndase que las leyes en México atienden a la interpretación subjetiva de las partes y los juzgadores conforme a los hechos que se han logrado probar. Además, dentro del litigio estratégico se genera un impacto dinámico y complejo con las distintas disciplinas que se relacionan directamente con la materia jurídica, como son; la psicología, el trabajo social, la ciencia política, la comunicación, la educación entre otras.

En el litigio estratégico se debe tener un amplio conocimiento de la aplicación de las acciones procesales de corto y largo plazo, ponderar como estas acciones pueden afectar la esfera jurídica de los interesados, muchas pueden tener efectos dilatorios en el procedimiento, lo cual es física y psico-emocionalmente desgastante para las