



Dikaion

ISSN: 0120-8942

ISSN: 2027-5366

Universidad de la Sabana

Laise, Luciano D.

A veces tengo y a veces no: la "teoría del caso" frente al activismo judicial y la defensa penal*

Dikaion, vol. 31, núm. 2, e3125, 2022, Julio-Diciembre

Universidad de la Sabana

DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.5>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72075517007>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)



Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



A veces tengo y a veces no: la “teoría del caso” frente al activismo judicial y la defensa penal*

Sometimes I Have, Sometimes I Don't: ‘Case Theory’ vis-à-vis Judicial Activism and Criminal Defense

Às vezes tenho, às vezes não: a “teoria do caso” ante o ativismo judicial e a defesa penal

Luciano D. Laise**

* Este trabajo se inserta en el proyecto: “Naturaleza, límites y desafíos del activismo judicial: reflexiones a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (Código DCT2022), financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** <https://orcid.org/0000-0003-4249-5948>. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina. lucianolaise@conicet.gov.ar

Recibido: 27/10/2021. Envío a pares: 07/11/2021

Aprobado por pares: 07/02/2022. Aceptado: 08/03/2022

DOI: 10.5294/dika.2022.31.2.5

Resumen

En el curso de la presente investigación se efectuará una revisión de las principales contribuciones que versan sobre litigación penal. A diferencia de lo que tales obras suelen afirmar, sostendré que la defensa no necesariamente ha de contar con una “teoría del caso”. En efecto, la defensa pasiva no consiste sino en desbaratar al caso planteado por la parte acusadora. No obstante, se podría terminar fomentando el activismo judicial, si en el proceso adversarial se insiste en que todas las partes –defensa y acusación– han de contar invariablemente con una teoría del caso. Esto implicaría no solo una conculcación de la separación de funciones, sino un debilitamiento del sentido profesional de los litigantes. Con el fin de superar tales dificultades, primero se reconstruirán los conceptos de “teoría del caso” y “activismo judicial”. Luego se propondrá adoptar el concepto de estrategia como superador de la noción de teoría del caso. La noción de estrategia no solo subraya el aspecto de planificación, sino que también realza la trascendencia de una robusta interacción del litigante con el ambiente en que se concretan las prácticas jurídicas.

Palabras clave

Estrategia; litigación penal; defensa pasiva; separación de funciones; proceso penal acusatorio.

Abstract

This article reviews the main contributions to criminal litigation. Unlike most works on the topic, I claim that defense does not necessarily rely on a 'case theory.' Passive defense consists of nothing but dismantling the prosecution's case theory. However, if we stress that every single part must be dependent on a case theory, we might be nudging judicial activism. It would not only entail a violation of the segregation of functions needed for an accusatory procedural system but also weaken the professional sense of duty among lawyers. To overcome those difficulties, I first reconstruct the concept of 'case theory' and 'judicial activism.' Then, I propose adopting the concept of strategy instead of case theory. The very notion of strategy highlights the planning feature and the relevance of robust interaction between lawyers and the environment where they follow their practices.

Keywords

Strategy; criminal litigation; passive defense; segregation of functions; accusatory criminal procedure.

Resumo

No andamento da presente pesquisa, é feita uma revisão das principais contribuições que tratam do litígio penal. À diferença do que tais obras costumam afirmar, argumento que a defesa não necessariamente deve contar com uma “teoria do caso”. De fato, a defesa passiva não consiste senão em refutar o caso proposto pela parte acusadora. Contudo, poderia acabar fomentando o ativismo judicial, se, no processo adversarial, for insistido em que todas as partes — defesa e acusação — devem contar invariavelmente com uma teoria do caso. Isso implicaria não somente uma violação da separação de funções, mas também um enfraquecimento do sentido profissional dos litigantes. Com o objetivo de superar tais dificuldades, primeiro são reconstruídos os conceitos de “teoria do caso” e “ativismo judicial”. Em seguida, é proposto adotar o conceito de estratégia como superador da noção de teoria do caso. A noção de estratégia salienta o aspecto de planejamento e realça a transcendência de uma robusta interação do litigante com o ambiente em que as práticas jurídicas são concretizadas.

Palavras-chave

Estratégia; litígio penal; defesa passiva; separação das funções; processo penal acusatório.

Sumario: Introducción: una precisión conceptual con efectos prácticos para la litigación penal. 1. Una reconstrucción del concepto de “teoría del caso”: algo que la defensa no siempre ha de tener. 2. El activismo judicial: una caracterización neutral de un concepto esencialmente controvertido. 3. Una fundamentación alternativa del rechazo al activismo judicial en el proceso acusatorio: el fortalecimiento del sentido de responsabilidad profesional de los litigantes. 4. Menos teoría del caso, y más estrategia: riesgos del concepto de teoría del caso y ventajas del concepto de estrategia. 5. La formulación de una estrategia consistente y robusta: un test de cinco pasos. 5.1. Test 1°. La creación de un servicio valioso para los intereses del cliente. 5.2. Test 2°. La personalización del servicio al cliente: una consideración “a la medida”. 5.3. Test 3°. El descarte de otras alternativas posibles. 5.4. Test 4°. El compromiso o continuidad de la estrategia. 5.5. Test 5°. La valoración de la eficacia de la estrategia. Conclusiones: de la teoría del caso a la estrategia. Bibliografía.

Introducción: una precisión conceptual con efectos prácticos para la litigación penal

La literatura especializada que aborda temas de litigación oral suele comenzar marcando la necesidad de que tanto la defensa como la parte acusadora elaboren su propia “teoría del caso”.¹ Ahora bien, ¿qué se entiende por teoría del caso? Pues la definición estándar plantea que se trata de la versión que el litigante asume sobre los hechos del caso, su relevancia jurídica y su correspondiente sustento probatorio.² De esta manera, las partes desarrollan una contradicción en el marco de un proceso reglado con el fin de que su teoría del caso prevalezca sobre la que esgrime el adversario.³

Sin embargo, a pesar de que la mayoría de los desarrollos sobre el tema sugieren que ambas partes deben contar *invariablemente* con una “teoría del caso”,⁴ me permito discrepar en torno a la pertinencia de tal afirmación. De hecho, los litigantes bien podrían plantearse el siguiente interrogante: ¿la defensa ha de asumir una versión de los hechos, prueba y calificación jurídica frente a todos los casos? Si la defensa se concentra en la desacreditación de todos y cada uno de los elementos de la teoría del caso que emprende la parte acusadora; es decir, si se emprende una defensa pasiva,⁵ ¿estamos realmente trabajando sobre la base de una teoría del caso “alternativa”? En otras palabras, ¿resulta deseable caracterizar como “teoría del caso” la estrategia defensiva que apunta a desmontar la versión de los hechos que procura acreditar la parte acusadora?

1 Por ejemplo, Andrés Baytelman y Mauricio Jaime Duce, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2004, pp. 78 y ss.; Leticia Lorenzo, *Manual de técnicas de litigación oral*, Buenos Aires, Didot, 2016, p. 37.

2 Lorenzo, *Manual de técnicas de litigación oral*, op. cit., p. 37; Leonardo Moreno Holman, *Teoría del caso*, Buenos Aires, Didot, 2012, p. 28. Baytelman y Duce, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, op. cit., p. 93.

3 Rubén A. Chaia, *Técnicas de litigación penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, Tomo I, p. 170. Binny Miller, “Give them back their lives: recognizing client narrative in case theory”, *Michigan Law Review* 93, 3 (1995), p. 495.

4 Moreno Holman, *Teoría del caso*, op. cit., p. 28.

5 Para una caracterización del concepto de “defensa pasiva”, ver Chaia, *Técnicas de litigación penal*, op. cit., p. 64.

En este trabajo defenderé una respuesta negativa a los anteriores interrogantes. Más en concreto, sostendré la tesis de que la defensa no *necesariamente* ha de estructurar su labor sobre la base de una teoría del caso. Porque el defensor no asume en todos y cada uno de los ejercicios de litigación el deber de acreditar una versión alternativa de los hechos, prueba y derecho aplicable al caso. La estrategia defensiva bien puede focalizarse enteramente en una desacreditación de los principales elementos de la teoría del caso de la parte acusadora.⁶ En efecto, resulta conceptualmente más preciso y claro, al menos para el rol de la defensa, emplear el término de “estrategia” en vez de “teoría del caso”.

Además, si en todo evento la defensa asumiera la carga argumentativa de sostener una alternativa a la teoría del caso que elabora el acusador –público o privado–, pues ello implicaría dos cosas: i) el deber de acreditar la propia inocencia cuando uno es la parte inculpada; i) y la obligación de declarar contra uno mismo.⁷ Eso conculcaría gravemente el derecho fundamental a la defensa y, a la postre, el derecho al debido proceso.⁸ Por ende, ser consecuente con la exigencia de reclamar una teoría del caso a la defensa podría terminar vulnerando las garantías constitucionales del acusado.

Ahora bien, si la defensa es capaz de articular una estrategia pasiva que resulta eficaz para desbaratar la teoría del caso del fiscal, cabe plantearse el siguiente interrogante en el marco de un proceso penal adversarial: ¿el juez está habilitado para articular preguntas a las partes con el fin de subsanar deficiencias en la estrategia acusatoria? La respuesta a esta pregunta será la segunda tesis que defenderé en este artículo. En efecto, argumentaré que bajo ningún concepto el juez puede subsanar la ineficacia de las partes; salvo que ello no invada funciones que son propias de las partes que impulsan el proceso. Aún más, como se verá en el curso de este trabajo, la subsanación de las deficiencias de litigación por parte del juez configura un caso de activismo judicial.

Con el fin de sustentar las tesis de esta investigación emprenderé la siguiente estrategia argumentativa: i) efectuaré una reconstrucción conceptual de lo que se entiende por teoría del caso. ii) Explicaré cómo la insistencia en que todas las partes han de contar necesariamente con una teoría del caso podría fomentar el activismo judicial. iii) Propondré una fundamentación alternativa del rechazo al activismo judicial en el proceso acusatorio; esto es, el activismo

6 Naturalmente, el defensor bien puede optar por una estrategia que consista en ofrecer una versión alternativa de los hechos del caso, y a la vez, desvirtuar lo que la parte acusadora le pretende inculpar. Eso mismo es lo que se ha dado en llamar defensa mixta (Chaia, *Técnicas de litigación penal*, op. cit., p. 66). El punto que pretendo remarcar es que la defensa no *debe*, sino que *puede* –o está facultada– brindar una narración alternativa de los hechos, lo que deberá respaldar adecuadamente con elementos probatorios (Chaia, *Técnicas de litigación penal*, op. cit., p. 64). Miller, “Give them Back Their Lives: Recognizing Client Narrative in Case Theory”, op. cit., p. 496.

7 Lo que va directamente en contra de lo dispuesto en el artículo 8, inciso 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8 Carlos Enrique Edwards, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 107.

judicial socava el fortalecimiento del sentido de responsabilidad profesional de los litigantes. iv) Sostendré que es preciso hablar menos de teoría del caso, y más de estrategia. Esta última noción revela que se puede ejercer tanto una defensa afirmativa, mixta como una de tipo pasiva. Porque, en efecto, la actividad de la defensa bien podría concentrarse en debilitar la teoría del caso de la parte acusadora hasta el punto de suscitar una duda razonable en el juzgador. v) Procederé a formular un alegato de la noción de “estrategia” como un concepto que describe más adecuadamente el rol de la defensa. Finalmente, vi) culminaré con un apartado en el que se recapitularán las principales conclusiones de este trabajo.

1. Una reconstrucción del concepto de “teoría del caso”: algo que la defensa no siempre ha de tener

La reconstrucción del concepto de teoría del caso es un reto mucho más desafiante de lo que se podría imaginar. La insistencia en la función que cumple este concepto en la litigación oral no ha ido a la par de los intentos por definir lo que significa “teoría del caso”.⁹ Con todo, se puede apreciar que existen dos líneas principales de conceptualización.

En primer lugar, se advierte un concepto de teoría del caso que se podría llamar “narrativo”. Esta noción se puede apreciar entre quienes defienden que la teoría del caso supone una “versión” de los hechos, prueba y derecho aplicable.¹⁰ Se trata de una narración o un relato que las partes pretenden que el juzgador acepte como verdadera.¹¹ La teoría del caso, en efecto, condensa los elementos centrales del relato sobre los que el litigante pretende generar una determinada convicción en el juzgador. Su objetivo no es describir puntillamente todo lo que aconteció, sino identificar un sentido coherente que subyace en la visión de conjunto que conforman todas las piezas del caso que se trae ante la consideración del juzgador.¹²

Con todo, no se trata solo de una herramienta metodológica para estructurar la argumentación jurídica con el fin de persuadir y vencer al auditorio. Miller, por ejemplo, va aún más lejos y plantea que la dimensión narrativa pretende conectar esos elementos fácticos, probatorios y jurídicos de la teoría del caso con la experiencia y el mundo de las partes.¹³ Dicho en otras palabras,

9 Miller, “Give them back their lives: Recognizing client narrative in case theory”, *op. cit.*, p. 491.

10 Moreno Holman, *Teoría del caso*, *op. cit.*, p. 24.

11 La presente noción de verdad no implica asumir un compromiso con una visión como la que Taruffo propone. El concepto de verdad que se emplea aquí funciona de la misma manera tanto en el supuesto en que se adopte un concepto de “verdad material” o bien se asuma una noción de “verdad formal”. Para mayores detalles sobre tal distinción y para una defensa de la verdad material como objeto primordial del proceso, cfr. Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México D. F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, pp. 35 y ss.

12 Binny Miller, “Teaching case theory”, *Clinical Law Review* 9, 1 (2002), p. 298.

13 Miller, “Give them back their lives: Recognizing client narrative in case theory”, *op. cit.*, p. 487.

la teoría del caso se dirige a enlazar esas narraciones que compiten entre sí, con el propósito de integrarlas en un todo coherente, pero no perteneciente al mundo entero, sino a las partes implicadas en el proceso judicial.

En segundo lugar, se detecta un concepto de teoría del caso que refiere más bien a una “visión” de los hechos, prueba y derecho aplicable.¹⁴ Llamaré “perspectivista” a este enfoque. Tal concepto de teoría del caso, en efecto, se dirige a enlazar los elementos fácticos, jurídicos y probatorios en un todo coherente que, además, ha de resultar creíble o verosímil para el juzgador.¹⁵ De lo que se trata es de lograr que la visión del caso que uno presenta como abogado sea lo suficientemente verosímil como para despertar un sentido de injusticia en quien ha de dictar sentencia.¹⁶ Dicho en otras palabras, el enfoque perspectivista apunta a que el juzgador adopte el ángulo que posibilita que la pretensión del abogado se torne coherente y verosímil sobre la base de los elementos fácticos y probatorios del caso.

A mi modo de ver, ambas visiones no son mutuamente excluyentes, sino que han de integrarse de manera armónica. Con todo, según la naturaleza concreta del caso, puede que resulte conveniente otorgar cierta prevalencia a una visión perspectivista, o bien a una visión narrativista. Por ejemplo, una estrategia defensiva que apunte a sostener el rechazo de un caso de violencia de género habrá de poner el acento en el aspecto narrativo. En concreto, si los hechos del caso no están adecuadamente probados, o si la Fiscalía relata un hilo de sucesos insuficientemente conectados, el defensor podría articular un relato alternativo que se dirige a exponer que la pareja de la víctima no estaba sistemáticamente bajo una relación de dominio o de poder asimétrico.¹⁷

En contraste, una estrategia defensiva que se dirija a apuntalar una hipótesis de homicidio cometido bajo emoción violenta podría centrarse en una teoría del caso de corte perspectivista, ya que en tales casos suelen advertirse muchos elementos de los hechos del caso que podrían desconocerse por la fugacidad y el alto nivel de emotividad que caracteriza a tales sucesos. En tal supuesto, el defensor habrá de seleccionar estratégicamente qué elementos incorporará a su narrativa y cuáles terminará excluyendo. De esta manera, la defensa procurará hilvanar delicadamente las piezas del caso con el fin de elaborar un relato que genere una convicción en el juzgador que simpatice con el punto de vista del litigante. Dicho con otras palabras, una visión narrativista ha de llevar a la conclusión de que el acusado no podía actuar sino del modo en que lo hizo.

14 Baytelman y Duce, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, op. cit., pp. 90 y ss.

15 James W. McElhane, “The theory of the case”, *Litigation* 6, 1 (1979), pp. 51-52.

16 James W. McElhane, “The psychological theory of the case”, *Litigation* 29, 2 (2003), p. 58.

17 Este aspecto subjetivo es uno de los elementos centrales, por ejemplo, del delito de femicidio. Gustavo A. Arocena, *Femicidio y otros delitos de género*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pp. 70 y ss. Con todo, estamos ante un extremo que debiera resultar sumamente difícil de acreditar en el marco de un proceso penal, ya que se trata de demostrar un hecho que no se manifiesta externamente. Para un examen crítico de las teorías que pretenden demostrar estados mentales o intenciones, cfr. Daniel Gonzalez Lagier, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *Nuevo Foro Penal* 12, 68 (2005), p. 32 y ss.

De cualquier manera, sea que se adopte una visión narrativa o perspectivista de la teoría del caso, existen ciertos elementos comunes en ambas conceptualizaciones. En primer lugar, la teoría del caso debe ser articulada discursivamente por medio de proposiciones declarativas que combinan elementos jurídicos con otros fácticos.¹⁸ A su vez, todo lo anterior ha de descansar sobre la base de la prueba en que se sustentan tales afirmaciones. Por ejemplo, la defensa de Juan Fernández rechaza la acusación por la comisión del delito de portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal. Ahora bien, ¿qué argumento podría esgrimir Juan para defenderse? Pues que el lugar en donde habría sido hallada esa arma fue inspeccionado sin autorización judicial y sin consentimiento de la persona inculpada.

El Ministerio Público Fiscal replica que dos agentes policiales han dado su testimonio con el fin de confirmar que el acusado brindó expresamente su consentimiento a que el carro fuera inspeccionado por la fuerza policial. La defensa responde que no existen elementos probatorios obtenidos legalmente que sustenten tal afirmación y, además, otros dos acompañantes del acusado manifiestan que no les consta haber escuchado alguna clase de autorización para inspeccionar el auto.

En el caso que relatamos que, por cierto, está lejos de ser una mera elucubración teórica, ¿qué versión alternativa de los hechos planteó la defensa? ¿Se aprecia que el abogado defensor elaboró una narrativa distinta a la que proponía la parte acusadora? ¿El defensor propuso una perspectiva alternativa que permitía arribar a una conclusión distinta a la que sostenía el fiscal? ¿O acaso el abogado defensor se limitó a desbaratar la teoría del caso del fiscal? Como veremos en apartados subsiguientes, es conveniente limitar el uso del concepto de “teoría de caso” para el caso de una defensa afirmativa; esto es, cuando el acusado reconoce que cometió determinados actos, pero que estaba comprendido bajo algún supuesto de justificación, excusabilidad o inimputabilidad.¹⁹

Con todo, una pregunta que suele plantearse en las instancias de capacitación de los jueces penales que se dan en el marco de la transición de un sistema procesal mixto a uno de tipo acusatorio es la siguiente: ¿puede el juez subsanar la insuficiencia o impericia de las partes? ¿Acaso el principio de *iura novit curia* –“los jueces conocen el derecho”– no prescribe el deber de subsanar las deficientes prácticas de litigación que podrían advertirse? ¿Puede el juez aplicar disposiciones y normas jurídicas que no esgrimieron las partes? La respuesta a tales interrogantes, en líneas generales, ha de ser negativa. El juez podría caer en un caso de inexcusable activismo judicial si con su accionar suplanta la ineficacia de una de las partes. Sobre este punto versa precisamente el próximo apartado.

18 Miller, “Give them back their lives: Recognizing client narrative in case theory”, *op. cit.*, p. 493.

19 Para una definición de la llamada ‘defensa afirmativa’, cfr. Chaia, *Técnicas de litigación penal, op. cit.*, p. 65.

2. El activismo judicial: una caracterización neutral de un concepto esencialmente controvertido

El concepto de activismo judicial presenta no pocas dificultades al momento de su caracterización.²⁰ En efecto, resulta imposible enfrentar el reto de discutir méritos o defectos del activismo judicial sin antes ofrecer una definición de este.²¹ Ahora bien, la noción más amplia de activismo judicial refiere a la intervención de un tribunal orientada a invalidar una norma de carácter general debidamente promulgada, pero sobre la base de las propias consideraciones morales del juez o tribunal.²² Esto naturalmente ha sido objetado porque implicaría que el poder judicial invade las atribuciones conferidas al poder ejecutivo o al poder legislativo.²³

Así, puesto que el activismo judicial conlleva discutir los límites de la rama judicial para cuestionar las acciones de los otros poderes, estamos frente a un término que supone una crítica política.²⁴ De hecho, como se sabe, todos los términos que emplea la crítica política son fluidos y controvertidos. En tales casos, como bien advierte Kmiec, resulta sencillo advertir ejemplos en que se utiliza el mismo término para designar conceptos sustancialmente distintos.²⁵

Por ello, como bien lo advierte Atienza, en el contexto español calificar a un juez como “activista” supone una crítica peyorativa al ejercicio de la función jurisdiccional.²⁶ Y, por el contrario, el mote de activista más bien tiene una connotación encomiable en sistemas constitucionales como el colombiano.²⁷ En tal contexto se estaría frente a una calificación positiva. Esto se debe a que el juez activista es quien se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas.²⁸

20 En líneas generales, en el presente artículo se seguirá la caracterización del concepto de activismo judicial que se ofrece en el siguiente trabajo: Luciano D. Laise, “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), pp. 154 y ss.

21 Sanjeev Anand, “The truth about canadian judicial activism”, *Constitutional Forum* 15, 2 (2006), p. 87. Bradley C. Canon, “Defining the dimensions of judicial activism”, *Judicature* 66, 5 (1982), p. 237. Manuel Atienza, “Siete tesis sobre activismo judicial”, *Grand Place: Pensamiento y Cultura*, julio (2019), p. 39.

22 Greg Jones, “Proper judicial activism”, *Regent University Law Review* 14, 1 (2001), p. 143; Keenan D. Kmiec, “The origin and current meanings of judicial activism”, *California Law Review* 92, 5 (2004), p. 1463; Thomas Sowell, *Judicial Activism Reconsidered*, Stanford, Hoover Institution & Stanford University Press, 1989, p. 2.

23 Luther M. Swygert, “In defense of judicial activism”, *Valparaiso University Law Review* 16, 3 (1982), p. 439.

24 Tom Campbell, “Judicial activism - Justice or treason?”, *Otago Law Review* 10, 3 (2001), p. 311. No falta quien propone, en efecto, erradicar el uso del concepto de activismo judicial como adjetivo descalificativo para toda decisión judicial con la que se disiente. Margit Cohn y Mordechai Kremnitzer, “Judicial Activism: A Multi-dimensional Model”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence: An International Journal of Legal Thought* 18, 2 (2005), p. 334.

25 Kmiec, “The origin and current meanings of judicial activism”, *op. cit.*, p. 1443.

26 Atienza, “Siete tesis sobre activismo judicial”, *op. cit.*, p. 36.

27 Manuel José Cepeda-Espinoza, “Transcript: Social and economic rights and the colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review* 89, 7 (2011), p. 1700.

28 Atienza, “Siete tesis sobre activismo judicial”, *op. cit.*, p. 36.

Ahora bien, si el activismo judicial supone un exceso en el control jurisdiccional de la actividad de los otros poderes del gobierno, ¿qué criterio nos permitiría distinguir entre un legítimo ejercicio del control judicial de constitucionalidad y una práctica judicial “activista”? Pues, como diría Graglia, el activismo se presenta cuando se invalida una decisión de los poderes políticos que no está claramente prohibida por el texto constitucional.²⁹

Lo dicho anteriormente nos revela una robusta conexión entre el activismo judicial y la noción de competencia.³⁰ Más en concreto, el activismo judicial presupone un concepto de competencia que implica que todo ejercicio de atribuciones por parte de los poderes políticos que no está expresamente prohibido resulta permitido. Por ende, solo lo que está prohibido que decidan los poderes políticos resultaría ajeno a la autoridad de los jueces.

Frente a las anteriores dificultades, un concepto de activismo judicial que implica un control en el ejercicio de las competencias de los otros poderes parece escapar de la problemática caracterización del activismo en función de ideologías políticas o concepciones morales. No obstante, tal como lo plantea Kmiec, una conceptualización como la anteriormente descrita se apoya sobre una noción homogénea o uniforme sobre lo que está prohibido por el texto constitucional y, sobre todo, del rol que le cabe al tribunal supremo o corte constitucional.³¹ Ahora bien, ¿las atribuciones de competencias que fueron conferidas a cada uno de los tres poderes del gobierno se enuncian solamente a través de reglas “claras y distintas”, como diría Descartes?³²

Las críticas al activismo judicial, en efecto, no niegan que las disposiciones y normas jurídicas se expresan frecuentemente por medio de un lenguaje indeterminado. Lo que tales críticas sostienen, en cambio, es que la indeterminación del derecho no precisa siempre de ser resuelta mediante una decisión judicial.³³ De esta manera, el activismo judicial supone que el juez o tribunal ha tomado una decisión que excede las atribuciones que le ha conferido el sistema jurídico, porque precisamente no era imprescindible que él la tomara. Se asume, pues, que la atribución de competencias no puede derivarse completamente de una concepción internalista que dependa de los jueces constitucionales. Dicho de otro modo, se desvirtúa la separación de poderes si la asignación de competencias no se apoya en criterios externos a quien interpreta la extensión de tales atribuciones.

29 Lino A. Graglia, “It’s not constitutionalism, it’s judicial activism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 19, 2 (1996), p. 296.

30 En un sentido similar, Jairo Andrés Castaño Peña, “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado* 31, 2 (2013), p. 126.

31 Kmiec, “The origin and current meanings of judicial activism”, *op. cit.*, p. 1465.

32 Descartes se refiere a la confiabilidad de las percepciones como fuente de conocimiento cuando habla de ideas “claras y distintas”. Naturalmente en el presente trabajo se utiliza la expresión “reglas claras y distintas” en un sentido metafórico que alude a la antedicha noción cartesiana (René Descartes, *The Principles of Philosophy*, trad. John Veitch, London, Blackmask, 1644, puntos 45 y 46).

33 Jeffrey Goldsworthy, “Tom Campbell on judicial activism”, *Australian Journal of Legal Philosophy* 42, 1 (2017), p. 249.

Por ende, el problema que plantea el activismo no es tanto cuando el juez resuelve casos por medio de sus convicciones morales o políticas al momento de interpretar disposiciones normativas vagas. Lo que se objeta es cuando lo hace mediante una suerte de “lectura moral” de atribuciones que con suficiente claridad han sido atribuidas a otras ramas del gobierno.³⁴ En otras palabras, el asunto se complica cuando las normas de competencia se las interpreta cual si fueran principios indeterminados que expresan una determinada concepción de moralidad política. Por tanto, lo que está en juego con el activismo judicial es, ni más ni menos, la caracterización adecuada del rol del poder judicial.³⁵

Ahora bien, ¿qué normas de competencias limitan al juez en lo que respecta a la subsanación de las deficiencias de la litigación que lleva adelante la parte acusadora? Pues, en el marco de un sistema adversarial, uno de los pilares fundamentales del proceso penal es la separación de funciones. En breve, las partes impulsan el proceso y el juez bajo ningún concepto podría realizar tal extremo. Dicho en positivo: el juez se ha de limitar a realizar actos propiamente jurisdiccionales; esto es, el juez se concentra en tres grandes actividades: i) el control jurisdiccional de la actividad de investigación de las partes; ii) la conducción y el fomento de un debate auténticamente contradictorio entre las partes y, finalmente, iii) a los jueces les incumbe tomar una serie de decisiones a partir de los argumentos esgrimidos por las partes en las respectivas instancias de debate oral.

En efecto, los sistemas procesales penales de tipo acusatorio suelen contener una disposición jurídica que categóricamente impide que los jueces promuevan actos de investigación y, en general, les está expresamente vedado el impulso del proceso penal.³⁶ Sin embargo, cabe preguntarse, ¿qué razones podrían justificar que al juez le esté vedado impulsar el proceso ante la ineficacia o inacción de una de las partes? ¿Por qué razones el juez no debe asumir las funciones de los litigantes? La respuesta a estos interrogantes será el objetivo de la próxima sección.

3. Una fundamentación alternativa del rechazo al activismo judicial en el proceso acusatorio: el fortalecimiento del sentido de responsabilidad profesional de los litigantes

Cabe un rechazo a que el juez vulnere la separación de funciones propia de un sistema procesal adversarial, no bajo la premisa de la defensa de un dogma

34 De hecho, una caracterización similar del activismo judicial se advierte en la obra de Green, el cual sostiene que el activismo judicial debería ser definido como un abuso de un poder no controlado que se ejerce por fuera de los límites de la función judicial (Craig Green, “An intellectual history of judicial activism”, *Emory Law Journal* 58, 5 (2009), p. 1222).

35 Michael J. Perry, “Judicial activism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 7, 1 (1984), p. 71. Ernest A. Young, “Judicial activism and conservative politics”, *University of Colorado Law Review* 73, 4 (2002), p. 1141.

36 Argentina, Código Procesal Penal Federal (Ley 27.063), artículo 9°.

sagrado de tal régimen procesal.³⁷ Aclaro que coincido y acepto esa afirmación generalizada de que solo un sistema adversarial garantiza que el órgano jurisdiccional no sea, al mismo tiempo, juez y parte.³⁸ Por lo tanto, coincido en que una de las principales razones para fundamentar la separación de funciones radica en mantener la imparcialidad del juez.

Sin embargo, lo que a continuación propondré es una fundamentación de la separación de funciones en el proceso penal que rechaza toda violación al principio de imparcialidad del juez, pero va más allá del consabido principio. A mi modo de ver, el argumento que desplegaré a continuación echará algo de luz para limitar la excepciones que algunos jueces pretenden emplear para excusar sus prácticas activistas.

En un plano estrictamente de ingeniería constitucional, Thayer planteaba que la función judicial no debería excederse de su ámbito de competencias. Eso podría reducir el nivel de participación política de los ciudadanos, lo que disminuiría su sentido de responsabilidad moral al momento de controlar los poderes políticos.³⁹ De un modo similar, el remedio judicial frente a la ineficacia o impericia de la parte acusadora podría llegar a ser eficaz en determinados casos, pero a costa de un debilitamiento del sentido de responsabilidad profesional de las partes que intervienen en el proceso.

En efecto, el juez que recurre a soluciones activistas, a la larga, no contribuye a que las partes del proceso penal realicen diligentemente su trabajo. Ese juez, quizá bienintencionadamente, termina dando un mensaje que no contribuye a la mejora de la idoneidad profesional de los litigantes. El juez activista, en efecto, se convierte en un obstáculo al desarrollo de una calidad más satisfactoria del servicio brindado por los operadores jurídicos. En consecuencia, el activismo judicial no le hace un favor a la mejora del acceso a la justicia. El mensaje contraproducente que emite el juez activista se podría resumir de la siguiente manera: “si usted, fiscal o el defensor, hace mal su trabajo, no se haga mucho problema. Yo, el señor juez, estoy para cocer los flecos sueltos que dejó su prenda defectuosa”.

37 Viehweg acertadamente remarca que el nivel de conocimiento científico del derecho no ha de cuestionar los dogmas o puntos de partida de las distintas ramas del derecho. Porque si así fuera, pues no habría tiempo para elucidar lo que tales dogmas significan. Con todo, la misión específica del filósofo del derecho consiste precisamente en cuestionar, sea para reafirmar, matizar o rectificar, en todo o en parte, los dogmas de la ciencia del derecho (cfr. Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge Malem Peña, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 27 y ss.).

38 En el caso “Llerena” se consolidó el principio de que quien instruye no puede juzgar y, por ende, el acusado tiene el derecho a recusar al juez, si este realizó de instrucción y, a la vez, termina ponderando que existen suficientes méritos para llevar el proceso a la etapa de juicio oral (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal- Causa 3221C”, 17 de mayo de 2005, *Fallos* 328:1491).

39 James B. Thayer, “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”, *Harvard Law Review* 7, 3 (1893), p. 151.

Ahora bien, existe un argumento que parece escudar al activismo judicial, muy especialmente en caso de impericia de algunas las partes. Podríamos sintetizar tal argumento en la siguiente pregunta, ¿y qué hay de ese principio de que los jueces saben derecho –*iura novit curia*–? ¿Qué sucede cuando el impulso de las partes del proceso no se basa en las razones jurídicas que estas invocan, pero sus pretensiones pueden canalizarse por medio de otras vías que proporciona el derecho aplicable al caso? Por ejemplo, supongamos que un fiscal solicita la prisión preventiva porque entiende que existe un peligro de fuga del acusado por un delito grave, pero se termina revelando que, en realidad, hay un peligro de entorpecimiento de la investigación.

En tal caso, se puede apreciar que el fiscal no sustenta adecuadamente la causal que invocó para asegurar cautelarmente el objeto del proceso. Siendo un poco más específicos, imaginemos que no se advierte en el debate oral que existe un peligro de fuga, ya que el acusado vive en el mismo lugar desde hace veinte años. Sin embargo, ese sitio está justo a dos casas del único testigo que presencié los hechos, el cual es una persona mayor que vive sola y que presenta dificultades para desplazarse por sí misma. También se revela que el acusado le debe una cuantiosa suma de dinero a ese testigo único. En breve: el curso de la audiencia revela que hay méritos suficientes para una prisión preventiva no por peligro de fuga, sino por entorpecimiento de la investigación.

Ahora bien, si el fiscal no advierte tal extremo, ¿puede entonces el juez conceder la prisión preventiva por una causa distinta a la que invocó el acusador público? La respuesta ha de ser afirmativa. Esto, a mi humilde modo de ver, no conculca la separación de funciones que caracteriza al sistema procesal penal de corte adversarial, ya que no se advierte que el juez tenga algún compromiso preferencial con los intereses de alguna de las partes.⁴⁰ No se viola, pues, el principio de imparcialidad, porque no se revela que el juez tenga interés subjetivo en la composición del litigio en un determinado sentido.⁴¹

Con todo, existe una importante cuestión que se debe tener en cuenta para que estemos en un caso de aplicación correcta del principio *iura novit curia* que no incurra en un caso de activismo judicial. Resulta imperioso que el juez no haya intervenido parcializadamente en el despliegue del debate contradictorio. Entonces, si el juez no es quien impulsó la audiencia de prisión preventiva en tal o cual dirección; es decir, si el juzgador se limitó a conducir la discusión y fueron las partes las que controvirtieron argumentos en favor de tener por acreditado los requisitos de un entorpecimiento de la investigación, la defensa bajo ningún concepto podría alegar que la decisión judicial la atrapó enteramente desprevenida.

40 Andrea A. Meroi, “*Iura novit curia* y decisión imparcial”, *Ius et Praxis* 13, 2 (2007), p. 384.

41 *Ibid.*, p. 388.

Porque no habría sido cosa del juez, sino que fueron las partes las que desplegaron el contradictorio a un punto tal en que se acreditaron los requisitos de una prisión preventiva. La única diferencia es que el fiscal invocó una causal que no era la adecuada para el caso en el que estaba llamado a intervenir. Lo que el juez no podría realizar, por ejemplo, es ordenar que prosiga un proceso penal cuando el fiscal y la defensa solicitan, de mutuo acuerdo, la aplicación de un criterio de oportunidad.⁴² Suponiendo, claro está, que el Ministerio Público Fiscal acreditó suficientemente que el caso sometido a control judicial cumple con los requisitos establecidos por las disposiciones procesales.

En tal caso, si el órgano jurisdiccional estimase que la aplicación de tal criterio de oportunidad resulta inconveniente para la represión de determinados delitos, pues entonces el juez sí estaría sustrayendo una atribución que los sistemas adversariales han encomendado a los fiscales: el impulso del proceso. De esta manera, el activismo judicial no consiste tanto en asumir una “lectura moral” en lo que respecta a la interpretación jurídica,⁴³ sino en la usurpación de competencias que ejercen los jueces con fines más o menos loables, pero que atentan contra la separación de funciones en el contexto de los órganos del gobierno del Estado, o bien en el marco del proceso judicial.

4. Menos teoría del caso y más estrategia: riesgos del concepto de teoría del caso y ventajas del concepto de estrategia

Existe un riesgo en el momento en que se afirma, sin mayores matices, que la defensa siempre ha de tener una teoría del caso.⁴⁴ Me refiero a que se puede abrir una ventana a que el juez termine asumiendo competencias que no le

42 Existen otros supuestos que podrían calificarse como activismo judicial, pero estos resultan un poco más complejos y controvertidos. Por ejemplo, el rechazo categórico de todo aval jurisdiccional de acuerdos entre la Fiscalía y la defensa cuando se trata de la suspensión del juicio a prueba ante casos de abuso sexual simple sufrido por personas mayores de edad. Tales acuerdos, según la CSJN, vulnerarían los derechos de la mujer reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Para”) (Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), “Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, 23 de abril de 2013, *Fallos* 336:392). Sin embargo, considero que, al menos en algunos casos, podríamos estar ante un caso de activismo judicial. Me refiero a supuestos en que el juez verificase concretamente que la suspensión de juicio a prueba resultaría en una medida más beneficiosa tanto para la víctima como para la resocialización del acusado. Si la víctima prestase consentimiento a tal suspensión de juicio a prueba, pues estaríamos ante un caso de activismo judicial porque sería un juez o tribunal el que usurpa la facultad de determinar el modo legítimo para componer el conflicto en el que la víctima se ve inmersa. La voluntad de la víctima terminaría siendo desoída en el proceso y se le obligaría a soportar que el proceso llegue hasta la instancia de debate oral.

43 A mi modo de ver, el concepto de “lectura moral” del derecho está algo sobredimensionado en la teoría jurídica contemporánea. Porque el propio Dworkin aclara que su propuesta metodológica no cabe que sea aplicada a toda disposición jurídica, sino solo cuando estas se expresan por medio de un lenguaje vago y abstracto (Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge-EE.UU., Harvard University Press, 1996, p. 8). Para una visión crítica de la teoría interpretativista de Dworkin, véase Andrés Rosler, *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Katz, 2019, pp. 121 y ss.

44 Lorenzo, *Manual de técnicas de litigación oral*, op. cit., p. 37.

son debidas con el fin de enmendar una defensa pasiva. En efecto, el juez penal puede que se vea “tentado” a paliar la –supuesta– inacción de la defensa, cuando se le insiste reiteradamente: i) que todas las partes han de tener una teoría del caso, y que ii) como juez debe asegurar los cauces formales para que en el contradictorio sea capaz de determinar cuál de las dos versiones del caso ha de prevalecer.⁴⁵

Permítaseme explicar lo anterior mediante un ejemplo. El juez resuelve que el acusado ha de ser absuelto, no porque el caso de la fiscalía sea lo suficientemente débil como para generar una duda razonable –la estrategia de la defensa–, sino porque el acusado obró bajo el amparo de una causa de justificación. Ahora bien, ¿y qué pasaría si el tribunal jerárquicamente superior resolviese que esa causa de justificación no está suficiente acreditada?⁴⁶ Si el fiscal impugna exitosamente tal resolución, el remedio que nos provee el activismo podría ser fatal y ocasionar un perjuicio irreparable.

Ahora, más de uno podría plantear, ¿por qué tanta insistencia en rechazar una teoría del caso de corte pasivo? ¿Por qué no hablar sencillamente de teoría del caso y distinguir entre una teoría del caso “pasiva” y una teoría del caso “activa”? Pues porque esa aproximación, a mi modo de ver, podría describir el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de ese concepto, pero sufriría de una objeción muy seria. La noción misma de “teoría del caso” no aportaría nada específico al concepto de “estrategia”.

A diferencia de “teoría del caso”, me parece que el concepto de “estrategia” resulta mucho más preciso para designar lo que realiza una defensa penal. Pero ¿qué se entiende por “estrategia”? Pues, para comenzar, cabe plantear que la estrategia no es más que la determinación de las metas y los objetivos de una organización a largo plazo, la especificación de las acciones por emprender y la asignación de recursos necesarios para el logro de tales cometidos.⁴⁷ Las nociones de teoría del caso, en contraste, ponen el acento en brindar una perspectiva desde la cual observar los hechos, su prueba y el derecho aplicable –noción perspectivista–; o bien se caracterizan por brindar una visión narrativista que pretende instalar un relato de los hechos del caso, los cuales se respaldan en evidencia y poseen su sustento jurídico.

En cambio, la noción de estrategia resalta un aspecto que, en el ámbito de las ciencias de la administración, ha venido ganando relieve en los últimos años:

45 *Ibid.*, pp. 75 y ss.

46 Esto nos introduce, nuevamente, en uno de los temas más debatidos del derecho procesal penal. ¿Tiene el Ministerio Público Fiscal derecho a recurrir una sentencia absolutoria? Y si lo tiene, ¿en qué condiciones? Más allá de algunas posiciones doctrinarias, y sin perjuicio de cuál sería la mejor disposición jurídica que debería regular esta materia, lo cierto es que el derecho del fiscal a recurrir una sentencia absolutoria no es algo que esté prohibido en los ordenamientos procesales de Estados como Colombia o Argentina. Así, por ejemplo, lo ha resuelto el máximo órgano que ejerce el control de constitucionalidad de Argentina (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Olmos, José Horacio y otros/ Estafa -Causa N° 1086/2006-”, 20 de abril de 2010, Fallos 333:462).

47 Alfred D. Chandler, *Strategy and Structure: Chapters in the History of the Industrial Enterprise*, Cambridge-Mass, MIT Press, 1969, p. 13.

las decisiones estratégicas no solo consisten en llevar adelante planes impecablemente formulados, sino, ante todo, en la comprensión de los actores involucrados y en cómo estos interactúan con el ambiente en que se insertan.⁴⁸ Dicho de otra manera, las ciencias de la administración subrayan un aspecto que vincula la estrategia con el contexto en que esta se ha de implementar o desplegar.

Sin embargo, cabe remarcar que en los estudios militares también abundan desarrollos que proponen una sistematización de las estrategias desde los principios de la estrategia militar que detectó Tucídides.⁴⁹ En cualquier caso, podríamos notar que se advierte una cierta tendencia a la convergencia entre la estrategia en el campo militar y la estrategia en el terreno de los negocios.⁵⁰ Por ende, las similitudes entre ambos campos son múltiples y las diferencias son escasas. Quizá la principal de ellas, a mi modo de ver, es que la aproximación militar pone el acento de manera cuasi necesaria en cómo llevar adelante una estrategia en el contexto del liderazgo de un grupo humano.

Si llevamos el concepto de estrategia al rol de la defensa, podemos ver que esta ha de diseñar un plan racional, objetivo, estructurado y analíticamente claro para encarar el caso que se le presenta, pero todo ello a partir de una interacción fluida con el contexto en que sus ejercicios de litigación tienen lugar. La estrategia no es tanto un activo o algo que se tiene, sino algo que realizan las personas en el marco de una organización.⁵¹ En otras palabras, el concepto de estrategia subraya que estamos ante una actividad o práctica humana.

Llevando estas nociones de la administración al proceso penal, cabe plantear que el desarrollo de las prácticas o actividades por las que desplegamos estrategias es algo que ejercitamos constantemente. En palabras de Aristóteles, “lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo”.⁵² Eso significa que estamos ante una habilidad o competencia que primero se debe conocer; es decir, resulta imperioso saber lo que es una estrategia, pero aprendemos realmente a ser estratégicos mediante el hábito continuo de actuar y decidir en el marco de una interacción concreta y particular con el ambiente circundante.

Por ejemplo, tal interacción con el ambiente en que se desempeña el defensor puede llevarlo a notar que el caso de la Fiscalía es sencillamente endeble o frá-

48 Loizos Heracleous y Claus D. Jacobs, *Crafting Strategy: Embodied Metaphors in Practice*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 6. En realidad, el término de estrategia proviene de *strategía*, “provincia bajo el mando de un general”, y este del antiguo griego: στρατηγία *stratēgia*, “oficio del general” Real Academia Española (s. f.). *Diccionario de la Real Academia Española*. Voz: “Estrategia”. <https://dle.rae.es/estrategia>

49 Cfr. Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, trad. Diego Gracián, 11ª ed., Madrid, Cátedra, 2019, *passim*.

50 Robert F. Grattan, *The Strategy Formulation Process: A Military-Business Comparison*, New York, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 2 y ss.; Brian Tracy, *Victory! Applying the Proven Principles of Military Strategy to Achieve Success in Your Business and Personal Life*, New York, American Management Association, 2002, pp. 5 y ss.

51 Gerry Johnson et al., *Strategy as Practice: Research Directions and Resources*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

52 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. María Araújo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2018, Libro II, 1103b.

gil. O, más aún, el defensor puede ser consciente de que la escasez de recursos –materiales o humanos– del Ministerio Público Fiscal es algo tan acuciante que este no suele ser capaz de preparar adecuadamente los casos que se llevan a las audiencias judiciales. En tales supuestos, el abogado defensor tenderá a limitarse a practicar una defensa pasiva, porque le bastará efectuar un control negativo de las aseveraciones fácticas y probatorias de la Fiscalía. Por ejemplo, el defensor planteará que la prueba fue obtenida ilegalmente; o bien el defensor podría advertir un “hueco” en el relato de la Fiscalía que podría suscitar una duda razonable en el juzgador. En síntesis, a mayor consistencia de los casos que la Fiscalía lleva adelante, menor es el espacio para una defensa pasiva.

Y, en el extremo opuesto, el defensor optará por una defensa mixta o, incluso afirmativa, si está frente a un Ministerio Público Fiscal bien formado profesionalmente, que cuenta con un capital humano idóneo, una policía judicial bien entrenada y con recursos adecuados. En efecto, si la narrativa de los hechos de la Fiscalía es consistente, si existen múltiples elementos probatorios que acrediten ese sustento fáctico para aplicar un determinado tipo penal, pues entonces al defensor no le bastará un control negativo de la teoría del caso articulada por la parte acusadora. Antes bien, el defensor se verá compelido a formular una defensa, sino afirmativa, al menos mixta; esto es, habrá de intentar debilitar la “teoría del caso” de la Fiscalía y, a la vez, proponer una versión alternativa de los hechos del caso.⁵³

5. La formulación de una estrategia consistente y robusta: un test de cinco pasos

Ahora bien, ¿cómo reconocemos que estamos ejercitando una estrategia robusta y consistente? Pues, antes de proseguir, quisiera aclarar que la respuesta que se elaborará se concentrará en el rol de la defensa.⁵⁴ En cualquier caso, una estrategia sólida consiste en la superación exitosa de cinco pasos. Veamos.

5.1. Test 1°. La creación de un servicio valioso para los intereses del cliente

El test fundamental de una estrategia es que debe crear valor para las personas a las que el litigante sirve. Lo que este ha de ofrecer consiste en algo único e

53 Este punto conlleva un debate que en el derecho estadounidense resulta dividido. Algunos estados plantean que a la Fiscalía le corresponde a desacreditar la versión alternativa de la defensa más allá de toda duda razonable. En cambio, en otros estados, se impone el criterio general de que quien invoca un hecho corre con la carga de probarlo (Chaia, *Técnicas de litigación penal*, op. cit., p. 65). La solución que adoptó el sistema constitucional argentino es que en el caso de lagunas entre la versión dada por la defensa y la que dio la acusación, prevalece la versión de la defensa (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Carrera, Fernando Ariel s/ causa 8398”, 25 de octubre de 2016, *Fallos* 339:1493).

54 Si bien mucho de lo que se predica sobre la defensa se podría aplicar, con sus debidos ajustes, al rol de la acusación, un abordaje serio del tema exigiría una serie de matices y aclaraciones que desbordan al objeto de este trabajo.

irrepetible que resulte valioso para los intereses a los que cada litigante atiende por medio de su práctica profesional. De esta manera, cada una de las partes ha de atender las necesidades particulares de cada uno de los interesados en el proceso. Lo que se pretende remarcar en este paso es que el valor no dimana del litigante-estratega hacia las personas que representa, sino que estos seres humanos, con sus particulares intereses y requerimientos, son los que determinan en qué consiste el valor que el litigante ha de elaborar.⁵⁵

Esto quizá pueda verse relativamente más fácil en el caso de la defensa: el litigante ha de desplegar un servicio que satisfaga las necesidades y los valores del cliente que lo contrató.⁵⁶ De esta manera, la estrategia consiste en formular una única y valiosa posición que este desplegará a través de un sistema de actividades. El defensor, pues, ha de brindar una propuesta de valor que radica en dos ejes centrales: i) conocer a los clientes; ii) identificar las necesidades de la otra persona a la que sirve el litigante, el juez, con el fin de mostrar que su labor será superior al servicio brindado por la otra parte.⁵⁷

i) El primer eje consiste en conocer a quién se dirige la estrategia.⁵⁸ En este punto la respuesta es algo compleja en el marco de un proceso penal, porque el abogado sirve a su cliente, pero lo hace a través de las resoluciones que logre obtener del juez frente al cual se lleva adelante el proceso. Así, este primer elemento implica reconocer que el litigante, en realidad, brinda un servicio en simultáneo a dos clientes. Primero, y ante todo, el abogado defensor sirve a su patrocinado o representado, pero no puede cumplir con tal actividad sino a través de un proceso que se canaliza ante un juez penal. Por ende, el defensor sirve a dos seres humanos: su representado y al juez que lleva el caso.

Ahora bien, el hecho de que el defensor sirve a dos clientes en simultáneo conlleva que se deben elaborar dos estrategias diferentes, pero que han de estar articuladas entre sí. Esto lo podríamos resumir afirmando que la estrategia ante el juez se subalterna a la que el abogado tiene para con el cliente que patrocina o representa. Por eso el litigante ha de generar una convicción en el juez de que su defendido no es culpable y para tal efecto diseñará un curso de acciones que le permita alcanzar tal fin. Con todo, la estrategia judicial no es sino el medio para servir al cliente que contrató los servicios del abogado. De esta manera, si el cliente se niega, por ejemplo, a brindar su testimonio –por

55 Lourdesamy Iruthayasamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, Gateway East (Singapore), Springer, 2021, p. 5.

56 Algo prácticamente idéntico sucede en el caso del defensor público. Allí se replica el mismo esquema, solo que hablamos de “usuarios” y no de “clientes”. Del mismo modo, en la defensa pública no cabe referirse a contratos, sino al cumplimiento de una función pública imprescindible para garantizar los derechos fundamentales a la defensa en juicio y al debido proceso (Luigi Ferrajoli, “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa - La Ley, 2008, pp. 77-89, p. 85).

57 Iruthayasamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, op. cit., p. 6.

58 *Idem*.

las razones que fueran—, pues entonces el defensor tendrá que pergeñar una estrategia para patrocinar a su representado que no incluya tal declaración.

ii) En segundo lugar, el abogado defensor ha de conocer las necesidades de sus clientes.⁵⁹ Esto resulta de suma importancia porque el cliente patrocinado puede que tenga una posición bien definida, pero no un interés adecuadamente clarificado. Una técnica útil para diferenciar las posiciones de los intereses consiste en advertir que las primeras responden a la pregunta “¿qué quieres?” y los intereses dan una solución al interrogante: “¿para qué lo quieres?”⁶⁰ El abogado defensor, pues, tiene el deber de indagar qué es lo que realmente pretende su patrocinado, yendo más allá de lo que este plantee como exigencia. Por ejemplo, un cliente acusado por un delito sexual manifiesta que se niega a que su hija de 14 años brinde una declaración testimonial con el fin de defenderlo.

El abogado intenta convencerlo de que resulta imprescindible el testimonio de la niña con el fin de argumentar que su otra hija sufrió efectivamente un ultraje, pero ocasionado por otra persona que bien podría identificar la joven testigo. El cliente entiende perfectamente la conveniencia del testimonio de su niña. Sin embargo, mediante el curso de la entrevista surge que el interés subyacente a tal decisión era no estigmatizar a su hija menor de edad mediante el conainterrogatorio de la Fiscalía. El abogado defensor le aclara que se puede resguardar a la niña mediante una declaración testimonial que se haría mediante la técnica de Cámara Gesell, en donde las preguntas serán canalizadas y formuladas mediante una psicóloga experta en recabar información por medio de mecanismos relativamente amistosos que buscan ocasionar la menor angustia posible.⁶¹ De esta manera, la afirmación del cliente que sostenía “no quiero que mi hija preste declaración testimonial” —posición— descansaba en el interés “no quiero que mi hija se revictimice con una declaración ante el fiscal, jueces, jurados y partes acusadas”.

Ahora bien, ¿cuáles son las necesidades del juez que interviene en el proceso? Pues el interés primordial del juez radica en obtener información útil y pertinente con el fin de tomar una decisión que tenga la mayor calidad posible.⁶² Este paso supone, en efecto, que el defensor ha de prestar una cuidadosa atención a que cada intervención que realiza se oriente decisivamente a brindar elementos para que el juez se forme la mejor convicción que se pueda; pero, a la vez, siempre con el fin de atender satisfactoriamente las necesidades del cliente patrocinado.

59 *Ibid.*, p. 7.

60 Silvina Funes Lapponi, “Resolución de conflictos en la escuela: una herramienta para la cultura de paz y la convivencia”, *Contextos Educativos. Revista de Educación* 3 (2013), p. 102.

61 Para una caracterización básica de la técnica de entrevista única mediante Cámara Gesell, cfr., María Teresa Palomino Pinedo, “Problemas en la aplicación de la entrevista única en Cámara Gesell para víctimas de violencia sexual. Análisis del funcionamiento empírico del mecanismo”, *Revista de Victimología* 11 (2020), pp. 137 y ss.

62 Lorenzo, *Manual de técnicas de litigación oral*, op. cit., p. 35.

Asimismo, el defensor ha de estar alerta sobre cómo la parte acusadora está cumpliendo su rol de generar una convicción en el juez que resulte favorable a sus intereses. Con todo, un punto interesante que subraya la literatura especializada en temas de estrategia es que no basta con brindar un servicio mejor que nuestros competidores. Resulta imprescindible que la defensa proporcione que se perciba como algo distinto.⁶³ ¿Esto implica que la defensa ha de proporcionar necesariamente una versión alternativa de los hechos, prueba y derecho aplicable que sostiene la acusación? La respuesta ha de ser negativa.

Porque, incluso en el supuesto de una defensa pasiva, de lo que se trata no es meramente de desacreditar el caso de la Fiscalía. El fin de la defensa no se reduce a desbaratar la teoría del caso con el fin de que la Fiscalía quede en ridículo y con ello se termine obteniendo una sentencia favorable para el cliente. Lo que el defensor debe crear en términos de valor es una determinada convicción que lleve al juez a fallar de un modo que resulte favorable a los intereses de su cliente. El desbaratamiento de la teoría del caso del fiscal no es más que un instrumento o medio para que el juez tome la mejor decisión posible.

Así, por ejemplo, si el fiscal obtuvo una prueba física de un modo ilegítimo, el defensor ha de poner el acento en las consecuencias que se seguirían en el supuesto de que se admita ese elemento probatorio, y no tanto en la impericia o negligencia de la parte acusadora. El defensor, pues, habrá de subrayar el desacierto en que incurriría el juez en caso de tener a tal prueba como válida. Más en concreto, el litigante podría recordar las veces que, ante situaciones muy parecidas, el tribunal jerárquicamente superior invalidó resoluciones judiciales por haber aceptado pruebas ilegítimas. A tal efecto, el defensor solo debería incidir en los yerros de la Fiscalía, en la medida en que eso proporcione sustento a la aplicación de la llamada “regla de exclusión”.⁶⁴

En breve, no se trata de poner en ridículo al fiscal –incluso si hubiera elementos objetivos para ello–, sino de remarcar la baja calidad que tendría la decisión judicial en caso de adoptar el criterio sostenido por la parte acusadora. Triunfar por medio de la humillación del adversario no es un camino que contribuya a la creación de valor por parte de un litigante. Porque desvía el foco de atención de lo realmente importante para el defensor: velar por los intereses del cliente que patrocina o representa.

5.2. Test 2°. La personalización del servicio al cliente: una consideración “a la medida”

La cadena de valor es lo que permite diferenciar a una organización de sus rivales. Sin embargo, esto puede ocasionar un problema porque las estrategias

63 Iruthayasamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, op. cit., p. 7.

64 Fernando L. Poviña, *Regla de exclusión probatoria*, Buenos Aires, Astrea, 2013, *passim*.

que han sido exitosas podrían ser replicadas por la contraparte. Si un defensor tuvo una jornada con interrogatorios y contrainterrogatorios que fueron muy eficaces para los intereses de su cliente es esperable que el agente fiscal adopte metodologías similares. Ahora bien, ¿cómo se pueden atenuar las chances de imitación? Pues lo que nos enseña la literatura sobre estrategia en el campo organizacional es que cuanto más tales prácticas estén incrustadas en la organización, gestión y sistema de operaciones, más difícil será replicar estos procesos por la competencia.⁶⁵

Si llevamos esto al plano del proceso penal, cabría preguntarse, por ejemplo, ¿qué puede hacer el defensor para que el fiscal no replique o imite exitosamente sus técnicas de interrogación de testigos? Pues cuanto más sistematizadas e internalizadas estén las tácticas que el defensor lleva adelante para entrevistar a sus testigos, menos viable será que el fiscal implemente esos mismos métodos. Porque no se trata de afinar un sentido de deliberación que le permita al litigante considerar todos los cursos de acción posible y escoger el mejor –eso sí podría ser imitado con relativa facilidad–; de lo que se trata es de desarrollar un juicio que lleve al defensor a no ver sino la mejor opción para defender a su cliente.⁶⁶ El punto, como diría la filosofía moral clásica, consiste en desarrollar la sagacidad; esto es, la sabiduría práctica que se dirige a realizar lo correcto de un modo rápido o fugaz, sin tener el sosiego necesario para una deliberación sesuda.⁶⁷

Ahora bien, ¿cómo se adquiere tal habilidad? Pues, para que resulte algo que esté incrustado en la cadena de valor que ofrece el litigante, no tiene que tratarse simplemente de una actividad más que hace el abogado. No estamos ante una mera competencia⁶⁸ –sobre lo cual se insiste mucho en la teoría de la educación actual–; es decir, no es algo que solo el defensor “hace”, sino ante un rasgo que expresa su modo de ser.⁶⁹ Se trata, en efecto, de algo que inhiera significativamente al sujeto. Esos rasgos se adquieren de un modo complejo y profundo, sobre lo cual no abundan desarrollos sistemáticos, que terminan llevando al litigante a no ver sino el mejor curso de acción posible.⁷⁰

Quizá uno de los retos educativos más relevantes en la adopción y consolidación de las habilidades específicas para la litigación oral radica precisamente en concretar la didáctica adecuada para inculcar esos hábitos imprescindibles para que un abogado se desempeñe exitosamente en la litigación oral. En cual-

65 Iruthayasamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, op. cit., p. 9.

66 Pedro Rivas Palá, “Un momento no discursivo en el razonamiento jurídico, una aproximación de matriz aristotélica”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 4 (2020), p. 337.

67 Juan Fernando Sellés Dauder, *La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1999, p. 63.

68 José María Barrio Maestre, “To be what one desires to be. The notion of habit and its educational value”, en *Desire and Human Flourishing Perspectives from Positive Psychology, Moral Education and Virtue Ethics*, ed. Magdalena Bosch, Cham, Springer, 2020, pp. 3-16, p. 4.

69 Rivas Palá, “Un momento no discursivo en el razonamiento jurídico, una aproximación de matriz aristotélica”, op. cit., p. 338.

70 *Ibid.*, p. 341.

quier caso, la educación en las virtudes parece contener algunas pistas sobre este punto.⁷¹ Porque es en ese campo en donde existen reflexiones sobre la adquisición de hábitos que transforman a la persona en un sentido que la faculta a perfeccionar no meramente lo que hace, sino su propia identidad moral.⁷²

Las instancias de capacitación formal en que se entrena a los abogados en las técnicas de litigación oral podrían ser una herramienta de suma relevancia, pero en la medida que estas fomenten una progresiva responsabilidad a cargo de los litigantes.⁷³ No se trata solamente de ejercitar tácticas para interrogar, contraexaminar o presentar alegatos de apertura o cierre. El punto radica en que los hábitos necesarios para brindar un valor único e irrepetible a los clientes no solo se adquieren por medio de acciones externas, sino transformando al litigante en un ser caracterizado por una profunda reflexión crítica sobre sus propias prácticas.

En consecuencia, de lo que se trata no es simplemente de que el litigante adquiera una habilidad o competencia, sino que el litigante se transforme en un ser caracterizado por la sabiduría práctica. No basta con aprender a llevar a cabo eficazmente lo que un litigante exitoso realiza para defender a sus clientes. El defensor ha de lograr ser un profesional atravesado por la *phronesis*, esa virtud que consiste en la sabiduría que se manifiesta en la decisión y en el imperio del acto. No obstante, cabe aclarar que esa sabiduría no se adquiere meramente con la ejercitación de operaciones prácticas, sino que presupone un cierto grado de virtud moral.⁷⁴ Solo así la *phronesis* es capaz de echar raíces y florecer en la vida de una persona.⁷⁵

Con todo, al menos en los momentos iniciales de su formación, no es bueno que el profesional se encuentre solo para ejercitar las habilidades que lo especifican como un defensor eficaz. Resulta deseable que todo novel litigante atraviese ese proceso de la mano del consejo de un profesional más experimentado.⁷⁶ De hecho, tal como lo decía Tomás de Aquino, el consejo de una persona sabia es un elemento de central importancia para el desarrollo de la *phronesis* de una persona inexperta.⁷⁷ La humildad incita a que se pida consejo a una persona sabia y experimentada ante cuestiones especialmente complejas. Sin embargo, todo quedaría en un mero acto de conocimiento si no fuera

71 Como puntos de partida sobre este tópico cabría mencionar a Barrio Maestre, "To be what one desires to be. The notion of habit and its educational value", *op. cit.*, pp. 4 y ss; Jan Carr y David Steutel, "Virtue ethics and the virtue approach to moral education", en *Virtue Ethics and Moral Education*, ed. Jan Carr y David Steutel, London, Routledge, 2014, pp. 3-18, p. 3 y ss.

72 Barrio Maestre, "To be what one desires to be. The notion of habit and its educational value", *op. cit.*, pp. 4 y ss.

73 David Isaacs, *La educación de las virtudes humanas y su evaluación*, 15ª ed., Pamplona, Eunsa, 2015, p. 335.

74 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro VI, 1139b; Carr y Steutel, "Virtue ethics and the virtue approach to moral education", *op. cit.*, p. 11.

75 Para un abordaje de la prudencia como virtud fundamental de la judicatura, cfr. Juan B. Etcheverry, "Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* 15 (2014), p. 161.

76 Isaacs, *La educación de las virtudes humanas y su evaluación*, *op. cit.*, p. 335.

77 Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1964, II-II, q. 47, arts. 1 y 14.

por la docilidad necesaria para aceptar y llevar a la práctica aquello que fue generosamente aconsejado.⁷⁸

5.3. Test 3º. El descarte de otras alternativas posibles

La noción de estrategia conlleva un tercer paso, el cual consiste en asumir que una parte esencial de tal concepto radica en escoger qué es lo que no se hará.⁷⁹ Esto significa que un aspecto de central importancia en toda estrategia consiste determinar en qué asuntos se involucrará el litigante y en cuáles no. Un litigante no puede servir absolutamente a todos los intereses de sus clientes, sino que ha de seleccionar aquellos en los que su intervención profesional resulte más efectiva.⁸⁰

Por ejemplo, el defensor nota que su cliente está siendo acusado de portación ilegítima de armas. La teoría del caso del fiscal resulta bastante débil para imputar el delito en cuestión. De hecho, el Ministerio Público Fiscal ha tomado conocimiento de tal hecho mediante una inspección vehicular llevada adelante por un agente policial, el cual no tenía autorización judicial. Sin embargo, la parte acusadora manifiesta que el agente policial no obró ilícitamente, porque este solicitó permiso para examinar el interior de las gavetas del coche. Ahora bien, el cliente patrocinado aceptó el requerimiento, porque pensaba que no tenía nada que ocultar, pero resulta que unos amigos de su hija dejaron unas armas de fuego en el auto.

El cliente patrocinado quiere poner a salvo su buen nombre y dejar en claro que esas armas fueron dejadas allí, sin su conocimiento, por un amigo de su hija. Sin embargo, el abogado defensor hace notar a su cliente que su interés principal ha de ser librarlo de este proceso penal. Eso, a la postre, lo mantendrá en un estado de inocencia. Asimismo, el abogado persuade a su cliente de que el juez interviniente –el otro cliente al que sirve el abogado– difícilmente se convenza de que el conductor desconocía de la presencia de esas armas en su propio auto, porque las pruebas para demostrar la inocencia de un delito como el que se le acusa son bastante complejas de ser recolectadas y pueden no ser del todo favorables para los intereses del cliente –*v. gr.*, ¿y qué tal si el acusado tocó ligera y accidentalmente esas armas de fuego?–.

El camino más eficaz y eficiente para sustraer al acusado de este conflicto con la ley penal consiste en escoger un camino por recorrer: desbaratar la teoría del caso del fiscal por medio de una aplicación de la regla de exclusión; esto es, se ha de excluir del proceso todo elemento probatorio que se haya obteni-

78 Sellés Dauder, *La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino*, op. cit., p. 61.

79 Michael E. Porter, “What is Strategy?”, *Harvard Business Review* 74, 6 (1996), p. 70.

80 Iruthayasamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, op. cit., p. 12.

do por vías ilegítimas.⁸¹ La elección de este sendero comporta que el defensor renunciará a seguir otros caminos alternativos posibles como, por ejemplo, demostrar que el acusado cometió un error de tipo, lo cual lo eximiría de los cargos que se le imputan.

5.4. Test 4°. El compromiso o continuidad de la estrategia

Este cuarto paso supone que, para alcanzar resultados eficaces, el litigante se ha de comprometer en mantener la continuidad de su estrategia.⁸² Esto no significa de ningún modo que el abogado defensor se niegue a cambiar de estrategia, sino que debe hacer tal cosa si y solo si no queda más remedio. De lo contrario, los intereses de su cliente quedarían significativamente debilitados. Los cambios frecuentes de estrategia denotan que no se tiene una dirección precisa hacia donde pretende llegar el litigante. Dicho de otra manera, un cambio frecuente de estrategia connota que el litigante está improvisando.

Por el contrario, una estrategia que concreta su vocación de continuidad posee tres grandes ventajas.

i) Facilita la formación de un preconceito favorable del cliente en la convicción que el juez se forma respecto al caso que se le presenta. Tal como lo enfatiza la literatura sobre *marketing*, el posicionamiento no consiste tanto en lo que se hace con un producto, sino primordialmente en la construcción de percepciones que movilizan las actitudes de los consumidores.⁸³ Si trasladamos este razonamiento al proceso adversarial, de lo que se trata no es solo de brindar razones para defender la inocencia o no culpabilidad del cliente patrocinado. Antes bien, el juez ha de percibir –lo más que se pueda–, tanto a nivel discursivo como no discursivo, que el acusado no es sino inocente. Y eso se vería debilitado por el cambio de estrategias, porque el juez captaría, quizá incluso a un nivel no consciente, que el litigante no es más que un improvisado.

ii) *Fortalece la relación con los auxiliares de la justicia.* Los litigios de cierta complejidad no pueden abordarse sin la asistencia de múltiples profesionales que colaboran con los abogados y, a la postre, con el servicio de justicia. Los abogados defensores, en efecto, no se enfrentan tan solo con un fiscal, sino con el equipo que este lidera o lo asiste, el cual se compone por médicos legistas, psicólogos forenses, expertos en criminalística, trabajadores sociales, entre otros. Por ende, si un litigante cambia frecuentemente de estrategia muchas

81 Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "Reginald Rayford y otros S/ Tenencia de Estupefacientes (art. 6°, Ley 20771)", 13 de mayo 1986, Fallos 308:733. Más recientemente, "Quaranta Jose Carlos S/Inf. Ley 23.737 - Causa N° 763-", 31 de agosto de 2010, Fallos 333:1674.

82 Iruthayasamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, op. cit., p. 15.

83 Al Ries y Jack Trout, *Positioning: The Battle for Your Mind*, New York, McGraw-Hill Education, 2014, p. 2.

veces tendrá que prescindir de la asistencia que solicitó a ciertos profesionales. La solicitud de una intervención que luego es descartada es algo que, a largo plazo, podría resentir el nivel de compromiso o involucramiento de los colaboradores y peritos que asisten al abogado defensor. Lo dicho anteriormente se intensifica si la causa del abandono de la estrategia radica en un abordaje desacertado, apresurado o inadecuado al caso concreto.

iii) *Robustece la excepcionalidad del servicio que brinda el litigante a sus clientes.* Una parte esencial de una estrategia consiste en crear una intervención valiosa, única e irrepetible. Las actividades que conforman esa cadena de valor se resienten en gran medida por cambios erráticos en la estrategia.⁸⁴ Por ejemplo, un abogado defensor cuya marca de valor específico pasa por desbaratar eficiente y eficazmente las teorías del caso de los fiscales terminaría dañando ese valor si optase a la ligera seguir el camino de una defensa afirmativa. La especificidad de la cadena de valor que el litigante instituye se debilita cuando se cambia innecesariamente de estrategia.

Ahora bien, ¿esto significa un rechazo a toda clase de innovación? Pues no, porque el compromiso con la continuidad de una estrategia no es categórico; esto es, si la estrategia va directo al fracaso no queda más que reformularla en todo o en parte. Y, además, porque los cambios que se pretendan introducir han de encajar con el cuadro general de la estrategia. Aún más, una estrategia consistente permite una orientación que torna significativos y focalizados los esfuerzos de cambio e innovación.⁸⁵ La estrategia siempre ha de conservar un cierto grado de flexibilidad para lograr adaptarse a hechos sobre los que no se tiene un completo dominio y que, por ende, en alguna medida resultan inciertos.

5.5. Test 5°. La valoración de la eficacia de la estrategia

El último paso de la elaboración de una estrategia se dirige a preguntarse, ¿está funcionando? Al fin y al cabo, la formulación de una estrategia se elabora con el fin de producir un resultado favorable.⁸⁶ En el caso del proceso judicial, el litigante se ha de plantear: ¿la estrategia logra generar la convicción y persuasión necesarias para que el juez decida de una manera que satisfaga los intereses de mi cliente patrocinado? Ahora bien, el reto consiste precisamente en cómo responder a tal interrogante.

Lo primero que ha tenerse presente es que, en el marco de un proceso penal adversarial, la estrategia jamás consiste primeramente en derrotar al fiscal, sino en convencer al juez. Claro, algunos podrían plantear, pero ¿cómo un

84 Iruthayasamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, op. cit., p. 16.

85 Idem.

86 *Ibid.*, p. 22.

defensor podría convencer a un juez sin vencer al fiscal? Por supuesto que tal cosa es imposible. El punto que pretendo subrayar es que vencer a la parte acusadora es solamente un objetivo intermedio o instrumental en términos de estrategia.⁸⁷ Lo que se ha de tener siempre presente es otra cosa: ¿esta derrota del fiscal está convenciendo al juez del argumento que pretendo sostener para defender los intereses de mi cliente? Porque bien podría resultar que estoy debilitando la teoría del caso del fiscal, pero no al punto de sembrar una duda razonable en el juzgador.

Así, uno de los retos más delicados que atraviesa un litigante es que la única certeza que tendrá sobre la eficacia de su estrategia es una vez que el juez tome su decisión. No obstante, cabe plantearse si el defensor, en alguna medida, podría anticipar la decisión judicial. En fin, ¿puede el defensor realizar alguna clase de evaluación provisional y tentativa de su estrategia? Esta pregunta resulta difícil de abordar en el espacio de este trabajo, pero cabe trazar algunos lineamientos básicos. En primer lugar, el litigante ha de evaluar el rendimiento de la estrategia a través un análisis de las preguntas que el juez formula tanto a él como a la parte acusadora. Esto resulta más sencillo de apreciar en la etapa preliminar del proceso y en las audiencias de medidas cautelares. En concreto, ¿las preguntas del juez se orientan a verificar o controlar los elementos que confirman la propia estrategia? ¿O el juez se está volcando a buscar elementos para avalar la estrategia del fiscal?

En la etapa de juicio oral, en cambio, la evaluación de la estrategia es mucho más compleja, porque la credibilidad de la prueba que se ha producido es un asunto que se revelará finalmente en la sentencia definitiva. Con todo, un criterio adecuado para una evaluación provisional de la estrategia se podría sintetizar del siguiente modo: cada examen o contrainterrogatorio que realiza el litigante ¿ha producido información que robustece las posibilidades de una decisión judicial favorable a los intereses del cliente patrocinado?

Siendo más precisos, la prueba que hemos extraído de los interrogatorios y contrainterrogatorios de testigos en el debate oral, ¿ha producido información que podríamos calificar como relevante, veraz, imparcial y que se caracterice por su sensibilidad observacional?⁸⁸ La prueba física que hemos recolectado –*v. gr.*, pruebas de ADN, videos, imágenes, documentos, etc.– ¿resulta auténtica, fiable y exacta?⁸⁹ La caracterización de las cualidades de la prueba es una cuestión que excede a este trabajo, ya que se trata de uno de los temas más debatidos en la llamada teoría o filosofía de la prueba. Un punto de par-

87 *Idem.*

88 William Anderson, Terence Schum y David Twining, *Analysis of Evidence*, 2° ed., New York, Cambridge University Press, 2005, pp. 66 y ss.

89 *Ibid.*, pp. 64-65.

tida fecundo para ingresar a tales discusiones es la citada obra de Anderson, Schum y Twining, de la cual existe una traducción a la lengua castellana.⁹⁰

Conclusión: de la teoría del caso a la estrategia

En el curso de la presente investigación se ha efectuado una revisión de las principales contribuciones que versan sobre litigación penal. A diferencia de lo que se suele afirmar en tales obras, la defensa no necesariamente ha de contar con una “teoría del caso”. En efecto, la defensa pasiva no consiste sino en desbaratar la teoría del caso de la parte acusadora. La noción de teoría del caso se dirige a proponer una narrativa o perspectiva que apunta a proporcionar una visión propositiva por parte de la defensa. No obstante, un camino que la defensa bien podría adoptar consiste en el desmantelamiento de los elementos de la teoría del caso de la parte acusadora. De hecho, cuánto más débil sea la teoría del caso de la Fiscalía más viable será ejercer una defensa pasiva.

La insistencia de que todas las partes han de articular una teoría del caso puede tener consecuencias gravosas para los acusados. En primer lugar, podría implicar que el acusado tenga que proporcionar una versión de los hechos, lo que conllevaría un deber de acreditar la propia inocencia y el deber de declarar contra uno mismo. Aún más, si en el proceso adversarial se afirma que todas las partes –defensa y acusación– han de contar invariablemente con una teoría del caso, se podría terminar fomentando el activismo judicial, el cual ha sido caracterizado como la usurpación de competencias que los jueces han sustraído del ámbito, ya no de otros poderes, sino de las funciones que le corresponden a cada una de las partes del proceso. Porque el juez se podría sentir compelido a actuar para remediar la falta de una versión alternativa de los hechos del caso proporcionada por la defensa. Esto implicaría no solo una conculcación de la separación de funciones, sino un debilitamiento del sentido profesional de los litigantes.

Con el fin de superar ambas dificultades, se propuso adoptar el concepto de estrategia. Tal noción subraya no solo el aspecto de planificación que pone de relieve el concepto de teoría del caso, sino que también realza la trascendencia de una robusta interacción del litigante con el ambiente en que se concretan las prácticas jurídicas. En contraste, el concepto de teoría del caso tiene una caracterización bastante estática que no describe integralmente cómo el caso suele ser abordado por los litigantes.

En síntesis, la teoría del caso pone demasiado énfasis en la planificación, pero no tanto en la creación de valor, ni en la fase de implementación y evaluación; lo que el concepto de estrategia sí pone de relieve.

90 William Anderson, Terence Schum y David Twining, *Análisis de la prueba*, trad. Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, *passim*.

Agradecimientos

El autor agradece a Santiago Finn y Gustavo Calviño por los comentarios a una versión previa de este artículo.

Referencias

- Anand, Sanjeev, "The truth about canadian judicial activism", *Constitutional Forum* 15, 2 (2006), pp. 87-98. DOI: <https://doi.org/10.21991/C9ND5W>
- Anderson, Terence, David Schum y William Twining, *Análisis de la prueba*, trad. por Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Madrid-Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.
- Anderson, Terence, David Schum y William Twining, *Analysis of Evidence*, 2º ed., New York, Cambridge University Press, 2005.
- Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1964.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. por María Araújo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 2018.
- Arocena, Gustavo A., *Femicidio y otros delitos de género*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
- Atienza, Manuel, "Siete tesis sobre activismo judicial", *Grand Place: Pensamiento y Cultura*, julio (2019), pp. 39-48.
- Barrio Maestre, José María, "To be what one desires to be. The notion of habit and its educational value", en *Desire and Human Flourishing Perspectives from Positive Psychology, Moral Education and Virtue Ethics*, editado por Magdalena Bosch, Cham, Springer, 2020. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-030-47001-2_1
- Baytelman, Andrés y Mauricio Jaime Duce, *Litigación penal: juicio oral y prueba*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2004.
- Campbell, Tom, "Judicial Activism - Justice or Treason?", *Otago Law Review* 10, 3 (2001), pp. 307-326.
- Canon, Bradley C., "Defining the dimensions of judicial activism", *Judicature* 66, 5 (1982), pp. 236-247.
- Carr, David y Steutel, Jan, "Virtue ethics and the virtue approach to moral education", en *Virtue Ethics and Moral Education*, editado por Jan Carr y David Steutel, 3-18. London, Routledge, 2014.

- Castaño Peña, Jairo Andrés, “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado* 31, 2 (2013) pp. 119-160.
- Cepeda-Espinoza, Manuel José, “Transcript: Social and economic rights and the colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review* 89, 7 (2011), pp. 1699-1706.
- Chaia, Rubén A., *Técnicas de litigación penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020.
- Chandler, Alfred D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the Industrial Enterprise*, Cambridge, Mass, MIT Press, 1969.
- Cohn, Margit y Kremnitzer, Mordechai, “Judicial activism: A multidimensional model”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence: An International Journal of Legal Thought* 18, 2 (2005), pp. 333-356. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0841820900004033>
- Descartes, René, *The Principles of Philosophy*, trad. por John Veitch, London, Blackmask, 1644.
- Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge-EE.UU., Harvard University Press, 1996.
- Edwards, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires: Astrea, 1996.
- Etcheverry, Juan B., “Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico* 15 (2014), pp. 148-171. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123>
- Ferrajoli, Luigi, “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa - La Ley, 2008, pp. 77-89.
- Funes Lapponi, Silvina, “Resolución de conflictos en la escuela: una herramienta para la cultura de paz y la convivencia”, *Contextos Educativos. Revista de Educación* 3 (2013), pp. 91-106. DOI: <https://doi.org/10.18172/con.466>
- Goldsworthy, Jeffrey, “Tom Campbell on Judicial Activism”, *Australian Journal of Legal Philosophy* 42, 1 (2017), pp. 247-255.
- Gonzalez Lagier, Daniel, “La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima”, *Nuevo Foro Penal* 12, 68 (2005), pp. 31-61.
- Graglia, Lino A, “It’s not constitutionalism, it’s judicial activism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 19, 2 (1996), pp. 293-300.

- Grattan, Robert F., *The Strategy Formulation Process: A Military-Business Comparison*, New York, Palgrave Macmillan, 2002. DOI: https://doi.org/10.1057/9780230510326_4
- Green, Craig, "An intellectual history of judicial activism", *Emory Law Journal* 58, 5 (2009), pp. 1195-1264.
- Heracleous, Loizos y Jacobs, Claus D., *Crafting Strategy: Embodied Metaphors in Practice*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Iruthayasamy, Lourdesamy, *Understanding Business Strategy: Confusion and Consensus*, Gateway East (Singapore), Springer, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-981-33-6542-1>
- Isaacs, David, *La educación de las virtudes humanas y su evaluación*, 1976, 15ª ed., Pamplona, Eunsa, 2015.
- Johnson, Gerry, Ann Langley, Leif Melin y Richard Whittington, *Strategy as Practice: Research Directions and Resources*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Jones, Greg, "Proper Judicial activism", *Regent University Law Review* 14, 1 (2001), pp. 141-180.
- Kmiec, Keenan D., "The origin and current meanings of judicial activism", *California Law Review* 92, 5 (2004), pp. 1441-1478. DOI: <https://doi.org/10.2307/3481421>
- Laise, Luciano D., "¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), pp. 147-173. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>
- Lorenzo, Leticia, *Manual de técnicas de litigación oral*, Buenos Aires, Didot, 2016.
- McElhaney, James W., "The psychological theory of the case", *Litigation* 29, 2 (2003), pp. 56-66.
- McElhaney, "The Theory of the case", *Litigation* 6, 1 (1979), pp. 51-57.
- Meroi, Andrea A., "Iura novit curia y decisión imparcial", *Ius et Praxis* 13, 2 (2007), pp. 379-390. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122007000200015>
- Miller, Binny, "Give them back their lives: Recognizing client narrative in case theory", *Michigan Law Review* 93, 3 (1995), pp. 485-576. DOI: <https://doi.org/10.2307/1289923>
- Miller, Binny, "Teaching case theory", *Clinical Law Review* 9, 1 (2002), pp. 293-336.
- Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del caso*, Buenos Aires, Didot, 2012.

- Palomino Pinedo, María Teresa, “Problemas en la aplicación de la entrevista única en Cámara Gesell para víctimas de violencia sexual. Análisis del funcionamiento empírico del mecanismo”, *Revista de Victimología* 11 (2020), pp. 135-160.
- Perry, Michael J., “Judicial activism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 7, 1 (1984), pp. 69-75.
- Porter, Michael E., “What is strategy?”, *Harvard Business Review* 74, 6 (1996), pp. 61-78.
- Poviña, Fernando L., *Regla de exclusión probatoria*, Buenos Aires, Astrea, 2013.
- Ries, Al, y Trout, Jack, *Positioning: The Battle for Your Mind*, New York, McGraw-Hill Education, 2014.
- Rivas Palá, Pedro, “Un momento no discursivo en el razonamiento jurídico, una aproximación de matriz aristotélica”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 4 (2020), pp. 315-344. DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2020.14.14913>
- Rosler, Andrés, *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Katz, 2019.
- Sellés Dauder, Juan Fernando, *La virtud de la prudencia según Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1999.
- Sowell, Thomas, *Judicial Activism Reconsidered*, Stanford, Hoover Institution & Stanford University Press, 1989.
- Swygert, Luther M., “In defense of judicial activism”, *Valparaiso University Law Review* 16, 3 (1982), pp. 439-458.
- Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- Thayer, James B., “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”, *Harvard Law Review* 7, 3 (1893), pp. 129-156. DOI: <https://doi.org/10.2307/1322284>
- Tracy, Brian, *Victory! Applying the Proven Principles of Military Strategy to Achieve Success in Your Business and Personal Life*, New York: American Management Association, 2002.
- Tucidides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, trad. por Diego Gracián, 11ª ed., Madrid, Cátedra, 2019.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. por Jorge Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 1991.

Young, Ernest A., "Judicial activism and conservative politics", *University of Colorado Law Review* 73, 4 (2002), pp. 1139-1216.

Jurisprudencia

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Carrera, Fernando Ariel s/ causa 8398", 25 de octubre de 2016, *Fallos* 339:1493.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Quaranta Jose Carlos S/ Inf. Ley 23.737 - Causa 763", 31 de agosto de 2010, *Fallos* 333:1674.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n' 14.092", 23 de abril de 2013. *Fallos* 336:392.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Olmos, José Horacio y otros/ Estafa - Causa 1086/2006", 20 de abril de 2010, *Fallos* 333:462.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal - Causa 3221C", 17 de mayo de 2005, *Fallos* 328:1491.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Reginald Rayford y otros S/ Tenencia de Estupefacientes (Art. 6º, Ley 20771)", 13 de mayo 1986, *Fallos* 308:733.