

ESTRATEGIA JUDICIAL

JUAN IGNACIO PROLA (*)

Resumen: El propósito de este trabajo es observar la estrategia jurídica judicial desde el juez, quien forma parte de una estructura organizada y especializada en el fenómeno jurídico, el Poder Judicial y que es también quien cumple el rol de hacer justicia en el caso concreto. Está dividido en dos partes, una que pretende el esbozo o rudimentos de una teoría de la estrategia judicial; otra, de índole práctico, que intenta delinear algunas herramientas estratégicas de las que puede servirse el magistrado. Todo analizado a la luz del método que propone el trialismo, pues nos otorga instrumentos adecuados para el estudio de una cuestión compleja como la que encaramos y nos permite también establecer un orden o clasificación de las estrategias judiciales al poder distinguir entre instrumentos normativos, axiológicos y sociológicos. Distingue también entre: a) estrategia en relación al proceso; b) estrategia en relación a la decisión. La estrategia procesal se refiere al desarrollo dinámico formal del proceso, en tanto que la estrategia de la decisión se refiere al aspecto argumentativo y de contenido de la decisión. Por último, habremos de distinguir entre: a) macro estrategia judicial: la estrategia global, general y principal de la que participa el juez por su condición de miembro del poder judicial; b) micro estrategia judicial: la estrategia para el caso concreto.

Abstract: The purpose of this work is to observe the court legal strategy from the judge, who is part of an organized and specialized in legal phenomenon, the judiciary and that is also the one who has the role to do justice in the particular case. It is divided into two parts, one that aims to outline or rudiments of a theory of judicial strategy, another practical, trying to outline some of the strategic tools that can be served by the magistrate. All analyzed in light of the proposed method Trialism therefore gives us adequate tools for the study of a complex issue like we face and also allows

(*) Juan Ignacio Prola: dirección postal: Los Chingolos 1651 (2600) Venado Tuerto. Teléfonos: 03462 – 434275 (fijo) – 15643145 (móvil) E-mail: juanyprola@arnet.com.ar ; juanignacioprola@gmail.com

us to establish a ranking order or judicial strategies to be able to distinguish between normative, axiological and sociological tools. Also distinguishes between: a) in relation to the process strategy, b) strategy regarding the decision. The procedural strategy refers to formal dynamic development process, while the decision strategy refers to the appearance and content argumentative decision. Finally, we must distinguish between: a) macro judicial strategy: global strategy, general and chief of the judge involved for being a member of the judiciary; b) micro judicial strategy: the strategy for the specific case.

Palabras clave: Juez, Estrategia, Derecho Privado, Poder Judicial.

Key words: Judge, Strategy, Private Law, Judiciary

1. Introducción

Las líneas que siguen son apenas el planteo del interrogante sobre la “*estrategia judicial*” y, en el mejor de los casos, el esbozo de algunas direcciones de pensamiento o investigación. Mi propósito es observar la estrategia jurídica judicial desde el juez, quien forma parte de una estructura organizada y especializada en el fenómeno jurídico, el Poder Judicial -cuyo valor estratégico es innegable desde que integra la organización misma del Estado y sin él no se concibe¹-, y que es también quien cumple el rol de hacer justicia en el caso concreto. Por último, el trabajo propone algunas herramientas estratégicas de las que se puede servir el magistrado en la práctica, y que también han sido clasificadas según el método elegido para el trabajo.

¹ Quiero hacer notar aquí que los golpes militares en la Argentina (y en general, en Latinoamérica), tomaron el poder ejecutivo, cerraron el Congreso, fundieron las funciones ejecutiva y legislativa, pero no pudieron –de hecho, ni siquiera intentaron– cerrar los tribunales ni fundir la función judicial a las otras dos. Con esto queda resaltado el valor estratégico del Poder Judicial.

2. El planteo de la cuestión

No sería difícil acordar que, en el esquema de solución de conflictos que propone el sistema judicial, la sentencia (decisión judicial por antonomasia) es el *acto jurígeno*² por excelencia. Por lo tanto, entender cómo se llega a la decisión judicial y por qué, es crucial para el Derecho³. La *estrategia judicial* aparece entonces como una respuesta posible a la primera de esas dos preguntas, es decir, cómo se llega a la decisión judicial⁴. La situación en la cual se encuentra el juez al momento de tomar la decisión supone la conclusión o clausura del proceso⁵. Es decir que, en una primera aproximación, y desde un punto de vista estrictamente procesal, debemos ubicar al juez como una especie de alquimista que cuenta con todos los elementos que habrá de combinar para buscar su síntesis, que no es otra que la sentencia. De modo tal que es insoslayable analizar cuál es la situación del juez, de la persona que ejerce el rol de juez, qué elementos entran en juego al momento de tomar la decisión, y si esa decisión se toma estratégicamente. En el caso que así sea, debiéramos ver si esa estrategia es una sola y válida para todo tipo de proceso o si, lo que pareciera más lógico, esa estrategia varía de acuerdo al tipo de proceso en que nos encontremos.

3. Definiciones: ¿de qué hablamos cuando hablamos de “*estrategia judicial*”?

Sin la pretensión de agotar la lista, la noción de *estrategia judicial* puede desarrollarse en los siguientes niveles:

² Por *acto jurígeno* entiendo el acto que declara el derecho en el caso concreto. En este sentido, antes de la sentencia declarativa no habría derecho sino en expectativa.

³ Y también para la Política.

⁴ Un punto a pensar es este: la parte resolutive de una sentencia, la decisión misma consiste en tres o cuatro renglones de una hoja tamaño oficio: “RESUELVO”: “hacer lugar a la demanda”, o, “no hacer lugar a la demanda”, etcétera. Todo el resto de la sentencia refiere a la motivación de la decisión y no a la decisión misma. En consecuencia, toda la estructura del Poder Judicial y todo el sistema judicial existen para esos tres o cuatro renglones.

⁵ De ahí el valor de purgar las nulidades que se le da al decreto de llamamiento de autos para definitiva.

1. Como estrategia política general de un Estado en relación al Poder Judicial;
2. Como estrategia del Poder Judicial en cuanto a la manera de alcanzar sus propios objetivos;
3. Como estrategia de los jueces y tribunales para el caso concreto, y dentro de ésta:
 - a. Como estrategia en relación al proceso;
 - b. Como estrategia en relación a la decisión.

El presente trabajo estará circunscrito a esta tercera acepción con sus variantes, sin perjuicio de que pueda referirse ocasionalmente y por estrictos motivos de necesidad argumentativa a las otras dos.

Por otra parte, y ya dentro de la estrategia de los jueces y tribunales, podemos distinguirla según el grado de conocimiento que tenga en relación al caso, pues pareciera, a primera vista, que no es la misma estrategia la que habrá de desplegar un juez de primera instancia, que una cámara de apelaciones o una corte. Las características propias de cada etapa de conocimiento del proceso, indican una necesidad de establecer distintas estrategias. La innegable circunstancia de que el proceso se simplifica a medida que avanza hacia esferas de conocimiento judicial más restringidas, es una señal de la necesidad de establecer diferentes estrategias que respondan a estos parámetros, ya para el proceso, ya para la decisión.

Además, habrá de establecerse una estrategia en razón de la materia sobre la que trate el pleito, pues también a primera vista, pareciera que se requieren estrategias distintas según sea un caso penal, laboral, etc. Para recortar el tema, pues sería imposible de abarcar en su totalidad en un trabajo como el presente, vamos a circunscribir nuestro análisis al campo iusprivatista.

4. Método

Indudablemente es de suma importancia establecer un método ya desde el principio, pues no puede haber esbozo del problema sin una línea de investigación marcada, que nos permita continuar más tarde con nuestros estudios desde el lugar donde quedaron bosquejados.

Puestos a elegir un método, descartamos de entrada el que propone el

positivismo jurídico, pues al encerrar al derecho en la norma y excluir de las ciencias jurídicas todo lo demás, impide la traza de cualquier estrategia, toda vez que convierte al Juez en una máquina insensible que aplica impasible la ley. En mi experiencia vital no es esto lo que ocurre, sino que el juez llega al proceso y a la decisión con una serie de *cargas*⁶ sociales, históricas, de tradición, valorativas, psicológicas, anímicas, ideológicas, etcétera. Esto ocurre porque el juez es un ser humano, y quitarle ese rasgo es olvidar que el derecho y la justicia han sido pensados en beneficio de la raza humana.

Es también olvidar que un juez que sólo puede aplicar la ley, llegado el caso, aplica la ley injusta. Digo, los jueces de la Alemania nacional socialista aplicaban la ley. Por estos motivos juzgo importante elegir con acierto el método que habremos de seguir para nuestro estudio.

El método que seguiremos deberá venir de una concepción más compleja y dinámica del derecho, como el trialismo integrativista⁷ que nos permitirá entender el tema de la estrategia judicial desde una óptica más humana, más comprometida con la vida y la dignidad humanas.

Por otra parte, el trialismo nos permitirá también establecer un orden o clasificación –aunque sea provisional– de las herramientas con que cuenta el juez al momento de diseñar su estrategia, al poder distinguir entre instrumentos normativos, axiológicos y sociológicos. Lo que habrá de colaborar, en definitiva, con nuestro propósito de entender un poco más el tema que abordamos.

5. Esbozo de una Teoría de la Estrategia Judicial

- 1) Cuando hablamos de estrategia en general, solemos asociar el término a la idea de fin, de finalidad, de meta, de objetivo. Si buscamos en un diccionario, el de la Real Academia, por ejemplo, nos da tres acepciones a la palabra estrategia:

⁶ Llamo *cargas* al conjunto de factores inconscientes que lleva consigo el juez por su propia naturaleza humana, y que son los que influirán en el ánimo del magistrado a la hora de tomar una decisión. Distinguir estas *cargas* de los prejuicios es tarea que aún no pude encarar.

⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estrategias Jurídicas*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Facultad de Derecho. UNR. Rosario, 2011.

- Uno. Arte de dirigir las operaciones militares.
- Dos. Arte, traza para dirigir un asunto.
- Tres. En un proceso regulable, el conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento.

Como vemos, en la definición que nos da el diccionario, la noción de fin o meta está implícita en las ideas de dirección y de decisión presentes en las tres acepciones. Esto puede ser trasladado al terreno jurídico. En el ámbito del derecho y, en particular, en el aspecto que ahora nos interesa, es decir, la *estrategia judicial*, las dos primeras nociones pueden ser aplicadas a la *estrategia judicial para el proceso*; en tanto que la tercera, bien puede estar referida a la *estrategia de la decisión judicial*.

En consecuencia podríamos decir que la estrategia, desde el punto de vista jurídico, consiste en la ordenación y disposición del conjunto de elementos que posee alguno de los operadores del derecho⁸ para llevar adelante un caso.

En general, se admite sin mayor inconveniente que las partes que intervienen en un proceso pueden tener estrategias, la estrategia de la defensa, la estrategia del actor, que los abogados de las partes puedan tener una estrategia. Sin embargo, nos vemos en dificultades cuando tenemos que admitir que existe una estrategia por parte del juez o tribunal.

Como enseña Ciuro Caldani⁹ (2011), esto se debe al concepto que traemos de la época del racionalismo, del modernismo, de la Revolución Francesa y de la Exégesis, dónde el juez era la pieza última que dejaba lista la aplicación del derecho en el caso concreto, el último engranaje, la etapa final de la línea de montaje de una maquinaria jurisdiccional que no tenía estrategia. Las máquinas no tienen estrategia, porque no tienen intención. Uno sencillamente las pone en funcionamiento y ellas comienzan a realizar las operaciones para las que han sido pensadas y programadas. En consecuencia, si concebimos al Juez como un mero aplicador de la ley, y la ley es una maquinaria que no se fija estrategias sino que opera con independencia de la voluntad de las personas; luego, el Juez no podría disponer de una estrategia, sino que sería un aplicador impersonal de la ley a través de un silogismo lógico y según el método de la subsunción.

⁸ Por operadores del derecho entiendo a los jueces, abogados, defensores, fiscales, etcétera.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Op. Cit. Pag. 89 y siguientes.

Sería hipócrita negar que la decisión judicial está compuesta por una serie *cargas* que trae el Juez consigo, de las cuales no se puede desprender y que entran en juego en el momento de dictar la sentencia. Justamente en eso consiste que la justicia sea humana, porque le brinda al Juez la posibilidad de observar las cosas más allá de la letra fría de la ley. De manera que me parece que es lícito preguntarnos sobre si los jueces son meros aplicadores de la ley, o si al momento de dirigir un proceso y tomar la decisión, el magistrado despliega, desarrolla y ordena una serie de herramientas de muy variado orden con las que cuenta a fin de alcanzar el objetivo, finalidad o meta del caso concreto¹⁰. Si admitimos como real esto último, entonces se impone la adopción de una cierta estrategia.

Indudablemente deberemos volver en su momento sobre este tema del objetivo buscado por un proceso judicial, pues es claro que la estrategia a seguir estará en directa relación con el fin perseguido por el proceso de que se trate. Así, no será lo mismo si estamos ante un proceso penal o ante un proceso civil; y también habrá distintas estrategias dentro de cada uno de ellos, según sea el debate concreto, lo que efectivamente se esté discutiendo.

- 2) Cualquier teoría de la estrategia que se asuma como tal debe ensayarse o imaginarse según la realidad en la cual está inserta esa estrategia. Esa estrategia va a funcionar en un esquema muy claramente definido que es el ámbito del Poder Judicial. La función del Poder que está destinada a impartir justicia -para dar una definición rápida- tiene un alto grado de importancia política, un profundo valor estratégico para el Estado, pues es una de las funciones propias de él. En otras palabras, no se puede imaginar un Estado sin Poder Judicial. El Poder Judicial es una herramienta que tiene el estado para llevar adelante sus políticas, no solamente para establecer o para mantener la paz social a través de la solución de los conflictos, sino también para llevar adelante acciones positivas a través de las cuales se cumplan los fines para el cual el Estado ha sido previsto.

De modo que para cualquier teoría de la estrategia judicial, lo primero que tenemos que saber es cuál es la función o el rol que tiene el Poder Judicial en el esquema del Estado. A partir de ahí podemos empezar a

¹⁰ Sería interesante desarrollar aquí la noción de *efecto clausura* acuñada por D. Kennedy, entendida como sensación de saciedad de justicia en el caso concreto.

entender cómo funcionaría la teoría de la estrategia judicial, a fin de dar respuesta o de poner en práctica esa otra estrategia o macro estrategia, como le queramos llamar política, en la cual está inserta el Poder Judicial. Por eso es muy importante reconocer las cualidades que en la *realidad* se nos presentan. No queremos imaginar un Poder Judicial en función de un ideal, sino entender cómo es el funcionamiento real de un juzgado y cuáles son las decisiones estratégicas que deben tomar los jueces para poder realizar el fin para el cual ha sido instituido el Juzgado.

De ahí la importancia de una descripción de la realidad lo más acabada posible, no sólo del fenómeno jurídico (el cual se encuentra especializado el Poder Judicial), también de las herramientas administrativas con que cuenta, del personal que integra el juzgado, de la cantidad de causas que se tramitan, de los índices de litigiosidad que hay en la sociedad en la que interviene el juzgado, etcétera. En consecuencia, es insoslayable comprender en toda su dimensión el funcionamiento de los juzgados a fin de poder elaborar estrategias en el plano concreto.

Si lo que necesitamos es entender la realidad, puede ser útil ensayar algunas clasificaciones de las estrategias, pues si bien es cierto que, como decía Borges, las clasificaciones son caprichosas, no podemos desconocer que suelen ser útiles para entender la situación dinámica y compleja que enfrenta el juez cada día. Esa misma realidad que estamos hablando es el tribunal, el funcionamiento del tribunal, el pasillo del tribunal, lo que realmente ocurre en el tribunal.

La estrategia siempre requiere o supone una visión general del fenómeno sobre el cual se va a aplicar. Observar todo el terreno desde distintos puntos de vista y ver qué cosas nos benefician y qué cosas nos perjudican, en función de los distintos elementos que hay en juego en el momento concreto que tengamos que desarrollar una estrategia. En consecuencia trataremos de ensayar las clasificaciones.

Dichas clasificaciones en modo alguno se excluyen mutuamente ni conforman compartimientos estancos e incommunicados entre sí, antes bien se trata de herramientas teóricas que ayudan a comprender la realidad estudiada. Necesitamos comprender en toda su magnitud el funcionamiento de los juzgados, pues la suma de todos ellos es el funcionamiento del Poder Judicial. De este modo se puede hacer más eficiente y dar una mejor respuesta a los requerimientos sociales.

De manera que no se trata sólo de bosquejar una teoría, sino que ésta

debe estar diseñada en base a la observación concreta de lo que ocurre todos los días en un juzgado. Ahí está el derecho en acción, es la zona más vital del fenómeno jurídico, en la que el Juez debe justificar la existencia del Poder Judicial como institución política fundamental del Estado.

Esto que acabo de decir plantea, a la vez, un problema epistemológico muy propio del Derecho. La cuestión consiste en que no podemos elaborar una teoría y después intentar explicar la realidad a través de ella, sino que inversamente, debemos mirar la realidad para de ahí elaborar una teoría.

6. Clasificación de las estrategias judiciales

6. 1. Según la función

Si bien la función jurisdiccional es la primordial y todo el juzgado tiende hacia ella, también es verdad que para poder llevar adelante esa función jurisdiccional el juzgado necesita de una estructura administrativa. Siguiendo estas ideas que acabamos de exponer, podemos hacer la primera clasificación de la estrategia según sea dirigida a la realización de la función jurisdiccional o a la realización de la actividad administrativa, sin perder de vista jamás que ésta es un medio y aquélla es el fin que persigue el juzgado.

Administrativamente sabemos cómo están conformados los juzgados. Si bien se pueden encontrar ligeras variantes de funciones o de número de personal que lo integra, podemos decir que básicamente tienen un empleado en Mesa de Entradas, un ordenanza, un oficial proveyente o jefe de despacho, dos o tres empleados escribientes, un ordenanza, un Secretario y el Juez. Este es un esquema básico de un juzgado, después habrá variantes y cambios de nomenclador, según las provincias, según los estados, etc. Decíamos que, según la función, la estrategia judicial puede ser administrativa o jurisdiccional propiamente dicha, y que la estructura administrativa de un juzgado es un medio para la realización de su función primordial. Para el Juez, sería importante entonces desarrollar herramientas estratégicas administrativas judiciales, a fin de hacer más eficiente la función jurisdiccional.

Algunas herramientas importantes con que cuenta el Juez para hacer más eficiente la estrategia administrativa del juzgado, son:

- 1- conocer a su personal;

- 2- realizar cursos de liderazgo o de organización de empresas o de manejo del personal a su cargo;
- 3- conocimientos en administración de oficinas complejas,
- 4- información para la clasificación de las actividades;
- 5- esquema administrativo de respuesta ante las urgencias; etc.

No debemos perder de vista en ningún momento que si bien el Juez es la máxima autoridad del juzgado, éste es un conjunto de personas que, en distinta medida y con distintas funciones dentro de esa estructura administrativa, deberán articular el mecanismo interno de funcionamiento.

Señalo, para terminar, que no comparto la idea de quienes quieren aislar al juez quitándole las funciones administrativas y de organización que posee, otorgándose tales funciones a una oficina aparte¹¹. Sin embargo, no puedo entrar a tratar el tema pues excedería las normas editoriales del trabajo.

Dentro de la función jurisdiccional podemos distinguir entre estrategias procesales y estrategias jurisdiccionales propiamente dicha.

Según la función, las estrategias procesales se refieren a la manera en la cual el juez maneja los diferentes procesos –y los diferentes tipos de procesos– que tiene en su juzgado. Son estrategias que tratan de establecer qué tipo de prioridad asignarle al proceso; cómo clasificar los procesos a fin de hacer más eficiente la toma de decisión judicial; por qué elegir un determinado juicio para fallar (más allá de las razones de urgencia temporal); cómo ir articulando el proceso y ejerciendo el control sobre el mismo, a fin de hacer que todas la partes respeten las reglas del juego y pueda llegarse a una decisión válida; e, incluso, la forma en que el juez lleva la dirección esos procesos, de modo de encontrar la ocasión oportuna para intentar, de ser posible, una solución del conflicto sin necesidad de llegar a la sentencia.

Por otra parte, en las funciones jurisdiccionales propiamente dichas, se refieren a la cuestión de la decisión judicial que vamos a desarrollar más adelante.

6. 2. Según el grado de conocimiento del juez o tribunal

Las estrategias judiciales deberán también pensarse según el grado de conocimiento que tenga el juez o tribunal que haya de intervenir en la cuestión. Tal como se encuentra hoy el sistema judicial de resolución de conflictos, el grado de conocimiento de los jueces, que tiende a especificarse

¹¹ Esto es lo que se está haciendo con la justicia penal de la provincia de Santa Fe.

según vaya ascendiendo de instancia. De modo que es más amplio o mayor el grado de conocimiento que sobre el caso tiene el juez de primera instancia, más acotado en las cámaras de apelación (recordemos que sólo conocen en los extremos postulados en los agravios, viéndose impedidas de actuar sobre asuntos que no fueron cuestionados por las partes), y de manera extraordinaria y sólo en cuanto a la adecuación constitucional de las decisiones de las instancias ordinarias, en las Cortes¹².

El juez de primera instancia es el más cercano al justiciable, el juez que debe dar la respuesta más inmediata, juez de “trinchera”, si se me permite la expresión, pues es el que da la respuesta más directa e inmediata a los requerimientos del justiciable. Es el juez que tiene que vérselas con el accidentado que necesita un tratamiento que la aseguradora no está dispuesta a cubrir, del pedido de protección o exclusión del hogar, el que debe despachar la medida cautelar a fin de evitar que se esfume un derecho, etcétera. En suma, el juez de primera instancia es quien tiene un conocimiento mayor de la materia bajo discusión, porque dirige la parte del proceso en que el debate es más amplio y extenso, donde las partes tienen mayor despliegue procesal, y que sirve de zaranda para una primera depuración entre lo que es principal y lo que es accesorio en el debate.

A medida que se va ascendiendo en los grados de conocimiento de los tribunales, se va acotando o va disminuyendo la posibilidad de intervención del Poder Judicial en el caso traído a su conocimiento. La Cámara solamente conoce la queja sobre los puntos con los que las partes están disconformes, sobre puntos determinados, concretos y precisos, pues los litigantes no pueden ir a la Cámara a plantear discusiones que no fueron propuestas en baja instancia. Es cierto que a veces las quejas son tan amplias que involucran prácticamente todo el proceso, pero si observamos, el trámite de Alzada es mucho más simplificado que el de primera instancia:

- a- Como vimos, la Cámara sólo conoce sobre los puntos concretos que fueron materia de agravio;
- b- La apertura a prueba en segunda instancia es excepcional y de interpretación estricta;
- c- Los incidentes que pueden promoverse están acotados y no suelen ser más que los de cambio de efecto o mala concesión del recurso, la

¹² Dejo a salvo los casos de competencia originaria, o los de *per saltum* (de cuya constitucionalidad dudo).

denegatoria a la apertura a prueba, y alguno más con ligeras variantes en las provincias o en la Nación;

- d- El trámite de Alzada, en la mayoría de los códigos procesales de nuestro país, consiste en la expresión de agravios, su contestación, llamado a Sala, su notificación y el Acuerdo o Resolución.

Las Cortes, por su lado, van a intervenir de manera excepcional, sólo cuando cuando hay una discusión en torno a derechos de rango constitucional. Dejando a salvo los casos de competencia originaria, en los que actúa como un tribunal de grado, la Corte Nacional sólo interviene en los casos previstos en la ley 48 y la arbitrariedad¹³. Por lo tanto, su nivel de conocimiento en relación al caso concreto se ve limitado a esto. El procedimiento también se ve simplificado como en la segunda instancia. Esto se corrobora, por ejemplo, con la decisión de la Corte Nacional de establecer un máximo de fojas para el escrito en el que se plantea el recurso extraordinario. Recordemos que el máximo tribunal de la Nación, por Acordada N° 4/2007, ha dispuesto las “Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal” estableciendo en su art. 1° que: “El recurso extraordinario federal deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a cuarenta (40) páginas de veintiséis (26) renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12). Igual restricción será de aplicación para el escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”¹⁴.

Desde un punto de vista sociológico, esta clasificación de las estrategias en relación al grado de conocimiento del tribunal nos permite algunas observaciones. En primer lugar, está claro que el juzgado de primera instancia es el juzgado de mayor y más inmediata influencia social en el territorio sobre el que ejerce su jurisdicción. Es quien hará posible la tutela judicial efectiva, es el juez que está en contacto más directo con la gente, aquel que necesita dar la respuesta más efectiva y más inmediata, etcétera. El juez de primera instancia, también, tiene otro rol estratégico en el esquema del Poder Judicial en este análisis sociológico, y consiste en ser la cara

¹³ Veremos qué sucede con el proyecto de ley de *per saltum*. Sin embargo, su carácter es aún más excepcional que el recurso extraordinario. Lo mismo puede decirse del recurso de inconstitucionalidad en Santa Fe, que limita la intervención de la Corte local a los tres incisos del art. 1° de la ley 7055-

¹⁴ A mi juicio, esta Acordada es un claro ejemplo de cómo el Poder Judicial ejerce, a veces, una función propia del poder legislativo dictando normas generales y abstractas.

visible del Poder Judicial ante la sociedad. Esto indica que quien está en mejores condiciones de intervenir en los conflictos colectivos e individuales que se presentan en una sociedad y dar una respuesta pacificadora más inmediata, son los jueces de primera instancia.

Desde el ámbito normológico, si observamos los procesos tuitivos que dispone la ley, particularmente en materia de orden público, observaremos que todos ellos están dirigidos a los jueces de primera instancia. Es a ellos a quienes el ordenamiento jurídico les encarga la respuesta más inmediata y les da las herramientas necesarias para darla.

Desde cierto plano axiológico, esta encarnación de la justicia en la figura del juez de primera instancia – que suele verse con mayor facilidad en las sociedades de ciudades pequeñas– tiene un valor simbólico muy fuerte, que debiera analizarse a la luz de la psicología y la psicología social. En él la sociedad ve la corporización de ciertos ideales y valores, que la propia sociedad juzga trascendentes para sí misma. Entonces la importancia del juez de primera instancia es mayúscula.

En cuanto a las Cámaras de Apelación, tienen una enorme importancia en la fase creativa del derecho. Y su función primordial, aunque no exclusiva ni excluyente, es axiológica: el recurso de apelación es el único remedio que está dirigido a revisar la justicia del fallo en crisis. Mientras la función del recurso extraordinario o del recurso de inconstitucionalidad apunta a la interpretación de cláusulas constitucionales en relación al caso concreto, o el recurso de nulidad está dirigido a corregir defectos procesales; las Cámaras de Apelación son los únicos tribunales que se preguntan: “*¿Es justo el fallo apelado?*”. Por lo tanto, el valor justicia, desde este punto de vista, se realiza definitivamente en esta segunda instancia. Obsérvese que las Cortes, incluso cuando declaran la procedencia del remedio extraordinario, se limitan a anular o revocar el fallo, pero no a dictar uno en su reemplazo, sino que lo reenvían a los jueces de segunda instancia para que dicten un fallo acorde a la doctrina constitucional sentada por el Tribunal Superior.

En virtud de las características apuntadas en esta clasificación según el grado de conocimiento, será también las estrategias que habrá de diseñar el tribunal para llevar adelante su función. Y en estrecha relación con la clasificación según esta función, dispondrá en su estructura administrativa y jurisdiccional.

6. 3. *Según la rama del derecho*

Esta clasificación de las estrategias atiende a aquéllas que se despliegan según el tipo de conflicto discriminado por ramas del derecho. Está claro en este sentido que la clase de cuestión que se ventila en un juzgado laboral es diferente, responde a otra lógica y están en juego cuestiones del todo distintas a las que se presentan en un juzgado de familia. Un proceso civil es radicalmente distinto si se refiere a un asunto de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, que si se trata de una cuestión de interpretación de un contrato entre comerciantes. Incluso se podría analizar esta clasificación internamente, relacionándola con los tipos de procesos que están previstos para esa rama del derecho.

Así, tomando como ejemplo el derecho procesal santafesino, nos encontramos que según el requerimiento de la rama de que se trate son las características de los diversos procesos que se prevén para dicha rama; pero también, y vinculándola con la clasificación de la estrategia según la función, se establece una determinada estructura administrativa judicial para enfrentar los requerimientos propios del tipo de conflicto, clasificado por rama del derecho, que tiene resolver el Poder Judicial.

En este orden de ideas encontramos las características de la distribución de las competencias por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Previéndose procesos en atención a las particularidades del tipo de conflicto. Veamos: En el Código Procesal Laboral, se prevén distintas clases de proceso, según el interés afectado. Encontramos así el juicio ordinario laboral, el trámite abreviado laboral, el pronto pago laboral, el desalojo laboral, etcétera. En el ámbito del derecho de familia, se prevén las medidas autosatisfactivas para enfrentar casos de abuso y violencia familiar, y también otra clase de procesos según el interés jurídico afectado. También en el plano administrativo se observan estas particularidades. Así, el juzgado de familia está provisto –o debería estarlo, dado que aquí también hay cuestiones presupuestarias– de personal especializado, con asistentes sociales, psicólogos, mediadores, etcétera. Es completamente distinta a la composición del personal de un juzgado civil o de una Cámara de Apelación.

Por último, esta clasificación tiene también un valor de crítica epistemológica, concretamente, sobre la tradicional división científica del derecho en ramas. Sin perjuicio de que la metáfora arbórea ha dejado de dar una respuesta satisfactoria a los cuestionamientos epistemológicos de las

últimas décadas, la complejidad de la trama de relaciones humanas en la que nos movemos y que, parafraseando a Deleuze y Guattari¹⁵ (2004), se parecen más a un rizoma que a un árbol, nos lleva reconocer la insuficiencia del modelo tradicional del conocimiento jurídico en ramas, y su correlato en la especialización de la justicia en función de ellas en el plano concreto.

Esta estructura arborescente no responde a la realidad¹⁶, sino que tiende a simplificarla, lo que equivale a desconocerla y manejarse en el plano de lo ideal. Veamos un ejemplo: Un mismo accidente de tránsito puede dar origen a tres juicios distintos: uno penal, otro civil y hasta un tercero de carácter laboral. Todos los procesos que de él se deriven darán una visión parcial y enfocada a un solo punto de vista. Esto importa un despliegue procesal y jurisdiccional enorme, la intervención de varios jueces que dan todas respuestas parciales y, en definitiva, más de una opinión sobre un mismo suceso, con la consiguiente necesidad de unificar la jurisprudencia al final del camino y evitar decisiones contradictorias sobre un mismo acontecimiento.

7. Estrategia judicial en el proceso y en la decisión

Hemos visto que la estrategia judicial puede referirse al proceso o a la decisión. Si bien a primera vista pareciera que la primera incluye a la segunda, esto no es así, pues la estrategia procesal se refiere al desarrollo dinámico formal del proceso, en tanto que la estrategia de la decisión se refiere al aspecto argumentativo y de contenido de la decisión. A su vez, estas decisiones pueden ser de dos tipos, motivadas (sentencias y resoluciones) o inmotivadas (decretos y providencias de trámite). Sólo las primeras interesan desde el punto de vista de la estrategia de la decisión; las providencias o decisiones inmotivadas, quedan atrapadas por las estrategias procesales que desarrolla el juez. A su vez, ambas categorías pueden ser analizadas según el tipo de proceso, según la materia del proceso y según el grado de conocimiento que le quepa al juez o tribunal.

¹⁵ DELEUZE, Giles y GUATTARI, Félix. *"Rizoma"*. Ed. Pre-Textos, Valencia, 2004.

¹⁶ PEIRONE, Fernando. *Mundo Extenso*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Bs.As., 2012.

8. Estrategia Judicial en relación al proceso

8. 1. *En el plano normativo*

Desde este punto de vista, el proceso podría ser entendido como un programa o plan estratégico estándar para tornar operativos la garantía del debido proceso, el derecho de defensa en juicio y el derecho a la jurisdicción. Esto requiere de una concepción dinámica del proceso, pues se vuelve una herramienta articulada que apunta a un fin determinado (hacer operativos derechos y garantías constitucionales), que marca los límites dentro de los cuales habrá de desenvolverse el debate. Dado que, en definitiva, el proceso se trata de una serie de reglas del juego que se imponen a las partes que vienen a solucionar su conflicto jurídico; luego, la primera decisión estratégica del magistrado habrá de consistir en no permitir que alguno de los que intervienen en el juicio (partes, testigos, peritos, etcétera) deje de respetar dichas reglas del juego.

Salta a la vista que, esta concepción del proceso que acabo de sintetizar, requiere de un tipo de juez diametralmente opuesto al tradicional. En efecto, el juez moderno, cuyo tipo tradicional es el de la exégesis, trata de intervenir lo menos posible en el proceso, su rol es pasivo, de mero controlador del respeto al orden público procesal. En cambio, el tipo de juez¹⁷ en el que estamos pensando, es un juez activo, que participa dinámicamente en el proceso, que lo dirige hacia el fin social y político que supone la existencia del sistema judicial de resolución de conflictos.

Es éste otro punto valorable al momento de establecer la estrategia judicial para el proceso. Me refiero a entender que el sistema judicial es uno de los posibles sistemas de solución de conflictos, pero que hay otros. La mediación, el arbitraje, por ejemplo. Lo que significa el sistema judicial tiene su especificidad, y que tales particularidades dan a los individuos que a él se someten ciertas garantías que no dan otros sistemas de solución de conflictos. Entre las particularidades que abonan dicha especificidad encontramos: a) el rol estratégico político del Poder Judicial; b) el respeto a la estructura sistemática del esquema procesal; c) la posibilidad del uso de la fuerza pública;

¹⁷ Es interesante la clasificación que hace Kennedy entre juez conservador, juez activista y juez bipolar, en el ensayo citado.

d) la seguridad que otorga la fuerte carga formal que subyace en la estructura normativa; etcétera.

8. 2. *En el plano axiológico*

Si bien es cierto que la mayoría de los códigos procesales incorporan expresamente el principio de buena fe y lealtad procesal, tales valores estarían presentes en el proceso aún cuando no tuvieran reconocimiento normativo, pues el proceso no puede encarnar más que esos valores que la sociedad considera positivos. Puesto que el proceso está pensado para dar la solución pacífica de los conflictos sociales (individuales o colectivos), uno de sus principales valores estratégicos será el de servir de contención a los ciudadanos de modo de preservar la paz social.

Otro punto a considerar en el orden axiológico, consiste en la utilización de la tutela judicial efectiva como herramienta estratégica hacia la cual tiene que tender toda acción del Poder Judicial, pues si éste no puede hacer efectiva la tutela de los derechos en los ciudadanos pierde toda razón de ser¹⁸ al dejarlos huérfanos de justicia. En otras palabras, tener derechos y no poder gozar de ellos, es peor que no tenerlos. En consecuencia, el sentido de la existencia del Poder Judicial es asegurar la posibilidad del ejercicio y goce del derecho que se trate, cuando éste goce se ve impedido.

Me parece que, en este plano axiológico juega también todo preámbulo constitucional, pues está claro que su principal función jurídica consiste en indicar el rumbo axiológico al que tiende (o debe tender) toda acción del Estado. El Poder Judicial, tanto en su condición de función del Estado, como en su carácter de intérprete de la Constitución (al menos en el caso de nuestro país), queda claramente comprendido dentro de esta pauta axiológica y a ella también tiene que adecuar el desarrollo del proceso. Toda vez que hacia ese conjunto de valores tiende *naturalmente* el sistema procesal. De ahí los principios de buena fe, lealtad y probidad procesal.

¹⁸ A tal situación de crisis se llegó en el año 2001 (una característica que distingue ésta de toda otra crisis que haya padecido la Argentina), cuando pese a las órdenes judiciales los bancos no devolvían el dinero. Sería interesante ahondar en este tema, y la influencia psicológica que tuvo en la población la imposibilidad del Poder Judicial de hacer respetar y cumplir sus propias decisiones.

8. 3. En el plano sociológico

Desde este punto de vista, encontramos en primer lugar ciertos argumentos de orden histórico, tales como los motivos sociales y culturales que llevaron a la distinción de la función judicial de las otras dos funciones del estado.

Otro punto a tener en cuenta aquí son las tradiciones jurídicas del país, que no pueden estar ausentes al momento de componer estrategias, pero tampoco deben operar como un cepo que impida cualquier posibilidad de cambio. Así, en la Argentina, un país con larga tradición en materia de reconocimiento de derechos y libertades civiles (fue uno de los pioneros en abolir la esclavitud, por ejemplo), los jueces, al momento de diseñar sus estrategias procesales, deberán tener presente estas tradiciones, permitiendo un procedimiento al que sea fácil acceder y que procure la satisfacción real de la justicia en el caso concreto. Esta mirada nos permite entender desde otro punto de vista procesos tales como las medidas autosatisfactivas.

Es en este plano que los jueces más tienen que trabajar, en punto a diseñar estrategias procesales que permitan un efectivo y real acceso a la jurisdicción de las personas. Esto se debe, en buena parte, a que el proceso está pensado (al menos en nuestro país) para una sociedad con mucho menos dinamismo que el de hoy en día. El juicio ordinario o el proceso ejecutivo fueron pensados para una sociedad en la que rara vez alguien daba un cheque sin fondo o dejaba de honrar un pagaré. Pero el legislador procesal no previó (quizá no podía prever) los juicios iniciados en masa por las empresas que venden electrodomésticos en cuotas, o las ejecuciones por saldos impagos de tarjetas de crédito (que se inician por cientos), etc. En otras palabras, el proceso tal como está diseñado en el derecho procesal tradicional, no responde a la sociedad de masas y la cultura del consumo. La complejidad y dinamismo de la economía actual, lleva a que los jueces tomen decisiones que afectan a mucha gente. Los esquemas procesales y las estructuras jurisdiccionales no parecen estar preparados para eso. Más allá de la existencia de la ley de defensa del consumidor, etc., me parece que es un ámbito en el cual hay que empezar a investigar, y rápido, porque sino seguiremos con los juzgados desbordados de expedientes inútiles, sin otro sentido que el de mantener una maquinaria burocrática jurisdiccional, que hace una justicia de la boca para afuera, una justicia meramente formal, ya que es imposible atender la cantidad de esos casos iniciados en masa.

Quiero detenerme un momento aquí para realizar la siguiente observación. Tomemos la justicia de circuito¹⁹ santafecina, a modo de ejemplo.

Diariamente los juzgados de circuito de nuestra provincia reciben cantidades de juicios iniciados en serie por empresas dedicadas a la venta masiva de bienes o servicios. La abrumadora mayoría de estos procesos:

1. tramitan en rebeldía de comienzo a fin;
2. el actor suele embargar sueldos, embargos que, muchos de ellos, caen al poco tiempo porque el demandado ya no trabaja más ahí; de manera que, para el actor, el *fumus bonis* está a la orden del día;
3. la traba de embargos sobre bienes carece de sentido, pues los procesos están pensados para ejecuciones individuales y como los bienes suelen consistir en los mismos electrodomésticos comprados en cuotas (ahora ya vetustos) o en automotores que no están transferidos, las subastas terminan por convertirse en un trámite engorroso y más caro que el bien que se pretende subastar;
4. los demandados, grupo que se caracteriza por su composición social de personas de escasos ingresos, en general ni se enteran de que se le iniciaron acciones; en muchos casos, porque ya no viven en el domicilio que denunciaron al momento de contratar (recordemos que en su mayoría alquila o viven en condiciones de extrema precariedad); en un alto porcentaje de casos, estas personas jamás vienen al pleito.
5. Los juzgados se cargan de expedientes que no son más que formas sin sustancia, dictando sentencias en formularios y sin el menor apoyo en la realidad social, la que sucede fuera del tribunal;

Quiero apoyar lo que acabo de decir con algunos datos estadísticos. En el Juzgado de Circuito de Venado Tuerto, se iniciaron entre 01/07/2011 y 01/07/2012 la cantidad e 1.629 expedientes, de los cuales 690 fueron juicios ejecutivos y 376 fueron apremios fiscales. Se dictaron en estas dos clases de juicios 890 sentencias en rebeldía. Es decir que, sobre 1.066 juicios de tipo ejecutivo el 83,49 % tramitó sin que aparezca el demandado. Ante esta realidad, ¿qué sentido estratégico tiene el proceso que acabo de describir?

Esto impone la necesidad de una estrategia que deben desarrollar los jueces en determinadas áreas, a fin de dar respuestas a la sociedad sin contar herramientas procesales adecuadas.

¹⁹ En la provincia de Santa Fe, los juzgados de circuito son los que entienden en asuntos de menos de \$ 4.500 y locaciones urbanas y rurales.

9. Estrategia en relación a la decisión judicial.

Aspectos generales

Dos términos necesito definir para seguir adelante, las nociones de *macro* estrategia judicial y *micro* estrategia judicial. La primera apunta a la estrategia global, general y principal de la que participa el juez por su condición de miembro del poder judicial. En el orden normativo, esta *macro* estrategia está representada por la Constitución Nacional. En el orden axiológico, tiene basamento en el Preámbulo constitucional. En el orden sociológico, la *macro* estrategia está fundada en las políticas que justifican la existencia del estado.

La *micro* estrategia se define como la estrategia para el caso concreto. Tiene que ver con la fase argumentativa de la decisión y el resultado que el juez o tribunal espera alcanzar al resolver el caso. Estos argumentos, a su vez, también pueden ser analizados a la luz del trialismo.

10. La macro estrategia judicial

10. 1. En el plano normativo

La forma en que ha sido organizado el poder judicial en las leyes que lo regulan suelen indicar un aspecto de la macro estrategia que el estado desarrolla para facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia. A modo de ejemplo, observemos la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, existe una clara decisión estratégica (posiblemente tomada por motivos demográficos, geográficos, económicos, etcétera) de establecer la competencia concurrente entre los distritos que componen una misma circunscripción y los juzgados se encuentran repartidos en ciudades y pueblos, a veces con más de cien kilómetros de distancia entre uno y otro. También en cuanto a la estructura administrativa y procesal del Poder Judicial en Santa Fe, según se trate de los dos grandes centros urbanos que componen las circunscripciones 1 y 2, y la dispersión espacial de la población en las circunscripciones 3, 4 y 5. Esto se ha resuelto dando un tratamiento diferenciado a las dos primeras de las tres últimas, tanto en la ley orgánica cuanto en el proceso que habrá de llevarse adelante. Es cierto que

esto puede provocar algunas paradojas, si usted choca en Venado Tuerto y quiere iniciar un juicio de daños y perjuicios, puede hacerlo en Venado Tuerto, Melincué, Rufino o Firmat, llevará adelante un proceso escrito y juzgará su caso un juez de primera instancia de distrito en lo civil y comercial. En cambio, si el accidente lo tiene en Córdoba y Oroño de Rosario, sólo podrá demandar ante los tribunales de responsabilidad extra-contractual de Rosario (no elegirá ni la nominación), tendrá un proceso oral y será juzgado por tres jueces. Pero estas paradojas funcionan como excepciones a la regla, y forman parte de los riesgos que asume el legislador al momento de dictar una ley.

Esto, me parece, tiene que ver con la macro estrategia judicial en que se encuentra comprendido todo magistrado, y en la que debe ser profundamente consciente del lugar que ocupa. Como también debe ser consciente de las paradojas²⁰ que produce la estrategia y que son asumidas como riesgos del sistema.

10. 2. En el plano axiológico

La función judicial, como sabemos, es una de las funciones propias del estado y la única para la cual se requiere título universitario. Me parece oportuno destacar que se puede ser Presidente de la Nación y ser analfabeto, pero no se puede ser Juez si no se es abogado, es decir, si no se tiene un título universitario. Ni siquiera un título secundario, título universitario y esto es así en la Argentina desde 1853. De por sí, importa una declaración estratégica de la Nación en torno a lo que se pretende de la función judicial: La necesidad de estar educado en los valores cuya preservación quiere promover el Estado. Estos valores están reconocidos en el Preámbulo de la Constitución Nacional, al señalar los objetivos que se persigue el Estado Argentino.

En palabras más técnicas, el Preámbulo constitucional marca el derrotero estratégico hacia el cual se debe dirigir la acción del estado. Ese

²⁰ Otra paradoja del sistema procesal santefecino es ésta: Si usted inicia un juicio de \$ 4501, debe iniciarlo en el Juzgado de Distrito. Si el juez rechaza su demanda y usted quiere apelar, la ley le niega la apelación por no alcanzar las 10 unidades JUS que exige el art. 43, LOPJ, que hoy alcanza a \$ 6000. Pero si usted demanda por \$ 300, debe ir a un Juzgado de Circuito, y ya hay jurisprudencia a raudales que establece que todos los juicios de circuito son apelables.

valor estratégico se realiza, entre otras, a través de la función de los magistrados. De manera que cuando en el caso concreto el Juez tenga que establecer la estrategia para el fin que él persigue, no debe perder de vista jamás que forma parte de una macro estrategia, que sigue a los lineamientos que acabamos de definir en el párrafo anterior.

En el caso particular de los jueces de la provincia de Santa Fe y en función del sistema actualmente vigente para la selección de magistrados, el hecho de que exista una audiencia pública donde el futuro magistrado, se compromete a preservar valores democráticos, la Constitución y los Derechos Humanos es una declaración ideológica y una pauta estratégica a tener en cuenta al momento de dar fundamento a un fallo. En consecuencia, el Juez también es un engranaje esa de macro estrategia política que lleva adelante el país desde su Constitución misma. Y ésta es una pauta insoslayable al momento de evaluar la estrategia diseñada para resolver el conflicto que se le ha presentado, dado que es una herramienta muy útil a la hora de interpretar tanto los hechos como el derecho.

10. 3. En el plano sociológico

La Corte Nacional tiene dicho que los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias de sus fallos. Y a tal punto esto es así que la propia Corte tiene, dentro de sus diferentes secretarías, una dedicada a estudiar los impactos económicos de sus propias decisiones. Es cierto que los jueces ordinarios no tenemos la influencia que ejerce la Corte, bien sabemos que no es lo mismo lo que diga la Cámara de Apelaciones de Venado Tuerto que lo que diga la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero con mayor o menor incidencia sobre la región sobre la que ejerce su competencia, cada uno de los jueces ordinarios, tiene el deber de prever razonablemente la influencia que tendrán sus decisiones sobre la comunidad. En particular, los jueces de segunda instancia, quienes en la enorme mayoría de los casos de derecho común son la última palabra.

Esta directriz marca un claro rumbo ideológico en materia jurídica y es un elemento estratégico a tener en cuenta. Como rumbo ideológico jurídico, indica que, para nuestro máximo tribunal, el derecho no se reduce a la norma. Pues en el fondo, la imposibilidad de desentenderse de las consecuencias de sus fallos, significa lisa y llanamente que, si de la aplicación estricta de una ley devienen consecuencias desfavorables o desventajosas para la sociedad,

luego, el juez debe administrar otros recursos jurídicos (los valores, la cultura, la costumbre, etcétera) a fin de conseguir un reparto socialmente equilibrado.

Como elemento estratégico social, los jueces forman parte de esta sociedad y sus decisiones afectan el destino de las personas. Deben entender las consecuencias sociales que traigan sus decisiones para los individuos que están sometidos a ellas. Los fallos crean derechos y generan consecuencias para la gente, son modelos a seguir. Ya hemos visto que una decisión sobre un tipo de contrato de trabajo utilizado en la plaza, puede provocar enormes consecuencias sociales, tales como dejar sin trabajo o sin la posibilidad de conseguirlo a muchas personas.

11. La micro estrategia o la estrategia del juzgador

11. 1. El juez dogmático y el juez posmoderno

Llegamos así al momento previo de la realización del acto *jurígeno* por excelencia: la sentencia. En este momento previo, el juez se encuentra en la absoluta soledad de su conciencia y ha desplegado frente a sí todos los componentes del caso que habrá de resolver. Nos encontramos entonces con dos tipos de jueces: el juez dogmático y el juez posmoderno.

El juez dogmático, mecánicamente, subsume el caso en la ley y la aplica imparcialmente con independencia del resultado. Esto provoca una jurisprudencia uniforme, en extremo conservadora y con una gran influencia del precedente judicial, pues lo que se intenta es estandarizar las decisiones judiciales a fin de preservar la seguridad jurídica por encima de la justicia del caso. Convencido de esto, es juez dogmático, una vez elegida una teoría o doctrina para resolver determinado tipo de casos, la aplica siempre.

Para el juez posmoderno, en cambio, los precedentes judiciales tienen un valor relativo, pues ha descubierto que, en más de una ocasión, suelen encerrar verdaderos prejuicios. Él puede servirse de una doctrina para un caso y de otra (incluso contradictoria de la anterior) para resolver otro, pues él juzga casos y se forma su convicción después de leer la causa. En su interior, el juez posmoderno sabe que ahí donde una teoría o doctrina es útil para resolver un caso con arreglo a derecho, en otra ocasión similar puede

conducir a una verdadera injusticia, por variación de algunas particularidades del caso.

Cada uno de estos dos tipos de jueces (con sus matices, claro está) desplegará diferentes estrategias para tomar su decisión. La diferencia psicológica fundamental entre ambos tipos de jueces es que el juez dogmático no admitirá jamás que él también toma decisiones estratégicas. En este sentido, el juez dogmático responde, en el plano psicológico, al esquema de negación freudiana que propone D. Kennedy.

11. 2. Decisión y estilo

Otro punto a tener en cuenta en este tema de la estrategia en la decisión judicial consiste en la relación existente entre la decisión y el estilo. Dado que la sentencia es, básicamente, la explicación de por qué se toma una determinada decisión, habrá de surtir el efecto de lo que estamos comunicando. En la decisión, el Juez debe tener presente el efecto que pretende generar en las partes²¹. Jamás debe perder de vista que cuenta con diferentes maneras de abordar, desde lo escriturario, la cuestión bajo debate.

Para traer algunos ejemplos de orden práctico: a veces, para provocar el efecto²² de solidez argumental, el juez puede invocar determinadas características de la ley tales como su carácter de orden público, si lo tiene, o la manifiesta ideología iuspositivista de la norma en cuestión²³, por ejemplo. En ocasiones, exponer las dudas y vacilaciones que provoca la situación traída a su conocimiento, es un buen recurso con que cuenta el juez para rechazar postulaciones que no están del todo claras o demandas que no han conseguido probar sus extremos más importantes, pero han quedado cerca.

Llegado a este punto, aparece una cuestión que hasta ahora he soslayado y es el tema del valor simbólico de la sentencia judicial. Creo que es una cuestión que debe ser profundamente estudiada, pues la decisión

²¹ Esto se vincula con un tema que aún no he tocado y que tiene una importancia no menor en la cuestión de la estrategia. Se trata de una pregunta crucial: ¿para qué lector escribe el juez?

²² Uso el término *efecto* con el sentido que le da Duncan Kennedy al hablar de “*efecto clausura*”, esto es, como cuando se habla de efectos especiales en el cine. Es decir, aquellos recursos que provocan determinadas sensaciones en aquéllos a quienes están dirigidos

²³ Un claro ejemplo de norma impregnada de ideología iuspositivista es la ley 25.189 que tipifica el contrato asociativo de explotación tambera.

judicial no sólo cumple una función de equidad en el caso concreto, sino que también proyecta sus efectos hacia otros sectores del psiquis²⁴ humana, tales como lo simbólico, lo mítico y algunas categorías de las que puede dar cuenta el psicoanálisis.

12. La iusfilosofía como herramienta estratégica

La filosofía del derecho nos da a los jueces herramientas para pensar, plasmar y ejecutar estrategias. Esto uno lo puede ver, por ejemplo, en la ya apuntada posibilidad del juez posmoderno de servirse de determinadas teorías iusfilosóficas, que le pueden ser útiles en un momento determinado para encontrar el punto de equilibrio o el modo de resolver una cuestión.

Pienso, por ejemplo, en lo práctico que puede ser la teoría del plexo de valores de Cossio, por ejemplo, al momento de poder elegir entre el menú de posibilidades axiológicas con que cuenta el juez para poder orientar su fallo.

13. Los medios de comunicación masiva, la prensa y la estrategia judicial

Ningún estudio de las estrategias judiciales puede desconocer la presencia, influencia (aunque no nos guste) y poder de los medios de comunicación masiva y la prensa. Se ve aquí claramente el carácter de disciplina relacional que tiene la estrategia.

La proliferación de prensa especializada, el creciente y sano interés de la sociedad en los temas judiciales, la innegable trascendencia informativa de ciertos procesos judiciales, etcétera, son algunos de los cambios con que el Poder Judicial se encuentra hoy en día.

Sería importante que, institucionalmente, el Poder Judicial contara con un departamento de relaciones con la prensa, dado que éstas no sólo pueden analizarse en función del interés informativo que pueda tener el

²⁴ Utilizo el término en el sentido más común de la expresión, pero confieso que tengo muchas dudas y objeciones sobre él. Me serviré de él en tanto no encuentre uno mejor.

periodismo sobre un determinado caso, sino que también deber verse como una herramienta útil para la divulgación de determinadas políticas judiciales, o fallos con una notoria trascendencia social, etcétera.

También debe tenerse presente que la prensa puede ser utilizada por grupos de poder o de presión para influir, cuando no directamente para determinar la voluntad de los jueces. No se puede ignorar hoy en día que una “operación de prensa” puede provocar la renuncia o enjuiciamiento de un magistrado, con el único fin de sacarlo de un proceso. Recordemos el conocido caso “María Soledad”, en el que un tribunal completo debió renunciar porque se vio por televisión que uno de los jueces le dijo algo en el oído a otro. En el ámbito internacional, tenemos el caso del Juez de la Corte Suprema de Missisipi, Oliver Díaz, y el ataque que recibió de ciertas corporaciones a las que no les interesaba que alguien con la ideología de Díaz llegara a dicho cargo.

La situación del juez particular es sumamente frágil frente al poder de los medios de comunicación masiva. Más si tenemos en cuenta el viejo adagio que sostiene que los jueces hablan por sus sentencias. Esto nos condena a permanecer callados y encontrarnos imposibilitados de responder los ataques o agresiones que vienen de los medios, y que se agravan cuando hay algún interés económico, político o empresarial detrás de ellos. Por otra parte, y aún cuando el magistrado decida salir a responder determinado tipo de acusaciones que se le hagan por sus fallos en un medio de comunicación, ¿cómo puede haber una equivalencia entre los cinco o diez minutos que tiene el magistrado para defenderse, contras las horas y horas de radio y televisión que tienen quienes lo atacan?

En el plano concreto, el juez tiene que saber operar con la prensa, ella es un factor estratégico ineludible, ya para hacer conocer un fallo cuyo contenido le interesa divulgar al magistrado, ya para medir la trascendencia social del caso y el impacto mediático (que en buena parte puede ser también un impacto social) que causará su fallo, ya para mostrar su perfil ideológico a fin de tornar más previsibles sus sentencias

Ahora bien, la relación Juez – Medios de comunicación, requiere de un estudio mucho más profundo que excede los alcances fijados para éste trabajo. Baste por ahora recordar al juez que debe ser muy prudente en su relación con la prensa y los medios de comunicación, pues se está adentrando en un terreno que le es ajeno, donde las reglas del juego no las pone él, y donde juegan intereses de toda clase y no siempre transparentes.

La realidad que imponen la internet y las redes sociales, la velocidad de las comunicaciones y la posibilidad de interactuar en tiempo real con lugares distantes gracias a las nuevas tecnologías, tampoco puede ser soslayada en un estudio de las estrategias judiciales.

Basta abrir la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o de cualquier provincia para observar el valor que tiene en este aspecto la información y las comunicaciones.

14. Práctica de la estrategia judicial

Un trabajo sobre estrategia que sólo tenga un lado teórico es casi una contradicción en los términos, por este motivo he creído oportuno pensar algunas herramientas que pueden ser útiles al juez al momento de establecer su estrategia, ya para el proceso, ya para la decisión.

14. 1. Herramientas estratégicas normativas

Servirse de los instrumentos que le brinda la ley al magistrado en su condición de director del proceso, suele ayudar para el propósito estratégico que persigue. Uno de estos recursos son las audiencias facultativas a las que puede llamar el juez en cualquier momento, y que se encuentran en la mayoría de los Códigos Procesales. Estas herramientas tienen el valor, para el juez, de permitir un conocimiento directo y personal de las partes en litigio. Es particularmente importante en los procedimientos escritos, donde rara vez el juez suele conocer a los litigantes en persona. Por otra parte, permite una evaluación de la conducta de los litigantes en el proceso, lo que en muchos casos suele hablar de sus verdaderas intenciones en el pleito²⁵. Pues todo magistrado habrá de admitir que, en muchos casos, lo que se juega en el pleito es una cosa muy diferente a las pretensiones reales de las partes. Su valor no es sólo estratégico para la decisión que pueda adoptar el juez al momento de la sentencia, sino que también suelen ser una eficaz herramienta

²⁵ Indagar sobre las reales pretensiones de los litigantes –que en muchas ocasiones son muy diferentes de lo que dicen por escrito– es también una decisión estratégica del juez, sobre la que habría que ahondar. Por ejemplo: en muchos juicios ejecutivos (por no decir en la mayoría) no se interponen excepciones porque jurídicamente corresponde sino para ganar tiempo.

para que las propias partes encuentren la solución del debate. Suele ser útil en los casos de discusión de derechos sucesorios, que involucran pasiones familiares que se trasladan al pleito; en asuntos de familia, alimentos, tenencia, régimen de visitas, etcétera; también para resolver conflictos societarios o de contratos asociativos y, en general, en los que involucran situaciones de hecho que devienen en conflicto por la permanencia en el tiempo.

El método anti cartesiano

Dado que la ley sólo requiere la prueba de aquellos extremos que han sido cuestionados por las partes, en casos de gran complejidad fáctica, se puede partir de aquellos puntos que están fuera de discusión. Es decir, contrariamente a Descartes que propone la duda metódica, en nuestro método partimos justamente del punto opuesto, es decir, de aquello sobre lo que no hay duda. Partiendo de aquello que las partes admiten sin hesitación, y que suele consistir en lo que suele denominarse “hecho del proceso”, se derivan una serie de consecuencias que tendrán influencia en la interpretación de aquellas materias que sí están discutidas en el pleito, aportando claridad y sentido a lo postulado por las partes en relación a estas cuestiones bajo debate. Suele ser un método útil para resolver casos complejos de accidentes de automotores o de trabajo, interpretación de cláusulas contractuales,

14. 2. Herramientas estratégicas sociológicas

Entre los recursos²⁶ con que cuenta el magistrado a la hora de tomar una decisión, está la noción de “duración razonable de los pleitos”, de creación pretoriana por la Corte, y que suele ser útil a la hora de dar fundamento a un fallo que debe esperar una sentencia penal (art. 1.101, Cód. Civ.). En particular, cuando hay una férrea oposición del demandado a que se dicte el fallo civil con sustento en la mentada norma, la cuestión penal se dilata en el tiempo y el caso no cabe en alguna de las dos excepciones a la regla que traen los inc. 1° y 2° del artículo. Este es un caso en el que la realidad social se impone sobre la norma escrita. Para terminar, digamos que

²⁶ No estoy utilizando la palabra en el sentido jurídico procesal del término, sino en una acepción económica, como cuando hablamos de los “recursos naturales”.

el argumento de la duración razonable de los juicios tiene base en el principio de autoridad de la Corte Suprema. Tiene también un innegable fundamento sociológico, pues no es bueno para la sociedad en general que los pleitos duren indefinidamente, dado que la supervivencia del pleito significa que el conflicto permanece vigente.

El método del caso testigo

Otra herramienta estratégica de orden sociológico es el método de la elección del caso, que consiste básicamente en elegir para resolver un caso particular entre un universo de casos similares, a fin de transmitir a la sociedad (y al foro, que es parte de ella) una determinada línea de pensamiento o de solución de cierto tipo de conflictos. Así, por ejemplo, cuando lo que pretende el magistrado es establecer una determinada tasa de interés para cierta clase de obligaciones.

Para la elección del caso testigo el juez podrá seguir un criterio subjetivo, según las partes involucradas. En el caso del ejemplo de los intereses, podrá elegir un caso en que el actor sea un banco, o quizá vea que le conviene escoger una mutual. También podrá elegir el caso siguiendo un criterio objetivo, en relación a la materia del pleito o las particularidades de determinado tipo de juicios. Así por ejemplo; elegir un caso de responsabilidad extracontractual para orientar determinados criterios de estimación del daño moral.

14. 3. Herramientas estratégicas axiológicas

Método de la balanza

Entre las herramientas estratégicas axiológicas para la toma de decisión debemos ubicar aquellas que sirven para valorar la prueba. No cabe duda que esta fase de la decisión judicial tiene un rasgo marcadamente axiológico, dado que consiste en la evaluación de aquellas pruebas que dan o quitan verosimilitud a los relatos de las partes. Un instrumento útil a la hora de realizar esta tarea valorativa es el Método de la Balanza.

Al momento de valorar las pruebas el juez debe ir colocándolas imaginariamente en uno u otro plato de la balanza, para ver hacia dónde se inclina el fiel. En ciertas ocasiones, cuando existen diversos tipos de prueba, se puede ensayar un sistema jerárquico entre ellas, pues no todas las pruebas

tienen el mismo peso, según sea lo que se quiere probar. De modo que, aquélla de las partes que consiga pruebas de mayor peso en relación a sus postulaciones, será la que incline la balanza a su favor.

Una variante de éste, es de la jerarquización probatoria, que puede ser equiparado a un sistema de pesas y medidas y cuyo funcionamiento ya hemos explicado. Todos sabemos que, en relación al caso concreto, la prueba no es toda igual, no tiene toda la prueba el mismo valor. Esta variante del método de la balanza es útil para clasificar la prueba según la materia sobre la que verse el litigio. Así, si lo que está en discusión, por ejemplo, son daños contractuales derivados de la interrupción intempestiva y dolosa de una relación comercial entre dos empresas sostenida durante muchos años, en la cual una le proveía bienes o servicios a la otra. Es obvio que la prueba pericial contable será la una de las pruebas de máxima jerarquía a la hora de establecer la magnitud los daños, pero no tendrá la misma fuerza si la discusión versa sobre el dolo en dicha interrupción de la provisión del servicio o de los bienes. El método de la jerarquía es hacer una clasificación de las pruebas en función de las necesidades que tiene el caso y de lo que se está discutiendo.

15. Conclusión

He dejado planteado el tema, es apenas un bosquejo de lo que quizá sea una nueva manera de encarar el estudio y ejercicio de la función judicial. De lo que no tengo dudas, a esta altura, es que no se puede soslayar el despliegue estratégico que importa la existencia misma del Poder Judicial en nuestros días, y que en el ejercicio cotidiano de la jurisdicción todo juez se encuentra inmerso en esas tensiones, que le requieren el constante desarrollo de estrategias a fin de que su función sea eficiente para la sociedad que lo ha honrado con el cargo.