

SOBRE ESTRATEGIA Y PROCESO

ANDREA MEROI (*)

Resumen: La teoría de conflictos brinda categorías para su análisis estático y dinámico que son esenciales para el abordaje estratégico de su solución. Sin perjuicio de este amplio horizonte, este trabajo se centra en la estrategia del proceso judicial y de cada una de sus etapas, con el propósito de mostrar que son posibles y valiosas las opciones estratégicas a fin de conseguir los objetivos perseguidos.

Abstract: Conflict theory provides categories for static and dynamic analysis, essential for a strategic approach to its solution. Despite this broad horizon, this paper focuses on the strategy of litigation and strategy of each of its stages, trying to demonstrate that strategic options are possible and valuable in order to achieve pursued goals.

Palabras clave: Solución de conflictos – proceso – etapas del proceso – estrategia

Key words: Dispute resolution – procedure – procedure stages – strategy

1. Introducción

Hace ya muchos años, Piero Calamandrei titulaba un memorable estudio en homenaje a Francesco Carnelutti “*Il processo come gioco*”¹, dando cuenta del innegable fenómeno de una conducta procesal determinada estratégicamente por los intereses personales y egoístas de cada uno de los litigantes.

Tanto como medio de solución de conflictos cuanto como sucesión

(*) Centro de Estudios Procesales (CEP) Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, Córdoba 2020 – Rosario, 54 341 440 5600 / 480 2635, E-mail: ameroi@fder.unr.edu.ar

¹ CALAMANDREI, Piero, “Il processo come gioco”, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1950, I, págs. 23 y ss.

de actos concatenados y dirigidos a un fin², el *proceso* aparece como un espléndido ámbito para los despliegues estratégicos y tácticos.

Remedando a la Real Academia, deberíamos pensar el proceso en clave del “arte, traza para dirigir un asunto” (*estrategia*, 2^a acepción), aspirando también al “conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento” (*estrategia*, 3^a acepción *Mat.*). Al propio tiempo, la estrategia procesal debe acompañarse de un “método o sistema para ejecutar o conseguir algo” (*táctica*, 4^a acepción), incluyendo la “habilidad o tacto para aplicar este sistema” (*táctica*, 5^a acepción).

1.1. Claro está que, como dijimos en otra oportunidad³, el Derecho Procesal se enriquece y adquiere su dimensión más interesante y plena si reivindica para su objeto todo el espectro de “*solución de conflictos*” y no meramente el “*proceso*” (esto es, una de las posibles vías de solución)⁴.

Desde distintos ámbitos de reflexión jurídica se define el *conflicto* como “disputa que comienza cuando una persona (u organización) efectúa un reclamo o demanda a otra que los rechaza”⁵, como la “coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social”⁶. Para el trialismo⁷ se trata de una “controversia entre dos

² Sobre la noción de *proceso*, puede v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, Primera Parte, págs. 23 y ss.

³ MEROI, Andrea A., “La estrategia y el derecho procesal”, en “Investigación y Docencia”, N° 35, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, enero/diciembre 2002, págs. 49 y ss.

⁴ Construido demasiado desde la óptica del Estado, el Derecho Procesal ha devenido una rama “mutilante”. Hay otros medios que no sean el “proceso judicial” (arbitraje, mediación, negociación) y hay otras ramas con la cual vincularse y enriquecerse en una “complejidad pura” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, N° 33, págs. 19/23).

⁵ FELSTINER, W.L.F. y otros, “The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming”, en “Law and Society Review”, 1980-81, 15, págs. 631-654.

⁶ ALVARADO VELLOSO, op. cit., pág. 14.

⁷ Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico, v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 6^a ed., 5^a reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

o más personas sobre el reparto de potencia y de impotencia”⁸, entre “aquello que favorece o perjudica la vida”⁹.

Recientemente, en un intento por sistematizar una *teoría de los conflictos*, ENTELMAN lo ha definido como “una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí”¹⁰.

Dentro de las modernas teorías que postulan una “más eficiente administración” de los conflictos, se distinguen *intereses, derechos y poder*¹¹. Un conflicto estaría compuesto por todos estos elementos y su identificación permitiría otros cauces para la *solución*: conciliar intereses, determinar quién tiene razón y definir quién es más poderoso puede ser importante a la hora de decidir qué método será el más adecuado para arribar a aquel resultado.

1.2. Si somos capaces de proyectarnos en ese horizonte mayor, advertiremos que existen numerosos y variados modos de solución de los conflictos que basculan entre extremos de máxima *autonomía de las partes* involucradas en él y de máxima *autoridad de un tercero* llamado a adjudicar la decisión.

La definición de *qué modo* es el más adecuado para *cada conflicto* presupone que es posible establecer una *taxonomía* de esas relaciones sociales incompatibles.

Las categorías de un *análisis estático* del conflicto son de formidable ayuda en esta tarea¹².

Así, en cuanto a los *actores del conflicto*, corresponderá que distingamos entre actores *individuales y colectivos*¹³, que reparemos en el *entorno*¹⁴, en las inevitables *tríadas*¹⁵ y que definamos las *relaciones de poder*¹⁶.

⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª ed., Depalma, Bs. As., 1988, pág. 3.

⁹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

¹⁰ ENTELMAN, Remo, “Teoría de conflictos”, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 49.

¹¹ URY, William L. - BRETT, Jeanne M. - GOLDBERG, Stephen B., “Cómo resolver las disputas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, págs. 3 y ss.

¹² Cfr. ENTELMAN, op. cit., págs. 75 y ss.

¹³ Íd. id., págs. 78 y ss.

¹⁴ Íd. id., págs. 133 y ss.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Íd. id., págs. 117 y ss.

En cuanto a los *objetivos del conflicto*, distintas serán las respuestas posibles y adecuadas según aquellos sean:

a) *concretos*, “aquellos objetivos más o menos tangibles que además —de una u otra manera— son susceptibles de ser pensados como divisibles ... su obtención importa la automática satisfacción de las pretensiones de quien conflictúa por ellos”¹⁷;

b) *simbólicos*, “aquellos en los que en realidad el objetivo exhibido como tal no es la última meta deseada por el actor en conflicto, sino más bien un representante de otra, lo cual convierte en muy difícil de definir la relación entre el objeto o situación que hace de sustrato depositario del valor y el valor mismo... En ciertas circunstancias los actores tienden a teñir los objetivos concretos agregándoles valoraciones que los convierten en simbólicos, porque les preocupa, más que obtener satisfacción a su valor mediante el logro del objetivo, provocar en su adversario una pérdida”¹⁸; o

c) *trascendentes*, “aquel[los] en el[los] que en realidad puede decirse que el valor mismo está puesto como objetivo porque no se divisa que esté anexo a un objeto tangible ni divisible”¹⁹.

Finalmente, existen otras múltiples propuestas de clasificación de los conflictos: según sus *alcances o efectos*²⁰, según su *contenido*²¹, según su *naturaleza*²², etcétera. Las características específicas de un conflicto pueden ser determinantes a la hora de definir el modo de solución.

1.3. El análisis posible a partir de estos estudios y disquisiciones dio origen a un movimiento a favor de la búsqueda de los *modos adecuados* de solución de conflictos y al establecimiento de la idea de *Tribunal Multi-puertas*, esto es, una “mesa de entradas centralizada” y un “centro de diagnóstico” instalados en la propia sede jurisdiccional pero que ofrece no sólo ese modo de solución sino una variedad de programas alternativos²³. El

¹⁷ Íd. íd., pág. 101.

¹⁸ Íd. íd., págs. 101-102.

¹⁹ Íd. íd., pág. 103.

²⁰ Cfr. PONDY, L. R., “Organizational conflict: Concepts and models” en “Administrative Science Quarterly”, 1967, N° 12, págs. 296-320.

²¹ Cfr. MOORE, C. W., “Negociación y mediación”, Gernika, Gernika Gogoratuz, 1994.

²² Cfr. DEUTSCH, M., “The resolution of conflict: constructive and destructive processes”, New Haven, Yale University Press, 1973.

²³ Cfr. SANDER, Frank E.A., “Varieties of dispute processing” en “The Pound Conference:

modelo se originó en los Estados Unidos, más concretamente en la denominada *Pound Conference*²⁴ y ha tenido altísimo predicamento en el movimiento “ADR/RAD”²⁵.

1.4. Sin perjuicio de la importancia de esos horizontes, nos proponemos centrar estos breves apuntes en la *estrategia del proceso*. Concretamente, en la hipótesis en que los medios autocompositivos de solución de conflictos han fracasado o, quizá ideológicamente, ante un caso en que *ab initio* se decide que la mejor solución es la del proceso judicial.

¿Cómo podemos establecer una verdadera *estrategia*? ¿Cómo mejorar nuestras intuiciones?

2. Estrategias procesales

2.1. Desde nuestra perspectiva, y traspolando enseñanzas de Ciuro Caldani²⁶, una estrategia procesal adecuada debería comenzar por establecer claramente los *objetivos* del cliente (actor del conflicto), “legítimo dueño del proceso”.

Contrariamente a lo que pueda suponerse, se trata de una tarea nada sencilla, entre otras cosas por la posible propia indefinición del interés en conflicto. A menudo sucede que el protagonista “no sabe lo que quiere” o apenas “sabe lo que no quiere”, se muestra perplejo con relación a su voluntad misma. En este caso, es menester una profunda indagación acerca de los *derechos, intereses y poder* del cliente.

Pero todavía más, en toda relación abogado-cliente se presenta el denominado “problema de agencia”: en un punto, los propios intereses del

Perspectives on Justice in the Future”, West, A. Levin & R. Wheeler eds., 1979.

²⁴ *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, abril de 1976, organizada por la *American Bar Association*, la *Judicial Conference of the United States* y la *Conference of State Chief Justices*.

²⁵ *Alternative Dispute Resolution*, por su denominación en inglés, o *Resolución Alternativa de Disputas*, en español.

²⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, N° 33, págs. 9 y ss.

abogado y del cliente tienden a confluir y, eventualmente, a colisionar²⁷.

2.2. En segundo lugar, será menester listar los *cursos de acción posibles*, acompañados de un sesudo análisis de los costes y beneficios, las posibilidades y los límites (en tiempo, dinero, relaciones humanas, etcétera) de cada una de las alternativas.

El razonamiento *conjetural* adquiere aquí fundamental importancia.

La toma de decisiones es, por cierto, un área relativamente ignorada por el Derecho. Las concepciones que se abren a una perspectiva multi-dimensional²⁸ del mundo jurídico, particularmente a la dimensión sociológica,

²⁷ Sobre estos problemas, puede v. SHAPIRO, Susan P., "Agency Theory" en "Annual Review of Sociology", Vol. 31, 2005, págs. 263-284; asimismo, ARCHER, Margaret S., "Being human: The problem of agency", Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

²⁸ Perspectiva que ya se reclama para el derecho procesal. Así, se afirma una "concepción contextual del derecho", toda vez que "no tiene ya sentido estudiar ni concebir y tanto menos enseñar el derecho procesal exclusivamente en sus aspectos normativos: éstos han sido integrados, precisamente, en una visión en la cual se examinan también los aspectos sociales, éticos, culturales, económicos de los actores (partes, jueces, testigos, etc.), de las instituciones y los procedimientos, la accesibilidad, en suma, del fenómeno procesal para el individuo, los grupos, la sociedad y así, por ejemplo, las costas, la duración de los efectos de los procesos y de la actividad jurisdiccional, como también el impacto que el fenómeno mismo ejerce sobre los individuos, grupos y sociedad. En lugar de una concepción unidimensional, limitada a la determinación de la norma, se propone así una concepción tridimensional del derecho y de su análisis: una primera dimensión es aquella que investiga las premisas, el problema o necesidad o reclamo social que una intervención jurídica dada pretende resolver; la segunda examina la respuesta o solución sobre el plano normativo, pero también institucional y procesal, orientada a resolver aquel problema o necesidad o reclamo social; mientras que la tercera se dirige a examinar críticamente los resultados, sobre el plano social 'lato sensu' (económico, político, etc.) que derivan concretamente de tal respuesta o solución en el ámbito de la sociedad. El análisis del jurista se hace así extremadamente complejo, pero también fascinante, por ejemplo, que para promover el inicio de un proceso, se deben observar ciertos preceptos formales, sino que implica además un análisis de los tiempos requeridos para obtener el resultado deseado, de los costos por afrontar, de las dificultades por superar, psicológicas inclusive, de los beneficios obtenibles, etc. A su vez, el análisis del derecho sustantivo no puede limitarse ya a tomar nota, por ejemplo, del hecho de que ciertas normas, incluso a nivel constitucional, proclaman la existencia de determinadas obligaciones y derechos, o la protección del ambiente, de los consumidores o de la salud, sino que debe extenderse a una visión crítica de los instrumentos ofrecidos a los individuos y a los grupos para hacer efectiva tal protección" (CAPPELLETTI, Mauro, "Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo", México, Porrúa, 1993, págs. 88/89).

destacan que las adjudicaciones producidas por la conducta de seres humanos determinables “se originan en un proceso que abarca el *reconocimiento* de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de los cuales son posibles diversas conducciones, entre los cuales se *decide* alguno y luego se lo *efectiviza*. Reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos”²⁹. Por ejemplo, frente al *reconocimiento* del acreedor de la situación de incumplimiento de su deudor y de las posibles alternativas que tiene para satisfacer su pretensión de cobro del dinero adeudado, puede *decidir* la vía judicial del juicio ejecutivo y *efectivizarla* a través de la promoción de la correspondiente demanda.

Aun en un marco de inevitable *incertidumbre*, es posible tomar decisiones racionales y coherentes toda vez que, al menos, sabemos *algo*.

2.3. De ahí que el proceso de toma de decisión esté compuesto por un conjunto de acciones posibles, un conjunto de posibles consecuencias de estas acciones, unas estimaciones de las probabilidades de cada una de estas consecuencias y un cierto orden de prioridad de los resultados esperados³⁰.

Sucede que el análisis de ese proceso se realiza plenamente cuando se descompone en *categorías* que lo diseccionan: los posibles repartidores, beneficiarios, objetos, formas, razones, modos constitutivos del orden, límites; las normas y los valores en juego.

Si esas *categorías de análisis* están en la plena conciencia de quien toma la decisión, el *proceso de escoger una entre varias opciones* tendrá, por lo menos, *razones* y se favorecerá la *conjetura* de las consecuencias de los posibles cursos de acción disponibles.

2.4. Muchos son los aspectos a destacar en ese proceso. Siguiendo en todo este desarrollo a CIURO CALDANI³¹ podríamos enumerar, a título de ejemplo, los siguientes:

- La relación de la elección con *criterios de decisión* que reflejen alguna *racionalidad*;
- El aprovechamiento de las *oportunidades*;

²⁹ CIURO CALDANI, “Aportes...”, cit., p. 13; v. también, del mismo autor, “La conjetura...”, cit., p. 60.

³⁰ LEWIS, H. W., “El arte y la ciencia de las decisiones correctas”, Bilbao, Deusto, 1999.

³¹ “Aportes...”, cit., págs. 13-14.

- La necesidad de reconocer y evaluar en la mayor medida el *problema* y su *solución*, *conjeturando* los cursos venideros con las *alternativas* posibles;
- La aspiración de obtener con el *menor costo* el *mayor beneficio*;
- La vinculación con preferencias personales que, muchas veces, ni el propio sujeto conoce a cabalidad;
- El requerimiento de *experiencia y creatividad*;
- La atención analítica y sintética del *escenario*, de los *sujetos participantes* y sus *vinculaciones* de cooperación u oposición;
- El *pertrechamiento personal* (disponibilidades materiales e inmateriales que incluyen la estructura normativa, la información, la patente de invención, la marca, etc.), los *medios de comunicación y de transporte*, la referencia a la *presencia estatal* (colaboradora o perturbadora) y los *objetivos* (de máxima y mínima);
- Los *móviles*, las *razones alegadas* y la *razonabilidad social*, propia y ajenas, etcétera.

En un cierto punto, se vuelve necesario poder evaluar las consecuencias de una decisión. Los economistas suelen hablar de «utilidad», de «ganancias y pérdidas», conceptos elaborados con el fin de considerar unas preferencias³².

En suma, la utilidad del resultado esperado determina la ponderación de éste en el proceso de decisión que debe permitirnos tomar las más acordes con nuestras aspiraciones personales.

2.5. Así las cosas, el proceso de decisión debe combinar la lista de posibles acciones, las consecuencias esperadas de cada una de estas acciones, las probabilidades (expresadas de una u otra forma, aunque con la máxima precisión) de cada una de estas consecuencias y, finalmente, el valor de la Satisfacción o del dolor que produce cada uno de estos resultados a la persona que debe tomar la decisión. En base a todos estos datos, hay que

³² Hay casos sencillos en que las consecuencias positivas pueden medirse directamente en moneda; el objetivo de la decisión puede consistir en maximizar el beneficio neto esperado. Sucede que, a veces, el miedo a perder es para mucha gente una motivación más intensa que la esperanza de ganar. Las decisiones no suelen buscar la riqueza en sí misma sino la satisfacción psicológica que la acompaña, algo a tener en cuenta al evaluar los efectos de una decisión.

calcular el valor esperado o utilidad de cada una de las acciones y elegir la mejor³³.

La síntesis se produce con la idea de utilidad o pérdida *esperada*, al ponderar cada uno de los resultados con su probabilidad: a mayor probabilidad mayor ponderación y menor

2.6. Como bien se ha señalado³⁴, existen *modelos* para la toma de decisión:

- el *modelo economicista*, según el cual es menester considerar el problema y las necesidades en plenitud;
- el *modelo de la racionalidad limitada*, según el cual se opta por la primera posibilidad suficientemente satisfactoria y, a lo sumo, dejando la crítica de lo que se obtenga como enseñanza para nuevos casos;
- el *modelo simplificado de la realidad*, según el cual las decisiones se toman haciendo remisión primaria a las anteriores que resultaron satisfactorias, y
- el *modelo del favorito implícito*, según el cual las preferencias dirigen a una decisión que se jerarquiza, excluyendo en principio las otras posibilidades.

En cualquier caso, la investigación sobre estos *modelos* ha de hacerse a la luz de los resultados de los estudios sobre *complejidad*, «no linealidad³⁵» y *sincronicidad* de los que dábamos cuenta antes.

2.7. Se ha dicho que “la elaboración de una estrategia judicial adecuada requiere una consideración comprensiva y armónica de todos los factores relevantes involucrados en el litigio”³⁶.

Aunque más no sea por aguda intuición o por experiencias pasadas, el diestro o viejo abogado sabe que “los pleitos se ganan ganándolos, pero también perdiéndolos”. Son innumerables los casos de pleitos ganados a

³³ “La síntesis se produce con la idea de utilidad o pérdida *esperada*, al ponderar cada uno de los resultados con su probabilidad: a mayor probabilidad, mayor ponderación, y menor si la posibilidad es muy pequeña” (LEWIS, op. cit., pág. 45).

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Si así se permite la traducción del término «*non-linearity*».

³⁶ CUETO RÚA, Julio César, “Estrategias y tácticas en el proceso civil y comercial”, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 15.

deudores insolventes³⁷ así como los pleitos perdidos luego de desangrar a la contraparte en el camino...

2.8. Es en esta precisa instancia en que entran a tallar las diversas *tácticas*, cobrando sentidos insospechados si no se enmarcan en una *estrategia global* que evite los *recortes problemáticos*³⁸.

Las *tácticas* se dirigen a lograr los objetivos seleccionados y definidos a través de la *estrategia*.

2.9. La planificación comprensiva del conflicto ha de aspirar a neutralizar el riesgo de desarrollos inesperados pero también a facilitar la introducción de ajustes posibles en el caso conforme a necesidades tácticas³⁹.

Son precisamente las *tácticas* las susceptibles de revisión y modificación ante las circunstancias cambiantes del conflicto⁴⁰.

Sin perjuicio de ello, cabe alertar sobre la tentación de los abogados de ganar ventajas tácticas a expensas de desviaciones de sus estrategias, lo que “no parece ser una medida aconsejable (pues) las alteraciones tácticas pueden perturbar el alcance de los objetivos seleccionados por las partes”⁴¹.

2.10. Otra cosa son los cambios significativos o inesperados en el desarrollo de los acontecimientos. Ellos sí “pueden demandar una revisión crítica de los objetivos del plan estratégico para ajustarlo la nueva realidad.

³⁷ O, peor aún, los pleitos ganados por el distribuidor contra el productor exclusivo de determinada mercadería. V. también, CIURO CALDANI, “Aportes...”, cit., pág. 15, para quien, “por ejemplo: ganar un pleito puede significar la ruina de una empresa, porque se rompe una relación vital para su desenvolvimiento”.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. CUETO RÚA, cit., pág. 16.

⁴⁰ *Id. id.*, pág. 17. El propio autor aclara que “no resulta fácil identificar esos sucesos, de muy variadas características y cambiantes exigencias causales. Así, por ejemplo, el juez a cargo del juicio puede ser promovido a una posición de mayor jerarquía normativa. O una de las partes puede cambiar su estado civil, o trasladar de domicilio a una diferente jurisdicción; un perito puede enfermar, o un testigo puede ser detenido por la autoridad pública...”

⁴¹ *Ibidem*. Resultan aleccionadoras estas reflexiones: “Las partes no deben sacrificar objetivos estratégicos para obtener, en cambio, ventajas tácticas. Por este cambio de rumbo suele pagarse un elevando precio en términos de tiempo, energía, relaciones y perspectivas. Suelen alterarse la coherencia y la claridad de las medidas adoptadas y se corre el riesgo de una errada interpretación de las cuestiones en juego”.

Por eso es siempre aconsejable introducir mecanismos de ajuste, una suerte de válvula de escape, para hacerse cargo de la modificación introducida”⁴².

Elementalmente, “es posible modificar los objetivos a medida que se saben más cosas, aumentando o reduciendo los niveles de exigencia en base a la experiencia o a medida que se va agotando el flujo de alternativas... es lo que se llama una estrategia *dinámica*”⁴³.

2.11. Finalmente, ha de destacarse el *enfoque estratégico*, según se plantee un plan de *excelencia propia* o bien uno de *relación* con los demás. A su turno, estos enfoques pueden ser de *cooperación* o de *oposición* (enfrentamiento), con sus despliegues *defensivos* y *ofensivos*⁴⁴.

Cada uno de estos *enfoques* tiene características y exigencias que los hacen más o menos aptos conforme a la índole del conflicto y de la relación entre las partes. Por ejemplo, para solucionar el conflicto suscitado entre dos partes con una estrecha y duradera relación comercial es altamente probable que la vía más adecuada sea la negociación, la mediación o, a lo sumo, el arbitraje. En cambio, las cuestiones jurídicas novedosas o la disputa entre partes con poder de negociación notoriamente desigual demandarán, seguramente, la heterocomposición pública (proceso judicial).

2.12. Todavía, será posible conjeturar estrategias propias de cada etapa procesal...

3. Estrategias de cada una de las etapas del proceso

3.1. *Estrategias de la demanda*

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de afirmación (*demanda*), nos enfrentamos con una dificultad inicial muy significativa: la falta de un adecuado diseño del proceso de derecho continental para brindar herramientas para una “debida demanda”.

⁴² Id. id., pág. 18.

⁴³ LEWIS, op. cit., pág. 24.

⁴⁴ Cfr. CIURO CALDANI, “Aportes...”, cit., págs. 15/16.

En efecto, y a diferencia del derecho anglosajón, carecemos del procedimiento denominado “*discovery*”⁴⁵ y, aun, del “*pre-trial*”⁴⁶; a diferencia del proceso penal, no tenemos “*una IPP*” (“investigación penal preparatoria”). En cualquier caso, de lo que realmente adolecemos es de una información adecuada y suficiente para avanzar una pretensión y exhibir un “caso”. El abogado de derecho continental va al proceso a buscar información; el abogado de derecho anglosajón va al proceso a exponer un caso.

Elementalmente, la falta de información expone al presentante de la demanda a la incertidumbre y a un desproporcionado aumento de riesgos. Ello es particularmente así en un sistema que, al propio tiempo, resulta de gran rigidez preclusiva: se demanda “de una vez y para siempre”⁴⁷.

¿Cómo pueden neutralizarse esos riesgos? Bien que parciales, hay remedios: la astucia en la entrevista con el cliente; la conjetura de escenarios posibles (tanto pasados cuanto futuros); las *diligencias preliminares*⁴⁸ o *medidas preparatorias*⁴⁹, tendientes a demandar eficazmente a partir de la mejor definición de los elementos de la pretensión (quién, contra quién, qué y por qué demanda); las investigaciones privadas, que deben incluir la entrevista a potenciales testigos, la consulta a profesionales expertos en el objeto del pleito y un largo etcétera.

Tomada la decisión de demandar,

3.1.1. Existen posibilidades estratégicas en la decisión de *quién demanda*. Y es que a veces, obviamente dependiendo del caso, tenemos verdaderas *opciones* que conllevan ventajas de alguna índole: menores, insolventes, sujetos con responsabilidad limitada pueden ayudar a reducir o circunscribir riesgos causídicos.

⁴⁵ Sobre el tema, puede v. JOLOWICZ, J.A., “On civil procedure”, New York, Cambridge University Press, 2000, págs. 41 y ss.

⁴⁶ Íd. íd., págs. 48 y ss.

⁴⁷ Vgr., el artículo 243 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe reza: “Los hechos constitutivos de litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ellas, sea cual fuere la calificación que se les hubiese dado”.

⁴⁸ Artículos 323 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁹ Artículos 390 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

En cualquier caso, es ineludible el análisis y la toma de decisión respecto de todos los institutos procesales vinculados con el actor: capacidad jurídica y procesal, eventual representación necesaria y/o voluntaria, legitimación *ad causam*.

Las hoy muy estudiadas y bastante frecuentes *pretensiones colectivas* plantean complejos problemas de *legitimación extraordinaria* que, asimismo, ofrecen variadas alternativas estratégicas⁵⁰.

3.1.2. *Ante quién demando* (ante qué juez lo hago) es una pregunta que plantea frecuentes problemas y, al propio tiempo, brinda opciones que pueden confluir en el armado estratégico.

El abogado debe preguntarse legítimamente “*qué juez le dará la razón*” y qué margen de maniobra existe para su elección.

Por ejemplo, y en cuanto a la *competencia objetiva*, las leyes procesales suelen prever competencias concurrentes, “a elección del actor”. En los últimos tiempos, las pautas de demandabilidad apuntan a tutelar a sujetos considerados débiles jurídicos, incluyendo en el catálogo de aquéllas “el lugar del domicilio de...” el menor, el alimentado, el consumidor, el trabajador, el vecino (en materia ambiental), etcétera.

Cabe también, y por supuesto, manejar estratégicamente las posibilidades de *prorrogar* la competencia (v., en particular, la *prórroga tácita*)⁵¹.

3.1.3. La elección estratégica del demandado (*contra quién demando*) es viable en las hipótesis de múltiples colegitimados (pasivos). Aparecen entonces diversos criterios de opción: ¿el solvente? ¿el más indiscutiblemente responsable? ¿el domiciliado dónde? ¿el que será fuente de más y mejor prueba? ¿sólo uno, algunos o todos ellos?

La decisión no suele ser sencilla: la presencia de múltiples codemandados aumenta las posibilidades de prueba y efectividad de la condena pero, al propio tiempo, suele entorpecer y demorar el proceso.

3.1.4. El objeto demandado (*qué demando*) exige su adecuada identificación y, en su caso, delimitación.

⁵⁰ Respecto de este tema, puede v. MEROI, Andrea A., “Procesos colectivos. Recepción y problemas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

⁵¹ Acerca de estos conceptos, puede v. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción...”, cit., primera parte, págs. 157 y ss.

Cabe preguntarse si es *estratégica* la descripción genérica o —más aún— ambigua del objeto pretendido. De igual modo, en las pretensiones dinerarias, la falta de determinación del monto demandado puede obedecer a una real imposibilidad de cuantificación o a otros fines (vgr., eludir el pago de tasas de justicia). En estos casos, debe considerarse la eventual derrota en una excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Desde otra perspectiva, el *objeto de la demanda* puede ser utilizado estratégicamente en función de la *subversión de fines* para las que determinado proceso fue pensado o en función del ocultamiento del real objeto perseguido por el actor.

Por ejemplo, la teoría de conflictos distingue entre *objetivos concretos*, *objetivos simbólicos* y *objetivos trascendentes*⁵². A veces, el actor “dice” que pretende “alimentos” pero, en realidad, “quiere” provocar un “daño” al otro.

En otros casos, se utiliza un proceso colectivo invocando la supuesta tutela de intereses de esa índole (“colectivos”) pero, en realidad, se esconde un interés individual, persiguiendo —quizá— algunas de las ventajas de aquel tipo de proceso (gratuidad, eximición de costas, celeridad, etcétera)⁵³.

Se trata de un hecho frecuente, más allá de los juicios de valor (y eventuales sanciones procesales) que pueda merecer.

3.1.5. La causa de la pretensión (*por qué demando*) continúa suscitando encendidos debates procesales. Este elemento de la pretensión ha sido definido como el fundamento o razón en el que el demandante sustenta su petición de tutela jurídica al órgano jurisdiccional⁵⁴. Para algunos, la *causa petendi* está conformada sólo por el o los hechos que fundan la pretensión; para otros, la *causa petendi* debe integrarse —además— con la calificación jurídica que el pretendiente realiza respecto de tal hecho.

Es ya centenaria la disputa entre los partidarios de la teoría “unitaria”, “sustancialista” o del “concurso de normas”, por un lado, y los partidarios de la teoría “dualista”, de la “individualización” o del “concurso de acciones”⁵⁵. En contra de importante doctrina que limita la *causa petendi* a los hechos,

⁵² V., con enorme provecho, ENTELMAN, op. cit., págs. 99 y ss.

⁵³ Sobre el riesgo de subversión de fines en el proceso colectivo, puede v. MEROI, “Proceso colectivo...”, cit., págs. 304 y ss.

⁵⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, “Causa de pedir”, en “Enciclopedia Jurídica Básica”, Madrid, Civitas, 1995, vol. I, pág. 963.

⁵⁵ *Rectius*, “pretensiones”.

Alvarado Velloso nos enseña que la causa de la pretensión se descompone en dos subelementos: “el primero de ellos, está constituido por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; el segundo, es la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho”⁵⁶.

Los problemas se plantean cuando —como ocurre respecto de un número significativo de supuestos⁵⁷— un mismo hecho admite dos o más imputaciones jurídicas. En cualquiera de las corrientes procesales que nos coloquemos, puede ocurrir que respecto de ciertos casos la individualización inicial de una calificación jurídica habilite opciones estratégicas relevantes:

- a) vías procedimentales diversas, tales como juicio ordinario por cumplimiento contractual *versus* juicio sumarísimo por relación de consumo; juicio ordinario por cumplimiento contractual *versus* juicio ejecutivo por cobro de pagaré; juicio ordinario *versus* amparo, etcétera;
- b) carga de la prueba, que difiere, por ejemplo, en función de afirmar la culpa o el riesgo de la cosa; de fundar la pretensión en el derecho civil o en el derecho del consumidor, etcétera;
- c) plazos de prescripción, notoriamente diversos, por ejemplo, en la responsabilidad contractual y en la extracontractual, en el contrato de transporte, en el derecho del consumidor, etcétera;
- d) exculpantes de responsabilidad, que varían, por ejemplo, en la responsabilidad subjetiva y en la responsabilidad objetiva.

En suma, y según las circunstancias del caso, un abanico de posibilidades para el actor a la hora de definir su estrategia procesal.

3.2. *Estrategias de la contestación de demanda*

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de negación (*contestación de demanda*), ante todo corresponderá que quien se encuentra

⁵⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción...”, cit., primera parte, págs. 103-104.

⁵⁷ Vgr., responsabilidad por daños (un mismo hecho y diversas imputaciones jurídicas: dolo, culpa, riesgo de la cosa, deber de responder por el dependiente; responsabilidad contractual *versus* extracontractual, etcétera), responsabilidad por incumplimiento contractual (contratos de derecho civil o comercial *versus* relación de consumo), incumplimiento de una deuda (cumplimiento de la relación causal *versus* cumplimiento de una relación cambiaria; pretensión ordinaria *versus* pretensión ejecutiva), etcétera.

en esta posición realice un estricto análisis de costo-beneficio en la demora. Ese análisis viene determinado por una serie de factores propios del caso, pero también de la realidad socio-económica y de la ley: situación social/familiar/personal/económica del demandado, economía de pleno empleo o en recesión, procesos inflacionarios, tasas de interés (las que paga y cobra el mercado y las judiciales), leyes arancelarias, y un muy largo etcétera. El cuadro de situación que arroje ese complejo cóctel de factores será determinante para preferir un proceso largo y atiborrado de incidentes y recursos, una discreta defensa o, por supuesto, un oportuno allanamiento.

Y es que el demandado tiene *distintos posibles modos de reacción*⁵⁸: abstención (no comparecer al proceso o no contestar la demanda), sumisión (admitir los hechos pero no el derecho —confesión—, admitir el derecho pero no los hechos —reconocimiento—, someterse a la pretensión —allanamiento—), oposición (mera contradicción o excepción), reconvencción.

Si opta por contestar la demanda, todavía podrá adoptar una actitud de “mera negativa” de los hechos afirmados por el actor o, por el contrario, dar una “propia versión de los hechos”. Distintos factores pueden incidir en esta opción: la conciencia de la sinrazón y la decisión por una respuesta austera, la convicción de la propia razón y la voluntad de ganar, la seriedad que implica mostrar que ciertos hechos (ya constatados o de fácil constatación) pueden tener otra explicación plausible, etcétera.

3.3. *Estrategias de la prueba*

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de confirmación (*prueba*), son varios los elementos a considerar para la toma de decisión estratégicamente óptima:

- a) la regla del *onus probandi* (carga de la prueba) en el caso concreto y los problemas jurisprudenciales que puedan plantearse (“carga dinámica de la prueba” y eventual sorpresa por su desplazamiento en el momento de dictar sentencia; elementalmente, es imperiosa la pesquisa jurisprudencial para realizar un pronóstico más o menos certero);
- b) la situación de sobreabundancia o de escasez probatoria en el caso, pues la primera nos releva del anterior problema (carga de la prueba) y la

⁵⁸ V. la completísima explicación de ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Sistema Procesal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. I, págs. 220 y ss.

- segunda lo pone en el eje de la discusión;
- c) los casos de prueba difícil y las opciones por prueba indiciaria;
 - d) los elevados costes de ciertas medidas probatorias (particularmente, la prueba pericial) y los riesgos de cargar con los gastos causídicos;
 - e) la duración del período probatorio y la definición de a quién favorece y a quién perjudica su eventual clausura “reglamentaria”, etcétera.

3.4. *Estrategias de los alegatos*

En cuanto a las estrategias propias de la etapa procesal de conclusión (*alegatos*), por impertinente que suene, quizá el mayor desafío actual sea lograr que los jueces lo lean. Más allá de *usus* judiciales inmodificables, claramente un alegato bien organizado y bellamente escrito concitará mayor atención que otro rutinario, repetitivo o totalmente prescindible.

Si bien el objeto del alegato es la ponderación de los medios probatorios producidos (y de las lagunas o casos de falta de prueba) a la luz de las afirmaciones de la causa, no es infrecuente que los litigantes aprovechen esta instancia procesal para otros fines estratégicos.

Particularmente en el caso del actor, es la oportunidad que tiene de rebatir la “versión de los hechos” o los argumentos jurídicos del demandado en la contestación de demanda (para lo cual careció de una “dúplica” o “réplica”, conforme a los modernos códigos procesales).

También y más allá del destino final del intento, el alegato puede utilizarse para redireccionar las postulaciones en función de los resultados (o de la falta de resultados) probatorios, alterar la calificación jurídica, salvar omisiones de la etapa afirmatoria, etcétera.

3.5. *Estrategias de los recursos*

La impugnación de resoluciones judiciales desfavorables puede ser un legítimo derecho incluido en la garantía del debido proceso, la actitud acrítica de un profesional que no soporta perder o la decisión estratégica de alargar el pleito. En cualquier caso, no debiera perderse de vista que —en recurriendo— puede perderse la *estrategia global del pleito*. Para un análisis profundo y completo es menester tener presente los objetivos *inmediatos* y *mediatos* de toda actividad procesal.

La toma de decisión estratégicamente óptima en el ámbito recursivo debe incluir una sesuda exploración en torno a:

- a) el tiempo y la decisión de recurrir, tanto el de la propia parte como el de la parte contraria (¿a favor y en contra de quién juega el tiempo?);
- b) el coste y la decisión de recurrir, incluyendo un *coste judicial* (típicamente, tasas judiciales, honorarios e intereses) y el *coste extrajudicial* (vgr., renta percibida o dejada de percibir del bien objeto del litigio, obsolescencia de los bienes, etcétera); en ambos casos, tanto el de la propia parte como el de la parte contraria;
- c) las chances de éxito y la decisión de recurrir, con una adecuada investigación que brinde un panorama doctrinario y jurisprudencial sobre la cuestión y —no menos importante— la conjetura acerca de la decisión del tribunal revisor (ya designado) o acerca de quiénes pueden llegar a ser el tribunal revisor⁵⁹.

3.6. *Estrategias de los accidentes e incidentes procesales*

A esta altura, fácil es colegir que estos análisis estratégicos pueden replicarse respecto de otros accidentes e incidentes procesales⁶⁰: medidas cautelares, excepciones previas, incidentes de impugnación y de nulidad, etcétera.

Más allá de algunas especificidades propias que merecerían otro trabajo⁶¹, lo común a todos ellos podría resumirse en un ya señalado⁶² tropiezo habitual del abogado: la tendencia (a veces, tentación irresistible) de distraerse en ventajas tácticas, perdiendo de vista la estrategia. Puede pagarse muy caro.

4. Conclusiones

A nadie escapa el escenario ideal que brinda la solución de conflictos (en general) y el proceso (en particular) para los despliegues estratégicos.

⁵⁹ De nuevo, puede haber alternativas estratégicas (vgr., recurrir a algún juez de cámara).

⁶⁰ Acerca de su distinción y conceptualización, puede v. ALVARADO VELLOSO, “Sistema...”, cit., t. II, págs. 151 y ss.

⁶¹ En especial, el manejo estratégico de las *medidas cautelares*. Al respecto, puede v. el excelente trabajo de LAPENTA, Eduardo Víctor, “Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial”, en “Cartapacio”, N° 6, 2003.

⁶² V. *supra*, N° 2.9.

Creemos que resulta valioso encarar el estudio científico de la estrategia en la toma de decisiones de cada una de las alternativas que se presentan cuando nos enfrentamos a un conflicto y a la necesidad de su solución.

Tanto las visiones no reduccionistas del Derecho cuanto el conocimiento acabado de las categorías que brinda la teoría general del proceso constituyen herramientas fundamentales en esta empresa.