

EL PARADIGMA DE LA METODOLOGIA EN LA ENSEÑANZA JURIDICA: RETOS Y DESAFIOS EN LA EDUCACIÓN LEGAL DE EXCELENCIA

Aníbal QUIROGA LEÓN⁽¹⁾

“The most fundamental question form professional ethics is whether those in professional roles require special norms and principles to guide their well-intentioned conduct. This is the most interesting issue form the point of view of moral theory, since its answer affects the structure of any complete moral system. It is also the most crucial for professionals themselves and for those who attempt to evaluate their conduct, since many decisions and evaluations in this area will differ according to whether special norms are required.”

ALAN H. GOLDMAN

The Moral Foundations of Professional Ethics

I. INTRODUCCION

Al escribir un ensayo de cualquier especialidad cabe recordar lo que Oscar Wilde sentenciara en su día: **“no existen más que dos reglas para escribir: tener algo que decir y decirlo”**.

⁽¹⁾ Profesor Principal y Decano de la Facultad de Derecho y Humanidades de la UCV. Profesor Principal y exEditor General de la Revista “DERECHO-PUC” de la Facultad de Derecho de la PUCP. Profesor en el Pre y Post Grado de la USMP. Ex Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la UL. ExVocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ex Presidente del TSRA de la CGR. Miembro: Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Capítulo Peruano del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. ExDirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (Lima-México). Investigador Becario del UNIDROIT, Roma (2002). Secretario Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Director del Instituto de Derecho Procesal Constitucional de la UCV. Abogado en ejercicio.

Por eso, queremos escribir ahora sobre los retos que impone en una Escuela de Derecho la mejor y más adecuada metodología para lograr la mejor enseñanza y formación jurídica.

El reto por ello es cómo lograr la más apropiada metodología en la enseñanza jurídica, con el objeto de lograr la mayor formación jurídica y obtener los mejores profesionales del derecho hacia la sociedad y el Estado. Las dos preguntas que afloran serían: (i) Qué estudiante de derecho queremos; y, (ii) Qué abogados queremos formar para la sociedad.

En ello, uno de los problemas más acuciantes en la enseñanza del derecho, que tanto ha preocupado y preocupa permanentemente a toda Facultad de Derecho, radica en lograr la correcta relación **interfase** entre la teoría y su práctica donde se va a ejercer la teoría aprehendida de cara a la mejor formación de los estudiantes de las ciencias jurídicas con la finalidad de

Eterna y perenne discusión académica apenas se tocan los temas de planes de estudio y contenido de los cursos. El ejercicio del derecho, es decir, la vivencia concreta y la aplicación vital y dinámica de la profesión de abogado en una determinada realidad tratando de encerrar una determinada realidad para aplicarle del mejor modo la teoría normativa aprehendida, no siempre en relación simétrica, constituye uno de los retos más difíciles de la enseñanza legal, y no siempre del mejor resultado.

Tributarios de una tradición jurídica teórica (**civil law**), donde la ley del Estado crea fundamentalmente las reglas jurídicas, ponderamos y nos impacta –a veces con exceso- la enseñanza legal y ejercicio profesional del **common law**, basados básicamente empírica y de acercamiento a la vida, a la sociedad, a sus conflictos y “**cases**”, donde el derecho se crea básicamente en los tribunales de justicia, en el precedente vinculante y en la función normativa que además tienen los fallos judiciales, y tratamos de emular ello con disímil técnica, conocimiento y resultado.

La educación legal es una especialidad altamente específica y claramente determinada, con perfiles y contornos propios, dentro de la formación jurídica en general de quienes van a ser los profesionales en el Derecho en el futuro inmediato.

Entre los diversos métodos y formas de educación no solo se abarcan los fundamentos esenciales del sistema legal, y sus aspecto teóricos o doctrinarios, y el adecuado conocimiento de la ley (ley en sentido material) y del funcionamiento del sistema jurídico en un Estado democrático, constitucional y de derecho, sino que también se incursiona en las complejidades intrínsecas de la jurisprudencia, que es la concretización del derecho en casos concretos (casuística), dotando a los futuros profesionales del Derecho de un entendimiento profundo y exhaustivo de las

normativas, precedentes legales y la arquitectura del Estado y de la sociedad que habrá de ser su guía práctica.

Es así que, esta educación legal abarca tres conceptos esenciales:

1. La necesaria formación humanista y de cultura general;
2. La necesaria formación especializada en el derecho y la cultura jurídica doctrinaria en particular; y,
3. La imprescindible extensión de la formación jurídica hacia la vida práctica y el ejercicio forense/funcional, que proyecte al egresado del derecho hacia un ejercicio del derecho con conocimiento, capacidad reflexiva y habilidades para relacionar apropiadamente la teoría con la práctica profesional, bien sea en el ejercicio del derecho, en la vida privada o empresarial, en la academia, en la labor jurisdiccional, en la función administrativa, funcional o política.

En lo que corresponde al primer concepto esencial de la educación legal, podríamos decir que este no solo aborda la comprensión de los principios éticos y morales que sustentan la justicia y el derecho, sino que también fomenta la apreciación de las artes, la literatura y la filosofía como herramientas indispensables para el ejercicio reflexivo y la comprensión profunda del entorno social y cultural en el que se desenvuelve el derecho. En ese sentido, la formación humanista, en su esencia más profunda, aspira a forjar en el futuro profesional del derecho una sensibilidad hacia las necesidades y los valores humanos, y de la propia sociedad (sobre todo una con tantas carencias como la sociedad peruana), nutriendo así su capacidad para abordar los conflictos legales desde una perspectiva integral y humanitaria.

El segundo concepto esencial se enfoca en el estudio detallado y sistemático de los diversos sistemas jurídicos, las teorías legales y los precedentes históricos que moldean el ordenamiento jurídico a través de un análisis riguroso y crítico, para que el estudiante de derecho adquiera un profundo entendimiento de los fundamentos teóricos y conceptuales que sustentan las normas legales, así como de las corrientes de pensamiento que han influido en su desarrollo, por ello, esta formación especializada sienta las bases para una práctica jurídica sólida y fundamentada, dotando al futuro abogado de las herramientas intelectuales necesarias para abordar los desafíos jurídicos con rigor y perspicacia.

Y, finalmente, el tercer concepto esencial busca dotar al estudiante de las habilidades prácticas y la destreza técnica necesarias para desenvolverse con eficacia en el ejercicio del derecho en sus diversas manifestaciones, como eventualmente será el paso por una sala de audiencias hasta las instancias administrativas y políticas, en virtud de que el egresado del derecho posea un

dominio práctico del sistema legal, así como la capacidad de aplicar de manera efectiva los conocimientos teóricos adquiridos en situaciones reales. Además, se promueve el desarrollo de habilidades comunicativas, argumentativas y de resolución de conflictos, con el fin de preparar al futuro abogado para enfrentar los retos y exigencias del ejercicio profesional con competencia y confianza.

Con el fin de alcanzar los objetivos planteados en los párrafos anteriores de manera efectiva, es imprescindible que los paradigmas de la enseñanza del Derecho experimenten una evolución significativa. De este modo, es necesario transitar desde un clásico enfoque educativo escolástico y memorístico, paradigmático en la enseñanza del derecho, basado en la exposición magistral y en el rol pasivo del estudiante, en una mera recepción del conocimiento, hacia lo que se denomina como **"enseñanza activa del derecho"**.

Este enfoque implica la integración progresiva de la doctrina jurídica relevante, el análisis de casos jurisprudenciales en ámbitos administrativos, políticos o constitucionales, y su correlación con la teoría y la práctica del derecho en situaciones cotidianas.

La adopción de este método de enseñanza activa demanda, necesariamente, un cambio en el paradigma del rol del profesor o expositor. En lugar de limitarse a la exposición magistral, el docente debe asumir la responsabilidad de desarrollar materiales de enseñanza que incorporen tanto la teoría como la doctrina pertinente, así como casos prácticos, tanto en el ámbito del derecho comparado como en el derecho nacional. Estos materiales deben ser preparados de manera rigurosa antes de cada sesión de clase, con el propósito de propiciar un debate inicial entre los estudiantes, fomentando su participación activa y estimulando la discusión crítica sobre los textos previamente asignados. En la segunda parte de la clase, el enfoque se desplaza hacia la explicación detallada y la discusión de aspectos prácticos y ajustes relevantes en torno a los casos abordados. De esta manera, se busca no solo transmitir conocimientos, sino también promover el desarrollo de habilidades analíticas, de argumentación y de resolución de problemas, preparando así a los estudiantes para enfrentar los desafíos del ejercicio profesional del derecho con solidez y competencia.

Para garantizar el éxito de esta iniciativa, es imperativo que tanto los profesores cuanto la propia Facultad de Derecho se involucren en un esfuerzo conjunto para organizar los materiales de enseñanza de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Derechos de Autor. Este proceso puede ser facilitado mediante el necesario respaldo editorial proporcionado por la Universidad.

Asimismo, es necesario establecer y mantener una serie de actividades complementarias, tales como foros de debate continuos, simulacros de audiencias en

distintos ámbitos (judicial, político, administrativo o constitucional), la realización de debates públicos sobre temas jurídicos de actualidad y la programación regular de sesiones de "cine jurídico", en las cuales se proyecten películas relevantes que aborden aspectos esenciales del derecho y planteen los principales dilemas éticos y legales del contexto contemporáneo. Estas películas podrían versar sobre cuestiones como la igualdad, la pena de muerte, el aborto, la libertad, la punición, el principio de legalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia y el funcionamiento de los sistemas judiciales modernos, entre otros temas.

Para lo anterior se requiere tareas concretas:

1. La necesaria preparación de "materiales de enseñanza" por áreas de cursos, que contengan la primera y más básica bibliografía por cada dominio, constituye un objetivo primordial.
2. Para llevar a cabo este loable propósito, debería proyectarse la creación de la **"Biblioteca del Estudiante Vallejano"** bajo el amparo del Fondo Editorial de nuestra Universidad. Su misión será equipar a todas las sedes universitarias con este esfuerzo pedagógico, que implica la recopilación exhaustiva de los textos fundamentales de lectura preceptiva en el ámbito del Derecho.

Este proyecto no se limita a los confines geográficos y académicos de nuestra alma mater, sino que aspira a trascender hacia otras instituciones y ámbitos profesionales. Pretende así alcanzar una dimensión de influencia y pertinencia que abarque diversas esferas de conocimiento.

Así, la **"Biblioteca del Estudiante Vallejano"** se distinguirá por su encomiable propósito de facilitar el acceso a la erudición indispensable en el campo jurídico. Asimismo, promete ser una herramienta invaluable para el desarrollo académico al proveer a todas las sedes universitarias con una compilación exhaustiva de los textos esenciales para la formación.

2. La ejecución de fórums, seminarios, charlas y coloquios destinados a la discusión de temas de plena actualidad constituye una iniciativa crucial para enriquecer el panorama académico y profesional, ya que, en primer lugar, estos eventos estarían dirigidos por destacados profesores y juristas reconocidos por su experiencia y conocimientos en el ámbito correspondiente; en segundo lugar, la periodicidad mensual de tales encuentros garantizaría un flujo constante de diálogo y reflexión sobre temas relevantes, permitiendo así mantener a la comunidad académica y profesional al tanto de los últimos avances y debates en el campo jurídico; en tercer lugar, estos eventos fomentarían el desarrollo de habilidades de análisis crítico y argumentación entre los participantes y; finalmente, servirían como

plataforma para promover la colaboración y el networking entre profesionales del Derecho y futuros abogados.

3. La realización de audiencias judiciales, constitucionales, administrativas, políticas, etc., mediante la metodología de la oralización de dichas audiencias, colaborando con los estudiantes a la “preparación del caso”, la “fundamentación oral del caso” y el debate necesario a estas audiencias simuladas, bajo la supervisión de los profesores más calificados de cada área.

Esta práctica no solo ofrecería una comprensión más profunda de los procedimientos legales, sino que también fomentarían el desarrollo de habilidades de comunicación, pensamiento crítico y trabajo en equipo, en el sentido que los estudiantes tendrán la oportunidad de enfrentarse a situaciones legales simuladas, en los que se les prepararía mejor para los desafíos del mundo real una vez que ingresen al ejercicio profesional

Asimismo, estas audiencias simuladas no solo proporcionarían una experiencia inmersiva en el proceso legal, sino que también colaborarían en la preparación y fundamentación oral de casos bajo la supervisión de los profesores más cualificados en cada área. En ese sentido, los estudiantes serían guiados en el análisis de casos reales o ficticios, ayudándoles a comprender los aspectos legales y las estrategias necesarias para abordarlos de manera efectiva en un entorno simulado y se contribuiría principalmente en el fortalecimiento de la articulación y defensa de sus argumentos de manera clara y persuasiva ante un tribunal simulado.

4. La realización semanal del “cine jurídico” con la exhibición de distintos films que ofrece la filmografía universal, y que tengan relación directa con la aplicación del derecho desde mus diversas áreas del derecho.

Esta iniciativa tiene como objetivo ofrecer una perspectiva única y multidisciplinaria al explorar cómo el arte y el cine pueden iluminar y dar vida a temas legales complejos al seleccionar películas de la vasta filmografía universal, asimismo, debemos de entender que no solo es una oportunidad para analizar dilemas éticos y conflictos legales, sino también para apreciar el trabajo creativo de directores, guionistas y actores. La conexión entre el arte y el derecho proporciona una experiencia educativa más completa y enriquecedora, que promueve la apreciación tanto del arte cinematográfico como del sistema legal.

5. La promoción y desarrollo de liderazgos estudiantiles es una prioridad clave dentro de nuestra institución académica; bajo la guía y supervisión de los profesores más respetados y representativos, se busca cultivar no solo habilidades académicas excepcionales, sino también el potencial de liderazgo entre los estudiantes.

Es decir, este enfoque no se limitará al ámbito estudiantil, más bien, se proyecta hacia el futuro profesional de los egresados y graduados vallejanos, pues, se espera que estos líderes emergentes continúen cultivando y demostrando su excelencia académica en sus respectivos campos profesionales, convirtiéndose en agentes de cambio y contribuyendo al progreso y desarrollo de la sociedad peruana.

Además, esto implica brindar oportunidades para el desarrollo de habilidades de liderazgo, trabajo en equipo, comunicación efectiva y toma de decisiones éticas, para manifestar los sentimientos del compromiso cívico y la responsabilidad social entre los estudiantes en la combinación de excelencia académica y liderazgo proactivo que representa el principal aporte de nuestra universidad a la sociedad, contribuyendo así al desarrollo sostenible y al bienestar de todos los ciudadanos.

II. LAS HABILIDADES EN EL DERECHO-LEGAL SKILLS: EL LITIGIO

Parte de ese ejercicio profesional (si bien una parte importante, claramente no es el todo) constituye -por ejemplo- el ejercicio de la defensa frente al conflicto concreto bajo el marco normativo de las leyes del Estado.

Es decir, la defensa y patrocinio del litigio ante el Poder Judicial, ante el Ministerio Público y ante cualquier autoridad que ejerza poder jurisdiccional en sentido lato) administración pública, autoridad política, autoridad privada, arbitraje, etc.).

Es lugar común el pensar que todos los problemas litigiosos, presentes y futuros, deben terminar siempre en un estrado judicial y con un fallo, o en un proceso.

De allí solo hay un paso a sostener que, por ello mismo, son los abogados defensores o los litigantes los culpables de alentar intencionalmente la litigiosidad y la demora de las soluciones judiciales casi como única vía de solución. Esta es una idea generalizada tan poco seria casi infantil- como nunca probada. Al lado de esta perniciosa idea, además de falaz, otra inferencia más grave le es subsecuente: **“si esto es así, entonces todos los abogados están en capacidad de defender en juicio”**⁽²⁾.

Ello no es correcto. No, no todo abogado debe, o puede, afrontar adecuadamente la responsabilidad del patrocinio de un litigio y sus consecuencias. Es decir, en el ejercicio del derecho, no todo abogado está debidamente capacitado

(2) Ver documento de trabajo power point, del curso **“Destreza Legal”** de la Facultad de Derecho de la UPC, Hotel Meliá, Lima, mayo, 2001.

para afrontar con eficiencia una defensa judicial con la adecuada destreza y responsabilidad. No solo por que el proceso judicial –a contramano de lo que ha sido la **ideología jurídica** de considerar la defensa en juicio como un ejercicio de “**segunda categoría**”, algo “**accesorio**”, “**adjetivo**” y por lo tanto fácil de ser afrontado por cualquiera con un título profesional de abogado, sino porque la complejidad y sus consecuencias tiene elementos técnicos y de habilidad en el “antes” en el “durante” y en el “después” de cada una de estas defensas. Se asume que defender en un proceso es lo mínimo que todo abogado debe saber. Casi como una curación menor para cualquier médico cirujano. Tal como una profilaxis para un novel odontólogo. Como la mezcla de cemento para un ingeniero, o clavar un panel para un arquitecto. Algo mecánico, en donde ni siquiera el conocimiento de fondo se va a poner en juego. Una mera actividad “**adjetiva**”.

Y no lo es, no solo por que la solución judicial (término amplio que incluye todo mecanismo **heterocompositivo** trilateral de solución pacífica de controversias, tales como las conciliaciones, las negociaciones, las mediaciones, los arbitrajes, los procesos administrativos, los procesos privados, los procesos políticos y, ciertamente, los procesos judiciales), requiere de un necesario **expertise**, de una adecuada experiencia, preparación y natural habilidad para encarar esto con el necesario planteamiento, particular análisis previo, de un modo especial de recepción de los hechos, la construcción de la prueba y, finalmente, del modo más apropiado de presentación de los argumentos ante la autoridad encargada de decidir, de ejercer la **Iuris Dictio**, el **Ius Dicere**, para hacer valer del mejor modo los derechos del defendido y lograr una convicción favorable a los intereses del mismo. Sino porque, además, en ello se va el derecho sustantivo de las personas, su derecho de fondo, parte de su honra, tal vez su libertad, su familia, su patrimonio, y a veces, su vida, etc. La formación universitaria y académica de la Facultad de Derecho no prepara a los futuros abogados en este **expertise**, ni tan siquiera los prepara para distinguir que existe ese **expertise** y sus contornos. Y a ello se le suma que la adecuada defensa requiere, además, de una relación coherente entre la “**teoría**” aprendida en las Facultades de Derecho y la praxis cotidiana que sólo enseña -a veces muy duramente- el tiempo, la experiencia y las inevitables frustraciones (cuando no, la lesión del legítimo derecho del ciudadano).

El arte del litigio y de la defensa requiere de determinadas habilidades que hay que saber reconocer en uno mismo y, por ende, reconocer en los demás. El abogado “**litigante**” o “**procesalista**” no pertenece a una especie particularmente abundante, ni a una escuela abrumada por sus integrantes, ni proviene de dedicado y focalizado capítulo de nuestra enseñanza profesional. Tampoco es una **rara avis** en extensión que accede a una ciencia oculta. Pertenece a un rubro o una especialidad que debe reconocer particulares habilidades y destrezas en foco con el escenario de su desarrollo profesional. Por ello, frente a la diversidad de ramas y opciones que ofrece el derecho, la defensa en el proceso es solo una de ellas que requiere de

determinadas condiciones y cualidades dentro de una razonable distribución del trabajo, de manera que dicho ejercicio sea realizado con calidad, posibilidades de éxito y de satisfacción personal-profesional.

La destreza legal nos permite descubrir, dentro de esa particularidad, cuáles deben ser aquellos elementos más saltantes que deben ser potenciados en aras de lograr un cometido, y del modo más apropiado, cuáles son las destrezas o habilidades que el defensor debe tener en cuenta en cada estadio de su trabajo, y cuáles son aquellas que uno, como abogado bien formado, puede reconocer con acierto en sí mismo. De eso se trata.

III. LA DESTREZA LEGAL EN LA DEFENSA

ESQUEMA

I.1. EL ABOGADO Y LA DEFENSA

La defensa de un caso supone necesariamente que, de modo previo a la existencia o nacimiento del mismo, se esté en aptitud de reconocer que se haya generado un **conflicto de intereses jurídicamente relevantes** o, en términos más simples, un problema relevante o una incertidumbre trascendente susceptibles de ser resueltos –y de justificar una respuesta- a través de mecanismos legales. E importantes como para soportar ese esfuerzo, costo, gasto y la asunción del margen, mayor o menor, del margen de riesgo que siempre existe y que siempre existirá.

Los abogados estudiamos desde siempre conceptos tales como aquellos que se refieren a la teoría elemental de cada una de las ramas del Derecho, a veces en meras pinceladas tan alejadas de nuestra realidad como la descripción detallada de la cara oculta de la luna. Solo algunos hemos tendremos la oportunidad de recibir una enseñanza “**en vivo**” de aquella especialidad o materia que diariamente tenemos que vivir en la práctica o que tenemos de cerca en el ejercicio profesional.

Todos los abogados no tendremos igual acercamiento al derecho. Algunos pretenderán hacer del derecho una ciencia oculta, de ininteligible conocimiento a la que sólo accedan ellos, como los brujos o los chamanes de las antiguas sociedades. Otros tratarán de explicar un caso a base de latinazgos y desparramadas citas doctrinarias, mientras que no faltará los que traten de simplificar las cosas, utilizando el principal elemento del derecho, la simple y

pura lógica humana, pues las leyes, su interpretación y aplicación, no serán más que un mero ejercicio de lógica. Y otros harán del derecho un nuevo instrumento utilitario de otras finalidades.

¿Cómo acercarse al derecho desde el estrado de la defensa en el proceso? ¿Cómo, entonces, asumir una defensa cuando nuestra propia deformación profesional nos ha **formateado** hacia la teoría? La respuesta es simple: adquiriendo práctica, reconociendo nuestras debilidades y fortalezas y asumiendo la defensa mediante el uso de la lógica jurídica, pensando que nuestra función social no es ingresar a una **confrontación** sino, tratando de resolver el problema sin tener que ingresar a esta, primero; y, luego si no existe más salida, asumir la defensa meramente confrontativa utilizando las armas jurídicas que tenemos a nuestro alcance.

La defensa de un caso no supone solamente conocer el detalle de la ley aplicable al caso de que se trate, ni ser un gran estudioso de la materia involucrada en el caso. Supone mucho más que ello; uno se debe interiorizar en el caso de modo tal que pueda caminar a lo largo de esta defensa y saltar o esquivar aquellas barreras que vayan surgiendo con la finalidad de persuadir al tribunal o al juez de los propios argumentos, obteniendo una decisión favorable.

Ahora bien, la interiorización de una defensa legal no puede ser asumida por el abogado de modo tal que se convierta en una parte del problema, debe haber una distancia equidistante entre esta interiorización a la que nos referíamos, y la ponderación de ser siempre un tercero en el problema, pues de lo contrario incurriríamos en serios problemas que nos podrían impedir ver las cosas como son en la realidad, y adoptar la postura del cliente defendido, que obviamente es parte interesada en el conflicto. Nuestro interés, entonces, debe ser resolver el conflicto del mejor modo para nuestros clientes en el marco de la legalidad y el **good behaviour** profesional.

No es un tema nuevo lo que abordamos en la presente exposición. Ya en la PUCP, grandes juristas lo expusieron hace 50 años, cuando por ejemplo DE TRAZEGNIES ⁽³⁾ precisó entonces:

“La reforma de la enseñanza del Derecho que se viene llevando a cabo en las Universidades latinoamericanas durante los últimos años, ha

⁽³⁾ DE TRAZEGNIES, Fernando.- *La enseñanza del Derecho como actividad subversiva*. EN: II Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo. Lima: Programa Académico de Derecho PUC del Perú, 1973, pp. 50 y ss.

presentado una cierta tendencia a distinguir entre los métodos y el contenido de la enseñanza jurídica, acentuando muy enfáticamente el problema de los métodos y, en especial, la utilización del llamado “método activo”. Un cambio radical en los estudios de Derecho, se ha dicho, supone la sustitución de la clase magistral por un sistema de enseñanza dialogada que desarrolla mejor las “habilidades” jurídicas, insiste en la adopción de un método de razonamiento que permita resolver cualquier problema legal antes que en la divulgación del contenido preceptual de leyes en estado permanente de cambio, facilita la retención por el alumno del mínimo de conocimientos legales básicos que el profesor le trasmite a través de la discusión, etc.”

II. ESQUEMA DEL PLANTAMIENTO DEL CASO

II.1. QUE ES SER “ABOGADO” - ¿SOY YO UN “ABOGADO”?

Ser **abogado** no es solamente haber asistido a una determinada Escuela de Derecho -cualquiera sea esta-, optar y ostentar un título profesional que permita exhibirlo y acceder al ejercicio de la profesión y, por ende, a un trabajo profesional.

Ser **abogado** no solo es saber leyes, memorizar códigos y la pura teoría del derecho con muchas citas –sazonadas de los infaltables latinazgos-; ser **abogado** va mucho más allá que ello. La ciencia jurídica es como su nombre lo señala, un conjunto de normas sociales y estatales que abordan el estudio, análisis y razonamiento sobre determinados hechos sociales y particulares que tienen relevancia en el mundo jurídico.

No todo hecho social es analizado por el derecho y el **abogado** deberá poder observar y diferenciar aquello que tiene relevancia jurídica de aquello que es solamente un hecho social, aislado o en todo caso un hecho que no compromete intereses de orden jurídico.

Para poder llegar a este razonamiento, obviamente el **abogado** debe haber recibido en la Escuela de Derecho los instrumentos necesarios para poder diferenciar los hechos sociales de los hechos jurídicos. Debe haber sido instruido en el método científico del derecho y afinado de tal modo su

aproximación a este que le permita evaluar la cientificidad del derecho de modo independiente de la técnica del derecho, al respecto FIX ZAMUDIO ⁽⁴⁾ señala:

3. Ciencia y técnica del Derecho

56. De las cuatro acepciones de la metodología jurídica que examinamos con anterioridad, consideramos que la segunda, o sea, la que calificamos como de carácter científico es la que merece mayor atención, puesto que adquiere una mayor utilidad en todos los aspectos de la actividad jurídica, sin que esto quiera decir que la materia se agote con ella ni que las restantes acepciones carezcan de interés, pero no es posible abordarlas en un trabajo como el presente, que solo pretende señalar los problemas más destacados que pueden presentarse en el campo metodológico del derecho.

57. Previamente al examen de este enfoque metódico, consideramos necesario asomarnos a una cuestión estrechamente vinculada con esta materia, o sea la referente a los vínculos entre ciencia y técnica, pues advertimos que frecuentemente la técnica y el método se confunden y entrecruzan, pudiendo inclusive llegar a ser equivalentes.

58. Estas relaciones entre técnica y método de la ciencia jurídica, las descubrimos en el mismo subtítulo de una de las obras que con mayor amplitud ha procurado distinguir entre la ciencia y la técnica del derecho, nos referimos a uno de los clásicos trabajos de Francois Geny, ya mencionado con anterioridad, denominado precisamente: Ciencia y técnica del derecho privado positivo (supra nota 15), con el subtítulo significativo de “Nueva contribución a la crítica del método jurídico”.

59. Pero aquí volvemos a tropezarnos con la ambigüedad de los términos, puesto que el de la técnica ha asumido una serie de significados, tan disímbolos como imprecisos, si recurrimos nuevamente al excelente diccionario de Avvagnano, podemos observar la amplitud del concepto de la técnica, estimada en su sentido más genérico: “todo conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera”, y en este sentido -agrega el pensador italiano- “no se diferencia ni del arte ni de la ciencia ni de cualquier operación capaz de lograr un efecto cualquiera y su campo es tan extenso como el de todas las actividades humanas”

⁽⁴⁾ FIX ZAMUDIO, Héctor.- *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*. México D.F.: Porrúa, 2001, 9ª Edición, pp. 24-25.

60. *Ihering, el destacado jurista alemán, intentó distinguir entre ciencia jurídica y técnica del derecho, considerando que la primera se refería a la materia, a la sustancia, de las normas jurídicas, y la segunda a la manera de dotar de forma adecuada, o de perfeccionar esa materia jurídica.*

61. *Siguiendo por este camino, Geny ensayó diferenciar ciencia y técnica del derecho, atribuyendo a la primera el conocimiento y la elaboración de los datos que reflejan las fuentes reales del propio derecho, mientras que en su concepto la última tenía por objeto la construcción de los materiales jurídicos, en directa conexión con las fuentes formales, y resumida su distinción sosteniendo que mientras que la ciencia se refería a lo dado, la técnica estaba relacionada con lo construido, es decir, otra vez la separación entre materia y fórmula”.*

II.2. EL PROCESO Y EL ABOGADO

Ha sido larga –y no acabada- la lucha al interior de las Facultades de Derecho, y de nuestro entorno académico, por la reivindicación sustantiva del derecho procesal. Durante mucho tiempo se ha sostenido –y aún en aquellos espacios en los que la **Teoría General del Derecho** no ha calado bien aún- que el proceso y sus temas –y, por ende, su ejercicio práctico- era un tema accesorio del derecho, una especie adjetiva o apéndice de aquello que sí era lo fundamental, la ciencia de lo jurídico sustantivo, el Derecho Civil por excelencia.

En 1868, OSKAR VON BÜLOW, escribió en Giessen, en Alemania, la obra pionera **Sobre las Excepciones y los Presupuestos Procesales** con la que se dio partida de nacimiento definitiva a la ciencia del proceso y su teoría general como una rama independiente del derecho, absolutamente autónoma, susceptible de ser estudiada, analizada y racionalizada con la misma lógica jurídica que el derecho sustantivo.

En el Perú, por razones de orden histórico-geográficas, no surgió como en Argentina o México una definida Escuela de Derecho Procesal, como no ha surgido en ningún país de la costa occidental de América Latina. Por el contrario, en nuestro país es recién hace casi 20 años en que se empieza a mencionar el nombre de **Teoría General del Proceso** y nos avocamos desde dicho momento a impartir en nuestra Facultad dicho curso como un elemento importante de la formación de nuestros alumnos, con el ánimo de abordar de un modo moderno y científico el estudio del proceso y su ciencia. En nuestro medio debe ser destacada en ello, en brindar una visión moderna del proceso

a la labor pionera del maestro Mario Alzamora Valdez desde 1960, y cuya obra primera de introducción no puede ser olvidada u omitida por el interés mezquino y egoísta.

El proceso es un conjunto de elementos metodológicamente ordenados, mediante una labor humana, para lograr la solución pacífica y definitiva de los conflictos que enfrenta una sociedad. Dice su teoría que tienen un principio y un fin, rigiéndose, además, por un determinado orden secuencial técnicamente dispuesto. La ciencia del proceso no tiene nada de oculta, ni tampoco es un arte mágico, o podemos pretender que mediante un proceso logremos insólitos e inesperados milagros; debemos enfrentar el proceso con aquello que FIX ZAMUDIO describe bien, y hemos ya citado, haciendo una clara diferenciación entre la ciencia y la técnica jurídica; pues no por ser científicos del proceso debemos de perder la perspectiva en la técnica jurídico procesal.

El proceso, entonces, no puede ser enfrentado por cualquier abogado sin mayor experiencia ni vocación para la defensa del litigio. Creemos que sólo debiera ser asumido por aquel abogado que se reconozca preparado y habilitado para ello, con las destrezas y habilidades del caso. No todo abogado tiene por vocación el litigio, y sin esta vocación mal podremos enfrentar algo desconocido, no querido e incluso hasta dejado de lado por cuestiones de orden profesional o personal.

II.3. EL ABOGADO Y LA DEFENSA

La defensa de un caso supone que conozcamos desde el principio qué es lo que nuestro cliente tiene frente a sí; cómo es que los ciudadanos de la calle ven al proceso. La respuesta la encontramos en palabras de CARNELUTTI ⁽⁵⁾, quien señaló lo siguiente:

“Si a ese drama, o más bien al drama en general, tratamos de ponerle un nombre este es el de la discordia. También concordia y discordia son dos palabras que, como la de acuerdo, que tanta importancia tiene para el derecho provienen de corde (corazón): los corazones de los hombres se unen o se separan; la concordia o la discordia son el germen de la paz o de la guerra. El proceso, después de todo, es el subrogado de la guerra es, en otras palabras, un modo para domesticarla. Pensad, para ayudarnos a comprender esta verdad fundamental acerca de aquella forma de guerra legalizada que era el duelo. Más adelante veremos que interés tiene el

⁽⁵⁾ CARNELUTTI, Francesco.- *Cómo se hace un Proceso*. (Traducción de Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. México: Ediciones Jurídicas, p. 16-17.

duelo en el proceso. Recordemos por ahora lo que dijimos en el curso anterior acerca de las relaciones entre el derecho y la guerra: el derecho nace para que muera la guerra.

A este fin no puede hacer más que ponerle una mordaza. El duelo es una guerra aprisionada. En lugar de bellum omnium contra omnes, la guerra de todos contra todos, es la guerra solo entre dos, entre los adalides.

A tal punto es un combate el proceso, que en ciertos tiempos y entre ciertos pueblos se lo hace con las armas: el éxito del duelo indica el juicio de Dios. Más adelante los medios del combate se transforman y la razón entre vencer y tener razón se invierte: no ya quien vence es el que tiene razón, sino que quien tiene razón resulta vencedor; sin embargo, el vencer y el perder que continúan significando las suertes del proceso, expresan todavía su contenido bélico: si el proceso se asemeja por su estructura al juego, en la función hace las veces de la guerra; ne cives ad arman veniant (para que los ciudadanos no lleguen a las armas) decían los romanos: se acude al juez para no tener que acudir a las armas. El proceso es un juego terriblemente serio, en una palabra. De ello tiene la sensación el público que llena las salas o lee con avidez las crónicas judiciales. En los estadios no está ya más en juego la vida de los jugadores; pero en los tribunales la multitud puede gozar de veras el crudo espectáculo de la discordia.”

Si el **proceso no es un juego dialéctico**. Es una representación, una escenificación. Entonces el **abogado** deberá enfrentar el esfuerzo de la defensa del proceso con cierto arte escénico, no solo con seriedad y conocimiento, sino con la planificación de una estrategia preliminar de cómo enfrentar el proceso destinado a solucionar el problema de su cliente, convenciendo y poniendo de su parte al tribunal o autoridad resolutoria; lo que no necesariamente quiere decir que dicha solución deba atravesar siempre los pasillos del Poder Judicial. Eso deberá ser decidido, como el uso del quirófano en la cirugía, como el último de los recursos teniendo siempre presente que, al igual que en la cirugía, el proceso tenga siempre también el inevitable “daño colateral”.

La planificación y adecuada estrategia de defensa de un caso debe ser analizada desde la mejor perspectiva para nuestro defendido. El caso típico que aquí podríamos utilizar, es aquel donde busca nuestro consejo legal y defensa un cónyuge ofendido por la conducta del otro, cómo reaccionar ante ello: (i) proponerle una “**guerra**” judicial y llevar el tema ante los estrados judiciales donde daremos un espectáculo ante más de un curioso; o, (ii) proponerle una alternativa de defensa “**pacífica**” donde la solución al problema pase por un periodo de “**duelo**” donde aquel cónyuge ofendido pueda ir

reponiéndose del dolor causado por la ofensa, y luego podamos ver la posibilidad de un acuerdo ante el desacuerdo existente entre los cónyuges, o en otras palabras un Divorcio convencional.

La lógica del procesalista de antaño nos hubiera permitido responder con la primera de las opciones, pero hoy debemos ser enfáticos al establecer en nuestras defensas aquellos parámetros en los cuáles el drama que de por sí viene atravesando nuestro cliente sea lo menos doloroso posible, e involucrar en la solución de su problema todas aquellas alternativas disponibles, incluyendo la posibilidad de alejarnos de la defensa, por ser ello lo más beneficioso para nuestro “defendido”.

Si **litigar o no litigar** es la cuestión capital del abogado, entonces esta deberá ser resuelta al momento de planificar la estrategia de defensa. Pero no necesariamente la decisión de no litigar que se adopte será la que perviva con posterioridad a la decisión de buscar un acuerdo frente al desacuerdo que se nos plantea.

Pero, ¿Cómo ayuda la educación legal para formar abogados que sepan, antes que nada, discriminar si están o no aptos para ejercer una defensa judicial, o una determinada defensa judicial? ¿Dónde se enseña en nuestra Facultad cómo llevar la defensa en juicio? ¿En qué año o curso o materia se adiestra al estudiante en las necesarias “destrezas legales” y en el reconocimiento y potenciación de sus naturales “habilidades”?

La respuesta es tristemente negativa: de ningún modo, de ninguna manera, en ningún año ni en ninguna materia o curso. No hay materia o curso que permita siquiera tal interrogación. Mucho menos será, entonces, la capacitación que nuestra Escuela de Derecho aporte al graduado para que pueda determinar sus propias habilidades o destrezas legales frente a la representación en juicio o para el patrocinio de una causa judicial, cómo recibir un caso, cómo planificar su estrategia más adecuada, y el más eficiente curso de su materialización. He ahí el meollo de esta cuestión.

III.-PLANTILLA BÁSICA PARA LA ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA

Luego de que hayamos asumido la defensa del caso, al planificar la estrategia para su defensa, se deberá tener presente la adecuada **organización** de esta defensa.

Entonces deberemos evaluar, por lo menos, lo siguientes aspectos o interrogaciones:

▲ ***¿Litigar o no litigar?***

Esta es la primera cuestión que el abogado deberá dilucidar antes de asumir o plantear una defensa judicial. Se debe tener en cuenta las posibilidades del caso, plantearse esto *in pectore* del modo más sincero, y plantearse al cliente del modo más honesto y claro posible, con todas las variables y posibilidades de éxito en el resultado, resultados probables y porcentaje de derrota. Nunca se debe asegurar un resultado al 100%. No existe tal precisión absoluta. Se debe plantear siempre, sin triunfalismos ni derrotismos, los escenarios mejores y los peores, con todas las posibilidades intermedias y la necesaria relación costo⇒beneficio.

Al lado de ello, se deben tener en cuenta, además, las diversas formas de resolver el problema antes de llegar al escenario judicial, muchas veces irreversible y de *punto de no retorno*, además de su inevitable e invariable costo de tiempo, prestigio y recursos del cliente.

▲ ***El mito de la conciliación o del arbitraje***

Siendo la conciliación y el arbitraje instituciones procesales nobles y eficientes, la actual publicidad y el interés ha generado una excesiva expectativa sobre estas dos instituciones, dado su escaso margen de aplicación en el mundo del derecho, dado que sólo será legítimo y viable frente a aquellas materias que sean de libre disponibilidad para las partes. Por lo tanto, estará vedado, y será inviable, para materias penales en todas sus modalidades, para temas constitucionales y administrativos, para materia de menores y de familia, y, en general, para todas aquellas materias que no sean de libre disponibilidad de las partes en disputa. En aquellas materias comerciales o económicas de libre disponibilidad en que se apliquen, serán muy útiles como herramientas del trabajo procesal; pero solo en aquellas. En las demás no, y por eso hablamos del “mito” del arbitraje y de la conciliación en la práctica del derecho de hoy.

▲ ***¿Cómo organizaremos la defensa del caso: individual o grupal? El “equipo” de trabajo o el trabajo individual.***

El tercer aspecto que se debe tener en cuenta, sobre todo en el manejo de lo que puede ser considerado un “caso grande” (como, en el pasado, a un importante caso minero-societario se le denominó el “juicio del siglo”), es

la decisión de trabajar la defensa en solitario, desde el propio Despacho en singular o desde su Estudio profesional con sus socios, colegas y asistentes; o si, por el contrario, debe enfrentarse la defensa con un equipo profesional de trabajo juntando y convocando los esfuerzos de otros colegas profesionales de diversas especialidades, en una suerte de **sinergia profesional temporal**, haciendo de esta defensa algo más técnico, más profesional y mucho más sólido en una suerte de distribución eficaz del trabajo profesional. Pero también, mucho más caro. Siempre hay que tener presente eso.

Al margen de las pequeñas rencillas y celos profesionales que nunca faltarán, hay que tener muy claro en el curso de la segunda opción un **liderazgo** siempre presente que no necesariamente va a ejercer el más astuto, o el más prestigiado, o el más versado, sino fundamentalmente quien lleve o tenga la confianza del cliente, el necesario ascendiente sobre sus colegas y la habilidad para distribuir adecuada y lealmente las tareas, funciones y trabajo profesional con miras al **resultado exitoso** que sea **beneficioso para todos**. El **éxito individual**, entonces, será el **éxito de todos**. Y el **éxito de todos será el éxito del cliente**. Eso debe estar siempre claro.

▲ **El conocimiento del “terreno” ⇒ El Foro del Litigio**

Un cuarto elemento esencial en una adecuada estrategia de manejo de un caso (**case management**), y parte esencial de su **expertise**, es el conocimiento del terreno que se va a abordar con el caso de que se trate. Así, si estamos antes una demanda judicial en el Distrito Judicial de Lima, el abogado debe tener experiencia previa en el litigio en ese Distrito Judicial y no empezar a “experimentar” con el caso de que se trate ⁽⁶⁾. Así mismo debe ser la respuesta profesional ante una Corte Superior de Justicia (Corte de Apelaciones), o ante la propia Corte Suprema de Justicia de la República. Otro tanto frente a casos ante el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, los procesos disciplinarios ante la las ANC del Poder Judicial y del Ministerio Público, los procesos ante la Junta Nacional del Justicia y, en general, ante toda una autoridad administrativa con capacidad resolutive de cuestiones

⁽⁶⁾ Es conocida la anécdota de un abogado civilista, de mucho renombre y prestigio, que sin experiencia en el litigio, acepta la defensa de un caso menor apelando a su buen nombre y a sus recuerdos. Perdió el caso, y al cliente, por que no llegó a tiempo a la audiencia a la que se le había citado, pese a su también conocida puntualidad. ¿Qué había pasado? Pues, que extraviado en el vericuetto del Palacio de Justicia y poco habituado a sus cambios, jamás encontró a tiempo la ubicación del juzgado a tiempo. Estuvo literalmente “paseando” con su cliente por diversos pasillos, subiendo y bajando escaleras por más de media hora, jadeante y horrorizado, perdiendo la cita judicial. Todo su gran nombre y prestigio se perdió en un instante, frente a su cliente, por un incidente tan fútil como este.

contenciosas como el Tribunal del INDECOPI, los cuerpos colegiados del OSIPTEL, el Tribunal de controversias del OSITRAN, la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Tribunal del CONASEV, sólo por citar algunos ejemplos. Y también, qué duda cabe, ante las autoridades de la justicia penal especializada o ante el juicio político (*Impeachment*) del Congreso de la República y sus **Comisiones Investigadoras, Comisiones Acusadoras, Comisión Permanente o su Pleno**; verdaderos órganos jurisdiccionales de orden político.

Esto pasa no solo por conocer la identidad y características de la autoridad de que se trate, sino de su comportamiento funcional, sus antecedentes, sus últimas resoluciones, la “línea jurisprudencial” que ha estado exhibiendo en el último periodo y que le pueda ser útil citar en apoyo o en descarte y que le ofrezca aquellos argumentos que la Sala o Tribunal está más proclive a escuchar, de aquellos que no desea escuchar, aquellos que le son hostiles, o aquellos que simplemente le son desconocidos.

El abogado litigante debe ser, finalmente, “**socio**” de la autoridad resolutoria en el caso de que se trate, debe ponerse de su lado, a su lado, y no enfrentarse abiertamente a ella. No es recomendable “**pelearse**” con la autoridad, entrar a confrontarla o a desafiarla. Es posible con ello hacer una faena momentánea muy lucida o llamativa, pero de seguro se asegura una resolución negativa. Y si al final del día se preguntará si con ello ganó o perdió, pregunta que deberá hacerla teniendo al lado al cliente, la respuesta será más que obvia. Por eso es que Piero Calamandrei señalaba que el juez debe empezar como un tercero imparcial y terminar legítimamente “**parcializado**” en la sentencia con una de las partes, con aquella a la que ha otorgado la razón.

✦ **El conocimiento del “enemigo”**

Lo mismo debe decirse respecto de la persona, grupo de personas o corporación o corporaciones con las que se va a litigar. No se puede ir al litigio a oscuras o con vendas en los ojos, sin conocer al “**enemigo**” y sin saber, por lo menos, quién o quiénes son sus abogados. Esa es una quinta regla básica y elemental, para poder planificar mejor la estrategia de que se trate y poder adelantar los movimientos y decisiones de este “**enemigo**” e, inclusive, para poder enfrentar mejor nunca posible solución conciliatoria, la negociación que le lleve a una transacción judicial o extrajudicial, un arbitraje, o el litigio mismo.

✦ **Los límites objetivos del proceso**

Todo proceso nace de uno o más **conflictos** que le son necesariamente precedentes. Luego tiene un inicio determinado y un final determinable. Son dos aspectos que el abogado litigante debe tener siempre presente dentro de un marco factual y temporal de referencias. Dónde y porqué empezó la disputa sobre la cual deberá administrar su mejor solución, y dónde deberá terminar. O cuándo deberá terminar o cómo contribuir a ponerle fin.

Por principio, ningún litigio es eterno, o deberá serlo. No solo por el derroche de esfuerzo innecesario que hace poco rentable, además de hacer frustrante todo esfuerzo, en ese sentido, sino por que la pelea eterna revelará una clara desorientación en el manejo del caso. Es un viejo adagio el señalar que el abogado debe manejar el caso, y no permitir ni propiciar que el caso termine manejando al abogado.

Por eso mismo, deberá estar claro para el abogado, y en relación a su cliente también, cuál deberá ser la meta posible o probable más exitosa u óptima posible, al mismo tiempo que el costo de la derrota o pérdida bajo control. Dicho de otro modo, deberá plantearse de modo previo, cuáles deberán ser los límites objetivos del proceso. Qué es lo máximo que se puede ganar, y en qué consiste la mayor pérdida razonable probable. De manera que, en uno u otro caso, nunca el caso se salga de control con una pérdida mayor de la razonable desde un principio (mayor punto de inflexión), y no se genere tampoco una expectativa no razonable sobre los mayores beneficios del éxito posible.

III. LA PRESENTACIÓN DEL CASO

▲ **El orden de los hechos**

El abogado litigante deberá ser en extremo ordenado y metódico. El abogado que no tenga para sí estas características, tiene marcadamente ausencia de **“destrezas”** que le harán candidato poco propicio para el litigio. Podrá ser un gran asesor, un muy buen informante, un excelente **“think tank”**. Pero es seguro que no podrá ser un eficiente litigante.

Por eso es que la primera tarea del litigante frente a un caso deberá ser la puesta en orden, en el más adecuado orden –no en que le presenta el cliente, ni en el que se le presentan, sino en el orden adecuado- los hechos que forman el caso. Pero hablamos de los hechos relevantes y

necesarios, no de todos los hechos, ni de los hechos que no han de contribuir a su apropiada defensa, de manera que estén siempre todos y que no falten aquellos que a la postre podrán ser decisivos a la hora de presentar el caso ante la autoridad de que se trate.

La metodología y el orden en la administración de los hechos del proceso siguiendo un esquema básicamente silogístico será un elemento tan esencial como el conocimiento más versado del derecho aplicable al caso de que se trate.

▲ **La exposición de derecho – in voce**

Muchos abogados tienen a creer que, así como cualquiera puede llevar adelante una defensa judicial, por compleja que fuera, cualquiera en consecuencia puede llevar responsablemente un informe o exposición oral **in voce** del caso de que se trate ante la autoridad resolutive. Este es un craso error que más de una pérdida de un caso ha arrastrado, y suele ser común este razonamiento entre los **abogados internos** de una corporación o institución, entre los gerentes o subgerentes legales, entre los llamados **in-house lawyers** o abogados internos.

La Corte de Justicia, o un Tribunal colegiado, o un juzgado, está normalmente conformado por una autoridad calificada o experimentada. No está predispuesta a recibir una **“clase de derecho”** en cada caso que escuche, a que se le recuerde cuán técnico es el caso, cuán difícil es acceder a la verdad del caso que hay que tratarle como a estudiante o como a abogado de segunda categoría. Aún si lo sintiera, aún si lo pensara, el abogado litigante nunca debe ubicarse en una posición que trate de estar intelectual o profesionalmente por encima del Tribunal o de la autoridad resolutive. Esta no se va a derretir a sus pies, ni se va a rendir ante su culto y por ello le va a dar la razón. Antes bien, una actitud como esa muy posiblemente va a exacerbar el ánimo negativo del tribunal y buscará negarle la razón al abogado sabiendo, al soberbio buscando y levantando las razones que menos le favorecen, y negándole o restándole valor a las que le favorecen. Sobre todo, en aquellos aspectos opinables o discrecionales. Ya a veces, buscarán la sinrazón también o lo que hoy tiende a llamarse la **“motivación aparente”**.

La exposición de derecho deberá ser necesariamente breve, en no más de 20', con una muy breve introducción de los hechos (el Tribunal tiene a la mano los hechos completos), una reflexión de derecho que trate de colaborar con la decisión del Tribunal o de la autoridad resolutive, que

levante los agravios en caso de una resolución negativa antecedente, y una conclusión. Se debe ir al punto.

Muchas veces el Tribunal o la autoridad resolutive se seducirá con los argumentos expuestos, más que por el fondo (será imposible referirse in extenso al fondo en 20' y para eso tendrán tiempo más que suficiente), por la forma o modo sintéticamente clara de la exposición *in voce* que el abogado litigante realice. Ello será una más que apropiada invitación para la revisión detallada y prolija del caso de que se trate, pero en el ángulo propuesto en el informe de quien lo haga bien.

Por cierto, será muy inapropiado enfrentarse oralmente al Tribunal, o autoridad resolutive, o desafiar en ese acto su autoridad, o hacerse llamar la atención, o la imposición de cualquier medida disciplinaria (y hay que recordar que la amonestación es una de estas). Nada hay más terrible para lograr esconder el mensaje del informe –y hacer inútil el objeto del informe *in voce* que lograr un incidente de estos en medio del mismo. Igual sucede con el colega de la parte contraria, a quien deberá expresársele respeto y consideración. La mayor fortaleza de las ideas, o de la posición en el caso, o la posición debilitada, según sea el caso, no va a mejorar en ninguno de los casos por que se agrega al colega, o se le trate mal, o peor aún, ser amonestado por ello por la autoridad o Tribunal resolutive. Por ello mismo, no hay que caer en las provocaciones a ello que, a veces, los malos colegas pretenden imponer en las audiencias respectivas.

La ubicación y el orden del informe *in voce*, es también, algo que el abogado litigante sabe manejar bien. Eduardo J. Couture ⁽⁷⁾ señaló lo siguiente:

“Pero es de toda evidencia que este argumento es insuficiente. En el mejor de los casos, bastaría para aquellas situaciones en las cuales el apelante no ha manifestado su propósito de informar, pero no para aquellos casos en que ambos litigantes lo hubieran hecho. Pero ni aun siquiera para ese caso, el argumento que refutaba De María, sería valedero.

La segunda instancia se abre por virtud de un procedimiento de impugnación, como es el recurso de apelación. El que impugna es el apelante. Siendo el proceso civil un proceso dialéctico, su desenvolvimiento se produce sobre la base de tesis y de antítesis y

(7) COUTURE, Eduardo J.- *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Bs. As.: De Palma, 1979, p. 364.

lo natural en el orden dialéctico es que el que ataque hable primero dando luego ocasión al que se defiende.

Este principio dialéctico no puede ser modificado por el precepto de cortesía de dar prelación al que ha pedido primero la palabra. La cortesía cede ante la justicia. Y la justicia indica que el demandado (y en la apelación, virtualmente el demandado es el apelado) debe hablar en último término, para que pueda ejercer sus defensas con conocimiento de las razones que aduce el atacante.

De sostenerse lo contrario se impondría al demandado el penoso esfuerzo de defenderse de razones que no conoce y de exponer la antítesis antes de la tesis.”

IV. ALGUNOS “MITOS” DEL PROCESO

El proceso deja tras de sí algunos mitos que con el tiempo se han asentado entre los litigantes y los demás protagonistas de su diario drama, y que hacen presa de aquellos que se atreven a improvisar la defensa de un litigio.

El primero de los “**mitos**” consiste en dos opiniones extremas respecto del proceso. Una, la que se refiere a él como una rama de segundo nivel del derecho, donde cualquier abogado puede hacerse cargo de un proceso en tanto que este es una consecuencia del derecho sustantivo. Ello quedó superado, en el siglo XIX cuando nace la **Ciencia del Proceso**. Ahora bien, a pesar de ello se insiste muchas veces en dejar de lado al proceso como parte importante e indispensable del quehacer profesional, dejando su manejo a profesionales que carecen de experiencia en el tema quienes pueden llevar al cliente a un rotundo fracaso en la solución del problema que quieren resolver.

La otra, en el extremo contrapuesto de esta situación, es aquella que manejan algunos **procesalistas** o litigantes que buscan mostrar al **proceso** como una ciencia oculta que involucra una serie de conceptos indescritibles e ininteligibles para cualquier cliente e incluso para quien es abogado de profesión. Este segundo mito debemos también ser desterrado, reiterando con ello que la lógica jurídica y su adecuado manejo resulta esencial para un buen trabajo procesal en el litigio, donde por sobre todo prime el interés del cliente ajustado a la verdad y a la ley.

Un tercer mito distinguible en el proceso, es aquel que se refiere a que todo abogado litigante solo quiere litigar siempre. Ello es diametralmente opuesto a la verdad. Los verdaderos procesalistas conocen que antes del “**proceso heterocompositivo**”, como mecanismo de solución pacífica de conflictos, existen diferentes fórmulas y

métodos más baratos, rápidos y satisfactorios que pueden permitir la solución al problema de nuestro cliente sin llevarlo a los estrados judiciales o arbitrales, y sin hacerlo transitar por el drama de un proceso, puesto que sea cual fuere la naturaleza del proceso este siempre será un drama para nuestro defendido. Entonces, la conciliación, la mediación, la transacción que erróneamente han sido denominadas como formas alternativas de solución de conflictos, en primer término, corresponden al ámbito del derecho procesal y en segundo son antecedentes al **“proceso heterocompositivo”**.

“Todo se soluciona con una denuncia penal”. Esta errónea percepción de los antiguos abogados lo único que hace es aumentar a niveles casi irreductibles las ya existentes diferencias entre las partes en conflicto. Un proceso civil se soluciona mediante un acuerdo civil donde se cedan posiciones normalmente de orden patrimonial, incluso en aquellas circunstancias donde aparentemente lo patrimonial no es lo importante, hoy podemos afirmar que casi todo objeto de discusión jurídica puede ser cuantificable. Por el contrario, un conflicto jurídico de intereses donde han mediado denuncias penales de ida y de regreso que han significado afectaciones a derechos subjetivos tan importantes como la libertad de una persona son mucho más complejos de solucionar, puesto que aquello que se inició como un problema de rasgos civiles donde la discusión era tal vez la posesión de una propiedad o la administración de una sociedad puede desencadenarse en idas y venidas por el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía, lo alejará la posibilidad de negociar y arribar a un acuerdo dentro de las reglas de la buena fe tanto sustantivas como procesales.

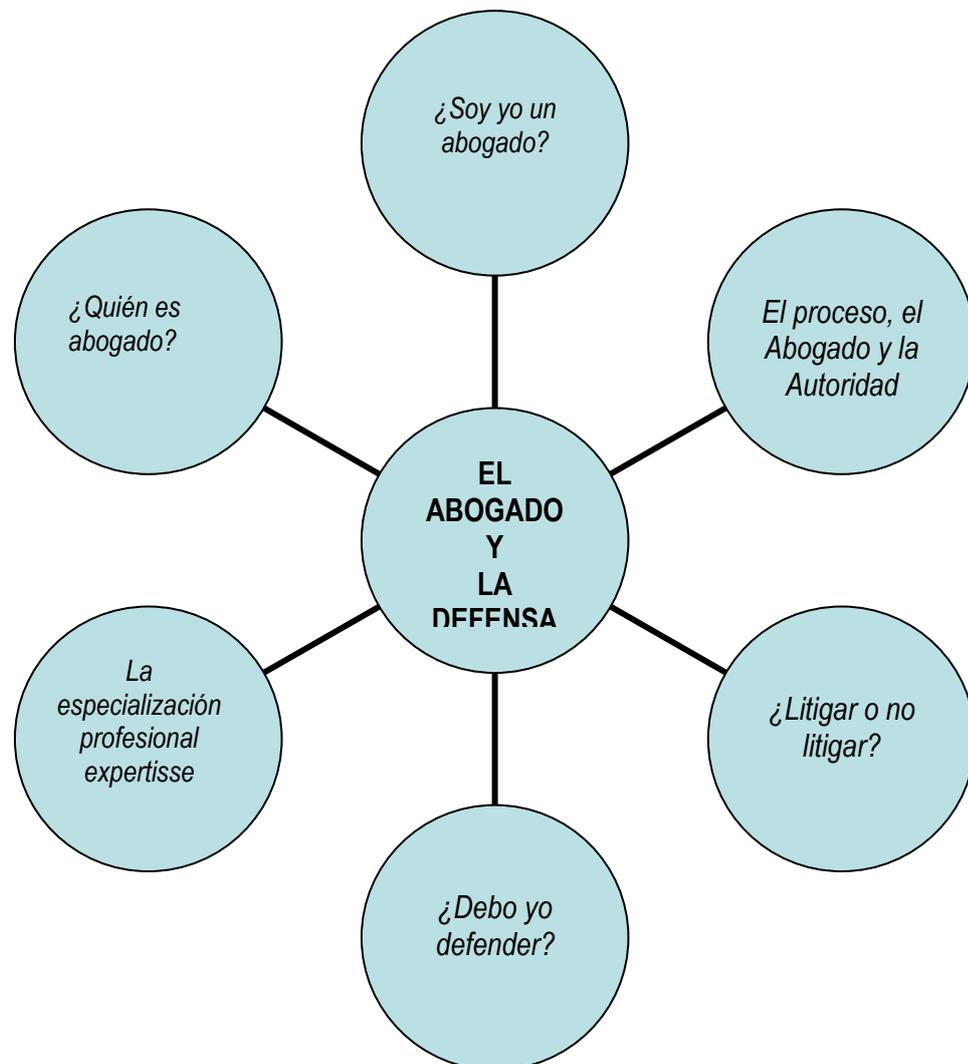
“El proceso penal es especial, y por ello solo los penalistas conocemos de el y las categorías generales del derecho no le resultan aplicables”. Es otro mito falso lamentablemente vigente en la práctica cotidiana con la que, además, debe lidiar el procesalista. El proceso es uno solo, sea este penal, civil, administrativo o constitucional. Los principios, estructuras y características generales de la teoría del proceso y de la teoría general del derecho se aplicarán siempre de la misma manera para todas las ramas, y no hay “islas” en el mundo jurídico, y quien diga lo contrario no ha estudiado con profundidad la verdadera ciencia del proceso ni tiene una buena base formativa en las estructuras básicas del derecho.

“Te voy a demandar aunque me quede sin un centavo y sea lo último que haga”. Nunca, por ningún concepto, la lavada no puede ser más cara que la camisa. Este será un axioma del proceso que debe mantener tras de sí siempre un interés superior al costo que produce. Lo demás será palabrería o fanfarronería y nunca verdad. Cuando se pierda el interés (**Causa Petendi**) en el proceso, este habrá concluido para todo efecto práctico.

“La sentencia judicial o la resolución final nos va a resarcir al 100% las pérdidas y el daño causado”. El proceso y su manejo trae siempre costos que determinan que no siempre hacen de la respuesta judicial o de la resolución de que se trate no sea siempre satisfactoria al 100% respecto de las expectativas que las partes se pudieran haber trazado respecto de estas. Siempre habrá un costo de oportunidad, siempre la solución judicial será “reparadora” **ex post facto** y no resarcitoria, de modo que cualquier solución de consenso o por un mutuo acuerdo será siempre más beneficiosa para ambas partes (un viejo adagio procesal señala que **La composición de las partes debe prevalecer por sobre la composición judicial.**

V.
ANEXOS
ESQUEMAS

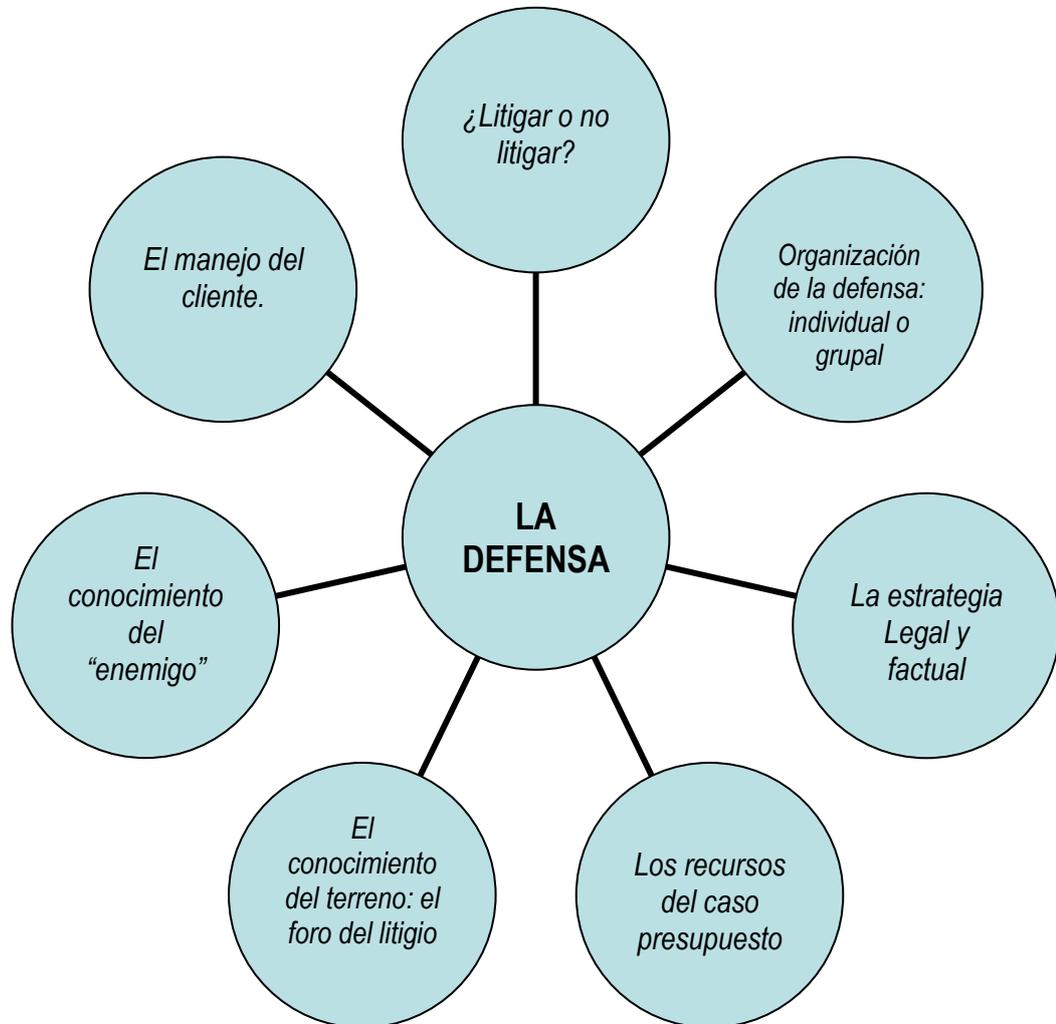
V.1. EL ABOGADO Y LA DEFENSA



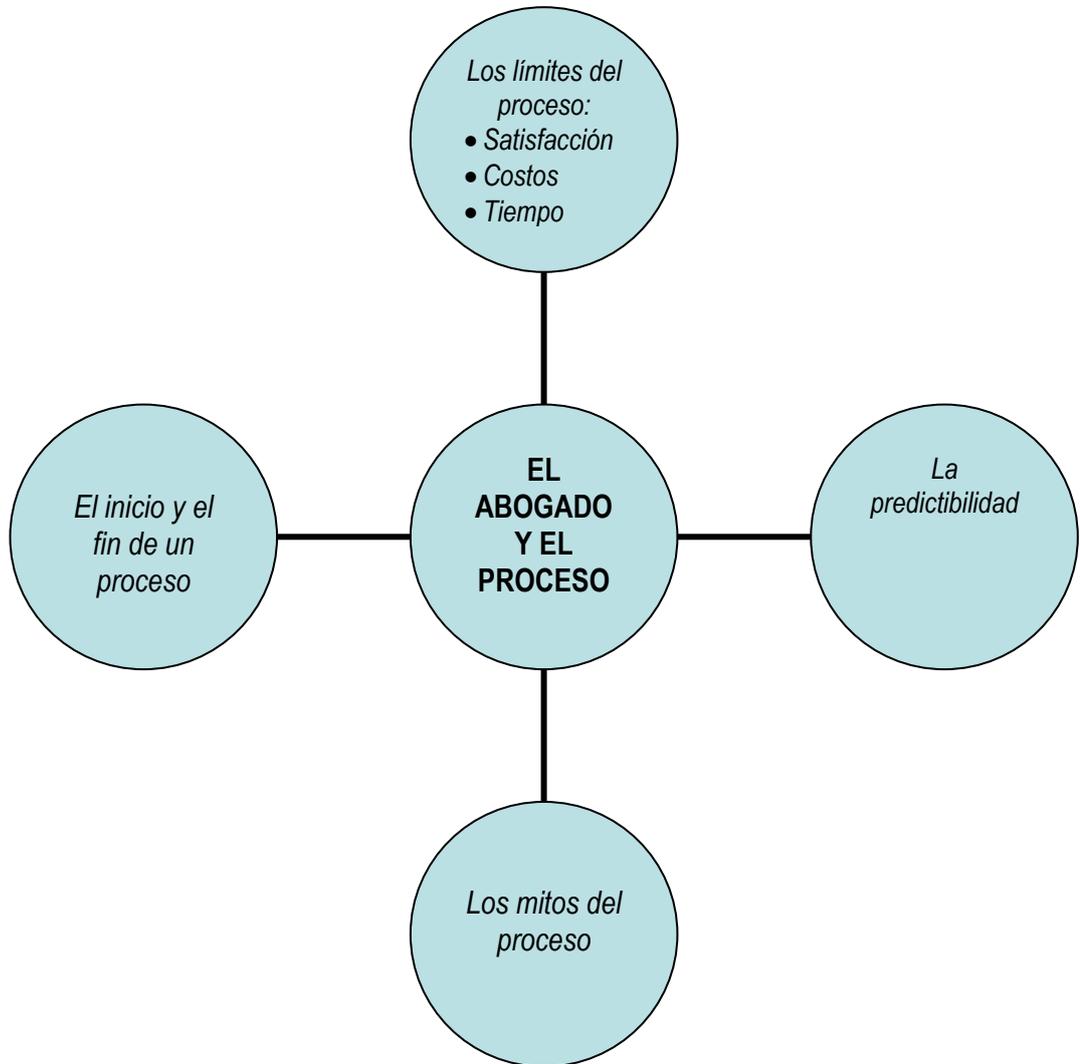
V:2 LA RECEPCIÓN DEL CASO



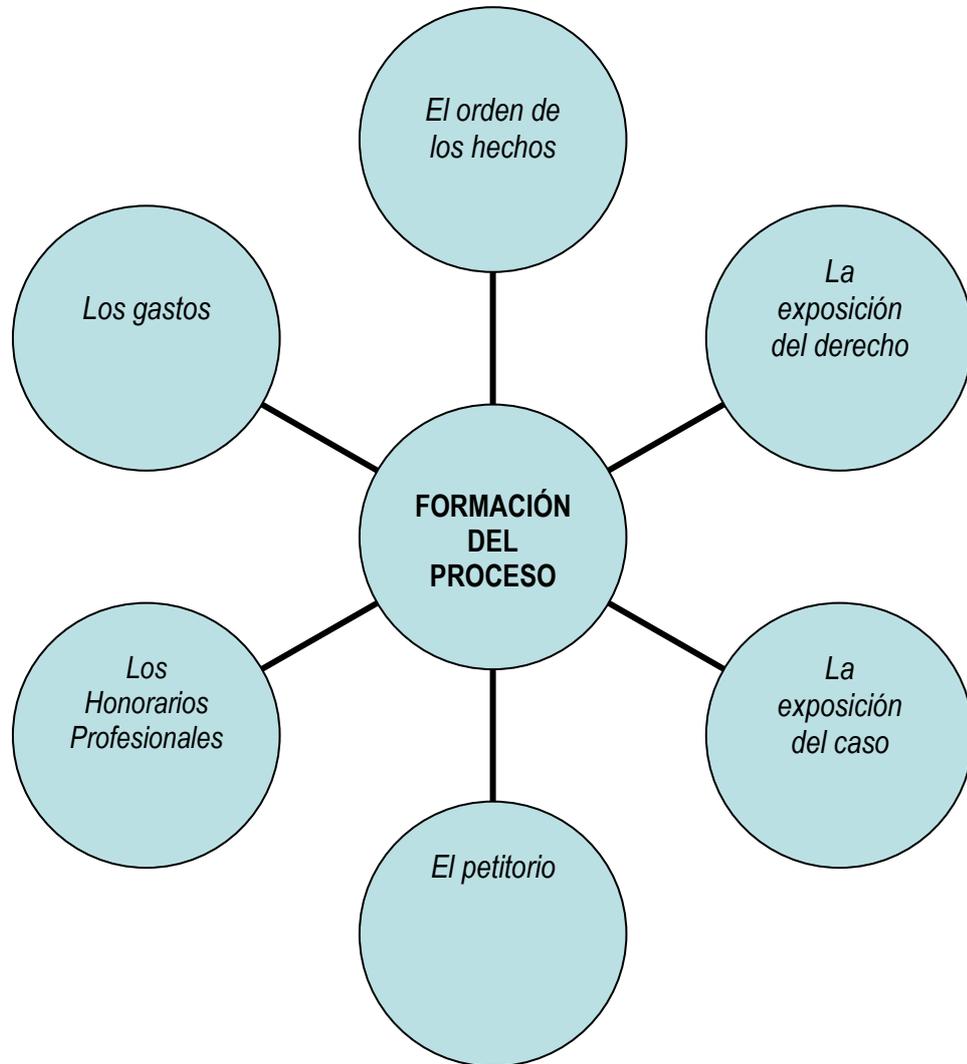
V:3 LA DEFENSA



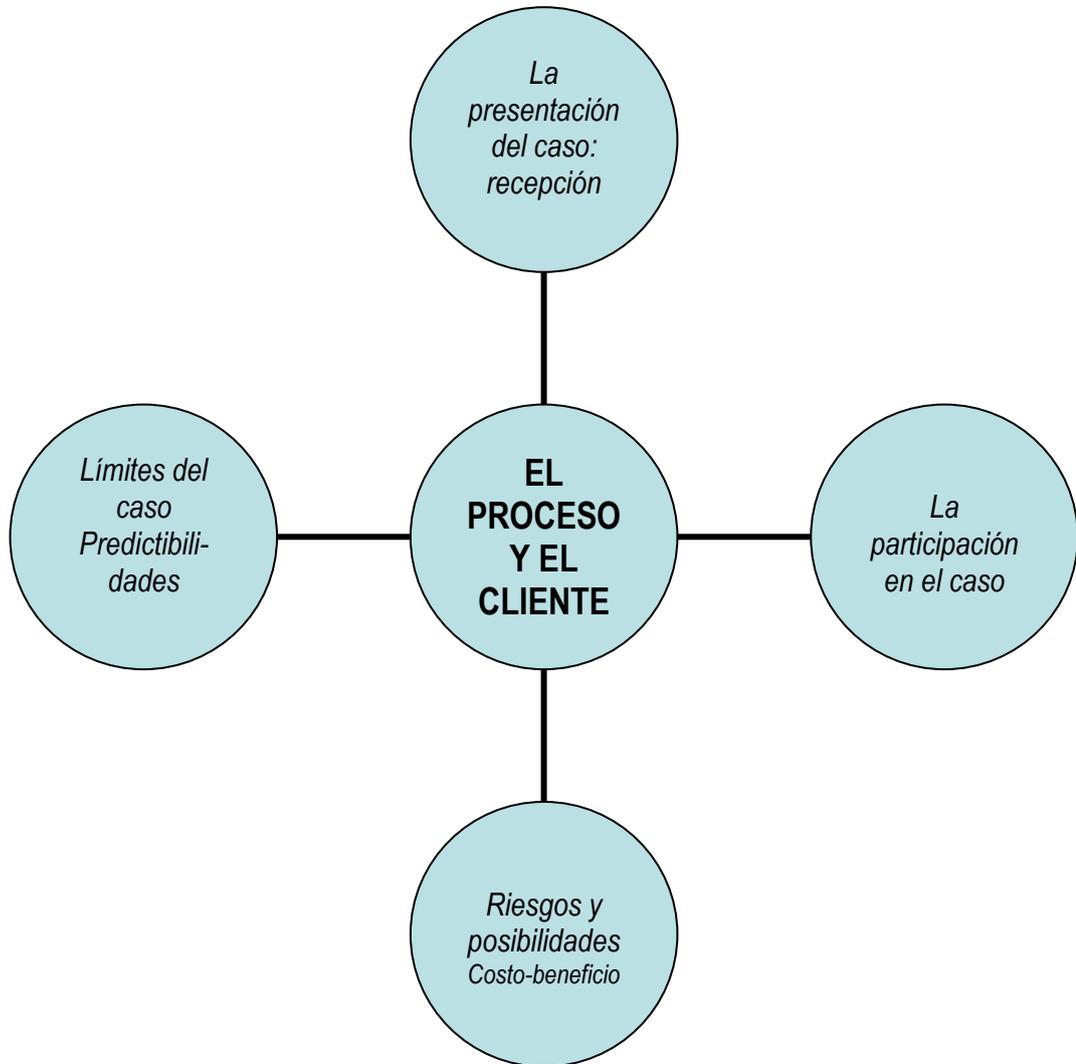
V.4 EL ABOGADO Y EL PROCESO



V.5 FORMACIÓN DEL PROCESO



V.6 EL PROCESO Y EL CLIENTE



V.7 LA PRESENTACIÓN DEL CASO



V.8 EL FORO DEL CASO

