

Los recursos en la litigación

Carolina Ahumada

Colección

Litigación y enjuiciamiento penal adversarial

Director

Dr. Alberto Binder

Coordinadora general

Leticia Lorenzo



ediciones**Didot**

Índice

Prólogo	15
Introducción	19
1. Litigación de impugnación	25
1.1. El control de las decisiones judiciales en un modelo adversarial	27
1.2. Utilidad de este manual	28
1.3. Litigación en el juicio vs. litigación de impugnación	29
2. Principios generales de la litigación de impugnación	33
2.1. Ayudar al juez a entender de qué se trata el caso	34
2.2. Elegir, elegir, elegir	36
2.3. Empezar por lo más fuerte	38
2.4. Utilizar preguntas para presentar el tema	39
2.5. Adelantar debilidades	40
2.6. Presentar un mundo posible	41
2.7. Refutar a la contraparte con anticipación	42
2.8. La justicia del caso	43
2.9. Posición frente a los jueces	43
2.10. Conocer a los jueces	44
2.11. Manejar a la perfección los precedentes	46
2.12. Ser breves	47

3. Preparación del caso	49
3.1. Conocer el caso	49
3.2. Preparar un buen mapa del caso	49
3.3. Identificar temas para el argumento	50
3.3.1. <i>Listar posibles temas</i>	50
3.3.2. <i>Seleccionar los temas para el argumento</i>	51
3.3.3. <i>Identificar el tema más fuerte</i>	51
3.3.4. <i>Conectar los temas</i>	52
3.4. Identificar citas válidas	52
3.5. La escalera de abstracción	53
3.6. Desarrollar el argumento	56
3.6.1. <i>Fórmulas deductivas</i>	57
3.6.2. <i>¿Es suficiente el silogismo?</i>	63
3.6.3. <i>¿Sobre qué argumentar?</i>	67
3.7. <i>¿Y la teoría del caso?</i>	72
4. El escrito de impugnación	75
4.1. <i>¿Litigación escrita?</i>	75
4.2. Importancia del escrito de impugnación	76
4.3. Algunas ideas para tener en cuenta a la hora de escribir	77
4.3.1. <i>Tener un plan de escritura</i>	77
4.3.2. <i>Ser claros, directos y evitar el lenguaje afectado</i>	78
4.3.3. <i>Utilizar las citas con precisión</i>	81
4.3.4. <i>Dividir en capítulos, subsecciones y apéndices</i>	82
4.3.5. <i>No utilizar un lenguaje emocional</i>	83
4.3.6. <i>No exagerar</i>	84
5. La estructura del escrito de impugnación	85
5.1. Fijar el tema	85
5.1.1. <i>Elementos necesarios</i>	87
5.1.2. <i>La pregunta persuasiva</i>	92

5.1.3. <i>Algunas técnicas para fijar el tema</i>	94
5.1.4. <i>Trazar una línea en la arena</i>	95
5.1.5. <i>Lista de control para la fijación del tema</i>	96
5.2. Fijar los hechos	97
5.2.1. <i>Organización</i>	98
5.2.2. <i>Decidir los hechos a incluir</i>	102
5.2.3. <i>Relatar los hechos de manera persuasiva</i>	104
a) <i>Crear un contexto favorable</i>	105
b) <i>Énfasis</i>	105
5.2.4. <i>Ejemplo de fijación de los hechos</i>	109
5.2.5. <i>Lista de control para la fijación de los hechos</i>	115
5.3. El resumen del argumento	116
5.4. El argumento	118
5.4.1. <i>Tratar los argumentos de la contraparte</i>	119
5.5. La conclusión y la pretensión final	123
5.6. Algunas maneras de arruinar un buen escrito	125
5.7. Edición del documento	126
5.8. Nuevos agravios	127
5.9. Fortalezas y debilidades del escrito	128
6. Objetivos del argumento oral	131
6.1. Humanizar el caso	131
6.2. Poner el caso en perspectiva	132
6.3. Clarificar los argumentos	133
6.4. Demostrar a los jueces la solidez del caso	133
6.5. Simplificar la información	133
6.6. Demostrar credibilidad	134
6.7. Responder a la contraparte	134
6.8. Actualizar la información	135
6.9. ¿Puede el argumento oral cambiar el curso de un caso?	135

7. Preparación del argumento oral	137
7.1. Tener un lema	138
7.2. Puntos afirmativos	138
7.3. Decidir los puntos para argumentar	139
7.4. Reunir toda la información necesaria	141
7.5. Conocer las normas y precedentes	142
7.6. Ser absolutamente claros en la teoría del caso	142
7.7. Conocer a los jueces	143
7.8. Anticipar las preguntas	144
7.9. Analizar posibles vinculaciones con otras áreas del derecho	145
7.10. Preparar una guía flexible	145
7.11. El uso de apoyo visual	146
7.12. Preparar la apertura y el cierre de la presentación	147
7.13. Práctica con colegas	147
7.14. Determinar qué documentos posee el tribunal	150
8. Presentación del argumento oral	153
8.1. Puro jazz	153
8.2. La introducción	155
8.3. El contenido del argumento	158
8.4. La conclusión	159
8.5. Puntos estratégicos	160
8.5.1. <i>Adoptar un estilo conversacional</i>	160
8.5.2. <i>Enfocarse en el objetivo</i>	161
8.5.3. <i>Enfrentar el punto más débil del caso</i>	162
8.5.4. <i>No insistir</i>	162
8.5.5. <i>Mantenerse flexible</i>	162
8.5.6. <i>Ponerse en el lugar de los jueces</i>	163
8.5.7. <i>Nunca efectuar afirmaciones sin sustento</i>	164
8.6. Algunas recomendaciones para el argumento oral	164
8.6.1. <i>¿Cómo debe ser la presentación oral?</i>	164

8.6.2. <i>¿Se puede leer el argumento?</i>	165
8.6.3. <i>¿Es una buena idea aprender de memoria el alegato oral?</i>	165
8.6.4. <i>¿Qué cosas NO debería realizar un litigante?</i>	166
8.6.5. <i>¿Es imprescindible relatar el hecho durante la audiencia?</i>	166
8.7. Después del argumento oral	167
9. Las preguntas	169
9.1. Su importancia	169
9.2. Las preguntas y cómo ven los jueces los casos	172
9.3. Tipos de preguntas	173
9.3.1. <i>La pregunta sobre el “corazón del caso”</i>	173
9.3.2. <i>La pregunta prematura</i>	174
9.3.3. <i>La pregunta amistosa</i>	174
9.3.4. <i>La pregunta tonta</i>	175
9.3.5. <i>La pregunta hipotética</i>	176
9.3.6. <i>La pregunta a la contraparte</i>	177
9.3.7. <i>La pregunta de debate</i>	178
9.3.8. <i>La pregunta que cambia el tema</i>	178
9.3.9. <i>La pregunta compuesta</i>	179
9.3.10. <i>La pregunta irrelevante</i>	179
9.3.11. <i>La pregunta que busca reformulación</i>	180
9.3.12. <i>La pregunta que sugiere la respuesta</i>	180
9.3.13. <i>La pregunta hostil</i>	180
9.3.14. <i>La pregunta que fuerza a tomar una posición</i>	181
9.3.15. <i>La pregunta sobre los antecedentes del caso</i>	181
a) <i>Preguntas sobre las partes involucradas</i>	182
b) <i>Preguntas sobre la decisión impugnada</i>	183
c) <i>Preguntas sobre los registros</i>	183
9.3.16. <i>La pregunta sobre los alcances de la posición alegada</i>	183
a) <i>Preguntas sobre la posición de las partes</i>	184

<i>b) Preguntas sobre los precedentes</i>	184
<i>c) Preguntas sobre las leyes aplicables</i>	184
<i>d) Preguntas sobre los valores subyacentes</i>	184
<i>e) Preguntas basadas en una aproximación constitucional</i>	185
9.4. Cómo enfrentar las preguntas	185
9.4.1. Escuchar y estar seguros	185
9.4.2. Ser directo	186
9.4.3. No enojarse	186
9.4.4. Honestidad	187
9.4.5. Buscar el camino para retomar al argumento	188
9.4.6. Cuidado con las concesiones	189
9.5. ¿Qué evitar al responder preguntas?	190
9.6. Para ejercitar	190
10. Réplicas	195
10.1. Su importancia	195
10.2. Puntos estratégicos	195
10.2.1. La réplica es para replicar	195
10.2.2. Los temas centrales no deberían dejarse para la réplica	196
10.2.3. Se puede resignar la réplica	196
10.2.4. No responder todo	197
10.2.5. Identificar las concesiones de la otra parte	198
10.2.6. Estilo y contenido	198
10.2.7. Prestar atención a los jueces	199
10.2.8. Siempre reservar tiempo de réplica	199
10.2.9. Tener un plan	199
11. Esquema para el argumento oral	201
12. Lista de control para el argumento oral	203
13. El rol de las partes	207

13.1. La importancia de todas las partes en la audiencia	207
13.2. Estrategias para el recurrente	209
13.2.1. <i>En el escrito</i>	209
13.2.2. <i>En la audiencia</i>	209
13.3. Estrategias para el recurrido	210
13.3.1. <i>En el escrito</i>	210
13.3.2. <i>En la audiencia</i>	211
13.3.3. <i>Estructura de la presentación</i>	212
13.3.4. <i>Ser flexible y no repetir</i>	213
13.4. Audiencias multi-parte	213
14. Los jueces	215
14.1. El rol de los jueces antes de la audiencia	215
14.2. El rol de los jueces durante la audiencia	218
14.3. Funciones de los jueces	221
14.3.1. <i>Garantizar la libertad e igualdad del debate</i>	221
14.3.2. <i>Generar una atmósfera conversacional</i>	221
14.3.3. <i>Fijar las reglas del juego</i>	221
14.3.4. <i>Ejemplos de reglamentaciones de audiencia</i>	222
14.3.5. <i>Dirección de la audiencia</i>	227
14.3.6. <i>Interacción con los abogados</i>	228
14.3.7. <i>Tomar la decisión</i>	228
Desafíos	231
Anexo de casos	233
Bibliografía consultada	257

Prólogo

Así como siempre he creído que el objetivo inicial de un proceso de reforma de la justicia debe comenzar siempre por mejorar la primera instancia, estoy convencido también que el desarrollo posterior de todo mejoramiento de la justicia penal pasa necesariamente por la actuación de los tribunales de revisión, o por los mecanismos de revisión de las sentencias, que preservan y orientan la calidad de las decisiones judiciales. Para ello, no solo se debe ser cuidadoso con la selección de los magistrados que conforman esa instancia de control, sino que se deben mejorar todas las condiciones del litigio revisor. Y es allí donde nos chocamos con la vieja tradición inquisitorial, que convierte a nuestros tribunales revisores en tribunales “superiores”, mucho más preocupados por el control administrativo-disciplinario o comisarial de los tribunales “inferiores”, que en generar las condiciones para que el control de calidad se convierta en una herramienta de avance de las reformas judiciales y de progresividad de los derechos de los litigantes.

Es necesario en nuestro país llevar adelante un plan completo y urgente de reforma del funcionamiento de esos tribunales, que debería comenzar con nuestra propia Corte Suprema, pasar por los Tribunales o Cortes Superiores de Provincia y llegar las Cámaras Federales de Casación y Apelación. Hoy todo nuestro sistema recursivo es mucho más un instrumento de atraso que de progreso, de arbitrariedad antes que de seguridad jurídica, de confusión jurisprudencial, antes que de clarificación de los precedentes, de manipulación antes que de imparcialidad, de individualismo antes que de republicana deliberación. No solo el sistema de precedentes se reciente –y sin un adecuado respeto a los precedentes es imposible hablar de seguridad jurídica–, sino que el litigio se vuelve imposible y los abogados buscan ser *lobistas* antes

que litigantes. La crisis del sistema recursivo nacional es completa y su mejoramiento debe ser encarado con firmeza.

Estas razones que trato de exponer con cierta vehemencia son las que me llevan a destacar la importancia del libro que hoy me toca presentar. Es muy poca la literatura que existe en nuestra región sobre el litigio de segunda instancia y, menor aún, es la preparación de los abogados y los jueces para ello. Es cierto que nuestra propia Corte Suprema y algunos –no tantos– Tribunales superiores o Cámaras Federales han comenzado a realizar audiencias, pero la tendencia a convertirlas en el viejo trámite de las audiencias *in voce*, o la increíble práctica de algunos jueces, que mandan a sus funcionarios a “desalentar” el pedido de audiencia, hacen que todavía esos esfuerzos sean aislados y no constituyan una práctica masiva. De la mano de estas distorsiones se producen las de los propios abogados, acostumbrados a escribir largos memoriales llenos de repeticiones o citas insustanciales, a confundir motivos y agravios por doquier, y acostumbrados a que, en definitiva, pocos jueces leerán con atención lo que escriban. Porque a la vez que hemos podido reducir el fenómeno de la delegación de funciones en la primera instancia, se ha fortalecido en las instancias revisoras, así que nunca se sabe quien es, en realidad, el verdadero juez de la causa, o por lo menos el lector atento de las impugnaciones. Así los tribunales se llenan de “relatores” que son productores de sentencias y los jueces se dedican a los temas administrativos, de gobierno o a otras tareas no jurisdiccionales.

La autora nos presenta un libro práctico, tal como lo exige esta colección, con especial dedicación a los litigantes y a los jueces, para que mejoren el modo en que litigan. Litigar es el centro de un sistema que se toma en serio los intereses en juego. Y el litigio de segunda instancia, tan olvidado, tiene características propias, que van de la mano con las especialidades de las audiencias de litigio, propias de las revisiones del caso. En primer lugar, las presentaciones de los recursos, su fundamentación en escritos requiere una precisión que permita a los jueces que asistirán a las audiencias conocer con precisión el objeto litigioso. No puede ser que en los pocos tribunales donde se hacen audiencias, muchos jueces lleguen al estrado sin tener la mínima noción del pleito en cuestión. El juez de segunda instancia no es como el de primera instancia que debe llegar sin información previa, para realizar la producción de la prueba en juicio. El juez de segunda instancia –no sus funcionarios– es un juez que

llega a la audiencia conociendo con precisión las impugnaciones. Todo ello reclama un rigor de trabajo que estamos lejos de conseguir, y este libro desarrolla herramientas para que los abogados puedan adquirir las habilidades para hacer impugnaciones precisas, agudas, fundamentadas, sin verborragia y desvíos rutinarios. Mociones que permitan a los jueces comprender, en un tiempo razonable, de que se trata el litigio y, por ello, podremos exigirles que vayan informados a la audiencia.

Por otra parte, el litigio de segunda instancia tiene una imbricación de los problemas jurídicos, de garantías constitucionales, de construcción de los supuestos fácticos y de estándares valorativos de la prueba que es mucho más complejo, aunque puntual, que el litigio de primera instancia. Por ello los jueces y litigantes deben estar preparados para debates jurídicos, para el desarrollo de propuestas de razonamiento judicial, de interpretación constitucional; en fin, claves de argumentación jurídica que hoy no forman parte de la formación tradicional del abogado. Mal se presta nuestra formación academicista o libresca para el avance de la argumentación jurídica y el razonamiento judicial, pero no queda otro camino que el desarrollo de estas nuevas (viejas) prácticas para el desarrollo de nuestro sistema jurídico. Al fin de cuentas, en gran medida, la retórica, se inventó para la actuación judicial. En consecuencia, el litigio de segunda instancia tiene muchas particularidades que este libro comienza a desembrozar. Un debate entre las partes, que tiene a los jueces atentos a intervenir mediante preguntas o exigencias de precisión. Un tipo de litigio con una enorme capacidad de formar una nueva abogacía, algo que también necesitamos con urgencia.

Carolina Ahumada ha realizado este trabajo con precisión y entusiasmo. Su experiencia la califica para conocer el modo como se llevan adelante las impugnaciones en nuestro país, pero su vocación la lleva también a participar en todo lo que signifique construir una mejor administración de justicia. En este trabajo inicia una nueva forma de literatura sobre los recursos que no tiene muchos antecedentes en nuestra región. Hace tiempo que desaparecieron los viejos manuales prácticos o las guías de formularios, que formaban a los abogados en la época de predominio absoluto de los trámites escritos. Pero la oralidad, que ya lleva décadas, no fue acompañada de obras prácticas distintas a las anteriores, que no ofrezcan fórmulas, sino que enseñan habilidades. Hoy damos un paso más en la construcción de esos materiales de enseñanza, y esperamos

que poco a poco podremos, en esta colección, abarcar todos los aspectos del litigio, en todas sus dimensiones, avanzando hacia los temas más especializados.

Como nunca nos cansaremos de repetir, el litigio oral y público es una gran herramienta social, cuya custodia, en definitiva, está en manos de los abogados. No lo hemos hecho bien hasta ahora, pero la buena fe procesal, base de la ética de la abogacía, implica no solo aceptación de las formas, sino una adhesión más profunda y consciente al sentido positivo de esas formas. Cuando Bourdieu, con dureza, decía que los abogados ya no éramos “guardianes del orden”, sino “custodios de la hipocresía social” tenía razón y desencanto. Pero para los que creemos profundamente en la profesión de la abogacía como herramienta para la preservación de los derechos, debe existir otro camino: hoy gracias a la autora tenemos una pequeña herramienta más para convertirnos en profesionales que sepan gestionar los intereses en conflicto, haciendo de la institución judicial, no un laberinto de trámites y fórmulas vacías, sino el espacio social de construcción de la tolerancia, la legalidad y, a veces, la justicia.

Alberto M. Binder
INECIP