

## LITIGACIÓN, ESTRATEGIA Y PROCESO LABORAL

LUIS VINATEA RECOBA<sup>(1)</sup>

La introducción del sistema de audiencias en el proceso ordenado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) ha significado que el proceso laboral encuentre en la oralidad, la inmediación y la concentración sus principales características. Cualquiera que se encuentre litigando bajo las reglas del nuevo proceso sabe que en este la audiencia de juzgamiento —que es pública y registrada en video<sup>(2)</sup> se ha constituido en el eje del proceso y en términos prácticos, en la única oportunidad para convencer al juez de que los hechos sostenidos como base de las pretensiones son los que se afirman<sup>(3)</sup>. Ese es probablemente el cambio más importante y el de mayor impacto en el ámbito de la litigación, porque a partir de ese cambio en la estructura del proceso no solo se han tenido que variar las formas de actuar en el proceso, sino también las formas mismas de llevar a cabo y organizar el trabajo legal de los abogados que litigan.

La introducción de cambios estructurales tan importantes en el proceso ha determinado la necesidad de variar las estrategias que típicamente se aplicaban al proceso laboral.

- 
- (1) Profesor de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Piura y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Miranda & Amado Abogados.
  - (2) Con relación al proceso penal oral, Baytelman y Duce señalan que “(...) litigar juicios orales —y dirigirlos— es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio —por decir ninguno— para la improvisación: si los abogados no están preparados, los casos se pierden y se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se cometen ante los ojos del mundo”. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Ibañez, Bogotá, 2011. p. 41.
  - (3) La afirmación es genérica, pues también es posible que se resuelva un caso en la misma audiencia de conciliación mediante el juzgamiento anticipado, ya sea que no se requiera probar hechos porque ya se tiene certeza de estos o ya sea que el caso sea uno de puro derecho. En cualquiera de ambos casos, la afirmación no pierde su valor porque el momento ordinario para la actuación de pruebas —que son las que sustentan los hechos— es la audiencia de juzgamiento.

El proceso regulado por la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636) era uno de corte esencialmente escrito y de larga duración, similar en su estructura al proceso civil y en el que el rol de las partes no era necesariamente muy activo. Es decir, se trataba de un proceso de corte dispositivo en el que ellas tenían a su cargo el inicio e impulso de este, pero que en la práctica terminaba siendo de corte inquisitivo, porque la duración del proceso y la distancia<sup>(4)</sup> que había entre las partes y el juez, obligaba a este último a mantener un rol pasivo frente a la inactividad de las partes y a investigar los hechos más allá de la propia actividad probatoria de aquellas (que daba por sentado que el juez lo haría y, por tanto, solían “relajar” la actividad probatoria y a ejercer una litigación “reactiva” más que “proactiva”<sup>(5)</sup>). Por supuesto que nada impedía a las partes indagar, impulsar y ser muy activos en materia argumentativa y probatoria, y probablemente la práctica diferenciadora del litigio suponía justamente hacer eso. De alguna manera, los “buenos litigantes” eran aquellos capaces de comunicar adecuadamente sus pretensiones por escrito y acompañarlas de gestiones personales dirigidas a convencer al juez de la posición sostenida, sin la necesaria presencia de la contraparte.

Las estrategias procesales en el contexto de la Ley N° 26636 solían basarse en lo anterior y en el hecho de que las pruebas eran esencialmente documentales. Tales estrategias, todavía vigentes en algunas jurisdicciones<sup>(6)</sup> partían por considerar al proceso escrito como uno en el que a pesar de la preclusión de etapas se terminaba admitiendo la posibilidad de agregar material probatorio, bien de oficio o bien flexibilizando las reglas de preclusión, debido a que, por causa de la duración del proceso, el juez terminaba requiriendo volver a familiarizarse con las pruebas que había conocido meses o años atrás<sup>(7)</sup>. Del mismo modo, el proceso

(4) Lo que se sustentaba en el hecho de que el proceso era de carácter casi epistolar: las partes comunicaban sus posiciones por escrito, el juez las resolvía y todo se notificaba a través de un “servicio” de notificaciones que hacía que las partes tomen conocimiento de lo ocurrido –decidido– en el proceso.

(5) BAYTELMAN y DUCE. Ob cit., p. 39, critican duramente el sistema inquisitivo en el proceso penal señalando que “Muy por el contrario, el sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces. Principalmente favorecido por la escrituración y el secreto, un abogado puede perfectamente encontrarse en el tribunal con resoluciones que no entiende, pero que puede responder en la calma de su oficina tras consultar un manual o conferenciar con un colega (ni hablar de la racionalidad de la conclusión de que probablemente la destreza que más le otorgue competitividad sea desarrollar su habilidad para establecer buenas ‘redes’ de funcionarios en los tribunales –y de policías fuera de ellos– antes que privilegiar su capacidad de análisis jurídico o su conocimiento de la ley). Los jueces, por su parte, gozan del refugio de su despacho y escasamente deben rendir cuentas por sus decisiones; así, pueden con total impunidad rechazar el más perfecto argumento jurídico sin haber llegado jamás a entenderlo, simplemente poniendo ‘no ha lugar’ al final de la página u ofreciendo fundamentaciones puramente formales que no se hacen cargo realmente de los argumentos presentados”. Ideas similares pueden perfectamente ser trasladadas al proceso escrito que, en la práctica, termina incorporando notas inquisitivas.

(6) La NLPT no está vigente en todos los distritos judiciales. Ella misma ha previsto su aplicación gradual de tal forma que en algunos distritos se sigue aplicando la Ley Procesal del Trabajo N° 26636.

(7) Fuera de que en muchos casos el juez asumía el conocimiento del proceso en sustitución de otro juez y,

escrito tendía a privilegiar los medios de prueba escritos relegando pruebas como las testimoniales, las declaraciones de parte y las pruebas periciales.

El nuevo proceso laboral, basado en audiencias concentradas en las que prima la oralidad y el papel activo del juez, supone una revalorización absoluta de las pruebas testimoniales, declarativas y periciales, y por supuesto, una modificación de toda la estructura y funcionalidad del proceso, lo que lleva a modificar, como decíamos, las formas de actuación en el mismo introduciendo la necesidad de utilizar nuevas destrezas y herramientas. El nuevo proceso oral, de corte adversarial y no inquisitivo es uno que introduce cambios muy importantes en materia estratégica y el que hace imprescindible la aplicación de dicho enfoque en la litigación.

Cualquier proceso estratégico considera la incorporación de cambios en la estrategia, si cambian las circunstancias o condiciones del entorno, incluyendo dentro de estas, por ejemplo, a las reglas del proceso judicial mismo. Eso es precisamente lo que ha ocurrido con el proceso laboral. Cambió su estructura y funcionalidad, entonces ha sido necesario cambiar las formas de actuar y, por tanto, cambiar las estrategias que solían usarse en él.

Lo anteriormente dicho no es muy distinto de lo que pasaría en el mercado si las condiciones del mismo o las de un segmento cambiaran. Por ejemplo, si en el mercado de productos médicos las farmacias (compradores) se concentraran formando cadenas y su poder de negociación se incrementara, eso podría llevar a los productores (los laboratorios) a cambiar su estrategia de precios y, por qué no, a las farmacias a incursionar en el mercado de los laboratorios integrándose con ellos.

El ejemplo anterior permite apreciar que un cambio profundo como la concentración de las farmacias puede determinar que estas, por un lado, cambien su estrategia de “simples vendedores” por la de “productores y vendedores” y, por otro, los productores a vender más barato o integrarse verticalmente con las farmacias.

Así, las estrategias siguen a los cambios que ocurren en un sector, en un procedimiento, en una estructura, en la competencia o en el comportamiento de los consumidores. Las estrategias también varían por causa de los cambios normativos. Pero sea por la razón que fuere, los cambios profundos como los provocados por la NLPT obligan a cambiar las estrategias procesales y obligan a hacerlo además porque, como lo veremos más adelante, los procesos orales tienen que ver con la competencia en la que se enfrascarán las partes para convencer al juez

por tanto, requería tomar conocimiento con mayor detalle de lo ocurrido en el mismo.

de su posición. Esto significa, como en todo régimen de competencia, que deban desplegarse estrategias para ganar o para alcanzar un objetivo.

Dicho lo anterior, ya se puede adivinar el propósito de esta ponencia: mostrar cómo han impactado los cambios introducidos por la NLPT en la forma de ejercer la defensa de los casos y qué herramientas y cómo se puede llevar a cabo el proceso estratégico en el nuevo proceso.

Para ello haremos referencia a las razones que llevan a actuar estratégicamente en el proceso, el proceso de formulación estratégica, la formulación genérica y la específica de la estrategia y la implementación de la estrategia en el proceso. El marco para este análisis es el ofrecido por la NLPT y las siguientes líneas lo explican.

## I. LA VERDAD DE LOS HECHOS Y LA NECESIDAD DE ACTUAR ESTRATÉGICAMENTE

La característica de todo proceso judicial es que contiene una discusión sobre hechos debido a que cada parte presenta en el proceso su propia versión de ellos. No es que una tenga la verdad y la otra no. En algunos casos eso podría ser así, pero en otros la presentación de los hechos es el resultado del análisis de una misma situación desde dos o varias perspectivas distintas. Y la gracia del proceso, al menos el que responde al modelo adversarial, es que las dos posiciones o perspectivas deben competir entre sí y el juez debe resolver la controversia sobre la base de los hechos que estas hicieron que le resulten más convincentes.

Pero si bien las partes en un proceso de tipo adversarial harán lo necesario para convencer al juez de los hechos que le presentan, lo cierto es que estos responden a versiones heterogéneas, fragmentadas y diferentes entre sí<sup>(8)</sup>. Por eso es que el proceso, más allá de la visión doctrinaria que solemos utilizar los abogados para conceptualizarlo, tiene como una de sus principales características la de constituirse en un mecanismo o incluso un escenario para hacer posible la reconstrucción de hechos ocurridos en el pasado.

Visto así, el proceso judicial, un proceso que sirve para reconstruir hechos, es un juego en el que participan dos partes haciendo exactamente lo mismo, pero pretendiendo satisfacer un interés concreto distinto. Y comoquiera que ambas

(8) BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Ob. cit., p. 78.

tienen un interés concreto pero diferente entre sí, un objetivo que compite con otro, es inevitable que el mismo dé paso a la formulación de una estrategia para alcanzarlo. Esta, que será una que sirva para alcanzar un objetivo o para evitar que la otra parte logre el suyo, dependerá de la habilidad para llevar a cabo tal reconstrucción, pero además de la habilidad para articular una serie de factores externos e internos, que pueden ser determinantes en ese proceso de reconstrucción.

En la medida que el proceso culmina con una sentencia y esta se construye sobre la base de la certeza de ciertos hechos en relación con los cuales se aplicará una regla jurídica (contenida en una norma o en un contrato), la oportunidad para el despliegue de conductas estratégicas aparece nítida. Y de eso se trata el litigio, de desplegar actividades estratégicas<sup>(9)</sup>. Más allá de que los procesos judiciales sean formas muy civilizadas de resolver conflictos y su propósito sea ese, para las partes intervinientes en él el objetivo inmediato no es solucionar el conflicto, para ellas lo fundamental es ganar. Y como ello depende de que el juez –que es quien resolverá el conflicto– se convenza de ciertos hechos, su objetivo será acreditarlos y convencerlo de que esos hechos coinciden con el supuesto previsto por una regla, que es la que pretenden aplicar como base de su pretensión<sup>(10)</sup>.

Lo anterior nos ubica frente al problema largamente discutido de la verdad de los hechos en el proceso<sup>(11)</sup>. Si bien alcanzar la verdad material es una expectativa legítima de la sociedad y el proceso laboral aspira a ello, lo cierto es que alcanzarla depende de muchos factores que no necesariamente concurren con ella y que pueden conducir a una verdad formada en el proceso. No una verdad formal, pues no es un puro convencionalismo, sino una verdad formada en un escenario en el que la verdad material actúa como un ideal que permite diseñar las reglas de un proceso justo y eficaz<sup>(12)</sup>, en el que esas reglas permitirán producir una verdad formada en el proceso, “una verdad oficial”<sup>(13)</sup>.

La idea anteriormente expresada puede resultar muy incómoda para la consistente línea doctrinaria que ha sostenido que el proceso es uno cuyo objeto es

(9) En el mismo sentido se expresan Baytelman y Duce. Ob. cit., p. 77, quienes afirman que “litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico”.

(10) Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta que la demostración de los hechos no necesariamente da paso a una coincidencia con el supuesto de hecho de una norma o con el entendimiento del mandato jurídico contenido en esta. Se puede probar un hecho pero no necesariamente haber interpretado una norma o estar en una creencia equivocada acerca de las consecuencias de esta.

(11) El tema ha sido largamente tratado por la doctrina. Por todos, y ya en el ámbito del proceso laboral, ver PAREDES PALACIOS, Paul. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. Ara editores, Lima, 1997, p. 281 y ss.

(12) *Ibidem*, p. 291.

(13) BAYTELMAN y DUCE. Ob. cit., p. 78.

“la búsqueda de la verdad”. Pero por incómoda, no puede dejarse de lado y reconocer que en un proceso oral se solucionan muchos de los problemas que de facto llevaban a acudir al principio de veracidad: la duración del proceso y lo limitado del proceso escriturario, fuera del carácter marginal que se otorgaba a las pruebas testimoniales, declarativas y periciales, hacían necesario que el juez se pregunte por lo menos si lo que tenía ante sí era real o no. Por otro lado, a pesar de ser incómoda, se trata de una cuestión de realismo: la verdad material como objetivo es un concepto muy alejado de los que las partes buscan en un proceso. No se trata de que mientan o falseen los hechos, justamente el principio de veracidad está allí para evitar eso, pero sí de que ellas puedan lograr alcanzar –por medio de las pruebas– una verdad que de sustento a los hechos que afirman en el proceso.

En el marco del proceso oral, concentrado y con plena participación del juez, las partes cuentan con todas las posibilidades para probar los hechos que afirman, por lo tanto la competencia por demostrar la verdad de los hechos que afirman lleva a que el juez no asuma un papel interventor (muy asociado al principio de veracidad y al modelo inquisitivo) sino más bien uno que se preocupe por “la leal competencia” (nueva dimensión de la lealtad procesal) en el proceso –cuidando que ambas tengan iguales posibilidades de ataque y defensa– evitando cualquier asimetría, desequilibrio o distorsión.

Bien es cierto que en ese ejercicio es probable que la verdad resultante no sea una que coincida plenamente con la verdad real o material, pero no debe perderse de vista que el proceso –en cuanto a la existencia de los hechos– supone un ejercicio de reconstrucción de una verdad que “se encuentra en un pasado que, lamentablemente, nadie puede visitar”<sup>(14)</sup> y pretender cambiar eso y que el proceso sirva para ello dista mucho de los que las partes realmente esperan de él.

## II. EL PROCESO ESTRATÉGICO

El uso de la estrategia en materia procesal no es ninguna novedad. Todo abogado litigante hace uso de la estrategia y lo esencial es saber que ella responde a un método que es común a todo proceso estratégico: analizar el entorno o, si se quiere, el espacio en el que se ha de actuar; analizar las capacidades de quien va a actuar en ese espacio y analizar las de la contraparte (o de quienes vayan a competir con uno). Se trata de un proceso que es muchas veces intuitivo pero que

(14) BAYTELMAN y DUCE. Ob. cit., p. 77.

siempre incluye en mayor o menor grado esas tres etapas. Seguidamente las analizamos y planteamos algunas ideas del contenido de ese proceso en el proceso laboral normado por la NLPT.

### a. La estrategia

El término estrategia tiene un origen militar y su uso está asociado a la guerra, aunque hoy está extendido a prácticamente todos los campos. Von Clausewitz<sup>(15)</sup> definió a la estrategia como “la utilización de un encuentro para alcanzar el objetivo de la guerra” y la característica más saltante de esta no es tanto que su concepción o diseño responda o esté vinculado con el logro de un objetivo, sino su carácter dinámico y cambiante. Es decir, lo verdaderamente relevante de la estrategia no es que se haya formulado sino que esté en permanente proceso de adaptación y ajuste pues “la estrategia nunca deja de trabajar”<sup>(16)</sup>. Tal característica justamente confirma su origen militar<sup>(17)</sup>. De hecho, la estrategia suele dar paso a las estratagemas, las que son sinónimo de ardides, fingimientos y engaños, lo que coincide con lo sostenido por Sun Tzu en su clásico *Arte de la guerra*, en el que define que “todo el arte de la guerra se basa en el engaño”<sup>(18)(19)</sup>.

Por supuesto que no pretendemos basar las consideraciones que exponemos en este trabajo en el engaño y menos en la guerra, sino más bien enfatizar que los movimientos que suelen acompañar a la estrategia, los ajustes de la misma, ratifican su carácter dinámico y flexible, características que suelen acompañar a la estrategia en todos los escenarios que ésta se puede aplicar: el mundo de los negocios, el de los conflictos, el de la política, el del litigio, entre otros.

El proceso judicial no escapa a estas consideraciones. La conducción del mismo parte de una concepción estratégica y lo normal es que esta esté expuesta a cambios y requiera de permanentes ajustes. Tales cambios y tales ajustes dependerán del escenario en el que discurra el proceso y de las acciones que realice la contraparte. En el contexto de la NLPT esos cambios y esa necesidad de ajustes pueden ocurrir durante todo el proceso o en la audiencia misma. Piénsese, a este respecto, en los cambios que requerirá el enfoque estratégico diseñado por un empleador que defendiéndose de una demanda de nulidad de despido, es notificado

(15) VON CLAUSEWITZ, Karl. *De la guerra*. Distal. Buenos Aires, 2011, pp. 69 y 101.

(16) *Ibidem*, p. 103.

(17) Von Clausewitz distingue a la estrategia de las tácticas. Mientras la primera sirve para lograr el objetivo de la guerra, la segunda sirve para preparar y conducir los encuentros militares. *De la guerra*. Op cit. p.72.

(18) SUN TZU. *El arte de la guerra*. Kavia Cobaya editores SRL, Lima, 1995, p. 53.

(19) Al respecto, conviene revisar el interesante trabajo desarrollado por HIGA SILVA, César. *El arte de la guerra y los tres principios para desarrollar la teoría del caso*. PUCP, Lima, 2009.

de un mandato cautelar que ordena la reposición del demandante o de la desestimación de una prueba vital para la defensa en la misma audiencia de juzgamiento. Es evidente que ambos hechos cambiarán el escenario de una manera tal que deberán hacerse ajustes a la estrategia para que los mismos no determinen su fracaso.

Dicho lo anterior, volvemos al inicio de lo planteado en este acápite. La estrategia es la forma que bajo determinadas circunstancias se establece para llegar a un objetivo, y la eficacia o no de la estrategia dependerá del logro o no de ese objetivo. Por ello es que su formulación debe considerar una serie de elementos que van a ser fundamentales en su planteamiento. Así, una estrategia debe considerar en primer lugar el espacio o medio en el que una actividad se va a realizar (por ejemplo, si se trata de un proceso laboral las normas sustantivas o el conocimiento de las prácticas usuales del distrito judicial competente para resolver el proceso); en segundo lugar, las capacidades de quien va realizar actividades en ese espacio (por ejemplo, qué tanto se sabe de Derecho Laboral o de las reglas del proceso laboral); y en tercer lugar, las capacidades de la contraparte (por ejemplo, qué tanto sabe la otra parte de Derecho Laboral o qué tanto conoce el distrito judicial en el que se resolverá el proceso).

Estas tres cuestiones son elementales en un proceso de formulación estratégica y parten de un mismo principio: conoce el terreno en el que estarás; conócele a ti mismo y conoce a tu contendor<sup>(20)</sup>. El verdadero conocimiento de estas cuestiones supone muchas evaluaciones preliminares. No pretendemos agotarlas todas, no es posible, la definición de estrategia no lo permite, de manera que presentaremos algunas de las variables que es necesario conocer para la formulación de una estrategia en el marco del proceso regulado por la NLPT.

## b. El entorno

El análisis del entorno es la primera cuestión por abordar. Los alcances de este pueden ser muy amplios o muy reducidos, dependiendo de la materia que va a ser objeto de un litigio, pero en términos generales tal análisis pasa por reflexionar, conocer u obtener información acerca de las siguientes cuestiones:

### i. El marco normativo

El análisis del marco normativo pasa no solo por el conocimiento de las normas jurídicas sino por consideraciones acerca del modelo de Estado y su impacto en el proceso. Por ejemplo, y considerando el marco cons-

(20) Máximas planteadas una vez más por SUN TZU. Ob cit., p. 61.

titucional actual, será importante saber que nuestro Estado es uno de derecho en el que prima el principio de legalidad y que del mismo se desprende el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>(21)</sup>, lo que influye de modo tal que en el proceso se busque esencialmente la provisión de tal tutela. Del mismo modo, valdrá la pena tener en cuenta que el principio de libre iniciativa privada se ejerce en un régimen de economía social de mercado<sup>(22)</sup>, lo que determina que el proceso sea esencialmente dispositivo (lo que influye en el proceso adversarial en materia probatoria, impugnatoria y en el inicio mismo del proceso). En tercer lugar, que el régimen anterior es matizado por la denominada cláusula de Estado social<sup>(23)</sup>, lo que determina que el proceso judicial tenga ciertas notas inquisitivas y admita actuaciones y reglas equilibradoras como garantía de procesos justos; y que, en cuarto lugar, el carácter democrático de nuestro Estado<sup>(24)</sup> se manifiesta en el proceso mediante la promoción y facilitación de mecanismos de participación del sindicato en el proceso, otorgándosele facilidades de representación y hasta reconociéndosele legitimaciones extraordinarias.

### ii. El sistema procesal

De acuerdo con lo anterior, será esencial tener en cuenta que el proceso judicial, y en particular el proceso laboral, al responder y estar influenciado por el modelo de Estado establecido por la Constitución, tendrá características concretas cuyo conocimiento permitirá la formulación de un planteamiento estratégico. Esas características son en primer lugar que el proceso, el regulado por la NLPT, busca esencialmente proveer tutela judicial efectiva. No la protección de alguien en particular<sup>(25)</sup>, sino la provisión de tutela mediante reglas y actuaciones equilibradas, sujetas a las reglas de igualdad y de debido proceso<sup>(26)</sup> (ambas basadas en el principio de legalidad). En segundo lugar, que tal provisión ocurre en un marco de libre iniciativa privada, lo que significa, por un lado, que frente a un conflicto jurídico laboral el pro-

(21) Tal y como está reconocido por los artículos 51 y 139 de la Constitución Política del Perú.

(22) Tal y como lo reconoce el artículo 58 de la Constitución Política del Perú.

(23) Artículo 43 de la Constitución Política del Perú.

(24) Ídem.

(25) El proceso laboral no tiene como propósito proteger al trabajador. No es, por ello, ni puede ser, una manifestación del principio protector.

(26) Ambos conceptos, los de igualdad y debido proceso, actúan como los principios esenciales del proceso. De cualquier proceso. Ambos están reconocidos como principios en la Constitución Política del Perú y el segundo de ellos como garantía de la administración de justicia por el artículo 139 de dicha norma.

pio sistema promueve formas de solución pacífica distintas a la emisión de una sentencia: conciliaciones, transacciones e incluso arbitrajes<sup>(27)</sup>. Por otro lado, el reconocimiento de la libre iniciativa privada imprime al proceso su carácter dispositivo. Ello significa, como lo adelantamos, que el proceso se inicia a instancia de parte; las pruebas las aportan las partes y las impugnaciones, cuestiones probatorias, remedios, medios de defensa también las aportan las partes. En definitiva, se trata de un proceso que, en principio, tiene carácter dispositivo y plantea que corresponde a las partes asumir que son ellas las que deberán usar todas las herramientas que el sistema legal les provee para la obtención de tutela<sup>(28)</sup>.

También tendrán que tener en cuenta que a pesar del carácter dispositivo del proceso este tiene notas inquisitivas y equilibradoras, lo que supone que el juez no solo hará uso de normas equilibradoras (por ejemplo, las que fijan presunciones legales relativas), sino que incluso tendrá actuaciones equilibradoras (como, por ejemplo, entre muchas, conceder plazos especiales para la lectura de la demanda en los procesos abreviados o enviar copias previas de la misma sujetas a posterior admisión), pues el juez no puede permitir que en un proceso la diferencia misma de las partes (o la de sus situaciones en el proceso mismo) limite la posibilidades de acceso a las mismas armas y posibilidades de ataque y defensa. Del mismo modo, y en esta misma línea, el juez en materia de prueba podrá excepcionalmente ordenar pruebas de oficio y hacer uso de sus facultades investigatorias dentro de la propia audiencia.

Finalmente, no podrá dejarse de lado el hecho de que en el proceso laboral el sindicato es capaz de ejercer representaciones colectivas, ya sea representando intereses colectivos propiamente dichos o intereses plurindividuales, lo que significa que un solo proceso puede producir sentencias con carácter general o con alcance plurindividual.

(27) A diferencia de lo que ocurría con la Ley N° 26636, la NLPT ha limitado la posibilidad de recurrir al arbitraje de forma que este solo procede cuando el convenio arbitral se haya acordado a la conclusión de la relación laboral, y la remuneración mensual sea o haya sido no menor de 70 setenta Unidades de Referencia Procesal (URP).

(28) Un ejemplo de esto se aprecia en los artículos 21 y 22 de la NLPT en los que se señala el carácter excepcional de la prueba de oficio y la necesidad de que las partes concurran a la audiencia con sus testigos, peritos y documentos que pretendan hacer valer en la audiencia.

### iii. La estructura del proceso

La estructura actual del proceso es uno de los cambios más importantes de la NLPT. Se ha pasado de un proceso esencialmente escrito y desconcentrado a uno oral y concentrado en el que, a diferencia del modelo anterior, hay inmediatez del juez a lo largo de todo el proceso, pero especialmente en las audiencias.

El cambio estructural no se limita a los aspectos espaciales y a la interacción de las partes. La audiencia concentra tres etapas: la de confrontación de posiciones; la de actuación de medios probatorios y la de alegatos, culminando con la posibilidad de que se emita sentencia en ese mismo acto. Acompaña a este cambio el hecho de que la audiencia sea registrada en video, lo que determina que el proceso esté sujeto al escrutinio público introduciendo dosis de control tanto para las partes como para sus abogados. El hecho de que todos esos actos ocurran en una misma audiencia introduce como dato relevante el de la cercanía entre la labor de conocimiento del juez y el acto mismo de sentenciar, encontrándose en la otra orilla del conocimiento la actividad probatoria y argumentativa de las partes.

Es evidente, a propósito de lo anterior, que desde el punto de vista estratégico la secuencia de actos antes descrita asume un papel crítico en el proceso de formulación de la estrategia: la herramienta estratégica, la teoría del caso, encontrará su espacio de implementación justamente aquí.

El cambio ha determinado que se concentre en las etapas previas a la audiencia de conciliación y a la de juzgamiento el esfuerzo por construir y sustentar un caso, pues en esas audiencias deberá convencerse al juez de la posición y los hechos que sustentan la pretensión. Tal esfuerzo, en verdad, sirve para ambas audiencias, porque la comprobación de la poca consistencia del caso puede llevar a optar por una solución negociada en la audiencia de conciliación, lo que ya va dando una idea del efecto que este cambio puede tener para el análisis estratégico.

El conocimiento de la estructura del proceso es esencial en la formulación del planteamiento estratégico. El proceso por audiencias y su funcionamiento mediante la oralidad, la concentración y la inmediatez determinan que desde un punto de vista estructural se cuente con una sola oportunidad —la audiencia de juzgamiento— para convencer al juez de los hechos que se afirman o de aquello que se argumenta. Y ello implica que la formulación de la estrategia deberá considerar que

en esa ocasión –no en otra– se convenza al juez de los hechos que se afirman.

Por cierto, nada impide que la ocasión del esfuerzo de convencimiento se traslade a la audiencia de conciliación mediante el juzgamiento anticipado, pero ello deberá haber sido también previsto en el proceso estratégico, particularmente cuando ha habido acuerdos conciliatorios parciales. Evidentemente, la formulación de la estrategia no tiene que incluir todas las posibilidades, pues muchas de ellas son imposibles de prever, pero toda estrategia debe ser lo suficientemente flexible como para incluir cualquier eventualidad.

Pero desde el punto de vista estructural no son las anteriores las únicas razones que debe tenerse en cuenta. Debe tenerse en cuenta también el hecho de que el proceso oral es, en definitiva, más corto que el escrito y, por tanto, los plazos para “hacer cumplir la ley” son menores, lo que en el razonamiento económico del sostenimiento de una controversia puede ser determinante.

Igualmente, la posibilidad de otorgamiento de medidas cautelares dentro y fuera del proceso, la posibilidad del juzgamiento anticipado, el requerimiento de otorgamiento de garantías para la suspensión de la ejecución de las sentencias impugnadas, entre otros, pueden ser factores por tomar en cuenta en la formulación de la estrategia de defensa de un caso.

#### iv. Las normas sustantivas laborales y su impacto en el proceso

Respecto del conocimiento de las normas, más allá de la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>(29)</sup> interesa aquí tener en cuenta, por un lado, el carácter imperativo y protector del ordenamiento laboral, lo que implica que cualquier aproximación del juzgador a una controversia laboral tendrá un sesgo en dicho sentido y, por otro, el carácter indisponible de las normas laborales y el impacto que ello tiene en el proceso. En efecto, en cuanto a esto último, tal carácter limita la posibilidad de celebrar actos de disposición de derechos dentro y fuera del proceso, lo que obliga a someter los acuerdos de conciliación (ya sean judiciales o no) a un test de disponibilidad de

(29) De acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar de la NLPT “los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú. Del mismo modo, el artículo 43 de la NLPT señala que el recurso de casación se sustenta (...) en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia”.

derechos<sup>(30)</sup> que hace más difícil la celebración de tales acuerdos y que en algunos casos crea incentivos para que el proceso sea resuelto mediante la sentencia.

El incumplimiento de las normas, sean legales o convencionales, y el de las reglas al interior de la empresa, sea que provengan de disposiciones con carácter general como la costumbre, los usos de empresa y las disposiciones establecidas por el empleador, también deben ser tomadas en cuenta porque en el ámbito de las relaciones laborales un incumplimiento laboral no es, necesariamente, un conflicto individual sino que puede dar paso a un conflicto con alcances generales. De hecho, la NLPT ha previsto casos de legitimación especial para las organizaciones sindicales y miembros de categorías laborales que pueden representar el interés de toda una categoría en un proceso único (artículo 9 de la NLPT). En igual sentido, el artículo 18 de la NLPT regula el proceso de liquidación de derechos individuales, que confirma lo señalado anteriormente.

En definitiva, el ordenamiento sustantivo trae consigo suficientes elementos por considerar en la formulación de la estrategia de un proceso laboral y, por supuesto, deben serlo.

#### v. Los hechos del caso

El conocimiento de los hechos del caso es esencial en la formulación estratégica. Tal conocimiento pasa por establecer cuestiones como la calificación jurídica probable de los hechos, la suficiencia de estos para cubrir el o los supuestos de hecho previstos en las reglas cuya aplicación se pretende y la verificación de si pueden ser probados de modo efectivo<sup>(31)</sup>.

Las cuestiones anteriores son, de un modo concreto, la parte esencial de la formulación estratégica. Los hechos darán origen a la teoría del caso (que es la herramienta estratégica por excelencia en el proceso) y esta se insertará en un contexto determinado por las cuestiones señaladas en los puntos anteriores. Una teoría del caso descontextualizada es una teoría que mostrará una óptica de análisis, pero probablemente una óptica difícil de sustentar o de capturar la atención del juez.

(30) De acuerdo con el artículo 30 de la NLPT “para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso debe superar el test de disponibilidad de derechos (...)”.

(31) Sobre el particular, en sentido similar, LORENZO, Leticia. *Manual de litigación*. Didot, Buenos Aires, 2012, p. 38.

Como decía, la construcción de la teoría del caso partirá por el cabal conocimiento de los hechos, lo que pasa no solo por el acopio de toda la información relevante sino por la obtención de toda la información que resulte creíble por sí misma. Para ello, ya desde la perspectiva del proceso, habrá dos factores o elementos de ineludible referencia: el contraste de los hechos con ciertas categorías jurídicas (los supuestos de hecho previstos en las reglas jurídicas) y la posibilidad de presentarlos mediante pruebas.

Lo anterior de algún modo es un test para el propio investigador, porque si bien la falta de pruebas no es necesariamente evidencia de la no ocurrencia de un hecho, ello debe por lo menos llevar a quien investigue los hechos a preguntarse si estos realmente ocurrieron. Lo mismo debe decirse del contraste de estos con las reglas jurídicas. Si bien el legislador o quienes establezcan una regla (por ejemplo, quienes elaboran un contrato) no necesariamente prevén todas las situaciones que activarán el mandato de una norma, el conocimiento cabal de los hechos debería llevar a establecer si estos son lo suficientemente "adaptables" a lo previsto en una regla, como para poder invocarla y por esa vía determinar si los hechos al menos son relevantes de cara a un proceso judicial.

Establecido lo anterior, el conocimiento de los hechos debe llevar al establecimiento de una hipótesis creíble y completa de lo realmente ocurrido. En la medida que los hechos en el proceso suelen ser acontecimientos históricos (mediatos o inmediatos, da lo mismo), sugieren un proceso de reconstrucción que pasa no solo por constataciones y comprobaciones sino que se suele apoyar en el razonamiento deductivo y racional. Por lo tanto, será necesario que la reconstrucción venga acompañada de una narración de los hechos que dará origen a la teoría del caso. La teoría del caso no es una simple narración, es el medio a partir del cual la reconstrucción incorpora todos los elementos posibles para darle un sentido fidedigno, creíble. Por lo tanto, los hechos juegan un papel fundamental en la elaboración de la estrategia.

#### vi. La jurisdicción

El conocimiento de la jurisdicción pasa por estar al tanto de su funcionamiento, las decisiones que ha tomado, las condiciones en las que se desenvuelve el ejercicio de la función jurisdiccional, el conocimiento de las personas que la integran, las tendencias, costumbres y tradiciones y los modos de hacer.

Puede parecer en algún caso obvio y en otro trivial, pero el conocimiento de la jurisdicción es esencial. Presumir que se puede litigar sin tener en cuenta estos elementos es incurrir en errores profundos. La jurisdicción, de cara a la estrategia y su herramienta esencial, la teoría del caso, tiene al juez como su punto de contacto inmediato. Y ese solo hecho debe llevar a preguntarse cuestiones elementales como ¿qué casos ha resuelto el juez?; ¿qué especialidad tiene?; ¿qué posición tiene en tal o cual materia?; ¿cómo actúa en las audiencias?

Lo mismo se debe decir del órgano mismo. Desde el momento en que la jurisdicción es un componente orgánico es evidente que actúa como una organización, un cuerpo, y que toma decisiones orgánicas. Las más obvias son la jurisprudencia y los precedentes. Pero también desarrolla políticas y tiene usos y costumbres. También asume posturas y tiene posiciones institucionales que no necesariamente son compartidas por todos, pues un distrito judicial no es necesariamente similar a otro. Con esto no queremos decir que el órgano jurisdiccional no sea predecible, simplemente queremos señalar que a pesar de tal predictibilidad, es posible encontrar pequeñas diferencias entre unos y otros que si bien no son determinantes en términos generales, pueden tener impacto para un caso en particular. Piénsese a este respecto que en un distrito judicial se solicite la presentación de la constancia de vigencia de la inscripción en un colegio profesional (y que ello sea requisito para participar en una audiencia) y el abogado que iba a patrocinar la causa no lo sepa y por esa razón no pueda participar en la audiencia o que en un distrito judicial se haya tomado la decisión de no oralizar la prueba documental y el abogado no lo sepa y haya apoyado buena parte de su defensa en la explicitación oral de dicha prueba en la audiencia de juzgamiento.

#### c. El análisis propio y el de la contraparte

El conocimiento de las reales capacidades de cada parte guarda relación directa con su conocimiento del caso. Y ello significa no solo conocer el caso, tal como se adelantó líneas arriba, sino saber si se está en la posibilidad de defenderlo. Esto, que para algunos podría resultar sorprendente, no lo es tanto si se toma real conciencia de lo que puede significar un caso. No es lo mismo defender un caso individual que uno colectivo. No es lo mismo defenderlo en la audiencia de juzgamiento que en segunda instancia o la Corte Suprema. No es lo mismo defenderlo en un distrito judicial que en otro. Y no es lo mismo defenderlo si se trata de un caso muy complejo o de uno muy simple.



Un análisis como el que estamos indicando no es que suponga un análisis introspectivo, pero sí uno muy honesto acerca de las reales capacidades con las que se cuenta para defender un caso. Para eso es necesario plantearse preguntas como las anteriores pero además otras como: ¿cuento con los medios para defender el caso?; ¿cuento con las pruebas?; ¿puedo aportarlas?; ¿estoy en capacidad de producir las pruebas que se requieren?; ¿puedo acceder a los peritos que se necesitan?; ¿sé defender este tipo de casos?; ¿los conozco en verdad?; ¿he desarrollado las competencias para eso?; ¿conozco a la contraparte?; ¿sé todo lo que debo saber de ella?; ¿conozco a su abogado?; ¿se lo que realmente es capaz de hacer?

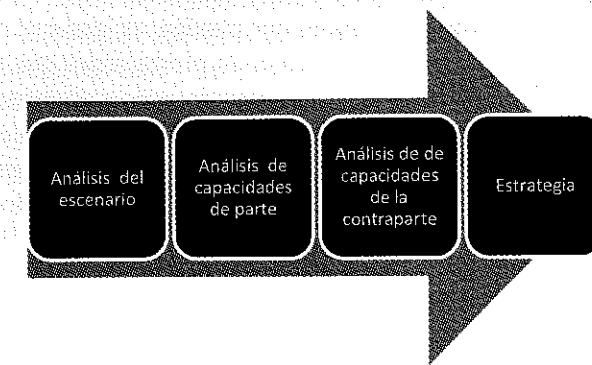
Las respuestas positivas o negativas a las interrogantes planteadas deben llevar a considerar si se toma un caso o no, o a considerar la adquisición de ciertas competencias. Lo importante, más allá de lo que se decida, es hacérselas. A propósito de esto, valdrá la pena considerar una de las máximas de Sun Tzu: “Si usted conoce al enemigo y se conoce a sí mismo, no tiene por qué temer al resultado de un centenar de batallas. Si usted se conoce a sí mismo perfectamente, pero en cambio no conoce al enemigo, sus oportunidades de ganar o perder son iguales. Si usted no se conoce a sí mismo ni conoce al enemigo, entonces sucumbirá en todas las batallas”<sup>(32)</sup>.

### III. LA FORMULACIÓN GENÉRICA DE LA ESTRATEGIA

La formulación de la estrategia pasa por la aplicación conjunta del análisis de cada una de las cuestiones antes indicadas: análisis del escenario en el que se desarrollará el proceso y el de las capacidades de cada una de las partes intervinientes en él. De esta manera, a las conclusiones que se extraigan del análisis del escenario en el que se desarrollará la controversia, se deberá agregar las correspondientes a las del análisis de cada una de las partes y de ese ejercicio deberá surgir un planteamiento estratégico, como se muestra en la figura 1:

(32) SUN TZU. Ob cit., p. 61.

**Figura 1**  
**Flujo de formulación de planteamiento estratégico**



El proceso, como se puede advertir, es similar al que seguiría cualquier empresa para definir su estrategia y debe resaltarse que se trata de un ejercicio profundo, de análisis riguroso. Y es que los principios son los mismos. En materia procesal y con relación a la teoría del caso, Higa Silva<sup>(33)</sup> plantea exactamente lo mismo, aunque él lo extrae del *Arte de la guerra*, de Sun Tzu<sup>(34)</sup>. Las coincidencias son grandes porque buena parte del proceso estratégico empresarial toma esos mismos principios.

La formulación de la estrategia tiene como fin principal fijar un modo de alcanzar un objetivo. Y en esto debe prestarse atención al hecho de que el objetivo es inmediato y está, al menos en el proceso judicial, vinculado con el convencimiento por parte del juez de aquello que se afirma, con el propósito de que por esa vía se satisfaga una pretensión. Debe separarse aquí el logro del objetivo inmediato de aquel que pudiera sustituir el resultado final, porque si bien un conflicto jurídico puede solucionarse mediante un proceso que culmine con una sentencia, también es posible concluir el proceso judicial con un acuerdo, que puede ser obtenido mediante una transacción, una conciliación o una mediación<sup>(35)</sup>.

(33) Op. cit.

(34) Sun Tzu señala a este respecto que “el general que consigue ganar una batalla es el que ha hecho muchas evaluaciones preliminares antes de comenzar la lucha. El general que pierde una batalla es porque ha hecho muy pocas evaluaciones preliminares. Por tanto, hacer varias evaluaciones preliminares y bien hechas, lleva a la victoria. Hacer pocas evaluaciones preliminares lleva, irremisiblemente a la derrota. Cuantas menos evaluaciones preliminares se haga, hay más probabilidades de ser derrotado. Prestando esta especialísima atención a este punto, puedo predecir, igualmente, la victoria y el fracaso”. SUN TZU Ob. cit., p. 54.

(35) Las tres formas de solución de controversias son permitidas por la NLPT, aunque la mediación no está expresamente señalada por el artículo 30 de la NLPT. Sin embargo, nada impide que ella esté incluida

Pero incluso la celebración de un acuerdo puede ser un objetivo inmediato subordinado a la estructuración de una teoría del caso que por su contundencia active la posibilidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio. Ello nos puede ubicar frente a los posibles objetivos estratégicos que pueden ser ganar el caso mediante una sentencia o concluir el conflicto (obteniendo prestaciones que tengan un valor similar al que se podría obtener con la sentencia, pero a un menor costo)<sup>(36)</sup>. A esa cuestión le dedicaremos un espacio más adelante. En este punto conviene tener en cuenta que el proceso de formulación de la estrategia requiere de un objetivo y de un medio o modo de lograrlo. En el ámbito militar ese medio es el encuentro, el combate, que se lleva a cabo en un escenario determinado<sup>(37)</sup>. En el proceso judicial normado por la NLPT, el encuentro es el proceso mismo y específicamente la audiencia. Y la herramienta o modo de lograr el objetivo es la teoría del caso. Esta, como herramienta estratégica, “es la que permitirá a los litigantes determinar con la mayor exactitud posible cuáles son los hechos importantes para llevar al juicio, en función de qué tipos (normativos) concretos y con cuál respaldo probatorio”<sup>(38)</sup> (el paréntesis es nuestro).

Por lo tanto, la decisión de iniciar un proceso o enfrentarlo como tal será una decisión estratégica que tendrá en cuenta las cuestiones mencionadas en las líneas precedentes. Pero será necesario que ese análisis resulte “amalgamado” por un hilo conductor; un planteamiento que le dé forma y sentido. Ese hilo será la teoría del caso; ella vinculará la información resultante del análisis del espacio en el que se litigará y el de la capacidad de las partes y nos dirá si conviene o no ir al proceso o si conviene o no buscar un acuerdo, o si conviene ir al proceso seguros de que bien por la vía de la sentencia o bien por la vía del acuerdo, se obtendrá un resultado favorable. En el primer caso, y con un análisis como el descrito, se procurará un resultado (ganar) mediante la sentencia que acoja nuestras pretensiones y “compre” nuestra teoría del caso. En el segundo caso, la teoría del caso, será la herramienta para poner fin a un conflicto mediante un acuerdo “mutuamente ventajoso”, pero en el que las ventajas obtenidas por uno serán mayores que las del otro.

dentro de una conciliación extrajudicial.

(36) Sobre este particular, SUN TZU Ob. cit., p. 58, señala que “en la guerra, el gran objetivo y principal propósito es la victoria; no las campañas interminables”. Esto guarda relación con el dicho “más vale un mal acuerdo que un buen juicio, pero en el pensamiento de Sun Tzu, esa no debe ser una decisión tomada como fruto de una derrota sino como fruto del planeamiento realizado. De alguna manera, el litigante, pasando al escenario que nos ocupa, debió haber previsto este escenario y actuar conforme a lo que haya previsto para él.

(37) VON CLAUSEWITZ, Karl. Ob. cit., p. 72.

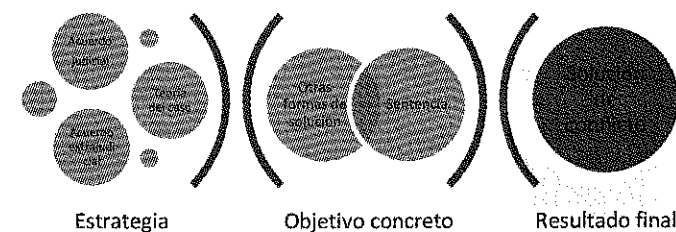
(38) LORENZO, Leticia. *Litigación de juicio oral*. Ediciones Didot., Buenos Aires, 2012, p. 136.

El proceso de análisis anterior, siguiendo a Lorenzo, supone la reflexión acerca de cuestiones como “la voluntad de las partes involucradas en el conflicto, las posibilidades reales de buscar una solución alternativa, las posibilidades reales de las partes de buscar una solución alternativa o llegar a juicio, la trascendencia política y social del caso y las posibilidades materiales del caso (las necesidades probatorias versus las posibilidades reales de la investigación; la disposición de las partes e involucrados de concurrir al juicio; la necesidad de trabajo versus la posibilidad de recursos, etc.”<sup>(39)</sup>.

La conclusión de ese análisis debe ser una que lleve a considerar si se va a un proceso judicial (o si se espera un resultado de él) o si se busca un acuerdo o forma de solución alternativa.

El siguiente gráfico muestra ese proceso.

**Figura 2**  
**Formulación de la estrategia**



#### IV. LA FORMULACIÓN ESPECÍFICA DE LA ESTRATEGIA: LA TEORÍA DEL CASO

Como ya hemos adelantado, la teoría del caso es la herramienta estratégica del proceso adversarial y aquella por usar en el marco del proceso regulado por la NLPT. Es cierto que no hay norma que regule su uso ni que indique que esa herramienta estratégica debe recibir ese nombre, pero es indudable que la lógica del nuevo proceso laboral y los condicionantes, funcionalidades y cambios de estructura a los que ha sido sometido no dejan duda de la necesidad de su utilización.

(39) LORENZO, Leticia. Ob. cit., p. 134.

La utilidad y necesidad de la teoría del caso, más específicamente, está vinculada con el hecho de que en el proceso regulado por la NLPT las partes compiten en el proceso por convencer al juez de su posición. Y en la medida que la teoría del caso es “por sobre todas las cosas un punto de vista”<sup>(40)</sup> lo que ocurrirá en el proceso es que o una parte proveerá tal punto de vista o lo proveerá la otra. También, por supuesto, puede que el juez tenga el suyo propio. Pero más le vale a las partes contribuir seriamente a la formulación de ese punto de vista o, de esto se trata, de convencer al juez de que “su” punto de vista acerca de los hechos sea similar al que una parte le ofrece. Solo de esa manera se ganará un proceso, pues cuando ello no ocurre es porque el juez no hizo suyo el punto de vista de la parte perdedora<sup>(41)</sup>.

La construcción de una teoría del caso creíble es, pues, un ejercicio fundamental. No solo por su rol estratégico, del que ya hemos hablado mucho, sino porque ella marcará la pauta de todo lo que hará quien la formule en el proceso. La teoría del caso dominará, como señalan Baytelman y Duce “todo lo que se hace en el proceso y nunca, nunca, nunca, deberá hacerse nada inconsistente con ella”<sup>(42)</sup> pues se afectará su credibilidad. Por supuesto, lo dicho no debe ser entendido como un fundamentalismo. En la medida que se trata de una herramienta estratégica y, por lo tanto, se sujeta a permanentes ajustes, debe ser flexible.

La teoría del caso, fuera de marcar la pauta de lo que hará quien la ofrezca en el proceso, será un insumo para la conducción de la audiencia por parte del juez. Las partes no son las únicas que tienen una aproximación estratégica al proceso. El juez también la tiene y sus motivaciones son distintas a las de las partes, aunque no incompatibles con ellas. Ellas pueden ir desde solucionar un conflicto –porque ese es el rol del juez– hasta solucionarlo muy rápido por cosas tan triviales (para las partes, pero no para el juez) como atender la siguiente audiencia programada para ese mismo día.

Fuera de la valoración que quiera darse a esas motivaciones, lo cierto es que son reales y sería un error muy grande el no considerarlas o siquiera pensar que no podrían existir.

Volviendo a la idea inicial, para hacer creíble una teoría del caso no se requerirá de habilidades narrativas y mucho menos de elocuencia. Ello puede ayudar, sin duda, pero lo que una buena teoría del caso requiere, en primer lugar, es

(40) BAYTELMAN y DUCE. Ob. cit., p. 88.

(41) *Ibidem*, p. 83

(42) *Ibidem*, p. 89.

mucho trabajo. Mucho trabajo derivado de lo indicado líneas arriba, pero además mucho trabajo de contraste y comprobación.

La teoría del caso requiere de una narración de hechos, pues en principio, eso es. Pero no es una narración simple; se trata de una que guarda relación con ciertas proposiciones fácticas, “afirmaciones de hecho que si el juez las cree, tienden a satisfacer un elemento de una teoría jurídica”<sup>(43)</sup>. La teoría del caso es, por lo tanto, “una simple, lógica y persuasiva historia acerca de lo que realmente ocurrió”<sup>(44)</sup>. Una “versión propia (de los hechos) de cada litigante una vez llegados al juicio” (el paréntesis es nuestro)<sup>(45)</sup>, que se construye en función de un análisis dando paso a ciertas proposiciones fácticas que se vincularán con el contenido de una norma (teoría jurídica) y se contrastarán con las posibilidades reales de prueba.

La construcción de la teoría del caso, siguiendo a Lorenzo, para ser creíble (que es el requisito esencial de la misma) debe cumplir tres, digamos, “sub” requisitos: debe ser simple, no puede ser contradictoria y debe ser consciente. Lo primero porque la simplicidad contribuye y es la base de la credibilidad. Lo segundo, porque más allá de la afectación de la credibilidad, la contradicción llevará al despliegue de actividad probatoria innecesaria; y lo tercero, porque la teoría del caso debe construirse sobre los elementos que se han logrado obtener en el caso y no en fantasía o supuestos inexistentes<sup>(46)</sup>.

Finalmente, la teoría del caso debe ser objeto de contraste y comprobación. Debe ser sujeta a un test. En cuanto a las proposiciones fácticas, se requerirá verificar si caben superposiciones a estas; es decir, si hay otras proposiciones fácticas susceptibles de presentarse a propósito de un hecho o hechos en particular. Resulta evidente que la superposición de proposiciones fácticas para un hecho pasa por la debilitación de aquella que hayamos elegido. Por lo tanto, el test deberá ayudar a verificar si finalmente se descarta o no esa proposición. El segundo test es el de la proposición fáctica misma contratada con la teoría jurídica (el supuesto contenido en una regla) y el tercero, probablemente el más crudo de todos, el análisis y comprobación de las reales posibilidades de probar una proposición fáctica.

Todo lo anterior, debería llevar a la formulación de una teoría que sea única y coherente. Que sea clara y sencilla, que sea flexible, que sea jurídicamente sostenible y que, en una palabra, sea creíble.

(43) *Ibidem*, p. 83.

(44) *Ídem*.

(45) LORENZO, Leticia. Ob. cit., p. 136.

(46) *Ibidem*, pp. 136 y 137.

## V. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ESTRATEGIA

Como señalamos al principio de este trabajo, si bien litigar supone un trabajo estratégico, y hemos ratificado tal cosa con la idea que desarrollar una teoría del caso es en sí misma un ejercicio de esa naturaleza, no debería bastarnos con ello. En verdad, en la medida que el proceso, y el regulado por la NLPT no es la excepción, invita a una competencia destinada a hacer prevalecer un punto de vista acerca de los hechos, lo normal será que las partes desarrollen un planteamiento estratégico para ello y aprendan a hacerlo bien. Y probablemente las estrategias se repetirán (el siempre creciente número de procesos laborales incentivará ello) y con ello desaparecerán las diferenciaciones, lo que podría llevarnos a pensar ya no solo en la ineficacia sino también en la inutilidad de dichos planteamientos.

Lo cierto es que lo anterior forma parte de algo que es común en el planeamiento estratégico: las estrategias se repiten. De algún modo terminan estandarizándose, al punto que uno podría encontrar que el conocimiento de los enfoques estratégicos podría llevar a soluciones similares y a lugares comunes. Pasa como con las estrategias empresariales y con las declaraciones de visión y misión de las empresas: muchas se parecen y hasta podría decirse que son idénticas.

¿Qué se puede hacer para diferenciarlas?; ¿qué es lo que podría utilizarse para, en una competencia regular y leal, hacer que una teoría del caso, una estrategia, sea preferida en lugar de la otra? La respuesta a esas interrogantes es una sola: la gran diferencia está en las formas de implementación de la estrategia. Una estrategia no será eficaz por su sola concepción. Lo será, en verdad, por la forma de implementarla. Y ello nos lleva al terreno de lo dinámico. Ya lo habíamos dicho: la estrategia no es estática. Recordemos que se trata de un concepto de origen militar y por ello tiene que ser flexible. Y esa flexibilidad es la que le dará posibilidades de adaptación y la que la hará, en el caso de la teoría del caso, "elegible" por el juez.

La razón para lo antes señalado es simple. No hay estrategia en el mundo que sea inmune o no esté expuesta a factores que la hagan variar. Hay demasiados eventos, internos y externos, que la pueden afectar. Piénsese en un proceso de nulidad de despido por motivos antisindicales que concurra con un nuevo despido por las mismas razones (o se sentencie en contra un caso similar) o piénsese en un caso en el que el testigo principal no asista a la audiencia porque una huelga de transportistas le impidió llegar a tiempo. Es indudable que ambos eventos impactarán en la estrategia y obligarán a introducir ajustes o a activar las medidas que pudieran haberse previsto. Así, toda concepción estratégica debe estar preparada

para variarse sin perder su objetivo y coherencia. Con la teoría del caso pasa lo mismo, debe estar preparada para variar, por eso es que tiene que ser flexible.

Pero la implementación de la estrategia no debe centrarse únicamente en sus posibilidades de cambio. Ellas, sin duda, deben considerarse, pero lo esencial es que la estrategia siga el plan diseñado y para ello, ya en un escenario procesal y objetivo, debe sujetarse a los espacios que le deja el proceso. Partiendo de la premisa que el proceso regulado por la NLPT contempla un espacio específico para el desarrollo de la teoría del caso (la audiencia de juzgamiento), deberá prestarse atención a sus etapas: a) apertura (confrontación de posiciones); b) actuación probatoria; y, c) alegatos, pues todos ellos son espacios en los que se implementará la estrategia.

Lo anterior supone que para cada etapa existe un guion. En efecto, la apertura, que es el momento en el que se expone oralmente la teoría del caso y se muestra la perspectiva de análisis con la que un litigante quiere que se vea el caso, es el punto de partida para la implementación de la estrategia. Esta perspectiva define la controversia y propone un rumbo estratégico para la audiencia. Este hecho delimita los hechos por probar al punto que de la confrontación de posiciones el juez extrae los hechos necesitados de prueba y los que no<sup>(47)</sup>. La apertura, si bien no lo es todo en la audiencia, es un evento importantísimo porque dará una idea inicial de lo creíble que puede ser una teoría del caso. No se trata de un ejercicio de retórica o de uno de argumentación cargada de emotividad. Se trata, en verdad, de un anticipo de lo que el juez verá en la audiencia.

La apertura determinará, además, la base para la relación entre los hechos y las normas jurídicas en las que se basan las pretensiones jurídicas. Ello hará posible, más adelante, en el alegato, la subsunción normativa. La apertura, finalmente, permitirá al juez hacer un contraste con su propia visión de los hechos<sup>(48)</sup> y con su propia concepción estratégica de cómo debe discurrir la audiencia.

(47) Artículo 46 de la NLPT. "La etapa de actuación probatoria se lleva a cabo del siguiente modo:

1. El juez enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria por tratarse de hechos admitidos, presumidos por Ley, recogidos en resolución judicial con calidad de cosa juzgada o notorios; así como los medios probatorios dejados de lado por estar dirigidos a la acreditación de hechos impertinentes o irrelevantes para la causa.
2. El juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria (...).

(48) No debe perderse de vista que de acuerdo con las reglas previstas por la NLPT, a pesar de que el proceso es oral, la demanda y la contestación son escritas, lo que le permite al juez llegar a la audiencia con una idea del caso. Esa idea puede ser general o no, pero lo cierto es que el juez, con lo señalado en ambos documentos, tiene la posibilidad de formarse una idea aproximada de los hechos.

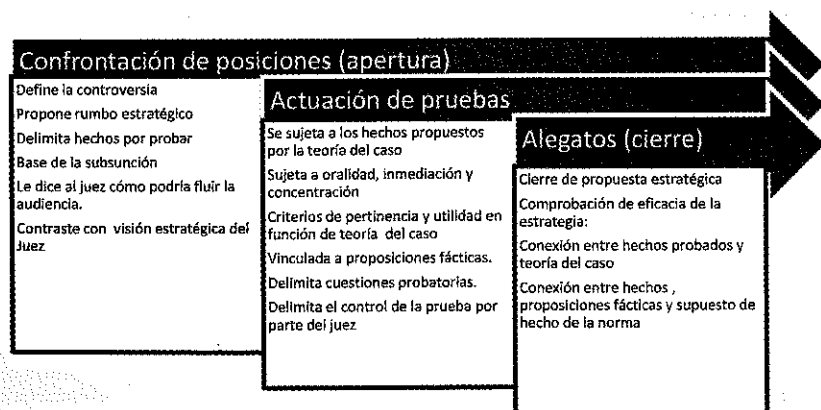
En segundo lugar, la actuación de pruebas será una derivación de la apertura, considerando que aquella define los hechos que serán materia de prueba, lo que significa que la pertinencia de la prueba y su utilidad dependerán también de ello. Pero, esencialmente, la actuación probatoria, en tanto etapa, permitirá la vinculación de las pruebas con las proposiciones fácticas. No se prueban hechos; en relación a la teoría del caso se prueban las proposiciones fácticas. Por ello la etapa de actuación probatoria es fundamental.

Las pruebas por sí mismas significan poco en el proceso, es necesario relacionarlas con un relato, con una historia. La relevancia de las pruebas es tal en función de una proposición fáctica. Y para ello es necesario “hacerlas hablar”. Es un error evitar o considerar innecesaria la “oralización de las pruebas documentales”. Incluso los documentos, a pesar de su claridad y contundencia, requieren de una contextualización y de una vinculación específica con una propuesta fáctica. Por lo tanto, parte de la implementación de la teoría del caso es justamente “hacer hablar esas pruebas”. De eso puede depender que la historia sea creíble o no.

Finalmente, los alegatos muestran el cierre del planteamiento estratégico y la confirmación de la teoría del caso o, lo que es lo mismo, la demostración de la estrategia. Los alegatos tienen la virtud de erigirse en un verdadero proyecto de sentencia. De algún modo, la audiencia misma es una metodología, un modo de razonar que llevará a la decisión final. La gracia del proceso oral es que esa metodología permite la construcción del razonamiento de la decisión con participación (competitiva) de las partes, bajo el control del juez.

La siguiente figura muestra el proceso anterior:

**Figura 3**  
**Implementación objetiva de la teoría del caso en el proceso**



La implementación también tiene un ámbito subjetivo; el de los propios intervinientes en el proceso. Es decir, la implementación de la estrategia será posible gracias a que hay partes y abogados que la impulsan bajo el control del juez, quien acogerá el planteamiento estratégico o teoría del caso de alguna de ellas.

El rol de los abogados en la implementación de la estrategia es fundamental. Ellos no solo deberán preocuparse porque la estrategia misma se aplique según el guion preestablecido, sino que también deberán imprimirle a esa implementación un sello particular. Ese sello tiene como eje principal el de la preparación. Una audiencia sin preparación es una audiencia condenada al fracaso. Por ello, los abogados deben imprimirle a su participación un conjunto de atributos que permitirán una adecuada comunicación de la teoría del caso<sup>(49)</sup>. El primero, decíamos, es la preparación. El segundo, la capacidad de argumentación, que solo será posible en la medida que haya preparación. La tercera es la organización del discurso siguiendo un orden establecido que permita introducir una idea que será reiterada a lo largo del proceso; y, finalmente, dosis importantes de credibilidad, estilo y carisma<sup>(50)</sup>.

Los abogados, además, tendrán a su cargo dos cuestiones esenciales en la audiencia: la gestión de la teoría del caso y el manejo de la actividad probatoria. Respecto de lo primero, deberán hacer uso y desplegar destrezas legales concretas: capacidad de reaccionar frente a hechos no previstos (lo que supone preparación), hacer uso de técnicas de exposición y medios técnicos, hacer uso de la capacidad de argumentación y persuasión y tener muy en claro que la audiencia de juzgamiento es la única oportunidad para convencer al juez de su teoría del caso.

En cuanto a lo segundo, más allá de tener que probar las proposiciones fácticas y desplegar el material probatorio y “hacerlo hablar”, es fundamental que los abogados tengan presente que en un proceso de tipo adversarial las partes van al proceso a probar, no a investigar. Por lo tanto, deberán preparar sus pruebas, preparar a los testigos, preparar los interrogatorios y, en su caso, los contrainterrogatorios y preocuparse porque sus medios probatorios efectivamente se actúen.

Si bien estas cuestiones pueden resultar operativas y no expresar en sí mismas un enfoque estratégico, son precisamente este tipo de cuestiones las que pueden determinar que una prueba no logre el efecto deseado. Piénsese en la utilización de un video como prueba y que el abogado no prevea la visualización del

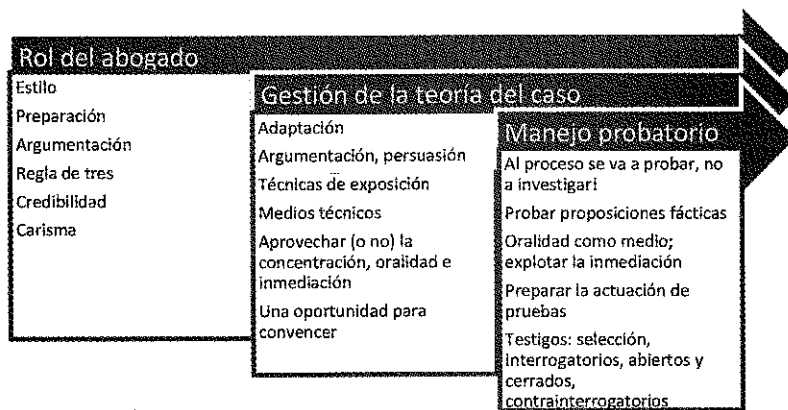
(49) Shane Read hace una relación muy detallada de los atributos que debe poner en práctica un abogado para que su caso sea exitoso. READ, Shane. *Winning at trial*. 2007. USA. NITA, p. 1 y ss.

(50) *Ibidem*, p. 20.

mismo. En un caso como ese, la posibilidad de probar se puede perder simplemente por la falta de previsión. Del mismo modo, piénsese en la prueba pericial que no se pudo actuar porque no se tuvo el cuidado de no llevar al perito o porque este, simplemente, olvidó su documento de identidad<sup>(51)</sup>.

La figura siguiente muestra los mencionados atributos subjetivos.

**Figura 4**  
**Implementación subjetiva de la teoría del caso en el proceso**



## VI. CONCLUSIONES

La necesidad de desplegar un planteamiento estratégico de cara a la NLPT es evidente debido a que la NLPT ha introducido cambios estructurales en el proceso enfatizando su carácter adversarial y su configuración concentrada. El hecho de que la audiencia de juzgamiento sea la única oportunidad para convencer al juez de los hechos que se afirman obliga a que toda la actividad de preparación del litigio se dirija a hacerlo en esa audiencia y a desplegar en ella todas las herramientas que lo permitan.

La estrategia como herramienta y los pasos para formularla no serán ajenos al proceso. El proceso judicial requiere por parte de los litigantes la utilización de

(51) El artículo 22 de la NLPT señala la necesidad de que las partes concurren a la audiencia con sus testigos, peritos y documentos que pretendan hacer valer en la audiencia.

metodologías destinadas a efectuar análisis estratégico, lo que obliga a tomar en cuenta no solo el espacio en el que se desarrollará el proceso (que supone el análisis de las normas, el proceso mismo, los hechos, las condiciones en las que se ejerce la jurisdicción y el papel de los propios jueces), sino también el análisis de las reales capacidades de los litigantes para acometerlo.

La formulación de la estrategia, analizando los elementos anteriores, deberá permitir definir si se debe ir o no al proceso o si debe buscar un mecanismo de solución alternativo. La teoría del caso la hará posible y deberá llevar la estrategia hacia un objetivo claro: ganar.

La herramienta estratégica que amalgama el proceso anterior es la teoría del caso, la que debe mostrar características de credibilidad y flexibilidad lo suficientemente claras como para convencer al juez de las proposiciones fácticas que contiene.

A pesar de que la teoría del caso es el vehículo o herramienta estratégica por excelencia, lo que permitirá que dicha teoría sea tomada por el juez es su implementación, lo esencial de la estrategia no es que esta exista, sino que se implemente adecuadamente. Y para ello son esenciales no solo la utilización adecuada de las etapas de la audiencia y las del proceso mismo, sino un conjunto de atributos propios del abogado que a pesar de no ser determinantes por sí mismos, juegan un papel relevante una vez que se articulan con el proceso de formulación estratégica, la selección de un objetivo y la implementación de la estrategia.