

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/2 julio-diciembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

RECENSIONES

LAISE, Luciano, *Cómo argumentar un caso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2023, 182 pp., ISBN 978-987-805-457-5.

<https://doi.org/10.18543/ed.2938>

Publicado en línea: diciembre 2023

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 71/2, julio-diciembre 2023
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LAISE, Luciano, *Cómo argumentar un caso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2023, 182 pp., ISBN 978-987-805-457-5.

<https://doi.org/10.18543/ed.2938>

Publicado en línea: diciembre 2023

Emprender un libro titulado “Cómo argumentar un caso penal” es cuando menos arriesgado. Tal denominación refiere una actividad realizada por tantos profesionales del Derecho que implica convencerlos de virar hacia otros objetivos y persuadirlos de abrazarlos. Es una empresa ambiciosa.

Laise introduce al lector advirtiéndole que la primera parada será en el tópico (¿problema?) del lenguaje, el territorio donde sucede la argumentación que, como dice el autor, cada vez es más difícil sustentar en posiciones notables, cuando el escenario social (incluido el académico) es cada vez más policéntrico y no en el mejor sentido, el democrático, sino más bien en el parecido al desorden. Laise expone la actual desacralización de las verdades jurídicas totales, donde enunciados resistentes antaño, como la inaceptabilidad de la aplicación retroactiva de la ley penal, ahora entran en crisis sin que nadie se despeine.

Los ejemplos esgrimidos son claros. En el artículo 140 del Código Penal argentino, dedicado a perseguir la

esclavitud o la servidumbre, se encuentran extensas zonas nebulosas donde la interpretación puede pasear a sus anchas y también conducirse al error, por ello, una argumentación bien estructurada disminuiría esta posibilidad. Lo mismo sucede con el concepto de daño en el mismo cuerpo legal.

El entorno que Laise ha escogido para desarrollar su trabajo es “el problema de la interpretación y la argumentación jurídica en el contexto de un derecho penal que se materializa mediante un proceso adversarial” desde la perspectiva del defensor y eventualmente del fiscal o el juez. Desde este enfoque, el sistema procesal penal se concentra en los litigantes y, desde la orientación que el autor ha querido imprimir a su investigación, en específico, se enfoca en el acusado.

1. El primer capítulo o el trazado del terreno

Las lagunas del Derecho conforman uno de esos conceptos que provocan la sensación de conocerlos por completo y justamente, una visión

como la que se expone es lo suficientemente divergente para sorprendernos. Laise evita la obviedad, alejándose de la concepción que entiende a las lagunas como espacios no colonizados por la norma y propone que también se presentan en el texto, cuando un espacio extenso para la interpretación nos dirige irremediamente a la incertidumbre.¹ Estoy de acuerdo y por ello creo que Laise tiene el mérito de habernos conducido fuera de conceptos manidos, ofreciendo un enfoque que otros percibíamos, pero sin la perspicacia de proponerlo y esquematizarlo.

El autor utiliza indistintamente los términos laguna y vacío, por ello advertimos al lector, que algunas corrientes diferencian estos vocablos, señalando que las lagunas deben ser completadas y los vacíos se tratarían de silencios intencionales de la norma². Para los efectos de la tesis de Laise, dicha diferencia no es imperativa.

¹ Laise ejemplifica la indeterminación con el vocablo “aterrorizar”, pero, fuera del área penal es similar el panorama. Véase el caso del artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, donde se intenta definir el término “tortura”, pero se termina incurriendo en otra incertidumbre. En la versión en español se alude a “dolores o sufrimientos graves”, conceptos tan amplios que exigen igualmente una interpretación que los circunscriba. No es diferente el caso en la versión en inglés (severe pain or suffering) o en francés (une douleur ou des souffrances aiguës).

² Marcial Rubio, *Sistema Jurídico* (Lima: Fondo editorial de la PUCP, 2009), 261.

Respecto al término “lagunas del Derecho”, existen autores que prefieren “lagunas del derecho positivo”³ o “lagunas de la ley”⁴, pues consideran que es la norma escrita y no el Derecho la que posee tales espacios áridos. Laise no se detiene en esta distinción, ergo, entenderemos lagunas del Derecho en su acepción de ley.

La discusión sobre las lagunas extrasistemáticas e intrasistemáticas nos remite a una cuestión jurídica medular: si es legítimo recurrir a otros sistemas normativos. Recordemos que incluso Kelsen y otros iuspositivistas formalistas aceptan la existencia de sistemas normativos fuera del Derecho, lo que rechazan es la posibilidad de invocarlos desde tierras jurídicas. Laise acepta integrarlos. Por otro lado, la deliberada indeterminación normativa a la que hace referencia cuando explora las posibilidades de las lagunas estáticas y dinámicas nos conduce a la posición que el legislador cede en favor de los intérpretes futuros, quienes darán contenido a los conceptos no definidos. Es en esta sana práctica jurídica donde el Derecho exhibe mejor su magia, por ello acierta el autor al transformar nuestra perspectiva sobre las lagunas, dejar de asociarlas con una carencia y más bien asumirlas como una oportunidad de creación jurídica. Esta circunstancia puede implicar un problema de lenguaje en cuanto al contenido, pero

³ Karl Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico* (Madrid: Guadarrama, 1967), 174.

⁴ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho* (México: Porrúa, 2002), 366.

también a la forma. No es nueva la importancia de la semántica en el Derecho y Laise lo sabe.

2. El segundo capítulo o el momento de la estrategia

Laise ingresa a terreno sagrado en el Derecho penal, el principio de legalidad, y desciende hasta su principal aversión: la analogía. El autor pretende deslindarla de la interpretación extensiva, esta no desea violentar el texto normativo, sino explorar la mayor extensión de terreno en que puede aplicarse, colocando hitos sobre los casos en que podría encajar. Es un ejercicio de elasticidad de la ley dentro de los límites de la “inteligencia exacta de la ley”.

El autor expone la relación tirante entre dos fuerzas del Derecho penal: el principio de legalidad y la aplicación dinámica de los tipos penales. Entiendo esta oposición como preferir la literalidad para mantener la seguridad y predictibilidad del derecho sancionador, e igualmente percibir la necesidad de extensión para evitar la obsolescencia normativa y principalmente su desconexión con la realidad. El tema se presenta a primera vista como la dicotomía seguridad/desconexión. Pero, ¿tiene necesariamente que ser así?

Según Laise, la interpretación dinámica o evolutiva es preferible a la interpretación viviente, siendo que la primera sólo se moverá en los salones del sistema jurídico para encontrar un mejor entendimiento y especialmente recurrirá al salón principal: la Constitución, de donde tomará una inspiración que igual le es mandatoria. Este espíritu constitucional servirá para cubrir los silencios y conducir la

extensión en espacio del tipo penal y en tiempo cuando se necesite actualizar el sentido de la norma.

La interpretación viviente buscaría reemplazar el texto normativo por valores contemporáneos. Vistas así las cosas, es curioso que una hermenéutica con nombre alusivo a la vida signifique la muerte de la norma. Si este peligro se cierne sobre su uso en el campo constitucional, no será diferente en el penal.

La propuesta de Laise para una interpretación dinámica o evolutiva se configura alrededor de cuatro directivas ordenadas, secuenciales y entrelazadas. La primera se refiere a la necesidad de reconocer la teleología de la interpretación (que consiste en comprender el sentido y alcance de las garantías constitucionales que conforman el Derecho penal); continúa con la identificación de las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias (entendidas como una visión a futuro sobre aquello que se espera del Derecho penal según la coyuntura vigente); la tercera se concentra en los actores institucionales que harán efectivos los principios y valores de la Constitución (entendiéndose que esta pretensión se forja a la par de la interpretación de los derechos fundamentales por parte de los órganos jurisdiccionales destinados para ello) y la última directiva se orienta a circunscribir la interpretación finalista en el sistema de derecho penal (se busca comprender los sentidos finales de una norma penal, pero con los límites que prescriben la razonabilidad y el rechazo de lo arbitrario, persiguiendo mantener la armonía del sistema jurídico y un mínimo óptimo de convivencia social).

3. El tercer capítulo o la cuestión del activismo judicial

La frase “teoría del caso” denomina una serie de actos que mejor se explican por el término “estrategia”, según Laise. Estoy de acuerdo, aunque por otras razones. Recojo la posición de Bunge: “[E]n las ciencias sociales hay tendencia a dignificar con el nombre de teoría a cualquier montón de opiniones, por desconectadas que estén y por infundadas que sean”⁵. Laise sostiene que la exigencia de una teoría del caso, implicaría tácitamente, para la parte defensora, echarse al hombro la obligación de organizar una batería de planteamientos que desarmen al oponente. Ello desnaturalizaría los principios, dado que obligaría a extender la carga de la prueba a ambas partes. Desde mi perspectiva, el sólo hecho de usar la denominación “teoría del caso” implica para la parte acusada aceptar que hay un caso. La incoherencia se cuenta sola.

Según Laise, “la insistencia en que todas las partes cuenten necesariamente con una teoría del caso podría fomentar el activismo judicial”. Para el autor existen dos acepciones al respecto, una se entendería como “versión” (narración) de los hechos y otra sería una “visión” (perspectiva) de ellos. No son excluyentes entre ambas, al contrario, pueden cruzarse, provocando visiones perspectivistas o narrativistas según convenga al caso.

Sin embargo, el tema es más largo. El autor descende al tópico del activismo judicial, señalando que se trata

de la “intervención de un tribunal orientada a invalidar una norma de carácter general debidamente promulgada, pero sobre la base de las propias consideraciones morales del juez o tribunal”. Según la investigación, el problema no radicaría propiamente en la invocación a las convicciones morales, sino cuando éstas dirigen la interpretación de modo que normas competenciales precisas se toman como principios indeterminados. Es decir, la ayuda de sistemas morales es bienvenida cuando las normas son vagas, pero cuando son precisas, esta ayuda es redundante y si las reemplaza, es peligrosa. Algunas de estas normas, dirigidas a limitar este tipo de interpretación desviada, son justamente las encargadas de separar los poderes. Para un Estado de Derecho esta es su garantía de existencia y para los subsistemas creados en su seno es su principio de legitimidad, incluido el sistema penal y, por supuesto, también el proceso penal.

Por ende, una acotación interesante de la investigación es la proposición de argumentos para “limitar o acotar las excepciones que algunos jueces pretenden emplear para excusar sus prácticas activistas”. Razonable y honestamente, lo primero que hace el autor es preguntarse cuál sería el lugar del principio *iura novit curia*. Laise considera que mientras no se advierta “que el juez tenga algún compromiso preferencial con los intereses de alguna de las partes”, no se vulnera el principio de imparcialidad y, obviamente, tampoco el de separación de poderes y entonces, el juez podrá suplir la inactividad o impericia de alguna de las partes. Es distinto si las

⁵ Mario Bunge, *Epistemología* (México: Siglo XXI editores, 2002), 166.

partes actúan diligentemente y el juez decide tomar posición sin que su criterio esté mejor razonado que el de ellas, aquí sí se inmiscuiría en una función que, en los procesos de tipo adversarial, fue encomendada a otros, como al Ministerio Público.

Así, llegamos a la construcción del concepto de “estrategia”. Si bien es cierto, el autor ya lo había susurrado en varios apartados, utilizando incluso los símiles con el ámbito de la administración y el de la guerra, aquí se detiene para explicar el proceso de armado.

La primera estación estaría dedicada al valor de la práctica por la que es escogido un letrado, siendo que el producto de su defensa será elegido por las bondades únicas que puede garantizar, es decir, sus habilidades para el conocimiento de la otra parte y para conocer las necesidades de sus clientes, sin dejar de lado las necesidades del juez.

El segundo test evoca un servicio “a la medida” del cliente, esto serviría primero, para evitar ser predictivo y segundo, para entrenar técnicas de uso procesal que, una vez dominadas, sean también autocriticadas, de manera que el litigante sea continuo revisor de su trabajo, con el empeño de quien ausculta sus actos a través de las virtudes para perfeccionarlos mediante la autoevaluación. El autor recurre a esa virtud moral que Aristóteles explicaba como sabiduría práctica, citada como *phronesis* en la investigación y conocida también como *prudencia*.

La tercera parada podría denominarse optimización o inclinación por la mejor forma posible, hecho que excluirá medidas que pueden ser beneficiosas pero que se han juzgado

como de menor conveniencia. Es importante seguir el camino elegido, pues de no hacerlo, se distraerían recursos vitales para el proceso.

El cuarto examen puede desprenderse del primero, determinando que la estrategia no deberá cambiarse salvo que no quede otra alternativa. Un cambio innecesario debilitaría las posibilidades del cliente. El autor describe las ventajas de esta decisión, que pueden concebirse como coherencia o impresiones que deja la coherencia a quienes tienen contacto con ella. Según Laise es favorable para el preconcepto que el Juez pueda crearse sobre la visión que se le presenta, es también beneficiosa para la relación que el litigante pueda formarse con los auxiliares de justicia y robustece la excepcionalidad del servicio al cliente.

El último test se bifurca. El autor lo denomina “valoración de la eficacia de la estrategia” y consiste no sólo en vencer al fiscal, sino en crear convicción en el Juez, que es finalmente lo que importa. Esto tiene como objetivo evaluar la estrategia con respecto a la percepción que se tiene de la convicción que se va o no creando en el juzgador. En la etapa preliminar, esta toma de temperatura puede sentirse en preguntas formuladas por el Juez, mientras que durante el juicio oral se examinará si la prueba resulta “auténtica, fiable y exacta”.

Para finalizar, Laise ofrece un cuarto capítulo dedicado a una aplicación casuística de la discusión teórica desarrollada en el libro, pero dejaré esta parte a la curiosidad académica del lector, a fin que sea él mismo quien analice las proposiciones aterrizadas en el mundo los hechos.

4. Las conclusiones o la evaluación del objetivo. La primera conclusión es que Laise ofrece un método. Lo cual sería evidente teniendo en cuenta el título del libro, pero quiero ir al trasfondo, dado que el concepto “conjunto de reglas establecidas secuencialmente para regular una actividad” es similar al enunciado “vía donde es posible transitar para alcanzar un lugar”. Dicho así, un método es en realidad un camino.

Parece que Laise ofrece los pasos, pero más que eso, ofrece el camino. Además lo explora esperando que otros continúen después de él, así lo entiendo al leer los recurrentes casos prácticos en su trabajo. Comprendo que muchos operadores del Derecho (no sólo abogados litigantes) se verán identificados en aquellos e insisto en que se trata de un camino porque al

recurrir al griego, el término μέθοδος (*methodos*) hace referencia a la acepción citada líneas arriba. La RAE es mucho más lacónica: “Modo de decir o hacer con orden”.

Me atreveré a agregar que el libro no se restringe al campo penal o procesal penal, podría aplicarse a todo el Derecho y espero que Laise se anime a una secuela dedicada a hurgar en el proceso en general o en otras ramas jurídicas. Identifico el trabajo de Laise con una investigación orientada a la razón práctica. No es solamente un manual, ni un conjunto de casos, sino una guía para entender la ontología del proceso, pero del recto proceso y su buen actuar arropado por la virtud, pero sin virar al cliché de callar sobre el objetivo que nunca deja de ser otro para un abogado: ganar.

Eduardo Acosta Yparraguirre
Docente a Tiempo Completo
Facultad de Derecho
Universidad San Ignacio Loyola