

## ***Maquiavelo y su influencia en la estrategia de la defensa penal\****

Por Leonardo G. Brond

### **1. El pensamiento de Maquiavelo**

Maquiavelo vivió entre 1469 y 1527. Está considerado como el fundador de la moderna “ciencia política”<sup>1</sup>. La caracterización de la ciencia política como “cocktail de varias ciencias sociales con algo de estadística, filosofía y derecho constitucional”<sup>2</sup> es suficiente para el objetivo de este trabajo, cual es señalar la influencia de Maquiavelo en la estrategia de la defensa penal.

La obra fundamental de Maquiavelo es *El príncipe*, dedicada a Lorenzo “El Magnífico”, hijo de Pedro de Médicis. La obra es interesante porque parece haber sido escrita hoy.

Con “maquiavelismo” se designa, en general, una teoría del derecho y del Estado estrictamente orientada a fines, oportunista, que únicamente aspira a obtener el poder y a conservarlo, sobre la base de la experiencia.

Maquiavelo juzga al ser humano con las costumbres, ideas y necesidades que había en Italia en el siglo XVI. La principal necesidad en aquella época era la unificación nacional, pues mientras Inglaterra y Francia se comportaban “como la ballena y el elefante”<sup>3</sup>, la tardía unificación italiana –iniciada por el conde Camillo Benso di Cavour en 1861– determinó que ésta sea incluida “marginalmente” en la lista de las grandes potencias y esto por razones de cortesía internacional, pues “encubría algunas grandes debilidades”<sup>4</sup> y “contradicciones económicas entre las distintas regiones”<sup>5</sup>.

Maquiavelo parte de una antropología pesimista<sup>6</sup>: todos los hombres son malos y siguen siempre sus malas tendencias, mientras tengan oportunidad de hacerlo. Además: “un hombre que quiere portarse en todo momento como bueno, necesi-

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Naucke, Wolfgang - Harzer, Regina, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 5ª ed., Bielefeld, Luchterhand, 2005, p. 45; Pizzolo, Calogero, *Sociedad, poder & política*, Bs. As., Ediar, 2004, p. 72.

<sup>2</sup> D’Auria, Aníbal, *El clientelismo político, los punteros y el éxito. Brevísimos manual de política criolla*, Bs. As., Ediciones Iniciales Efegepe, 1994, p. 25.

<sup>3</sup> Kennedy, Paul, *Auge y caída de las grandes potencias*, tr. de J. Ferrer Aleu, Plaza & Janes, Barcelona, Random House Mondadori, 1992, p. 170.

<sup>4</sup> Kennedy, *Auge y caída de las grandes potencias*, p. 264.

<sup>5</sup> Cameron, Rondo - Neal, Larry, *Historia económica mundial*, tr. de M. Bengoechen y Consuelo Gallego, Madrid, Alianza, 1990, p. 309.

<sup>6</sup> Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, tr. de Vicente Herrero, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 273. Nourrisson, *Maquiavelo, su vida, su obra y su época*, en Maquiavelo, Nicolás, “El príncipe”, comentado por Cristina de Suecia y Napoleón Bonaparte, tr. de G. Cabanellas de Torres, Bs. As., Heliasta, 1998, p. 99.

riamente fracasa entre tantos que no lo son<sup>7</sup>; los hombres son “ingratos, volubles, disimulados, huidores de peligros y ansiosos de ganancias”<sup>8</sup>.

El ensayo sobre el Príncipe versa, básicamente, sólo acerca de cómo se puede obtener y conservar el poder. Aquí aparece la muy acalorada discusión acerca de cómo se relacionan el fin (obtener o conservar el poder) con los medios empleados para lograrlo. Si bien la frase “el fin justifica los medios” no fue escrita por Maquiavelo, se le ha atribuido no obstante el más crudo realismo jurídico<sup>9</sup>.

Sin embargo, un crudo realismo de esa naturaleza es difícil de conectar con el “brusco cambio de estilo”<sup>10</sup> del capítulo final de *El príncipe*, en el que Maquiavelo formula un llamamiento para liberar a Italia de los “bárbaros”. Aún considerando que este capítulo resulta de dudosa legitimidad<sup>11</sup>, es posible interpretar el término “bárbaros” tanto en sentido relativo como en sentido absoluto. En sentido relativo, los “bárbaros” son los franceses y los españoles<sup>12</sup>. Pero en sentido absoluto, los bárbaros son gente mala, injusta, violenta, cruel<sup>13</sup>. Y, dado que luego de la liberación de los “bárbaros” aparece un lenguaje que sería apropiado para una teoría teológica o idealista del derecho justo (negocios lícitos, buenas leyes, empresa justa, derecho justo) se ha sostenido que el pensamiento de Maquiavelo contiene presupuestos metafísicos ocultos<sup>14</sup>.

No es objetivo de este trabajo pasar revista a todo lo que se ha dicho acerca de Maquiavelo, sino proyectar la influencia de su pensamiento en un ámbito hasta ahora aparentemente inexplorado: la defensa penal.

## 2. Influencia del pensamiento de Maquiavelo

El pensamiento de Maquiavelo, todo lo polémico que se quiera<sup>15</sup>, ha tenido influencias que no se pueden desconocer. Su influencia más conocida es Thomas

<sup>7</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 169.

<sup>8</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 176.

<sup>9</sup> Maquiavelo nunca dijo “el fin justifica los medios” en términos abstractos. Por el contrario, lo que más ha llegado a sostener es que si un príncipe conserva su Estado, “los medios siempre serán juzgados honrosos y ensalzados por todos” (*El príncipe*, p. 181).

<sup>10</sup> Wolin, Sheldon S., *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, tr. de Ariel Bignami, Bs. As., Amorrortu, 2001, p. 219.

<sup>11</sup> Ver D’Auria, Aníbal, *El pensamiento político*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 42, nota 56; observa Leo Strauss que se trata de un capítulo “altamente retórico” que “resulta una sorpresa”, pues “guarda silencio en cuanto a las dificultades que se oponen a la liberación de Italia” (*Meditación sobre Maquiavelo*, tr. de C. Gutiérrez de Gamba, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, p. 65, 73 y 74).

<sup>12</sup> Interpretación de Russell, Bertrand, *Historia de la filosofía occidental*, Bs. As., Espasa Calpe, 1947, p. 127.

<sup>13</sup> Interpretación de Naucke - Harzer, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, p. 48.

<sup>14</sup> Naucke - Harzer, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, p. 48 y 50. También Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, p. 220 sostiene que Maquiavelo “adopta, de modo implícito y, aparentemente, sin intención consciente, el lenguaje de la religión.

<sup>15</sup> Nos vemos obligados a saltar aquí todas las cuestiones que puedan versar acerca de los detractores y defensores de Maquiavelo, sin perjuicio de lo expuesto más adelante. En general, los detractores de Maquiavelo surgen cuando *El príncipe* es prohibido en 1559 por la Iglesia y el Concilio de Trento en 1564. Entre sus detractores se encuentran el cardenal Polus, Naigeon, Catarino Polito, Leo Strauss, Denis Diderot, Campanella, Pablo Paruta, Federico “El Grande”. Entre sus defensores

Hobbes<sup>16</sup>, quien escribió en la época de guerra civil inglesa, contexto que, si bien no es igual al que escribió Maquiavelo, tampoco es significativamente distinto.

También se ha dicho que Niklas Luhmann es “*el Maquiavelo de la sociedad del capitalismo avanzado*”<sup>17</sup>. Además, Maquiavelo ha sido desde su época “*el escritor favorito de los diplomáticos*”<sup>18</sup>.

Por otra parte, se ha pretendido aplicar las ideas de Maquiavelo en materia empresaria, marketing, competencia, sociología y política general<sup>19</sup>.

Ahora bien, Maquiavelo es uno de los pensadores más importantes de los últimos 500 años. ¿Es correcto que la influencia de su genio deba limitarse a la teoría política, a la teoría de los sistemas y al ámbito empresario y al marketing? De ninguna manera.

A continuación, el presente trabajo conduce a explorar la influencia del pensamiento de Maquiavelo en la estrategia de la defensa penal.

### 3. Maquiavelo y la estrategia de la defensa penal

Cada vez que un penalista recibe una causa, sea en el estado de la instrucción penal, en la etapa crítica, en la etapa del juicio oral, en la etapa recursiva, o bien, en la etapa de la ejecución de la pena, surgen forzosamente dos preguntas que guían el estudio de todo el expediente:

- a) ¿Cuál es el mejor *fin* que se puede lograr en el proceso penal?
- b) ¿Con qué *medios* se pueden lograr los fines propuestos?

Aquí se observa el núcleo de cada planteo defensivo. Este esquema hace a cada estrategia de defensa penal; tanto al iniciar un debate, como al interponer un recurso de casación, al plantear una nulidad o inconstitucionalidad, al solicitar una excarcelación, etcétera. Es obvio que sin un *fin* claro y sin una cuidadosa selección de los *medios* para su obtención ningún penalista puede llegar a ningún lado.

---

se encuentran, entre otros, Francis Bacon, Baruch Spinoza, Juan Jacobo Rousseau, Thomas Carlyle y Wolfgang Naucke.

<sup>16</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, tr. de M. Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

<sup>17</sup> Offe, Claus, *Lo stato nel capitalismo maturo*, Milán, Etas, 1977, p. 169 citado por Carcova, Carlos M., “La opacidad del derecho”, Madrid, Trotta, 1998, p. 33; observan Naucke y Harzer que la teoría de los sistemas es inimaginable sin algo de Maquiavelo, pues “la teoría de los sistemas del derecho únicamente modifica el problema que Maquiavelo había formulado con lisa y llana claridad: suponiendo que el orden –cualquier orden– sea bueno, ¿cómo se lo puede conservar mediante el derecho?” (*Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, p. 128).

<sup>18</sup> Sabine, *Historia de la teoría política*, p. 270.

<sup>19</sup> Harris, Phil - Rees, Harris - Lock, Andrew, *Maquiavelo, marketing & management*, tr. de Aníbal Yuchak, Bs. As., Distal, 2006; Soderini, Julio, *Maquiavelo. Las técnicas del poder*, Bs. As., Distal, 2005; Alistair, Mc Alpine, *El nuevo Maquiavelo*, Celtia Editorial; Fisher, Roger, *Más allá de Maquiavelo*, Barcelona, Granica, 2006; Jay, Antony, *Maquiavelo. Lecciones para directivos*, Barcelona, Gestión, 2000; N'Houx, Enrique, *Maquiavelo no conoció a los argentinos*, Bs. As., De los Cuatro Vientos; Rubin, Harriet, *Maquiavelo para mujeres*, Barcelona, Planeta; Somoza, Sandra - Catuogno, Carlos, *Maquiavelo light. Una crítica sobre el trabajo en la modernidad*, Bs. As., Biblos, 2007; Stanley, Bing, *¿Qué haría Maquiavelo?, El fin justifica la rudeza*, Barcelona, Vergara, 2007.

Por ello, la influencia de Maquiavelo en la estrategia de la defensa penal es nítida *ab initio*. Es seguro que la lectura de toda la causa penal debe sugerir al defensor cuál es el mejor *fin* que puede pretenderse en el proceso. El mejor *fin* es, por antonomasia, el sobreseimiento o la absolución. Sin embargo, en caso de condena segura, el mejor *fin* es lograr la condena más baja posible. Por supuesto, se puede teorizar mucho en relación a los *medios* con los cuales el penalista puede obtener un sobreseimiento o una absolución<sup>20</sup>.

Largos tramos de *El príncipe* contienen consejos acerca que cómo conservar el poder. Es muy conocido el capítulo XVIII, en el cual Maquiavelo afirma que “es necesario, por consiguiente, ser zorro para conocer los lazos, y león, para espantar a los lobos”<sup>21</sup>. Uno solo no basta, pues el león “no sabe defenderse de las trampas”<sup>22</sup> y el zorro “no puede defenderse de los lobos”<sup>23</sup>. Estos consejos que Maquiavelo daba al príncipe son aplicables, con limitaciones<sup>24</sup>, a la formulación de la estrategia penal y a la actuación del defensor penal en general. Desde la teoría del derecho penal y procesal penal, los medios que tiene el penalista a su disposición son los que establece el código procesal penal (recursos de reposición, de apelación, de rectificación, de casación, excepciones, nulidades, recusaciones, etcétera.). Un ejemplo del funcionamiento práctico de ello es el caso “Ringelsen”, en el cual el procesado “había utilizado todos los medios disponibles a su alcance para resistir el enjuiciamiento” y “todos los instrumentos legales permitidos para tratar de mejorar su situación”<sup>25</sup>.

Estamos acostumbrados a ver, sobre todo en las películas norteamericanas, que el defensor hace intuitivamente lo correcto y salva al procesado de una punición ilícita, empleando creatividad, imaginación, ideas súbitas y talentos artísticos. Sin embargo, y sobre todo en causas penales de gran complejidad, confiar sólo en la intuición puede llegar a ser erróneo y hasta peligroso. Por otra parte, la creatividad e imaginación no son incompatibles con una estrategia de *fin*es y *medios* al estilo Maquiavelo, sin perjuicio de las limitaciones legales vigentes.

El esquema básico del juez penal (la pregunta referente a si el autor ha delinquido y, en su caso, cómo se lo debe castigar) apunta a reconstruir un hecho histórico en un juicio oral. A este hecho histórico se le aplica la ley penal mediante un proceso que se denomina “subsunción”. De dicha reconstrucción surge la sentencia. El tribunal oral apunta a aplicar el derecho en forma objetiva e imparcial, aspira a la

<sup>20</sup> También en otros ámbitos que requieren de estrategias suele aparecer el fin como algo claro, incluso hasta obvio, mientras que la cuestión espinosa es la referida a los medios para lograrlo. Observa Kasparov que en el fútbol, el “objetivo obvio es marcar goles e impedir que tu adversario haga lo mismo. La mejor forma de conseguirlo, sin embargo, se puede discutir hasta el infinito” (Kasparov, Garry, *Cómo la vida imita al ajedrez*, tr. de Montse Roca, Uruguay, Debate, 2007, p. 39).

<sup>21</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 179; Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, p. 224; Russell, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 54; Nourrisson, *Maquiavelo, su vida, su obra y su época*, en Maquiavelo, “El príncipe”, p. 101.

<sup>22</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, Bs. As., Malinca Pocket, 1963, p. 115.

<sup>23</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 115.

<sup>24</sup> El Código Penal le recuerda al penalista que hay ciertos medios de los cuales no debe hacer uso en su tarea (por ejemplo, el art. 258, Cód. Penal).

<sup>25</sup> Texto completo en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (25 años de jurisprudencia 1959-1983)*, Madrid, Cortes Generales, p. 230 y ss., citado por Pastor, Daniel R., “El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho”, Bs. As., Ad-Hoc, 2002, p. 133 a 137.

verdad y la justicia sobre la base de la lógica y la prueba valorada según la sana crítica (art. 398, párr. 2º, Cód. Proc. Penal de la Nación).

Nada de esto ocurre con el defensor penal, ya que él no resuelve el caso, sino que únicamente puede intentar influir en el contenido de la sentencia. Mientras el tribunal ve el caso en forma imparcial, objetiva y busca la justicia, el defensor observa el caso en forma unilateral, parcial y orientada a un fin. En otras palabras: *la observación del defensor es siempre una valoración maquiavélica.*

La estrategia del defensor no sólo debe abarcar los medios para influir en la decisión del juez, sino también los medios para hacer frente a los acusadores, sean públicos o privados (fiscal, querellante). Ellos tienen también una estrategia que, en principio, persigue un fin diverso al del defensor. Por estas razones, si bien la defensa ha sido caracterizada como “arte”<sup>26</sup>, es, en definitiva, una “lucha”<sup>27</sup>: lucha por los derechos del imputado en contraposición a los órganos del Estado, que tienen el deber de perseguir los delitos<sup>28</sup>.

Es frecuente que el defensor reciba calificaciones tan drásticas como las que recibió Maquiavelo. Así, se ha dicho que Maquiavelo es “el maestro del mal”; “un hombre malo”; un diablo”; un político de pensamiento “diabólico”, que actúa “por la grande y continua malignidad de la suerte que lo oprime”<sup>29</sup>.

La cuestión clave en la lucha que implica la causa penal es saber si la persecución penal se dirige contra un inocente o contra un culpable. En el primer caso, el defensor aparece como el “protector del inocente perseguido”; en el segundo, como un “asistente del malo”<sup>30</sup>. Mientras la sentencia no tenga carácter de cosa juzgada, esta cuestión queda abierta por fuerza de la presunción de inocencia (art. 8.2, Convención Americana de Derechos Humanos y art. 75, inc. 22, Const. nacional).

Así como Maquiavelo ha sido definido como el consejero de príncipes<sup>31</sup>, el defensor penal ha sido caracterizado como el consejero del procesado, cuya tarea es garantizar una defensa técnica que remarque todas las circunstancias de descargo y la observancia del procedimiento.

El defensor tiene una importante tarea en relación a la búsqueda de la verdad en el proceso penal. El defensor fortalece la convicción del juez, pues lo obliga a considerar todas las circunstancias de descargo. Si el defensor obtiene una absolución para su ahijado procesal, el juez se lo agradecerá por haberlo motivado a evitar una condena errónea. Si el defensor obtiene un resultado adverso a su solicitud, también la conciencia del juez queda tranquila, porque fue llevado a considerar to-

<sup>26</sup> Mittermeier, Karl J., *Anleitung zur Vertheidigungskunst im deutschen Strafprozesse und in dem auf Mündlichkeit und Öffentlichkeit gebauten Strafverfahren mit den Eigentümlichkeiten der Vertheidigung vor Geschwornengerichten mit Beispielen*, 4ª ed., 1845.

<sup>27</sup> Barton, Stephan, *Einführung in die Strafverteidigung*, München, Beck, 2007, p. 55; Dahs, Hans, *Handbuch des Strafverteidigers*, 7ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2005, p. 6; Günther, K., *Strafverteidigung*, 2ª ed., 1990, p. 1. Esta idea tiene su origen en la famosa monografía de Rudolph von Ihering, *La lucha por el derecho*, Bs. As., Valleta. Por otra parte, aquí reaparece Maquiavelo con su famosa obra *El arte de la guerra*.

<sup>28</sup> Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, p. 6.

<sup>29</sup> Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 10, 11, 13 y 25.

<sup>30</sup> Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, p. 6.

<sup>31</sup> Bermudo Ávila, José M., *Maquiavelo. Consejero de príncipes*, Universidad de Barcelona, 1994.

dos los descargos planteados. Históricamente ha ocurrido, y más de una vez, que la persecución de los órganos estatales era errónea y conducía al castigo de un inocente. En tales casos el defensor es el único que puede evitar que ello ocurra. De esta manera, el defensor no sólo le resuelve la situación a su ahijado procesal, sino que además dignifica su profesión, pues evita que el mismo Estado cometa un ilícito (mate a un ciudadano, lo haga sufrir en prisión o lo prive de su patrimonio)<sup>32</sup>.

#### **4. El fin y los medios en la defensa penal de un caso real**

Para someter a examen la tesis sostenida en este trabajo, esto es, que el pensamiento de Maquiavelo es extensible a la estrategia de la defensa penal, analizaremos la relación entre el *fin* y los *medios* en la defensa penal de un caso real. Se trata del caso “Schmitt”, resuelto en Alemania en el año 2006. La estrategia defensiva entra en juego en la oportunidad de preparar el juicio oral.

Al momento de requerir la elevación a juicio, la fiscal acusó a Bernd Schmitt, desocupado, nacido el 19/6/74 en Ravensberg, soltero, alemán, de haberse apoderado de una cosa mueble ajena (un estéreo de automóvil) y de haber dañado una cosa mueble ajena (la cerradura de un Mercedes Benz). El hecho ocurrió el 28/2/06 aproximadamente a las 17:25 hs. La calificación legal es de robo y daño en concurso ideal. La acusación se basó en la siguiente prueba: a) la declaración de Steffi Müller (testigo) y de Sven Meyer (denunciante y propietaria del Mercedes Benz); b) informe de dominio automotor proveniente del Registro Central Federal; c) reconocimiento por fotografías<sup>33</sup>.

El resultado esencial de la instrucción fue el siguiente: Schmitt fue observado el día del hecho por la testigo Müller desde una ventana de la vivienda sita en la calle Lerchengasse 5, quien lo vio abriendo la puerta delantera del conductor del Mercedes Benz –titularidad dominial de Meyer– con un instrumento desconocido y luego abandonó el vehículo con un estéreo en su mano. La rotura de la cerradura y el estéreo alcanzan un valor total de 500 euros. Según la declaración testimonial de Müller, el acusado subió luego a un automóvil Volkswagen Polo blanco, patente RV-S 125. Surge del informe dominial que el vehículo Volkswagen es propiedad del acusado. La testigo Müller reconoció al acusado –sobre la base de una muestra de fotografías– como autor. En estas condiciones, el acusado Schmitt es notificado del auto de elevación a juicio y recurre a un reconocido defensor penal.

##### **a) La preparación del juicio oral**

Aquí entra en juego la tesis sostenida en este trabajo. Durante la preparación del debate, el defensor genera un clima de confianza y luego, poco a poco, va obteniendo las primeras informaciones del imputado. Así, nos enteramos que de joven, Schmitt tuvo varios disgustos por participar en protestas prohibidas y hurtos en autoservicios. De adulto, le impusieron una pena de ejecución condicional por lesión corporal en riña. Respecto del caso concreto, Schmitt efectúa por el momento vagas

<sup>32</sup> Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, p. 10 y 11.

<sup>33</sup> Hemos tomado contacto con las principales piezas procesales de la causa, las que se encuentran escaneadas en la obra de Barton, *Einführung in die Strafverteidigung*, p. 177 y siguientes.

declaraciones y le dice al defensor que hay un conocido suyo involucrado al que no quiere delatar. Hasta aquí sabemos que el procesado no era ningún santo y que, con alta probabilidad, es autor del hecho que fue materia de acusación.

El defensor toma nota de lo conversado y luego realiza un estudio intensivo de la causa, en la cual surge un elemento de cargo importante: la declaración testimonial de Müller y el reconocimiento por fotografías realizado también por ella.

La testigo Müller declaró ver desde la cocina de su vivienda el Mercedes Benz que se encontraba estacionado en la vía pública. Declara haber observado a las 17:25 hs. que un automóvil Volkswagen Polo llegó y se detuvo. Que el conductor estacionó y observó el automóvil Mercedes Benz. Que el conductor del Volkswagen Polo era una persona de sexo masculino. Que tenía en su mano un objeto bastante largo, con el cual empezó hacer fuerza en la cerradura de la puerta del conductor del Mercedes hasta abrirla. Luego se sentó en el vehículo. Que no ha visto con precisión qué hizo él dentro del automóvil. Que en ese momento llamó a la policía porque todo le pareció bastante sospechoso. Cuando el hombre descendió del Mercedes Benz, tenía un estéreo en su mano. Luego el hombre se sube nuevamente al Volkswagen Polo y se va por la vía legal de circulación. Y que en ese momento, pasó por la vivienda de la testigo y ella tomó nota de la patente: RV-S 125. La testigo describe al conductor así: delgado, pelo rubio corto, campera oscura, pantalón de jeans oscuro, 25-30 años de edad.

De las 4 fotografías que le fueron exhibidas a la testigo Müller, todas contenían imágenes de similar tamaño, y además, mostraban el rostro de hombres morochos, salvo la foto n° 3, que tenía un tamaño considerablemente mayor y mostraba el rostro de un hombre rubio. El defensor advierte que el reconocimiento sobre fotografías fue realizado en violación a las normas de reconocimiento y rápidamente se le viene a la cabeza un planteo de nulidad.

El aspecto de “zorro”<sup>34</sup>, que según Maquiavelo debe tener todo príncipe, se manifiesta en que el defensor concurre personalmente al lugar del hecho. En otras palabras: el defensor no se da por satisfecho con la información que le brinda el acusado y la causa penal. En la recorrida, el defensor advierte que el lugar donde se encontraba estacionado el Mercedes Benz se ubica aproximadamente a 80 metros de la vivienda de la testigo Müller sobre el lado de enfrente. El defensor toma nota de esta distancia no considerada en el expediente. También toma una fotografía del segmento de la calle, del cual surge la distancia.

En una nueva entrevista, el acusado Schmitt le comenta a su defensor haber encontrado un puesto de trabajo en un supermercado y que teme perderlo en caso de ir a prisión. Nuevamente, el defensor lo tranquiliza, y le explica cómo funciona un juicio oral. Schmitt lo comprende sin dificultad porque se acuerda de sus juicios anteriores, a pesar del tiempo transcurrido. Además, el defensor le comenta cómo procederán en el debate que se encuentra en vísperas. El defensor le recomienda a Schmitt negarse a declarar y le dice que su silencio no podrá ser utilizado en su

---

<sup>34</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 179; Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, p. 224; Russell, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 54; Nourrisson, *Maquiavelo, su vida, su obra y su época* en Maquiavelo, “El príncipe”, p. 101.

contra. Schmitt está de acuerdo. Al final de la entrevista, el defensor le pronostica a Schmitt que las chances de una absolución son bastante altas.

A esta altura de la preparación del juicio oral, el abogado ya tenía diseñada la estrategia defensiva. Luego de la búsqueda de la información, cuya fuente es, por lo general, el imputado y el expediente, aunque aquí también el abogado investigó personalmente el lugar del hecho, el defensor se propuso un *fin*, esto es, lograr la absolución de Schmitt. Esta es la primera parte de la estrategia.

Más tarde, el defensor seleccionó los *medios* para obtener el fin que se había propuesto. Los medios elegidos fueron los siguientes: a) cuestionar la declaración testimonial de Müller; b) plantear la nulidad del reconocimiento. Esta es la segunda parte de la estrategia.

El defensor copia la frase textual empleada por la testigo Müller en el reconocimiento de fotografías: “con alta probabilidad puede ser el autor respecto del vehículo” cuya cerradura fue abierta el 28/2/06. También confecciona una lista de preguntas para la testigo vinculadas al sentido de esta afirmación, a las circunstancias de la exhibición de las fotografías y a las condiciones de visibilidad al momento del hecho.

Nuevamente aparece aquí la astucia de “zorro”<sup>35</sup> a la que alude Maquiavelo, pues el defensor habla por teléfono con una colega, profesora de la Facultad de Derecho, para que lleve sus alumnos al juicio oral, con miras a que los bancos del público estén bien completos en la audiencia de debate contra Schmitt.

Del “zorro” pasamos al “león”<sup>36</sup>. Una semana antes del juicio oral, el defensor presenta un escrito dinamitero ante el tribunal oral, manifestando que su asistido Schmitt ha encontrado trabajo y que esa circunstancia no estaba considerada en el expediente. Asimismo anticipa que Schmitt hará uso de su derecho a negarse a declarar. Y finalmente, solicita ubicar al acusado entre el público durante el juicio oral, antes de que entre la testigo Müller y hasta finalizar su declaración. Para fundamentar el cambio de ubicación, el defensor sostuvo que la acusación se basa exclusivamente en la declaración de Müller. Que no hubo un reconocimiento legal, sino que a Müller le fueron exhibidas fotografías de cuatro personas, y que una de ellas “*con alta probabilidad podría ser el autor en relación al daño del automóvil del 28/2/06*”. Que este cuadro probatorio no era suficiente ni siquiera para elevar la causa a juicio. Que es muy probable que el reconocimiento testimonial esté afectado inconscientemente debido a errores de interrogatorio y de recuerdo. Que la ventana, desde la cual la testigo percibió el hecho, se encontraba a 80 metros del vehículo cuyo estereo fue robado. Las condiciones de visibilidad no eran las mejores, puesto que según el calendario, a las 17:25<sup>37</sup>, ya se había puesto el sol. Insiste en que es dudoso que la testigo haya podido hacer observaciones concretas. Mas bien, la testigo reco-

<sup>35</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 179; Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, p. 224; Russell, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 54; Nourrisson, *Maquiavelo, su vida, su obra y su época* en Maquiavelo, “El príncipe”, p. 101.

<sup>36</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 179; Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, p. 224; Russell, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 54; Nourrisson, *Maquiavelo, su vida, su obra y su época* en Maquiavelo, “El príncipe”, p. 101.

<sup>37</sup> Téngase presente que en Alemania era invierno.

noció a Schmitt como autor en el contexto de una exhibición de fotografías, y con muchas imprecisiones.

Remarcó también que existe el peligro de que el recuerdo de la testigo esté influenciado por la ilegal exhibición de fotografías. Pues, la testigo declaró en la policía haber observado una persona rubia de sexo masculino. Luego le fueron exhibidas 4 fotografías, pero de las cuales sólo una muestra un hombre de cabello rubio. Ello va contra la norma, según la cual, en una exhibición legal de fotografías tienen que aparecer todos los elementos que el testigo ha nombrado para la elección de la imagen<sup>38</sup>. Todo ello con cita de jurisprudencia. Así, por ejemplo, luego de caracterizar al autor como un hombre “rubio”, la exhibición de fotografías tendría que contener imágenes de hombres rubios.

También insiste el defensor en que el efecto influyente de la exhibición de fotografías se incrementa aún más, debido a que la foto del hombre rubio era mucho más grande y que, por las medidas externas, “se destaca” formalmente del grupo de imágenes exhibidas. Agrega que este defecto de procedimiento no es subsanable. Pues, aunque la testigo reconozca a Schmitt en el debate, subsiste el peligro de que su recuerdo esté afectado por la imagen que muestra al hombre rubio. La imagen fotográfica se superpone a lo que ella observó o pudo observar en el hecho histórico. De este modo, subsiste el peligro de que la testigo no reconozca en el juicio oral a la persona que observó durante el hecho sino a la persona que vio en la fotografía. Concluye el defensor, que el reconocimiento realizado en esas condiciones no tiene valor probatorio alguno. Cita bibliografía y una sentencia del Tribunal Supremo Federal en causas penales. En este sentido, señala que el referido tribunal admite que la imagen del recuerdo de testigos está normalmente falseada. Es más: si el tribunal oral pretende fundar una condena en un reconocimiento realizado en esas condiciones, la jurisprudencia de casación exige al tribunal oral que se las arregle con la problemática de su valor probatorio. Casación exige que el tribunal oral explicité las circunstancias concretas bajo las cuales el recuerdo del testigo que reconoce no estaría influenciado por la exhibición de las fotografías.

Hasta aquí se observa que el defensor agregó a su estrategia nuevos medios: a) llenar la sala de público; b) informar circunstancias favorables del procesado; c) ubicar al acusado entre el público mientras declaraba la testigo Müller. Se observa también, que el defensor ha exteriorizado las dos cualidades que le atribuye Ma-

---

<sup>38</sup> Cabe observar que el art. 274 del Cód. Proc. Penal de la Nación exige que el reconocimiento por fotografías se realice “con otras semejantes de distintas personas”; también el art. 272 alude a “personas de condiciones exteriores semejantes”. Es idea comúnmente aceptada que la falta de semejanza de las personas que integran la rueda o, en su caso, que aparecen en las fotografías, compromete sensiblemente el valor del acto a los fines de una identificación verdadera. Por esa sola razón el reconocimiento practicado en aquellas condiciones es un supuesto de nulidad virtual o implícita. Ver Cafferata Nores, José I., *Reconocimiento de personas*, 3ª ed., Córdoba, Mediterránea, 2005, p. 90. Sin perjuicio de la nulidad virtual o implícita, el caso presenta un supuesto de nulidad expresa dado que el reconocimiento por fotografías, en tanto “acto definitivo e irreproducible” conforme a los arts. 200 y 201, fue realizado sin notificación a la defensa. La Cámara de Apelaciones ha resuelto que “corresponde disponer la nulidad del reconocimiento fotográfico del imputado practicado sin notificar previamente a la defensa, por tratarse de un acto irreproducible” (“Ribelli, Juan y otra”, 16/9/96, LL, 1997-C-395).

quiavelo al príncipe: ser “zorro” para defenderse de las trampas y “león” para defenderse de los lobos<sup>39</sup>.

## b) La audiencia de debate

El “zorro”<sup>40</sup> entra una vez más en escena, ya que el día anterior al juicio oral el ágil defensor habla por teléfono con el juez y lo convence de ubicar a Schmitt entre el público. Este no es un detalle menor, pues muestra que el cambio de ubicación del acusado solicitado por escrito –y con abundantes argumentos y citas de doctrina y jurisprudencia– tiene exactamente el mismo valor que una llamada telefónica. Esto significa, una vez más, que las cualidades de “zorro” y “león” tienen que estar reunidas en la misma proporción en el penalista.

Comienza el juicio oral. Luego de verificada la presencia de las partes, el fiscal, acompañado por un joven abogado, lee la frase acusatoria atinente a los hechos y su calificación legal. El presidente del tribunal hace conocer al acusado su derecho de negarse a declarar. Schmitt –de acuerdo a lo conversado con su defensor– se niega a declarar.

Luego, el presidente del tribunal hace pasar a la testigo Müller. Ella es interrogada por las generales de la ley y sobre su deber de decir la verdad. El presidente le pregunta, primero en general, qué es lo que ella observó al atardecer del 28/2/06. La testigo declara haber visto desde la ventana que un Mercedes Benz era dañado. Que luego el autor se fue con un estéreo en la mano a otro vehículo, un Volkswagen Polo, y se retiró. Que ha anotado la patente del Polo: RV-S 125.

Lo que ocurrirá desde aquí hasta finalizar la declaración testimonial es consecuencia del obrar de “zorro” y de “león”<sup>41</sup> del defensor. Pues, según se observará, la forma en que el presidente del tribunal oral interrogará a la testigo únicamente se explica sobre la base del escrito presentado y potenciado con la llamada telefónica. Está muy claro, que el cambio de ubicación solicitado al juez sirvió al mismo tiempo para generarle interrogantes.

Luego de las generales de la ley, el presidente del tribunal toma la palabra y le pregunta a la testigo si ella puede reconocer en la sala a la persona que abrió el automóvil. La testigo observa primero, brevemente, el lugar habitual del acusado, pero ve que se encuentra vacío. Luego la testigo mira alrededor de la sala y se va poniendo nerviosa. El juez le dice en tono tranquilizante que se tome su tiempo; que es importante que mire bien a todos los presentes. La testigo se relaja. Su mirada recorre lentamente las filas del público. Luego fija la mirada en la mesa de la fiscalía. Allí

---

<sup>39</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, Malinca Pocket, p. 115.

<sup>40</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 179; Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, p. 224; Russell, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 54; Nourrisson, *Maquiavelo, su vida, su obra y su época* en Maquiavelo, “El príncipe”, p. 101.

<sup>41</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, p. 179; Wolin, *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, p. 224; Russell, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 54; Nourrisson, *Maquiavelo, su vida, su obra y su época* en Maquiavelo, “El príncipe”, p. 101.

concentra su mirada un largo tiempo. Finalmente, la testigo dice: “*el que está allí pudo haber sido*”<sup>42</sup> y señala al joven abogado colaborador del fiscal.

El presidente le pregunta, con voz firme, si está totalmente segura. La testigo responde: “*no estoy segura, pero de cualquier manera, el joven que está ubicado junto al fiscal se ve parecido. El pelo y eso... Y si el no fue, ¡no puedo reconocer aquí en la sala al que aquella vez he observado! Ya no puedo reconocerlo tan bien como lo hice en la comisaría sobre la base de imágenes provenientes del fichero de delinquentes. Sabe Ud., fue al atardecer, cuando el vehículo fue dañado, ya estaba muy oscuro y todo hace bastante tiempo*”<sup>43</sup>.

El presidente –asombrado– le dice enérgicamente que ella, en la comisaría, había reconocido al autor sobre la base de las fotografías que le fueron exhibidas. Le muestra las fotografías una vez más, y le pregunta: “*¿Cómo puede explicarse esta contradicción?*” La testigo dice: “*No, en la comisaría no he reconocido a nadie*”. Según las fotografías el autor no está aquí<sup>44</sup>.

El presidente toma la palabra enérgicamente y cita textualmente el acta policial: “*de las fotos exhibidas he reconocido una persona que con alta probabilidad puede ser el autor respecto del daño del automóvil al 28/2/06. Se trata de la fotografía número tres*”.

El presidente le pregunta cómo es que aquella frase fue incorporada al acta. La testigo dice: “*El policía estaba muy impaciente*”. Dice también que ella le había manifestado al policía no poder reconocer inequívocamente al autor en las fotos; pero que en todo caso sería lo más parecido al de la foto más grande.

El presidente le pregunta por qué motivo firmó el acta. La testigo responde con una pregunta retórica “*¿Qué otra cosa podía hacer?*”<sup>45</sup>. Dice que no tenía ninguna elección y que, tomando en serio lo firmado, tampoco surge del acta que haya reconocido al hombre de la foto n° 3 como autor. El presidente toma la palabra y pregunta si hay más preguntas para formular a la testigo.

Dado que el resultado probatorio era inequívoco y que en ningún caso podía empeorar, el defensor desiste de formular preguntas acerca de la distancia de 80 metros y las condiciones de visibilidad. La incorporación de pruebas queda cerrada y vienen los alegatos. El fiscal, sobre la base de la impresión del juicio oral, solicita la absolución conforme al principio *in dubio pro reo*, aún considerando los antecedentes penales de Schmitt.

Luego del alegato de la fiscalía, el defensor se alegra de que el juicio oral haya tomado un giro tan favorable. Sostiene que la autoría del acusado no está acreditada. Y, aunque el automóvil de Schmitt se haya encontrado en el lugar del hecho, el vehículo pudo haber sido conducido por otra persona. Por lo demás, han surgido dudas acerca de si la testigo Müller pudo identificar realmente la patente desde su distancia del lugar del hecho. El juicio oral terminó con la absolución del acusado Schmitt.

<sup>42</sup> De la causa original, ver Barton, *Einführung in die Strafverteidigung*, p. 187.

<sup>43</sup> Barton, *Einführung in die Strafverteidigung*, p. 187.

<sup>44</sup> Barton, *Einführung in die Strafverteidigung*, p. 188.

<sup>45</sup> Barton, *Einführung in die Strafverteidigung*, p. 188.

## 5. Conclusiones

Surge de lo expuesto que la influencia de Maquiavelo no tiene por qué limitarse a los ámbitos que tradicionalmente le fueron reconocidos en la ciencia política.

Además, ha quedado claro que la defensa penal es una estrategia basada en la relación de un fin y medios seleccionados para su obtención, para lo cual, algunos consejos que Maquiavelo da en *El príncipe* son de extraordinaria utilidad para el penalista, sin perjuicio de las limitaciones legales vigentes.

La estrategia del defensor en el caso “Schmitt” consistió, dicho en términos de derecho procesal penal, en yuxtaponer el reconocimiento por fotografías a un reconocimiento impropio negativo. El reconocimiento impropio es la identificación que realiza un testigo al declarar en la audiencia de debate<sup>46</sup>.

En particular, tiene importancia el consejo de que el defensor penal debe tener la astucia del zorro –para defenderse de las trampas– y la fuerza de un león –para enfrentar a los lobos–<sup>47</sup>.

En esto quedan, sin embargo, muchas cosas por aclarar. Las cualidades especiales que Maquiavelo pretende para el príncipe –y que aquí fueron trasladadas al defensor penal– no son fáciles de adquirir. Posiblemente sea más fácil desarrollar la firmeza de un “león” que la astucia de un “zorro”. Pero esta variable no indica de modo alguno cómo adquirir ni desarrollar la astucia del “zorro”. Para ello el penalista tiene que volver a leer *El príncipe* y reinterpretar el rico pensamiento ingenioso de Nicolás Maquiavelo.

La influencia del pensamiento de Maquiavelo en la estrategia de la defensa penal se puede graficar de la siguiente manera:

|                              | <b>Política</b>   | <b>Defensa penal</b>   |
|------------------------------|---|--|
| <b>Fin</b>                   | Adquirir/conservar el poder   | Lograr que el procesado no sea condenado, o lo sea en el menor grado posible |
| <b>Actividad principal</b>   | Tanto el “Príncipe” como el “defensor penal” deben seleccionar los medios para obtener el fin que se propusieron.   |  |
| <b>Cualidades requeridas</b> | Tanto el “Príncipe” como el “defensor penal” necesitan la aptitud de actuar como “zorro” para detectar las trampas y como “león” para defenderse de los lobos |  |

Editorial Astrea, 2008. Todos los derechos reservados.

<sup>46</sup> CNCasPen, Sala III, 15/9/95, “Guardia, Hugo C. y otros s/recurso de casación”, expediente 184/95 bis, causa 398. Otro supuesto de reconocimiento impropio es el que realiza el testigo del hecho ante una aparición del imputado en la televisión.

<sup>47</sup> Maquiavelo, *El príncipe*, Malinca Pocket, p. 115.