**Una Teoría de la Estrategia Legal, Lynn M. Lo Pucki y Walter O. Weyrauch (traducción libre)**

En la visión convencional del proceso legal, las cortes determinan los hechos y luego aplican el derecho para generar resultados. En la versión estrictamente formalista de la mirada convencional, el derecho consiste principalmente de reglas en las cuales los resultados de posibles casos se encuentran implícitas. En la mirada más popular, el derecho es una mezcla de reglas fijas y estándares flexibles que a veces permiten a un tribunal preguntares por los objetivos y ejercer criterio y discrecionalidad. En ambas versiones, la mirada convencional sostiene que el derecho escrito es un determinante importante en los resultados legales. En tanto la mirada convencional reconoce que el derecho escrito es ambiguo o indeterminad, esta asume, como lo hacían los Realistas, que su efecto es depositar poder en las manos de los jueces.

En cualquier versión de la mirada convencional, el rol de los abogados es relativamente menor. Ellos recopilan hechos, investigan las fuentes legales relevantes, y luego intentan persuadir al tribunal de que éste adopte una decisión que favorezca a su cliente. En la mayoría de las disputas, no se requerirá de litigación alguna; el derecho escrito será suficientemente claro para que los abogados estén de acuerdo en cuál será el resultado de un litigio. En la gran mayoría de los casos litigados, las miradas de los jueces y jurados determinarán el resultado. Solo una porción minoritaria de los abogados podría llegar a determinar los resultados, y ello sólo mediante la persuasión de jueces y jurados.

Extrañamente, esta visión convencional coexiste con otra que entiende el proceso legal como altamente manipulable a través de la estrategia legal. Los litigantes “estrella” -o los “dream teams” que a veces conforman- regularmente consiguen decisiones favorables en casos que carecen de mérito, evitan que casos meritorios siquiera lleguen a juicio, convierten a víctimas en victimarios, y hacen logran que el sistema legal deje en libertad a los culpables. Aunque algunos podrían disputar los ejemplos específicos de manipulación que hemos dado, la creencia de que las estrategias usualmente determinan los resultados de los procesos legales es generalizada y usualmente están en consonancia con la realidad de la práctica legal. Los abogados dedican una cantidad sustancial de tiempo y energía al desarrollo de estrategias legales y las consideran capaces de determinar resultados en un amplio espectro de casos. Aun cuando las mejores estrategias son específicas al caso y, por necesidad, deben mantenerse en secreto, existen publicaciones íntegramente dedicadas a aquellas que son de aplicación general y que los abogados están dispuestos a divulgar.

Este artículo sostiene que la mirada estratégica captura la realidad de los procesos legales, mientras que la mirada tradicional no lo logra. Las desagradables implicancias de la mirada estratégica explican en parte por qué la mirada convencional sigue siendo predominante. Pero quizás el obstáculo más grande al reconocimiento de la importancia de la mirada estratégica ha sido la ausencia de una teoría que explique cómo los abogados pueden superar la ley y la discrecionalidad judicial para obtener un patrón de resultados legales.

Curiosamente, la estrategia legal no figura en el ámbito de la teoría del derecho. Las miradas detalladas sobre los procesos adversariales tampoco la mencionan. La literatura de “derecho y sociedad” ha estudiado los resultados diferenciales de casos de forma extensa, pero más allá de la investigación de las estrategias de selección de casos iniciada por Galanter, nos ha intentado explicar cómo la estrategia legal puede generarlos.

La estrategia juega un rol central en tres metodologías empleadas por el derecho y la economía: la modelación económica, la teoría de los juegos y los juegos. Pero la estrategia estudiada por los académicos del área del análisis económico del derecho es fundamentalmente diferente a la practicada por los abogados. El actor económico o se somete al imperio del derecho y busca maximizar sus ganancias dentro de este, o bien infringe la ley y acepta las consecuencias. El estratega legal, por el contrario, usualmente busca derrotar el imperio del derecho de una forma que también le permite evitar la sanción. Para plantear esto de otra forma, el modelo económico trata al legislador -como al diseñador del juego- como omnipotente. En ese modelo, los jugadores no pueden cuestionar las reglas, solo pueden buscar ventajas bajo dichas reglas. Sin embargo, un impulso central de la estrategia legal es controlar los resultados legales a pesar de ir en contra de las intenciones del legislador o de los jueces.

Este artículo busca explicar la relación entre el derecho, los jueces y la estrategia legal, ofreciendo una teoría que explica qué hacen los abogados cuando planean una estrategia legal. El objetivo principal, es generalizar desde lo que parece ser una infinitud de maniobras inteligentes, imaginativas y basadas en hechos específicos, para alcanzar una teoría sobre lo que es la estrategia y cómo ésta puede derrotar tanto a las normas como a los jueces que interpretan esas normas. Como parte de esa tarea, intentamos distinguir entre la mirada estratégica y otras miradas alternativas, para identificar los materiales con los cuales los abogados construyen sus estrategias, para catalogar la variedad de estrategias que estructuran, y para explorar las implicancias de nuestra teoría.

Nuestra teoría puede sintetizarse de la siguiente forma: el “derecho” tiene efecto *directo* a través de la dictación y ejecución de decisiones judiciales en casos concretos y tiene efecto *indirecto* a través de la anticipación de la dictación y ejecución de esas sentencias en casos hipotéticos. Cada uno de estos casos es una empresa compleja que puede requerir cientos de decisiones estratégicas y generar un numero indefinido de asuntos legales y problemas extralegales. Los “méritos” de un caso, como lo concibe la visión convencional, pueden ser uno más de estas. Cada una de estas decisiones, asuntos y problemas pueden llegar a definir el resultado legal del caso. Las probabilidades de que uno de estos factores determine el resultado es baja. Pero acumulativamente, la probabilidad de que alguna combinación de estas decisiones, asuntos y problemas determinen el resultado es alta. El estratega legal manipula estas probabilidades en un juego de habilidades, expandiendo y desarrollando un abanico de decisiones, asuntos y problemas de forma calculada, buscando confundir y abrumar a su oponente. Aun cuando los “méritos” lleguen a un adjudicador, se tratará de un adjudicador identificado por el juego, y los “méritos” en una forma determinada por el juego.

Asumimos que los tribunales tienen, por regla general, una actitud hostil frente a la estrategia legal y buscaran anularla cuando puedan hacerlo. Contrario a lo sostenido por prominentes académicos, en cuanto a que la estrategia presupone una visión formalista, asumimos una concepción enteramente realista del derecho, donde el juez tiene un amplio grado de libertad en la toma de decisiones. Aun así, concluimos que, dentro del amplio rango de lo que constituye un resultado legal aceptable, las estrategias legales son los determinantes primarios de quién decidirá un caso, bajo qué límites, y con qué consecuencias. El derecho escrito es solo uno de varios materiales normativos que el sistema emplea y no es ni siquiera el más importante.

La Parte I de este artículo utiliza el caso Texaco-Pennzoil para ilustrar cómo la *mirada estratégica* que promovemos difiere de la *mirada convencional* y distingue nuestra perspectiva estratégica de aquella empleada por el análisis económico del derecho. La Parte II del artículo comienza definiendo los términos que utilizaremos al referirnos a los conceptos de derecho y estrategia. Este capítulo luego describe la doctrina legal como fluida, lo que permite que sea desplazada por las normas sociales y los prejuicios de los adjudicadores, y explica cómo el estratega legal aprovecha estas normas y prejuicios. Finalmente, la Parte II detalla el rol residual que juega la doctrina legal en un mundo dominado por la estrategia. Sobre la base de esta teoría, la Parte III emplea tres categorías para catalogar la amplia variedad de actividades que califican como “estrategia legal”: estrategias que buscan persuadir al juez, estrategias que buscan restringir al juez, y estrategias que buscan despojar al juez -y al derecho- de todo poder sobre el resultado del juicio. La Parte IV identifica las principales consecuencias de la teoría que proponemos. Nuestra teoría explica por qué la estrategia puede afectar tan dramáticamente el resultado de un caso, cómo la estrategia motiva cambios en el derecho, la fuente y los mecanismos del set de variaciones en el derecho comúnmente referido como “cultura legal”, y por qué el ingenio y los recursos juntos son tan efectivos en determinar los resultados legales. La Parte V concluye que la estrategia, no el derecho, es el principal determinante de los resultados legales, que el reconocimiento de la estrategia probablemente aumente con un aumento del acceso público a los datos sobre resultados legales, y que los sistemas legales deben ser concienzudamente rediseñados para limitar las oportunidades estratégicas.

Al mismo tiempo, la teoría que ofrecemos no depende de un alto grado de indeterminación de las reglas legales. Tan solo asumiendo que hay indeterminación en *algunos* asuntos provee la flexibilidad necesaria para convertir los resultados de caso todos los casos en indeterminados. Pequeños grados de indeterminación en cada uno de los numerosos asuntos que constituyen un caso se combinan y generan altos grados de variabilidad de los posibles resultados.

1. **Distinguiendo la perspectiva estratégica**

El primer paso para entender la perspectiva estratégica es distinguirla de la mirada convencional y de la mirada estratégica usada a veces en el ámbito del análisis económico del derecho.

1. **El caso Texaco-Pennzoil como ejemplo**

Para mostrar el conflicto entre la mirada estratégica del proceso legal y la convencional, consideremos su aplicación al conflicto entre Texaco y Pennzoil con respecto a Getty Oil. Recordemos que, en la mirada convencional los problemas legales se resuelven por medio de la aplicación del derecho a los hechos del caso. Esta mirada reconoce que los procesos legales son necesarios para hacer esa aplicación, y con recelo reconoce también que tales procesos pueden determinar los resultados últimos de los casos. Pero esta mirada asume también que el juez controla esos resultados y que, en la gran mayoría de los casos, los jueces deciden sobre la base de los “méritos” del caso.

Una mirada convencional del caso Texaco-Pennzoil sería más o menos así: Pennzoil negoción una promesa de contrato (“agreement in principle”) para comprar Getty Oil. La promesa fue aprobada por el directorio de Getty, pero mientras se negociaban los términos del acuerdo final, Texaco persuadió a Getty para que ésta vendiera a Texaco en vez de a Pennzoil. La teoría jurídica de la acción presentada por Pennzoil en Houston, Texas, era la de “responsabilidad extracontractual” derivada de la interferencia en un contrato (“tortious interference with contract”), la cual resultó en un fallo que otorgó una indemnización de $10.53 billones de dólares. Tras presentar los hechos al jurado, la corte instruyó a este último a decidir si acaso Getty y Pennzoil “tuvieron la intención de obligarse mutuamente” en un acuerdo, si acaso Texaco interfirió con ese acuerdo, y de ser así, cuál es el monto de los daños sufridos por Pennzoil. El jurado concluyó que Getty y Pennzoil tuvieron la intención de obligarse, que Texaco efectivamente interfirió en el acuerdo y que los daños alcanzaban la cifra de $7.53 billones de dólares. El jurado añadió $3 billones adicionales en daños punitivos. En apelaciones, la corte redujo el monto de los daños punitivos a un billón de dólares, pero mantuvo el resto de la decisión. La decisión supuestamente dejó a Texaco en la banca rota, pero luego logró sobrevivir únicamente llegando a un acuerdo con Pennzoil por el pago en efectivo de $3 billones de dólares. La insolvencia y el pago de $3 billones de dólares fueron las consecuencias de la aplicación del derecho al caso concreto.

La mirada estratégica provee una visión marcadamente distinta de la litigación alrededor del caso Texaco-Pennzoil. Bajo esta óptica, los resultados del cas son el producto de complejas interacciones estratégicas diseñadas para controlar esos resultados y manipular los ambientes en los cuales se determinan tales resultados. Los abogados con una aproximación estratégica crean y ejecutan planes para lograr sus objetivos. De acuerdo con la mirada estratégica, los abogados juegan un papel central, decidiendo cuándo, quién, y dentro de qué límites se resuelven los asuntos legales. Los jueces juegan, en esta visión, un papel secundario, decidiendo lo que se les solicita y dentro de los límites impuestos por los estrategas. Finalmente, la mirada estratégica es fenomenológica, en tanto busca explicar los resultados examinando las estrategias utilizadas.

La óptica estratégica del caso Texaco-Pennzoil sería más o menos así: Pennzoil presentó tres acciones judiciales para intentar bloquear la compra de Getty Oil por parte de Texaco. Primero, demandó a Texaco y a Getty en los tribunales de Delaware (“Delaware Chancery Court”) solicitando una *orden de no innovar* (“injunction”) en contra del acuerdo entre las demandadas. Segundo, mientras la demanda estaba en trámite, Pennzoil presentó una demanda de libre competencia (“antitrust”) contra Texaco en Tulsa, Oklahoma. La demanda presentada en Tulsa era notable puesto que ni Texaco ni Pennzoil estaban inscritas ni constituidas en Oklahoma. Los comentaristas especulaban que Pennzoil eligió Tulsa porque la atmósfera en esa jurisdicción estaba contaminada y era hostil a las adquisiciones por el caso de Occidental Petroleum, la cual había adquirido recientemente la Cities Service Company, basa en Tulsa; o bien porque las conexiones políticas y económicas de la familia del CEO de Pennzoil, Hugh Liedtke, estaban en Tulsa. (Al mismo tiempo, Pennzoil financió subrepticiamente otra acción de libre competencia contra Texaco -presentada por una pequeña empresa de combustible para calefacción, ante una corte federal en Providence, Rhode Island). Probablemente ninguna de las partes pensó que estos casos llegarían a juicio; fueron “casos tácticos” presentados para generar presión, lo que un comentarista llamó el “el inevitable post scriptum de un juego de alto riesgo de fusiones (“merger”). Desde una perspectiva estratégica, Pennzoil estaba buscando un tribunal que fuera receptivo a su objetivo -desentrañar el trato entre Texaco y Getty. Cada nueva acción interpuesta por Pennzoil representaba un nuevo intento de encontrar un tribunal que se inclinara por decidir a favor de Pennzoil. Los fundamentos específicos de estas acciones eran de importancia secundaria. Si una acción se veía prometedora, Pennzoil podía presentarla y luego desistirse o abandonar las demás.

La tercera acción presentada por Pennzoil fue una orden de no innovar en las cortes de Houston, Texas. Esta sería la acción que eventualmente le daría a Pennzoil la decisión que le otorgó $10.53 billones de dólares contra Texaco. Esta acción fue una idea estratégica tardía, fraguada por el CEO de Pennzoil, Hugh Liedtke y su amigo Joe Jamail, un abogado tejano especialista en daños personales, y fue presentada después de que Pennzoil interpusiera una acción similar en Delaware. Para presentar esta acción en Texas, Pennzoil tuvo que desistirse primero de la acción de Delaware. Pennzoil podía desistirse sin más, mientras lo hiciera antes que Texaco presentara su contestación. Si no lo hacía antes de presentada la contestación, Pennzoil podía desistirse únicamente con autorización del tribunal, la cual muy probablemente no le habría sido otorgada. Si Texaco hubiera anticipado que Pennzoil decidiría cambiar de foro, podría fácilmente haber presentado dicha contestación. La no presentación de esta contestación por parte de Texaco luego pasó a ser conocida como “el error de 10 billones de dólares” (“the 10 billion dollar boo boo”).

Pennzoil tomó una decisión estratégica de capitalizar despiadadamente el error de Texaco. Pennzoil se desistió de su acción en Delaware sin aviso previo a Texaco, ignorando deliberadamente la costumbre local que exigía que Pennzoil avisara a Texaco de su intención de desistirse, dándole una oportunidad de evitar dicho desistimiento por medio de la presentación de su contestación. Quince minutos después del presentado el desistimiento, Pennzoil interpuso su acción en Texas.

La perspectiva estratégica reconoce el rol central de la decisión de Pennzoil en cuanto a no avisar a Texaco de su desistimiento. Si Pennzoil hubiera avisado, Texaco seguramente hubiera presentado su contestación. Si Texaco hubiera presentado su contestación, el caso se habría mantenido en la jurisdicción de Delaware donde Pennzoil probablemente no habría ganado y, sin duda, no habría obtenido más de $800 millones de dólares. La mirada convencional considera esta decisión de Pennzoil como un aspecto de poca o nula importancia para el resultado. Bajo la mirada convencional, la decisión le permitió a Pennzoil ocurrir ante un tribunal distinto, pero ese tribunal habría estado sujeto a decidir el asunto bajo las mismas normas.

El caso en Texas fue asignado al juez Anthony Farris. Dos días después, Joe Jamil, entonces abogado principal de Pennzoil, donó $1.000 dólares a la campaña de reelección del Juez Farris. La moción de Texaco de recusar al juez sobre la base de este aporte fue denegada. La generosidad de Jamil pareció luego ser recompensada con una seguidilla de decisiones a favor de Pennzoil. Dado que esta donación no configura la definición doctrinaria de soborno, la teoría convencional sostendría la ficción de que ésta no tuvo ningún impacto en el resultado, pero las acciones de las partes demuestran que todas ellas consideraron esa contribución como estratégicamente importante.

Texaco estimó que el caso de Pennzoil era débil en cuanto a acreditar la existencia de responsabilidad, por lo que decidió no *dignificarlo* presentando evidencia relativa a los daños. La estrategia de Texaco fue cuidadosamente considerada y no deja de tener defensores hoy. Pero sus efectos fueron dejar al jurado únicamente con la evidencia presentada por Pennzoil en materia de daños una vez que dieron por establecida la responsabilidad. Los comentaristas en general consideran que la indemnización de $7.53 billones groseramente excesiva considerando los daños reales sufridos por Pennzoil y lo atribuyen a lo que puede ser visto en retrospectiva como un error estratégico de Texaco. La mirada convencional, por el contrario, enmascararía el desastre estratégico de Texaco con la *homilía* que, si cada parte en un proceso adversarial presenta evidencia a su favor, la verada emergerá del proceso.

Tras el veredicto, Texaco lanzó una campaña mediática buscando convencer al público de que Texaco podría sucumbir bajo el peso de un veredicto histórico, a menos que el juez levantara esa amenaza. El objetivo obvio de esa campaña era influir en la decisión de la corte, aun cuando la visión convencional afirma que no existiría forma alguna que ello ocurriera.

En cuanto la corte estuvo lista para emitir una decisión que fijaría gravámenes sobre los bienes de Texaco, dicha compañía transfirió la propiedad de una de las refinerías y planta química más grandes del mundo a una subsidiaria cuya propiedad no se vería afectada por el fallo. La mirada convencional de tal transferencia es que se trata de una acción fraudulenta y anulable si Texaco la realizó “con la intención de impedir, dilatar o defraudar” a Pennzoil, o si Texaco la hizo a cambio de menos del “valor razonablemente equivalente” en caso de insolvencia. En una acción de un acreedor, la corte la declararía nula. El análisis convencional, sin embargo, tiene poca relevancia, puesto que la mera transferencia permitió a Texaco alcanzar su objetivo: dejar el título de la propiedad libre del embargo que la sentencia habría impuesto de forma automática desde su dictación, impidiendo con eso que Pennzoil ganara un poder de negociación potencialmente determinante para el resultado del litigio. Pennzoil tendría que ejercer acciones legales adicionales para anular la transferencia antes que el embargo pudiera hacerse efectivo.

La propiedad restante de Texaco en el estado se mantuvo sujeta al riesgo de ese embargo. Por lo mismo, Texaco se enfrentó a una nueva crisis el día que el Juez de Texas debía decidir si imponer un gravamen en el resto de la propiedad de Texaco en el estado. Temiendo que el juez pudiera emitir una decisión adversa sin más trámite, Texaco instauró un mecanismo para permitirle obtener una suspensión automática de esa decisión, solicitando la declaración de quiebra en White Plains, New York, en los pocos minutos que mediaron entre que el juez anunció que dictaría la sentencia y su publicación y anotación. La imposición de ese embargo, la cual ocurre de forma inmediata desde la anotación, habría causado estragos severos en las operaciones de Texaco, entregándole a Pennzoil un poder adicional para negociar el desistimiento de la apelación de Texaco.

Cuando el tribunal de Texas emitió su decisión (sin imponer el embargo), Texaco respondió presentando una acción civil en la Corte Federal de Distrito de White Plains, New York. Con esa acción, Texaco buscaba retirar el caso de la jurisdicción estatal de Texas y revertir la decisión. La teoría estratégica detrás de ello era que las cortes de Texas eran parciales y favorables a Pennzoil (una empresa de Texas) y a Joe Jamil (un amigo personal de juez). Por el contrario, los tribunales de New York presumiblemente serían parciales a favor de Texaco (una compañía neoyorquina), y la demanda sería presentada además por un abogado que conociera personalmente al juez de New York. Inicialmente la estrategia funcionó. El juez en New York redujo la fianza asociada a la apelación de $11 billones a $1 billón de dólares y sostuvo que la indemnización concedida en Texas era muy superior a lo apropiado en el caso, e incluso insinuó que, si el tribunal de Texas no lo enmendaba, él podría hacerlo. Pennzoil apeló la decisión de la Corte de Distrito de New York, acompañado de una intensa campaña de lobby tanto en las capitales estatales como en Washington. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la reducción de la fianza concedida a Texaco.

El 6 de abril de 1987, la Corte Suprema de los Estados Unidos dejó sin efecto la decisión, indicando que Texaco debía cumplir con la fianza impuesta por el tribunal de Texas para apelar la decisión, equivalente a $11 billones de dólares. Aunque Texaco podría haber pagado la fianza o haber esperado a una decisión sobre dicha fianza por parte de la Corte de Apelaciones de Texas, la compañía eligió solicitar su propia quiebra en White Plains, New York. El efecto inmediato de la solicitud de quiebra fue permitir a Texaco continuar con su apelación sin liquidar su patrimonio ni pagar la fianza.

Sin la solicitud de quiebra, Texaco podría haber perseguido su apelación solo si pagaba la fianza de $11 billones; con la presentación de la solicitud de quiebra, Texaco logró proseguir con su apelación sin pagar fianza alguna. La mirada convencional justifica estas diferencias de trato con la teoría de que, empresas en quiebra suponen consideraciones de política pública distintas y requieren resultados distintos; y que los tribunales pueden controlar el acceso a los beneficios derivados de la quiebra mediante la doctrina que excluye as “solicitudes de mala fe”. En otros términos, Texaco no tenía alternativa entre pagar la fianza y pedir su quiebra; si Texaco no estaba realmente en quiebra, tenía que pagar la fianza, pero si lo estaba, entonces no tenía que pagarla.

Esta perspectiva oculta la naturaleza estratégica de la decisión de Texaco. Esta compañía no estaba “en quiebra” en ninguno de los sentidos habituales del término. Su valor neto rondaba probablemente entre $22 y 26 billones de dólares –lo que le permitía fácilmente pagar la indemnización de $10 billones. Para justificar la quiebra, Texaco inició una campaña de relaciones públicas que un comentarista calificó como “una estrategia lingüística”. En esa campaña, Texaco sostuvo que era financieramente *poco práctico* pagar la fianza, aun cuando era financieramente *posible* hacerlo. Por razones que nunca fueron hechas públicas, pero que seguramente son de naturaleza estratégica, Pennzoil no pidió al tribunal declarar que la solicitud de quiebra fue realizada “de mala fe”.

El derecho sustantivo que regula la quiebra no le ofrecía ventaja alguna a Texaco con respecto a Pennzoil, dado que Texaco era una empresa solvente, Pennzoil podía pagarse hasta la totalidad de lo adeudado. El único propósito de la solicitud de quiebra parece haber sido crear una dilación que le permitiera a Texaco proseguir con su apelación. La suspensión inmediata del cumplimiento de sentencias que genera la solicitud de quiebra le impedía a Pennzoil hacer cumplir el fallo mientras la apelación seguía su curso. Si se mantenía pendiente por suficiente tiempo, Texaco podría haber obtenido una resolución sobre su apelación y, en el intertanto, Pennzoil no recibiría dinero alguno.

También era posible que mientras la apelación estaba en trámite algo ocurriera que pudiera beneficiar a Texaco, y esto estuvo a punto de ocurrir. La “Securities and Exchange Commission” anunció que realizaría una presentación ante la Corte de Apelaciones, sosteniendo que Pennzoil había infringido las reglas de la SEC en su oferta de compra de Getty Oil. Finalmente, a pesar del apoyo de la SEC, la Corte de Apelaciones decidió en contra de Texaco.

La resolución final del caso –una transacción por el pago de un total de $3 billones de dólares– fue el producto de una decisión procesal en la corte que conocía del procedimiento de quiebra. Después de que la Corte Suprema de Texas confirmara el veredicto, la corte a cargo del proceso de quiebras modificó el derecho exclusivo de Texaco a presentar un “Chapter 11 plan” (propuesta de reorganización). Esa modificación le permitía a Pennzoil alcanzar un acuerdo con los acreedores de Texaco en el evento que no lograran llegar a un acuerdo con la administración de Texaco. Enfrentado a la posibilidad de que el caso se cerrara por un acuerdo sin su participación, los administradores de Texaco llegaron rápidamente a un acuerdo con Pennzoil. Aun así, el acuerdo alcanzado estaba muy por debajo del valor esperado del fallo según un análisis económico, sugiriendo que otros factores aún desconocidos redujeron el monto del acuerdo.

Al repudiar las acciones adoptadas con fines dilatorios –acciones que los jueces no tienen forma práctica de controlar–, el derecho convenientemente elude toda responsabilidad por el éxito estratégico de Texaco en dilatar el cumplimiento del fallo a favor de Pennzoil. Texaco tenía alguna razón distinta a la mera dilación para presentar su solicitud de quiebra (cosa que solo Texaco sabe) o bien el éxito de Texaco fue producto de un actuar ilícito y contrario a la ética (en cuyo caso la responsabilidad es de Pennzoil por no haber objetado debidamente a la solicitud de quiebra). Por el contrario, la mirada estratégica reconoce que las estrategias ilegales funcionan en circunstancias en las que las vías legales -al menos en el papel-no funcionan.

La mirada convencional esconde los verdaderos determinantes del resultado del caso Texaco-Pennzoil al mirar el resultado únicamente como un asunto sobre la “adecuada” interpretación de eventos ambiguos - ¿era el acuerdo original entre Pennzoil y Getty un contrato? -. La interpretación en si misma era un proceso no verificable que ocurrió en la mente de jueces y jurados y, por lo mismo, está más allá de las posibilidades de examen o crítica.

Por el contrario, la mirada estratégica demuestra que el resultado en el caso Pennzoil contra Texaco fue altamente fortuito, y que cada parte tuvo más de una oportunidad de ganar, tomando la acción apropiada en el momento correcto. Texaco podría haber ganado presentando su contestación a la demanda en Delaware y objetando al desistimiento, presentando evidencia sobre los daños ante el jurado de Texas, o registrándose en New York, para transferir la competencia sobre la acción presentada en Texas a las cortes federales. Pennzoil podría haber ganado persuadiendo a la corte de desestimar la solicitud de quiebra de Texaco, alegando que fue realizada de mala fe -dejando a Texaco a su merced- o exigiendo ante la corte el pago de la totalidad del monto otorgado por el fallo en su calidad de acreedor preferente.

El acuerdo entre Texaco y Pennzoil por cerca de un tercio del monto de la compensación otorgada por el jurado es coherente con la mirada tradicional que afirma que Pennzoil tenía un caso débil en su “mérito” –los hechos y el derecho. Pero el análisis estratégico muestra que esto no es más que una mera coincidencia. Pennzoil había superado la mayoría de las debilidades convencionales de su caso, obteniendo una sentencia que sobrevivió dos instancias de revisión. Si hubiera seguido el litigio de la quiebra solicitada por Texaco, posiblemente habría llegado a apropiarse de la totalidad de Texaco, un premio de $26 billones de dólares. La debilidad del caso de Pennzoil que dio forma al acuerdo final tenía poco o nada que ver con los méritos del caso original, tal como lo ve la mirada convencional.