

César Higa Silva

Litigación, *Argumentación y* *Teoría del caso*



GRILEY

CÉSAR HIGA SILVA

Profesor de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

**LITIGACIÓN,
ARGUMENTACIÓN Y
TEORÍA DEL CASO**

GRILEY

Primera edición: novimebte del 2019
Primera reimpresión: abril del 2022

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.º 2019-11438**
ISBN: 978-9972-04-645-2

© 2022, **Litigación, argumentación y teoría del caso**
© 2022, **César Higa Silva**
© 2022, **Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L**
Jr. Azángaro 1075, Lima
Cel.: 955474204
Tlfs.: 01-7768008 • 923054974
ventas@libreriasgrijley.com

Composición e impresión

Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Av. Tingo María 1330 - Lima
Tlf.: 337-5252
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1 000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N.º 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la editorial.

*A mis tíos Miguel y Toshi y
a mi primo Miguel*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN: <i>Importancia del estudio de los hechos, la evidencia para la investigación de un caso</i>	13
---	----

SECCIÓN 1

El arte de la guerra y los tres principios para diseñar la estrategia del caso principio 1: conócete a ti mismo

Introducción: <i>El arte de la guerra y los tres principios para diseñar la estrategia del caso</i>	21
1. ¿Qué es y para qué sirve la teoría del caso?	24
2. La investigación de nuestro caso: ¿Cómo sabemos cuál es nuestra teoría del caso?	27
2.1. ¿Cómo se desarrolla la investigación?.....	30
2.2. Un protocolo de investigación.....	32
2.2.1. Clarificación del punto de vista.....	32
2.2.2. Formulación de la hipótesis provisional del caso (potencial proposición última)..	35
2.2.3. Desagregación de la hipótesis última en sus proposiciones elementales	39
2.2.4. Formulación provisional de la(s) teoría(s) del caso.....	44
2.2.5. El registro y organización de la información y evidencia.....	45

2.2.5.1. Registrando y organizando la información por detalles	45
2.2.5.2. Registrando y organizando la información en función a personas	52
2.2.5.3. Registrando y organizando la evidencia tangible.....	57
2.2.5.4. Registrando y organizando la evidencia según su admisibilidad, credibilidad y valor probatorio	57
2.2.5.5. Registrando y organizando la información cronológicamente	58
2.2.5.6. Registrando y organizando la evidencia según la norma a invocar	60
2.2.5.7. Registrando y combinando la evidencia según estrategias e hipótesis	62
3. Empezando a preparar el caso.....	62
3.1. Formulación y eliminación de hipótesis	62
3.2. Refinando y consolidando el análisis.....	66
3.2.1. El esquema: una herramienta para organizar las proposiciones del caso ...	78
3.2.2. La cronología: una herramienta para visualizar los hechos y la evidencia del caso.....	71
3.2.3. La narración: una herramienta para contar historias en el juicio.....	80
3.2.4. Un mapa lógico de los hechos y la evidencia del caso.....	82
Bibliografía.....	99

SECCIÓN 2
Análisis de casos

CASO 1: ¿Cómo demuestro que el certificado era falso? Un análisis desde la perspectiva del derecho probatorio, teoría de la argumentación e inteligencia artificial y derecho en la construcción de un caso	105
Presentación del caso	107
1. Antecedentes del caso	108
2. Lista de proposiciones.....	112
2.1. Lista de proposiciones fácticas.....	112
2.2. Proposiciones que se infieren de los hechos anteriores.....	114
2.3. Proposiciones inferenciales o generalizaciones.....	115
2.4. El estándar probatorio.....	116
3. Formulación de hipótesis en función a los hechos del caso	117
4. Construcción de los mapas lógicos de las hipótesis.....	117
5. Graficando el mapa de cada argumento.....	119
Palabras finales	129
CASO 2: Descubriendo los hechos de un caso, el caso de la picadura en Saga Fallabela	131
Introducción.....	133
1. Análisis del razonamiento de la Sala.....	133
2. Investigación del caso.....	136
3. Importancia de una reconstrucción metódica de los eventos de un caso para su análisis	144

Palabras finales	146
CASO 3: Análisis microscópico del caso del Colegio Diez de Octubre	149
1. Estructura de la argumentación de la Sala	152
2. Análisis de la validez y solidez probatoria del testimonio de «M» para demostrar que «H» ocurrió.....	156
3. Análisis del hecho de que el colegio no negó que «N» haya sido agredido.....	162
Palabras finales	169

SECCIÓN 3

Casos a trabajar

CASO 1: El juicio del rey salomón.....	173
CASO 2: Smith vs. Rapid Transit, INC. Es más probable que la empresa de bus haya provocado el accidente	179
CASO 3: Los langostinos que solo enfermaron a un comensal.....	183

Casos sobre problemas probatorios

CASO 1: Pluspetrol-drenaje de la laguna shashococha .	193
CASO 2: Petroperú-derrame en comunidad Nativa Cuninico.....	195
CASO 3: el <i>dominique</i> Strauss-khan y la camarera guineana	199
Análisis y diagramación de argumentos	205
Caso del marinero desaparecido	205
Caso Romeo Paucar.....	209
¿Sobre qué estamos discutiendo?.....	213

PRESENTACIÓN

Importancia del estudio de los hechos, la evidencia para la investigación de un caso⁽¹⁾

Para los abogados resulta crucial conocer cuáles son los hechos de un caso, cómo se trabaja con ellos, cómo se produce evidencia, qué inferencias se pueden extraer tanto de los hechos como de la evidencia, entre otros aspectos, a efectos de preparar y diseñar la estrategia del caso que se planteará ante un Tribunal. Los hechos son la base de cualquier caso.

Cabe agregar que si bien los hechos, su análisis y probanza son claves para una buena defensa, ello es más importante todavía para la labor de la autoridad que deberá, por ejemplo, pronunciarse si el acusado es culpable, o no, del delito que se le imputa, más allá de toda duda razonable. Y para llegar a ese nivel de certidumbre, el Juez debe saber cómo se analizan los hechos, cuándo se les tendrá por probado, qué tipo de inferencias se pueden efectuar sobre ellos y cómo comparar y evaluar las hipótesis en competencia que existen en todo proceso⁽²⁾.

Sin embargo, pese a la trascendencia de la investigación, probanza y análisis de los hechos de un caso, la doctrina del

(1) Esta sección solo hace referencia al estado de la doctrina jurídica en el ámbito del *Civil law*, mas no del Derecho anglosajón, donde la situación es totalmente distinta.

(2) BINDER, David / BERGMAN, Paul. *Fact investigation. From hypothesis to proof*. West Publishing, 1984, pp. 2-8.

Civil law y, como consecuencia de ello, la enseñanza dentro de este sistema jurídico, no le ha prestado mayor importancia hasta no hace mucho⁽³⁾. En efecto, no existen estudios sistemáticos ni líneas de investigación sobre cómo producir información crítica para un caso, ni cómo registrar, organizar y analizar la evidencia obtenida durante la investigación o análisis de un caso ante la Corte. Tampoco existen mayores estudios que permitan, a partir de ciertos hechos, elaborar hipótesis, formular líneas de investigación, comparar o descartar hipótesis.

Esta situación ha tenido como resultado que, en la gran mayoría de casos, los abogados aprendan cómo investigar, construir y plantear un caso a través de la experiencia, del proceso de prueba y error, lo cual implica un conocimiento poco sistemático y elaborado, desperdigado y que no siempre lo tendremos a la mano cuando se le necesite, dado que nuestra memoria suele ser bastante frágil⁽⁴⁾.

Además, se debe señalar que la teoría de la evidencia y de la argumentación, como ha señalado TWINING, no solo es importante para la construcción y elaboración de la teoría de un caso, sino que también proporciona a los abogados una estructura de razonamiento que le permitirá analizar complejos problemas que suelen darse en diversas áreas sustantivas

(3) Ello no significa que no existan estudios interesantes sobre el análisis de los hechos y su probanza en el *Civil law*, sin embargo, estas investigaciones son relativamente recientes y escasas en comparación a las investigaciones que se han desarrollado en otras áreas del Derecho, pese a su trascendencia al momento de analizar un caso. Entre los estudios más interesantes sobre temas de hechos, ver, por ejemplo, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999; TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 1994; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra, 2005.

(4) TWINING, William. Taking fact seriously, en *Rethinking Evidence. Exploratory essays*. Cambridge University Press, 2006, p. 24.

del Derecho⁽⁵⁾. En muchas ocasiones, las discusiones jurídicas no se sustentan en evidencia o investigaciones empíricas que sustenten la posición de cada una de las partes en controversia, pese a que muchos de los puntos en debate tienen correlato empírico. En estos casos, la discusión no es acerca de cómo funciona la realidad, sino de cómo quisiera que fuera esta⁽⁶⁾.

Esta situación no tendría que ser así, dado que, en las últimas décadas, los investigadores en la teoría de la argumentación, la nueva teoría de la evidencia y de inteligencia artificial y Derecho han venido desarrollando metodologías y herramientas, centrándose, entre otros puntos, en lo siguiente:

- (i) Los aspectos que deben ser analizados sobre la evidencia de un caso;
- (ii) Los tipos de inferencias se pueden realizar sobre los hechos;
- (iii) La formulación de preguntas críticas para reconstruir un determinado evento;
- (iv) Las formas de elaboración y eliminación de hipótesis;
- (v) Las cargas y estándares de prueba para resolver una cuestión en debate; y

(5) TWINING, William. Taking fact seriously-again, en *Rethinking Evidence. Exploratory essays*. Cambridge University Press, 2006, pp. 418 y 419.

(6) Así, por ejemplo, el debate sobre la intervención, o no, del Estado en la economía sería mucho más productivo si se determina con precisión cuál es el punto en disputa y cómo se resolvería este. Así, por ejemplo, si se afirma que existe una falla en un determinado mercado, se debería indicar con precisión en qué consiste esa falla; cuál es la evidencia que probaría la existencia de dicha falla; cuál es la medida que eliminaría esa falla; y la evidencia que probaría la idoneidad de la medida para eliminar la falla de mercado, entre otros aspectos que podrían ser resueltos acudiendo a la evidencia empírica.

- (vi) La construcción de diagramas y gráficos que permitan visualizar las distintas relaciones entre la evidencia, los hechos y las hipótesis del caso.

Los trabajos contenidos en este libro tienen como objetivo difundir, en nuestro medio, de modo introductorio las investigaciones que se vienen produciendo en la nueva teoría de la evidencia, inteligencia artificial y Derecho y la teoría de la argumentación sobre algunos de los aspectos antes señalados.

En este sentido, hemos dividido el libro en dos secciones. En la sección uno se presenta el marco teórico referido a cómo diseñar la estrategia de un caso. En específico, el principio referido a «conócete a ti mismo» o «conoce tu caso». Antes de elaborar cualquier estrategia de un caso, el abogado debe saber qué ocurrió y cuál es la evidencia que podría probarlo. La sección dos se ha dividido, a su vez, en dos partes: (i) En la primera se trata de mostrar cómo se puede aplicar el marco teórico esbozado en la sección uno a casos concretos, señalando cuáles son cada uno de los pasos que se deben seguir para analizar y construir un caso; y, (ii) en la segunda parte hay una serie de casos con un conjunto de preguntas y tareas que podrían resultarles de utilidad a profesores y estudiantes que estén interesados en analizar y trabajar estos temas.

Antes de terminar esta presentación, quería agradecer a todas las personas que me apoyaron en la revisión de varios de los trabajos contenidos en este libro o que, de alguna manera, influyeron en su elaboración. Así, quisiera empezar por agradecer a Ana Cecilia Mc LEAN, quien fue la primera persona que me incentivó en la investigación y la importancia de estos temas para los estudios de Derecho de nuestro país. A Hugo EYZAGUIRRE y Fernando CANTUARIAS, quienes me apoyaron a difundir varias de las ideas contenidas en estos trabajos en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asimismo, quisiera agradecer a Giovanni PRIORI, el cual revisó y discutió

algunos de los ensayos contenidos en este libro, dándome sugerencias muy valiosas sobre algunos aspectos que no me había percatado. A Guillermo SIFUENTES, Arturo CHUMBE, Javier RIZO-PATRON y Tommy DEZA, quienes han tenido la paciencia y el tiempo de revisar varias de las versiones previas de los artículos, tanto en sus aspectos de forma como de fondo. A Luis ÁLVAREZ y Miguel YAGI, los cuales me recomendaron y apoyaron en la publicación de estos trabajos. A Elvira MÉNDEZ CHANG, quien, con su apoyo y aliento, me ha permitido profundizar, discutir y difundir muchas de las ideas contenidas en este libro en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Finalmente, quería agradecer a los profesores Eloy ESPINOSA-SALDAÑA y Alfredo BULLARD, quienes fueron mis profesores varios años atrás y a quienes sigo considerando mis maestros. Eloy ESPINOZA-SALDAÑA fue quien me introdujo en la teoría de la argumentación y su aplicación en el Derecho Público y, en especial, a los Derechos Fundamentales, además de incentivarme, y luego apoyarme, a que profundice mis conocimientos sobre teoría de la argumentación en el programa que tiene la Universidad de Alicante sobre esta materia. Alfredo BULLARD no solo ha tenido una decisiva influencia en mi forma de razonar y analizar las instituciones jurídicas, sino que además se ha tomado la molestia de revisar y discutir varias de las ideas contenidas en este libro. Además, fue quien me incentivó a que escriba y profundice sobre los temas que trata el libro. Y, finalmente, quisiera agradecer a Carla PAZCE, quien con su paciencia y tiempo, me aconsejó que si consideraba que estos temas eran útiles para los abogados, me concentrase solo en ellos por un tiempo; y luego me ayudó en la búsqueda y análisis de la información y bibliografía que necesitaba para la investigación, así como en el análisis y elaboración de los diagramas y gráficos que pudiesen representar la estructura de razonamiento de un caso.

El libro tiene como premisa que el diseño de la estrategia de un caso no es una actividad que solo dependa de la experiencia o habilidad innata de cada abogado, sino que puede ser aprendida e, incluso, estudiada. En ese orden de ideas, el libro presenta diversos desarrollos teóricos, técnicas y herramientas que han sido desarrollados por teóricos provenientes de la teoría del razonamiento probatorio, teoría de la argumentación y litigación. De esta manera, se ofrece al lector un conjunto de pautas y herramientas que le permitan construir su caso de manera rigurosa y pueda identificar los puntos fuertes y débiles tanto de su teoría del caso como de la contraparte.

ISBN: 978-9972-04-645-2



9 789972 046452