

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**EL ARTE DE LA GUERRA Y LOS TRES PRINCIPIOS
PARA DISEÑAR LA ESTRATEGIA DEL CASO**

Cuaderno de Trabajo N° 12

César Higa Silva
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

Agosto, 2009

Décimo Segundo Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“El arte de la guerra y los tres principios para diseñar la estrategia del caso”

©César Higa Silva

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Primera Edición
Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.
Tiraje: 100 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2009-10783
ISBN: 978-9972-659-96-6

Impreso en Perú
Agosto, 2009

I. INTRODUCCIÓN

La investigación, construcción y planteamiento de un caso, así como la implementación de la estrategia de defensa del caso ante un Tribunal no ha despertado mayor interés en la enseñanza y estudios del Derecho, pese a su trascendencia no sólo teórica sino, sobretodo, práctica. En efecto, nuestro sistema de adjudicación de derechos y obligaciones (entre ellos incluye a todos los tipos de procesos y procedimientos judiciales, administrativos y arbitrales) se sustenta, primordialmente, sobre la labor de los abogados¹². Son ellos los que solicitarán la aplicación de una determinada norma al caso de su cliente; los que aportarán la evidencia que sustente su pedido; los que construirán los argumentos que justifiquen que la norma invocada es aplicable al caso que defienden; entre otras actividades que deberán realizar para defender adecuadamente el caso que planteen ante un Tribunal.

Cabe señalar que los estudios e investigaciones acerca del planteamiento y el diseño estratégico de un caso han adquirido mayor importancia, en tanto que nuestro sistema procesal sancionador, en especial, el penal y, en mucha menor medida, el administrativo sancionador, se están orientando hacia un sistema acusatorio o adversarial, en donde la defensa de los derechos e intereses de las partes dependerá de la labor de los abogados de las partes, y ya no tanto del Juez. Dentro de este modelo, el juez no investiga, sólo se concentra en resolver el caso, tal como le ha sido planteado por las partes y sobre la base de la evidencia ofrecida por ellas. Excepcionalmente, podrá requerir la actuación de nuevas pruebas.

En el caso de la defensa de intereses comerciales o civiles, el *boom* que se puede observar de los arbitrajes también obliga que los abogados tengan que investigar, construir, plantear y diseñar estratégicamente su caso, en tanto que los árbitros tienen una mayor especialización y tiempo para el análisis de los argumentos y pruebas de las partes³.

Desde mi punto de vista, y siguiendo las ideas de Sun Tzu, el planteamiento y el diseño de la estrategia de un caso debe seguir los siguientes principios:

- (i) **Conócete a ti mismo:** conoce las fortalezas y debilidades tanto de tu caso como de ti mismo. Es vital para un abogado conocer cuáles son los puntos fuertes y débiles de las hipótesis que maneja, a efectos de que pueda concentrar toda su argumentación en los puntos fuertes y reducir al mínimo los puntos débiles de su caso y prever las posibles respuestas

¹ BINDER, David y Paul Bergman. *Fact investigation. From hypothesis to proof*. West Publishing, 1984, p. 5.

² Por abogado se entiende la labor del abogado de parte, que puede representar tanto intereses privados como intereses públicos (por ejemplo, el fiscal o los órganos instructores de la Administración Pública).

³ Sobre este punto, se puede consultar el artículo de BULLARD, Alfredo y Huascar Ezcurra. QUE GANE EL MEJOR. ¿CÓMO GANAR UN LITIGIO ARBITRAL? En: DEIURE, Revista para litigantes. Linares Abogados, N° 1, setiembre de 2007, pp. 93 – 114.

que dará ante los ataques que pueda recibir sobre ese flanco. Asimismo, el abogado debe conocer los intereses de su cliente; hasta dónde está dispuesto a llegar en el caso y cuáles son los riesgos que aceptara. En otras palabras, el abogado debe conocer a profundidad los intereses de su cliente, dado que, en última instancia, es él quien tomará las decisiones trascendentales del caso.

- (ii) **Conoce a tu contraparte:** conoce las fortalezas y debilidades de tu contraparte como de su caso. Al igual que en el punto anterior, el abogado debe conocer cuáles son los puntos fuertes y débiles de la teoría que podrá plantear su contraparte; cuáles son las posibles respuestas que podrá emplear para atacar dicha teoría; hasta dónde estaría dispuesto a llegar su contraparte y qué riesgos podría asumir en la disputa del caso. También debe conocer, hasta donde sea posible, los intereses y la psicología de su contraparte, dado que ello le permitirá anticipar sus movidas, los riesgos que ella estaría dispuesta a asumir y, dependiendo de ello, explorar las diversas posibles soluciones a su caso: una negociación, conciliación, un juicio.
- (iii) **Conoce - y, si puedes, elige - el campo en el cual se resolverá la disputa jurídica:** conoce el foro en el cual se desarrollará la discusión jurídica del caso. El foro jurídico a discutir podría ser, entre otros, un arbitraje, un procedimiento administrativo, un proceso civil, constitucional o penal. Cada uno de estos foros implicará distintas estrategias por parte del abogado, en tanto que las reglas procesales, de prueba y la forma de razonamiento de la autoridad encargadas de resolver el caso variarán según el foro.

El objetivo de un abogado que ha decidido ir a juicio es la victoria. Para ello es necesario que conozca a profundidad las fortalezas y debilidades de su caso, las del oponente y el espacio en el cual se discutirá éste a efectos de que, como bien decía Sun Tzu, resulte invencible.

Este artículo tiene como primer objetivo difundir los desarrollos teóricos, técnicas y herramientas desarrolladas en la doctrina sobre derecho probatorio, litigación y teoría de la argumentación que permitan a los abogados conocer su caso (el primer principio para el diseño de una estrategia exitosa de un caso). El segundo objetivo del artículo consiste en que las técnicas y herramientas expuestas se puedan convertir en un método que permita a los abogados conocer a profundidad los puntos fuertes y débiles de su caso.

En posteriores artículos, abordaremos los otros dos principios para el diseño de una estrategia efectiva de un caso, así como el análisis de casos prácticos donde se aprecie la aplicación de la teoría, técnicas y herramientas expuestas.

II. PRINCIPIO 1: CONÓCETE A TI MISMO

1. *Importancia del estudio de los hechos y la evidencia de un caso para los abogados*⁴

Para los abogados resulta de suma importancia conocer cuáles son los hechos de un caso, cómo se trabaja con ellos, producir evidencia, determinar qué tipo de razonamiento se puede realizar sobre la evidencia producida a efectos de preparar y diseñar la estrategia del caso que se planteará ante un Tribunal. Los hechos son la base de cualquier caso. El juez, árbitro o cualquier autoridad sólo podrá otorgar lo solicitado al demandante siempre que hayan quedado probados los hechos que alega en sus escritos y éstos se encuentren dentro del supuesto de hecho de la norma invocada. Por ello, el análisis de los hechos de un caso es sumamente importante; sin ellos no se podrá saber qué tan fuerte o débil es su caso y, por tanto, el consejo que se le podrá brindar al cliente será bastante débil⁵.

Sin embargo, pese a la trascendencia de los hechos y su prueba, la doctrina jurídica del *civil law* y, como consecuencia de ello, la enseñanza dentro de este sistema jurídico, ha centrado casi toda su atención en investigar los aspectos normativos y filosóficos de las normas en la sociedad, descuidando los aspectos relativos a la investigación, interpretación y análisis de los hechos a partir de un conjunto de evidencia.

No existen mayores estudios que nos permitan registrar, organizar y darle sentido a los hechos que nos puede relatar un cliente, así como determinar el grado de certeza que le podemos asignar a los hechos relatados.

Tampoco existen estudios que nos permitan, a partir de ciertos hechos, elaborar hipótesis, formular líneas de investigación, comparar o descartar hipótesis, cuya importancia radica no sólo en la formulación de un caso, sino incluso para cuestiones normativas. En efecto, como bien dice Twining, el desarrollo de estas materias no sólo es importante para la construcción y elaboración de la teoría de un caso, sino que también proporciona a los abogados un esquema de razonamiento que le permitirá analizar problemas complejos que suelen darse en diversas áreas sustantivas del Derecho. Asimismo, suele suceder también que muchos autores no ofrecen evidencia de sus afirmaciones, pese a que éstas pueden ser verificadas en la realidad⁶.

Esta situación ha originado que, en la gran mayoría de casos, los abogados aprendan cómo construir y plantear un caso a través de la experiencia, del proceso de prueba y error, lo cual implica un conocimiento poco sistemático y

⁴ Esta sección sólo 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.

⁵ BINDER, David y Paul Bergman. *Fact investigation. From hypothesis to proof*. West Publishing, 1984, pp. 2 – 8.

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 cuáles son los aspectos en disputa, en caso se afirme que existe una falla de mercado, cuál es la evidencia que respalda dicha afirmación, qué medidas se proponen para corregir la falla detectada, la evidencia que respaldaría la idoneidad de la medida a adoptar.

elaborado, desperdigado y que no siempre lo tendremos a la mano cuando se le necesite, dado que nuestra memoria suele ser bastante frágil⁷. Esta situación no tendría que ser así, dado que, en las últimas décadas, se ha venido desarrollado, un amplio marco teórico, metodologías y herramientas que facilitan la labor del abogado en la investigación, construcción y planteamiento de los hechos y su análisis.

2. *La teoría del caso*

En términos sencillos, la teoría del caso consiste en la historia lógica y persuasiva sobre la ocurrencia de un determinado evento y sus consecuencias legales⁸. Según Palmer, toda teoría del caso resulta de la combinación de dos aspectos: el caso (qué sucedió) y la teoría (cuál es la consecuencia jurídica de ello)⁹.

El caso es el relato lógico, ordenado, claro y persuasivo que realizan las partes sobre los hechos que sustentan su pretensión. No es una simple descripción de los hechos, sino que es un relato que tiene como objetivo exponer y convencer al Juez respecto de lo que sucedió en la realidad. Este relato se construye a partir de la evidencia disponible¹⁰. En el relato del caso se debe asegurar que se encuentren presentes todos los elementos fácticos que exige la norma invocada para su aplicación.

De otro lado, la teoría jurídica es el razonamiento que se hace sobre los hechos del caso a partir del ordenamiento jurídico vigente. Este esquema postula que, si los hechos contenidos en una determinada norma se verifican, su cliente se encuentra facultado para exigir lo dispuesto en ésta. Para ello, es necesario elaborar una argumentación que permita sustentar que a los hechos del presente caso le es aplicable la norma invocada¹¹.

La teoría del caso es la combinación del caso y la teoría jurídica. En ese sentido, en todo proceso en donde se exija la aplicación de una determinada norma, se tiene que relatar los hechos y presentar la teoría jurídica que fundamenta, a partir de los eventos narrados, lo que pedimos a la autoridad.

La teoría del caso se elaborará en la etapa previa al inicio del proceso, que se denominará la fase de preparación del caso¹². En esta etapa se podrán elaborar varias teorías sobre el caso o construir varios casos, los cuales servirán como

⁷ TWINING, William. Taking fact seriously. En: *Rethinking Evidence. Exploratory essays*. Cambridge University Press, 2006, p. 24.

⁸ MAUET, Thomas. *Fundamental of trial techniques*. Little, Brown and Company. 1992, p. 380.

⁹ Andrew Palmer. *Proof and preparation of trials*. Thomson legal & Regulatory limited, 2003, p. 45. En el mismo sentido, BERGER, Marilyn y otros. *Pretrial Advocacy: Planning, Analysis, and Strategy*. Wolters Kluwer, pp. 17 y ss.

¹⁰ Andrew Palmer. *Proof and preparation of trials*. Thomson legal & Regulatory limited, 2003, p. 45.

¹¹ Andrew Palmer. *Proof and preparation of trials*. Thomson legal & Regulatory limited, 2003, p. 45.

¹² En el derecho estadounidense, a esta etapa se denomina el Pretrial. Sobre su importancia, ver: Edward J. Imwinkelried. *The Development of Professional Judgment in Law School Litigation Courses: The Concepts of Trial Theory and Theme*. 39 VAND. L. REV. 59 (1986).

guías para la investigación de los hechos, la búsqueda y producción de evidencia y la elaboración de la teoría jurídica¹³.

3. *La investigación de nuestro caso: ¿cuál es nuestro caso?*

No se puede saber cuál es nuestro caso, si es que previamente no se ha realizado una investigación sobre la historia relatada por el cliente. Cuando una persona acude a un abogado en busca de una asesoría legal, lo primero que hará es contarle su historia acerca de determinados hechos. Este primer acercamiento rara vez será tan sólido, documentado y claro sobre la respuesta jurídica que al abogado sólo le quede empezar con la redacción del informe legal. Por lo general, la información proporcionada por el cliente es incompleta, parcial (en el sentido de parcializada) y poco documentada.

Además, el cliente no suele ser abogado. Acude a un especialista para que sea éste quien le diga cuál es la solución jurídica a su problema. Incluso si el cliente le propone una solución, el abogado no tiene por qué aceptarla. El especialista es él. Es como si un paciente le dijera a un médico que le recete un determinado medicamento porque tiene tal enfermedad. Un buen médico le preguntará a su cliente cuáles son sus síntomas, que ha hecho los días anteriores, luego le revisará el cuerpo, y recién con esta evidencia preliminar se aventurará a dar un diagnóstico provisional.

En el caso de los abogados, luego de la entrevista inicial con el cliente, aquel deberá ordenar los eventos que este le ha relatado, pedirle la documentación que sustente su historia, y si otras personas podrían corroborar su historia. Luego de esta etapa inicial, podrá empezar a explorar los diversos problemas que se derivan de la historia del cliente y formular una hipótesis preliminar, a fin de iniciar la investigación que le permita construir y plantear un caso fuerte ante el Juez. El siguiente caso podrá ilustrarnos lo anteriormente señalado:

Una señora acude a su despacho y le cuenta el incidente sobre la agresión que ha sufrido su hijo en el Colegio y la respuesta que le ha dado esta entidad ante su queja:

“Cuando mi hijo de seis años se encontraba en horario de recreo, al ver que el baño de primaria estaba ocupado, se dirigió al baño de secundaria. Al llegar ahí, se topó con un alumno de secundaria, quien le tomó por el cuello de la camisa diciéndole: ‘ahora vas a ver lo que es bueno’, introduciéndolo a la fuerza en uno de los servicios higiénicos que se encontraba vacío, cerró la puerta, lo subió al inodoro, le rebuscó los bolsillos del pantalón llevándose el papel higiénico que tenía en el interior del mismo y procedió a desabotonar uno por uno los botones de su camisa, para después amenazarlo con contarle a sus amigos lo ocurrido.

¹³ BERGER, Marilyn y otros. *Pretrial Advocacy: Planning, Analysis, and Strategy*. Wolters Kluwer, p. 17. En un sentido similar, se pronuncia Edward J. Imwinkelried. *The Development of Professional Judgment in Law School Litigation Courses: The Concepts of Trial Theory and Theme*. 39 VAND. L. REV. 59 (1986), quien agrega, a la teoría del caso, el tema del caso.

Al enterarme del incidente, fui a reclamar al colegio, recibiendo como respuesta, entre otras cosas, que en años anteriores ocurrieron varias situaciones muchos más graves que aquella e incluso tuvieron que expulsar a uno de los alumnos responsables. Lleve a mi hijo para que le diga a las autoridades del Colegio quien había sido el muchacho que lo había agredido; sin embargo, las autoridades no le hicieron mayor caso. Por tales motivos, me vi obligada a retirar a mi hijo del Colegio ante el peligro existente y ante la poca seriedad del Colegio en la investigación de lo ocurrido.”

Si usted fuera el abogado de la señora, ¿cuál es el caso de la señora? La única información que tiene, hasta ahora, es la proporcionada por su cliente, ¿ésta es consistente? ¿presenta vacíos? ¿qué hechos, de los narrados por la señora, configurarían una infracción, por ejemplo, a las normas de protección al consumidor? ¿la declaración de la señora sería admisible en un juicio y, en todo caso, sería suficiente para tener por probado los hechos que ella relata? ¿qué otras líneas de investigación o hipótesis se pueden explorar a partir de la información proporcionada? ¿cómo se podría producir pruebas que le permitan fortalecer su caso?

Antes de presentar cualquier denuncia por infracción a las normas de protección al consumidor, el abogado deberá empezar a recopilar información y pruebas que le permitan determinar si los hechos que le relató su cliente son verdaderos. Si el abogado presenta una denuncia sólo sobre la base de la información de su cliente, podría darse con la sorpresa de que dicha información no era tan exacta o que incluso era falsa¹⁴. Por ello, el abogado debe investigar y confirmar la historia de su cliente a efectos de tener un caso fuerte que plantear ante un Tribunal. Si él no lo hace, la otra parte lo va a hacer, lo cual podría significar la derrota de su caso. El abogado no debe dejar al azar todos aquellos aspectos que puede controlar.

En este caso, la madre le relata al abogado los hechos que su hijo le ha contado, lo cual hace que la información no sea de una fuente primaria. Por ello, el abogado tendrá que entrevistar al niño a efectos de saber qué tan exacta y sólida es la información proporcionada por este. Como se sabe, el investigador – en este caso, el abogado – tiene que recurrir a la fuente original cuando está averiguando la exactitud de una determinada información. La idea es reconstruir los hechos tal como sucedieron.

Lo anterior trae como consecuencia, preparar una entrevista al niño, producir prueba que acredite que el niño es creíble y que se encuentra en capacidad de ser interrogado en el proceso. Estas decisiones tienen que ser evaluadas con la madre, a efectos de determinar si ella está dispuesta a que el abogado realice todas estas acciones que podrían tener cierto impacto sobre la intimidad o la

¹⁴ Ello no significa necesariamente que la señora le mintió al abogado. La inexactitud de la historia podría deberse a diversas razones, tales como que su hijo le mintió a la madre o una inadecuada percepción de los hechos por parte del niño. Es en razón de ello que el abogado debe analizar los eventos que le narra su cliente objetivamente y no dejarse guiar sólo por lo que éste le pueda informar.

integridad psicológica de su hijo. En caso contrario, el abogado deberá evaluar qué otras líneas de investigación se pueden desarrollar a partir de los hechos relatados por su cliente.

Como puede apreciarse, el proceso de preparación de un caso es una de las fases más importante, acaso la más importante para la construcción y posterior planteamiento de la tesis que se defenderá ante el Juez. Ahora bien, ¿cómo se lleva a cabo la investigación de un caso? ¿cuáles son las técnicas que pueden ayudarnos a construir la teoría del caso que defenderemos ante un Tribunal? En la siguiente sección me concentraré en esos aspectos.

a. ¿Cómo se desarrolla la investigación?

Schum y Tillers señalan que una teoría que describa estrategias para organizar evidencia es importante no sólo para la etapa de investigación, sino también para el juicio mismo, e incluso agregaría para la etapa del post juicio¹⁵. Un adecuado registro y organización de la evidencia, permitirá a los abogados elaborar, comparar y eliminar las hipótesis que tiene sobre un determinado caso. Asimismo, esto podrá servir para orientar líneas de investigación a partir de la evidencia disponible y la evidencia que tendrán que producir.

En el caso del Juez, a él también le resultará de vital importancia un adecuado registro y organización de la evidencia a efectos de contrastar y analizar las teorías del caso presentado por cada una de las partes. Si bien existen diferencias importantes entre el abogado y el Juez para el registro y organización de la evidencia, existen bastantes aspectos comunes y, en todo caso, resulta importante para el Juez conocer cuáles son las estrategias que están llevando a cabo las partes para evitar que el proceso pueda ser manipulado por éstas.

El inicio de una investigación empieza a partir de los datos iniciales que obtenemos de la información proporcionada por nuestro cliente. A partir de esta información, empezamos a elaborar una o más hipótesis preliminares que puedan explicar los hechos relatados. Luego, tenemos que empezar a buscar la evidencia que sustente o descarte dichas hipótesis. Los nuevos elementos probatorios obtenidos pueden originar nuevas hipótesis, modificar o afinar las ya existentes. Al final de todo el proceso de investigación, se debe elegir una sola hipótesis que explique los hechos ocurridos, la cual se convertirá en nuestra teoría del caso.

A continuación se desarrollará, básicamente, el protocolo de investigación elaborado por Anderson et. al., al cual se le complementará con ciertos elementos desarrollados por otros autores, pero que no lo modifican sustancialmente.

¹⁵ SCHUM, David y Peter Tillers. *Marshalling evidence for adversary litigation*. 13 Cardozo L. Rev. 657 1991 – 1992, p. 941.

b. Un protocolo de investigación.

Al momento de investigar, construir y plantear un caso, Anderson, Schum y Twining (en adelante, Anderson et. al.) proponen seguir el siguiente protocolo general¹⁶:

- 1) Clarificar el punto de vista;
- 2) Formular la hipótesis provisional del caso (potencial proposición última);
- 3) Formular los elementos constitutivos de la hipótesis del caso (las proposiciones penúltimas);
- 4) Formular la teoría provisional del caso;
- 5) Registrar la información disponible;
- 6) Preparar el producto; y,
- 7) Refinar y completar el análisis.

Cabe señalar que si se tienen varias hipótesis preliminares, este protocolo de investigación puede utilizarse en cada una de ellas, lo cual permitirá en la etapa final de la investigación comparar y decidir cuál será el caso que se planteará.

1) Clarificación del punto de vista

Este primer paso significa responder las siguientes preguntas¹⁷:

- (i) Quién soy (rol). Este aspecto está referido al papel que el abogado cumple en un caso: abogado de parte, fiscal, juez, entre otros. El papel que el abogado tendrá lo orientará en el desarrollo de su investigación y, asimismo, delimitará las restricciones legales y éticas bajo las cuales se desarrollará aquella.

Los abogados de parte, generalmente, no son neutrales y tampoco imparciales en su investigación. Ellos buscarán todas las pruebas que favorezcan la posición de su cliente, así como construir la historia que más convenga a los intereses que defienden. A ellos, en principio, no les interesa tanto la verdad de los hechos ni la justicia del caso, sino la defensa de los intereses de sus clientes¹⁸.

Por el contrario, el fiscal se encuentra encargado de saber exactamente qué ocurrió, lo cual implicará que él busque toda la evidencia que le permita determinar qué es lo que efectivamente ocurrió en la realidad. En su análisis del caso, el fiscal o instructor está obligado a analizar la evidencia a favor y en contra de su hipótesis y sólo podrá acusar al investigado si es que tiene

¹⁶ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 114 y 115.

¹⁷ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, p. 115. Sobre este punto, también se puede revisar los siguientes libros: SCHUM, David. *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Wiley & Sons, 1994; Northwestern University Press, 2001, pp. 72 y ss. ABIMBOLA, Kola. *Questions and Answers: The Logic of Preliminary Fact Investigation* (2002) *the Journal of Law and Society*, 29(4): 533-559.

¹⁸ Ahora bien, lo arriba señalado no significa que deba ser así. Desde nuestro punto de vista, un abogado que sólo se encargue de defender los puntos de vista de su cliente a toda costa, sin tener en cuenta los aspectos negativos de su caso e incluso que tan justa es, o no, su posición podrá perjudicar su caso. Muchas veces, es mejor reconocer el error que persistir en él.

elementos probatorios suficientes que demuestren que éste ha cometido los hechos investigados más allá de toda duda razonable.

En el caso del Juez, él está obligado a ser imparcial respecto del caso que le presentan las partes. En principio, él sólo evalúa las tesis que las partes le presentan, sin que tenga que realizar una investigación adicional a la que las propias partes ya han realizado.

Ciertamente la descripción que se ha realizado es bastante esquemática, pero creo que refleja en gran medida el papel que cada uno de dichos actores cumple en la investigación y resolución de un caso.

- (ii) En que etapa del proceso estoy (tiempo). Como todos saben, la solución de un caso puede pasar por distintas etapas, desde la fase de investigación, hasta la última etapa de la post decisión. Cada una de estas etapas involucra límites y determina la eficacia de las acciones de los distintos actores en una disputa legal. La fase de la investigación es bastante flexible e informal, permitiendo a las partes desarrollar, con bastante libertad, sus hipótesis de trabajo, la recopilación de información, entre otros. Sin embargo, una vez que se inicia la fase decisoria, las partes se encuentran sujetas tanto a la tesis planteada en su demanda, como a los medios probatorios ofrecidos en ésta. Esta etapa se caracteriza por un mayor formalismo y preclusión en la actuación de los abogados y el Juez. En esta etapa no se introducen nuevas teorías sobre el caso.
- (iii) Qué materiales están disponibles para el análisis (evidencia). Evaluar qué evidencia se tiene respecto de la hipótesis que se pretende investigar, y si aquella es suficiente para probarla. La evaluación de la evidencia permitirá identificar qué tan sólida es la hipótesis que se maneja, y qué otras líneas de investigación se pueden derivar de ésta; y,
- (iv) Qué estoy tratando de hacer (objetivos). Este punto se encuentra referido a la identificación clara y precisa de qué se quiere lograr con la investigación. Así, por ejemplo, los objetivos de un abogado no son los mismos del fiscal, y la de ellos difieren de la del Juez. Suele ocurrir que, en muchos casos, las sentencias de los jueces parece más artículos académicos que una decisión destinada a resolver el problema planteado por las partes.

2) Formulación de la hipótesis provisional del caso (potencial proposición última)¹⁹

Este es uno de los puntos cruciales para toda buena investigación. Cuando se realiza una investigación, el abogado debe elaborar la hipótesis que pretende confirmar o probar, especificando cuál es el hecho objeto de prueba. Toda la investigación girará en torno a este hecho. Una de la hipótesis que se puede formular de la historia de la señora del caso ejemplificado, consistiría en la

¹⁹ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 117. También ver: TILLERS, Peter y David Schum. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991).

siguiente proposición: “el niño X fue agredido por un alumno de secundaria el día 26 de marzo en el baño de secundaria”.

Algunos aspectos a tener en cuenta al momento de elaborar la hipótesis serían los siguientes

- (i) La hipótesis debe ser la descripción de un evento de la realidad. La hipótesis no debe contener un juicio de valor, dado que este tipo de enunciados no pueden ser objeto de prueba, aunque sí de argumentación y justificación;
- (ii) Cuando más detallada la hipótesis, mejor. Así, por ejemplo, si el niño puede describir, e incluso identificar, al alumno que lo agredió, ello permitiría que nuestra hipótesis sea más sólida respecto de lo que realmente sucedió.
- (iii) Para la formulación de una hipótesis se puede utilizar la descripción del supuesto de hecho de la norma jurídica que consideramos aplicable a nuestro caso. Como se sabe, por lo general, las normas jurídicas tienen dos partes²⁰: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. La hipótesis que se maneja tiene que encontrarse recogida dentro del supuesto de hecho de una norma y, en virtud de ello, es que se solicita se le aplique lo dispuesto en dicha norma.

3) Desagregación de la hipótesis en sus proposiciones elementales²¹

La hipótesis, por lo general, está compuesta de una serie de elementos que pueden ser desagregados en sus elementos mínimos, lo cual permitiría ordenar y organizar los hechos que tienen que ser probados. Asimismo, esta actividad también permitiría determinar si todos los elementos de la hipótesis se encuentran dentro del supuesto de hecho de la norma que será invocada. Para lograr esto último también resulta necesario desagregar en sus elementos mínimos la norma cuya aplicación se solicita.

A partir de la desagregación de la norma en sus elementos mínimos, el abogado podrá visualizar la estrategia a aplicar y las proposiciones fácticas que formulará, según cada uno de los elementos establecidos en la norma respectiva²². Estas proposiciones servirían, además, como imanes que atraerán las proposiciones probatorias relevantes²³.

La descomposición del supuesto de una norma en sus elementos más simples es una herramienta bastante útil para el abogado²⁴, dado que le permite saber con precisión cuáles son los hechos que tiene que probar. Esto le ayudará a buscar,

²⁰ Una excepción serían las normas constitucionales.

²¹ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 118.

²² ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 118.

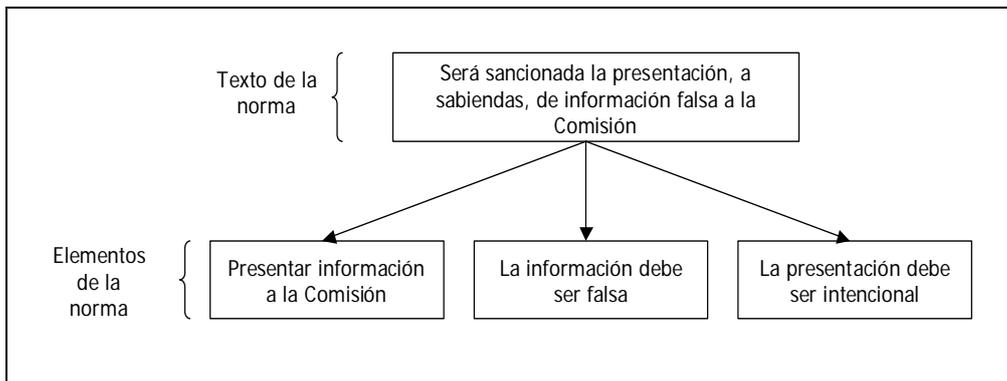
²³ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 118.

²⁴ El libro de ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio Bulygin *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, proporciona el marco teórico acerca de cómo descomponer una norma en todos sus elementos. Este libro es considerado como uno de los mejores libros de lógica jurídica que se ha escrito en la segunda mitad del siglo XX.

producir, analizar y determinar si el material probatorio que tiene, le permite confirmar su hipótesis, la cual encaja en el supuesto de hecho de la norma que pretende invocar. Según Tillers y Schum, otro aspecto importante de la desagregación de la hipótesis se encuentra en su valor heurístico, en tanto obligan a ordenar la evidencia según el supuesto establecido en la norma respectiva.

Un ejemplo podrá servirnos para clarificar este punto. El artículo 5 del Decreto Legislativo 807 establece que quien a sabiendas proporcione a una Comisión información falsa, será sancionado por ésta con una multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT²⁵. En el Cuadro N° 1 se puede observar cómo se ha descompuesto la norma en sus elementos constitutivos.

Cuadro N° 1
Descomposición de la norma en sus elementos constitutivos



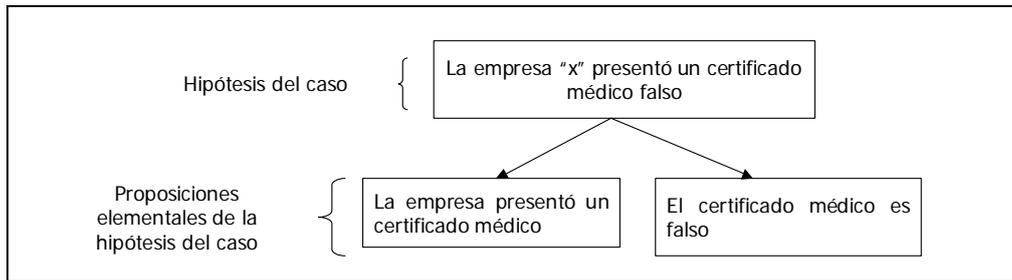
Elaboración: propia.

En el siguiente caso se podrá evaluar tanto la desagregación de la hipótesis como de la norma a invocar.

²⁵ **Decreto Legislativo N° 807; Artículo 5.-**

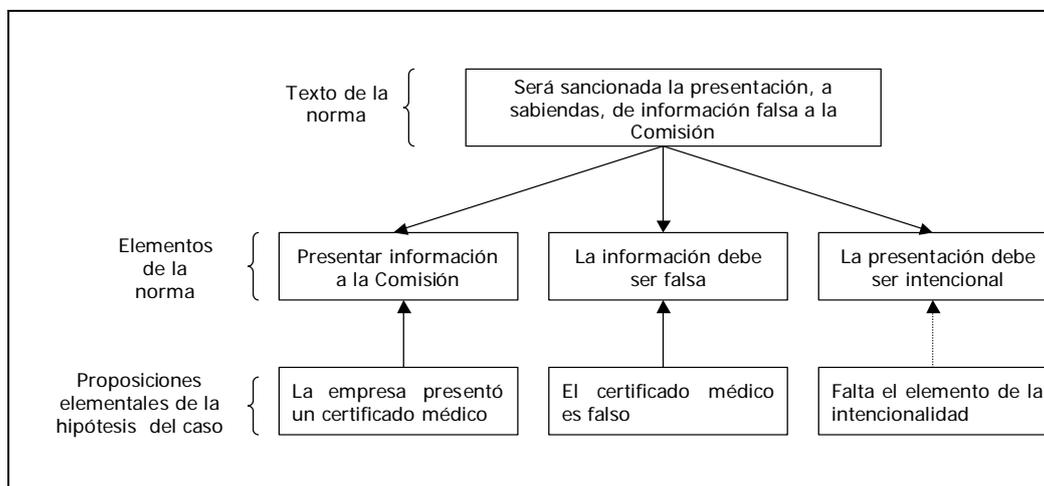
Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de 50 (cincuenta) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia."

Cuadro N° 2
Desagregación de la hipótesis del caso



Elaboración: propia.

Cuadro N° 3
Enlace entre los elementos de la norma y los de la hipótesis



Elaboración: propia.

Como puede apreciarse, la descomposición de la hipótesis y la norma en sus elementos mínimos ha permitido identificar que falta un elemento a la hipótesis del caso: el aspecto referido a la intencionalidad del actor. En ese sentido, si el abogado no sustenta o presenta evidencia respecto de este punto, la autoridad tiene que declarar improcedente o infundada su denuncia, dependiendo del defecto en que haya incurrido el denunciante, dado que no se ha cumplido con acreditar todos los aspectos exigidos por la norma para su aplicación.

4) Formulación provisional de la teoría del caso

Una vez que se han establecido las proposiciones fácticas, el abogado tendrá que construir la teoría del caso que se desprenda de la evidencia que tiene. Como ya se dijo, la teoría del caso es el razonamiento lógico jurídico formulado como un argumento que busca demostrar una o más de las conclusiones del caso como un todo²⁶. En ese sentido, el abogado deberá construir una cadena de razonamiento que

²⁶ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, p. 119.

justifique la relación que existe entre las distintas proposiciones del caso y sus pedidos concretos. Asimismo, la construcción de la teoría del caso también debe servir para darle coherencia y persuasión a las proposiciones que maneja.

Al inicio de toda investigación, la teoría del caso tiene un carácter muy provisional dado que se construye con escasa evidencia, que puede ser el relato del cliente, de un denunciante anónimo, o que ha aparecido en la prensa. Sin embargo, esta primera aproximación del caso proporciona una guía a partir de la cual se desarrollará la investigación.

5) El registro y organización de la información y evidencia

La forma cómo se registra la información disponible es esencial para la buena administración del caso. La información puede ser registrada de varias formas según las necesidades del abogado y la etapa en que se encuentre el caso²⁷. Así, por ejemplo, el registro de la evidencia será distinto en la etapa de preparación del caso, en la etapa del juicio y en la etapa del post juicio²⁸. En la etapa de la investigación, el registro de la información será mucho más amplio y creativo que en la etapa del juicio, dado que no tiene los rigores y formalismos del inicio del proceso mismo, por ejemplo, de la admisibilidad de los medios probatorios. En la última etapa habrá pruebas que quedarán fuera, ya sea por constituir prueba prohibida o por ser irrelevantes.

En esta sección, se explicarán algunas formas que se han ideado en la doctrina para organizar la evidencia e información para los fines de la investigación del caso que se pretende formular en un juicio.

a) Registrando y organizando la información por detalles

Tillers y Schum señalan que una buena forma de organizar la información y evidencia es de acuerdo a los detalles que cada una aporta²⁹. Si bien ellos no son muy claros respecto a qué se refieren a “detalles”, parece que están haciendo referencia a extraer toda la información que se pueda obtener de una determinada evidencia, en función a la hipótesis que se esté manejando del caso o incluso si hay algún dato que pueda llamar la atención. La información obtenida se deberá anotar en un documento maestro en donde aparezcan todos los detalles que se han obtenido de la evidencia disponible.

Desde luego, el gran problema que presenta este tipo de registro, como bien apuntan Tillers y Schum, está referido a la enorme cantidad de información que se puede generar de la revisión de un simple documento y del tiempo que su análisis puede demandar.

Este problema se puede atenuar, en parte, recopilando aquella información que pueda tener algún tipo de relación con las hipótesis inicialmente elaboradas. Asimismo, se

²⁷ Tillers y Schum proponen registrar la evidencia y la información disponible en doce sistemas. Al respecto, ver su artículo. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), pp. 948 y ss.

²⁸ Igualmente, la evidencia será registrada de manera distinta según se trate de utilizar para una negociación o para un juicio.

²⁹ Tillers y Schum proponen registrar la evidencia y la información en doce sistemas. Al respecto, ver su artículo. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), p. 949.

deben destacar aquellos aspectos que puedan dar luces sobre nuevas hipótesis respecto de lo que sucedió.

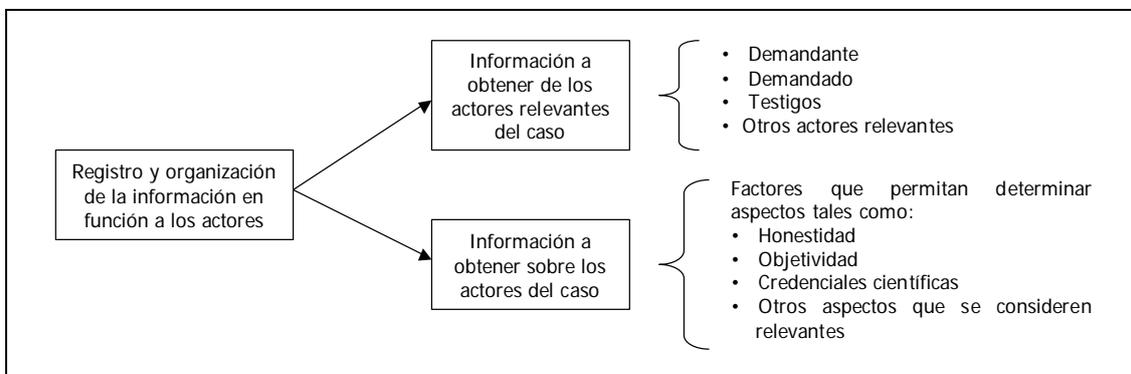
Para las personas relacionadas con los aparatos de inteligencia y seguridad del Estado les sería de mucha utilidad registrar todo tipo de detalle de la información dado que pequeños detalles pueden dar luces sobre posibles eventos que puedan estar preparando algunos grupos en contra de la sociedad o del Estado. Por lo general, las organizaciones clandestinas, por su mismo carácter, tratan de ocultar o disimular sus actos, hasta el momento en que empiezan a llevar a cabo su accionar.

b) Registrando y organizando la información en función a personas

El registro y organización de la evidencia en función a las personas se puede realizar de la siguiente manera: (i) en función a la información que se puede obtener de cada una de las personas relevantes para nuestro caso, tanto a favor como en contra; y, (ii) la segunda está referida a la información que se puede obtener sobre los actores. Así, este sistema registra la información proveniente de los actores y sobre los actores.³⁰

Este tipo de registro resulta de suma importancia cuando se quiere, por ejemplo, evaluar la idoneidad de la declaración de un testigo³¹ y de un perito. Aspectos, referidos a su honestidad, objetividad, credenciales científicas, entre otros, resultan importantes para fortalecer o cuestionar la credibilidad de los testigos de nuestro caso.

Cuadro N° 4



Elaboración: propia.

³⁰ Tillers y Schum proponen registrar la evidencia y la información en una en doce sistemas. Al respecto, ver su artículo. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), p. 950.

³¹ Mayor información sobre los atributos de la prueba testimonial se podría encontrar en el artículo: Hacia un análisis lógico – epistémico de la prueba testimonial. Una propuesta para superar los criterios subjetivos y de conciencia de los medios probatorios. En: Revista Jurídica del Perú. Derecho Público y Privado. N° 92, Octubre 2008. Asimismo, este artículo también se publicó en la Revista electrónica: Justicia y Derecho. Revista editada por Jueces peruanos. Año 2 N° 3 Enero 2009. Se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.justiciayderecho.org/revista3/index2.html>

c) Registrando y organizando la evidencia tangible

Este tipo de registro y organización es común entre los abogados. La evidencia tangible se puede organizar de la siguiente manera³²:

- En función a cuál sea la fuente de dónde provenga una determinada información. En ese sentido, se puede clasificar la evidencia del caso según se trate de un documento, medio tecnológico, entre otros. De esta manera, el abogado podrá analizar cada uno de los requisitos que deben cumplir estos elementos probatorios para determinar su admisibilidad, credibilidad y valor probatorio. Así, por ejemplo, en el caso de una información proveniente de un medio tecnológico, lo que debemos evaluar es la “confiabilidad” del referido medio. En el caso de un documento, su autenticidad.
- Esta evidencia se puede registrar y organizar en función a la información que cada una de ellas pueda aportar a la investigación;
- Al lugar y de quién se obtuvo la información. Esto podría servir para determinar la autenticidad, el conocimiento de la información, entre otros aspectos que pueden ser relevantes para la investigación.

d) Registrando y organizando la evidencia según su admisibilidad, credibilidad y valor probatorio

Este tipo de registro y organización de la evidencia permitirá evaluar las hipótesis del caso, en función a si puede existir discusión acerca de la admisibilidad, credibilidad y valor probatorio sobre cada uno de los medios probatorios que se tienen para sustentar un caso³³. Este tipo de registro y organización de la evidencia será de suma importancia para evaluar y comparar la fortaleza y debilidad de cada una de las hipótesis que se estén manejando sobre el caso.

Cuadro N° 5

	Admisibilidad	Credibilidad	Valor probatorio
Evidencia 1 (memorándum)	Si	Si	Alto
Evidencia 2 (testimonio del señor X)	Si	Discutible	Bajo
Evidencia 3 (peritaje)	No	-----	-----

Elaboración: propia.

³² Tillers y Schum. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), pp. 951 y 952.

³³ Tillers y Schum solo hacen referencia a la credibilidad de la evidencia, sin embargo, yo creo que resulta importante registrar y organizar en función a su admisibilidad y valor probatorio. Al respecto, ver *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), p. 952.

e) Registrando y organizando la información cronológicamente

Una forma bastante común entre los abogados es registrar y organizar la información y evidencia según su orden cronológico. Este método de registrar y ordenar la evidencia es útil, por ejemplo, porque puede revelar vacíos en el análisis de los hechos. La ordenación cronológica servirá para lo siguiente:

- (i) Mediante la construcción de líneas de tiempo, el analista podría descubrir la existencia de intervalos de tiempo sobre los cuales no hay información y detalles, o si la que existe es insuficiente³⁴.
- (ii) Permite visualizar las historias o narraciones que se pueden construir a partir de la ocurrencia de los eventos en el tiempo³⁵.
- (iii) Persuasión.

El registro y ordenación de la información se puede realizar de diversas formas. Una primera forma sería registrar las proposiciones según la fecha de su fuente (testigo, documento, entre otros). La segunda, y más común, es ordenar todos los hechos de acuerdo a la fecha en que hayan ocurrido, a la cual se le adjuntará su fuente. Luego de ello, se podrán elaborar gráficos que permitan visualizar los hechos en el tiempo, los cuales dependerán del tipo de evento (si el evento es discreto o continuo, si se trata de meses, días o minutos, etc).

El registro y organización cronológica debe ser acompañado de la construcción de escenarios o historias, según se trate de la descripción en un momento determinado (estático) o en un intervalo largo de tiempo (dinámico)³⁶.

Una idea importante sobre el registro y organización cronológica de los eventos, y de ahí quizá su difusión, es que se basan en la idea de causalidad. Todos los eventos son causa y efecto de otros eventos. No hay un evento que no haya sido resultado de otro y que no tenga influencia en otro. Por otro lado, existen estudios que señalan que los seres humanos tratamos de construir historias cuando observamos hechos, a efectos de darle sentido y explicar el porqué de su ocurrencia³⁷.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el registro y organización cronológica de la información permite construir historias, líneas y gráficos de tiempo, y su valor psicológico resulta muy importante al momento de presentar un caso ante un Tribunal, especialmente, aquellos que se sustentan en pruebas indirectas, como se verá más adelante.

³⁴ Tillers y Schum. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), p. 955 y ss.

³⁵ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, p. 121.

³⁶ Al respecto, ver Tillers y Schum. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), pp. 955 y ss. y ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 121 y 145 – 158.

³⁷ Al respecto, trabajos bastantes citados sobre esta línea de investigación son Pennington, Nancy y Reid Hastie 1993. "The story model for juror decision making". En: Reid Hastie (ed.) *Inside the juror: The psychology of juror decision making*, Cambridge: Cambridge University Press. Reid Hastie, Steven Penrod and Nancy Pennington. *Inside the Jury*; Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1983. Nancy Pennington and Reid Hastie. "A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model. (Decision and Inference in Litigation)." *Cardozo Law Review*, 1991, 13(2-3), pp. 519-57.

f) Registrando y organizando la evidencia según la norma a invocar

Como ya se dijo las normas tienen un carácter heurístico muy importante, dado que nos orientan qué investigar y por dónde³⁸. En efecto, la labor del abogado consiste en demostrar que en la realidad, ha ocurrido un hecho que encaja dentro del supuesto de hecho de la norma invocada. Para facilitar esa labor, el abogado debe registrar y organizar toda la evidencia según los elementos que le exige la norma para su aplicación.

Un problema que puede surgir en este tipo de registro y organización de la evidencia se encuentra referido a los problemas de ambigüedad, vaguedad y valoración que pueden contener los términos de una norma. Frases como: conducir razonablemente, actuar diligentemente o actuación indebida, pueden dificultar la labor de registro y organización de la evidencia y la información. En rigor, este es un problema de la norma y no del registro en sí mismo.

En ese tipo de situaciones, lo primero que debe hacerse es eliminar todos los problemas lingüísticos que puedan surgir del análisis de una norma. Lo más fácil será eliminar la ambigüedad de una norma. Algo bastante más difícil será solucionar los problemas de valoración que pueda presentar una norma sobre un determinado hecho. Para ello, el abogado deberá tratar de establecer, en la medida de lo posible, qué ha entendido la jurisprudencia y la doctrina por diligencia, razonabilidad, indebido, y todo aquel término que implique un juicio de valor. La definición de estos conceptos tiene que ser convertida en una proposición fáctica, dado que la prueba sólo puede versar sobre hechos y no sobre juicios de valor. Estos últimos sólo se justifican, no se prueban. Los problemas de vaguedad del lenguaje son imposibles de eliminar en abstracto. Este tipo de situaciones se presenta en la periferia o límite de un concepto³⁹. Estos sólo se resolverán en el caso concreto.

Es importante que el abogado diferencie los distintos problemas lingüísticos que puede tener una norma dado que ello tendrá influencia en la búsqueda de evidencia, en la formulación de los argumentos o incluso en la elección del foro. Así, por ejemplo, en el caso de los arbitrajes, las partes podrían designar a los árbitros que tengan una interpretación de la norma más cercana a sus intereses.

g) Registrando y combinando la evidencia según estrategias e hipótesis

Según Tillers y Schum, uno de los principales objetivos del registro y organización de la evidencia está referido a que éstas nos puedan provocar preguntas y líneas de investigación útiles⁴⁰. En ese sentido, se puede combinar

³⁸ Tillers y Schum. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), p. 964.

³⁹ El típico ejemplo se refiere a cuándo una persona se convierte en calvo. Habrán casos en que quedará claro, mientras que en otros ya se prestará a discusión. Casos más interesantes estarán referidos a determinar cuándo la entrega de una información es insuficiente.

⁴⁰ Tillers y Schum. *A Theory of Preliminary Fact Investigation*, 24 U.C. Davis L. Rev. 931 (1991), p. 953.

los distintos tipos de información que se pueda tener a efectos de ver qué líneas de investigación e hipótesis pueden surgir de dicha operación.

Desde mi punto de vista, la combinación de la evidencia tiene que ver más con la elaboración de hipótesis que con el registro de información. Este punto se discutirá en la sección dedicada a la generación y eliminación de hipótesis.

6) Empezando la preparación del producto

Una vez que ya se tiene registrada y organizada la evidencia e información del caso, el abogado debe empezar el análisis de ésta a efectos de generar las hipótesis que se puedan obtener de dicho proceso. En esta sección se abordará tanto la elaboración y eliminación de hipótesis, como la producción de evidencia a partir de ésta hipótesis. En la teoría se han estudiado una serie de mecanismos acerca de la formulación, creación y evaluación de hipótesis⁴¹, siendo las principales las siguientes:

- (i) el razonamiento deductivo
- (ii) el razonamiento inductivo
- (iii) el razonamiento abductivo
- (iv) el razonamiento retroductivo.

(i) Razonamiento deductivo

El proceso de razonamiento deductivo es aquel que tiene una premisa universal y una premisa individual que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la premisa universal. Si ambas premisas son verdaderas, entonces la conclusión es necesariamente verdadera. El clásico ejemplo es el siguiente:

Todos los hombres son mortales
Sócrates es un hombre
Entonces Sócrates es mortal.

Si bien este tipo de razonamiento es el más seguro que puede haber, en rigor, no permite la creación de hipótesis. La premisa mayor es universal, esto es, afirma que determinados sujetos, cosas u situaciones siempre tienen una determinada propiedad o característica, motivo por el cual si nos encontramos, por ejemplo, con un individuo concreto que se encuentra dentro de la clase de sujetos que tiene la premisa universal, necesariamente, dicho individuo tendrá la característica o propiedad predicada de los sujetos de su clase⁴². Lo único que habría que encontrar son pruebas que permitan acreditar la existencia de la premisa menor.

⁴¹ Al respecto, ver el libro editado por Umberto Eco y Paul Thagard. *El signo de los tres*. Barcelona: Lumen, S.A., 1989.

⁴² ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 55 y 56.

(ii) Razonamiento inductivo

En lógica inductiva, la premisa mayor no es universalmente verdadera. Es una proposición que se basa en generalizaciones del tipo: usualmente, muchas veces, generalmente, frecuentemente. Se puede utilizar la estructura del razonamiento deductivo para expresarlo:

Generalmente	Los A son Bs
Existe un X	X es un A
	X es probablemente B.

Para Peirce, el razonamiento inductivo tampoco permitiría la generación de hipótesis, dado que su estructura ya contiene una hipótesis aunque sin pretensión de universalidad⁴³. Al igual que en el razonamiento deductivo, la labor del analista se encontraría en investigar y reunir el material probatorio que le permita confirmar o negar la existencia de la premisa menor.

(iii) Razonamiento abductivo

Este tipo de razonamiento se encuentra vinculado con la capacidad de elaborar hipótesis a partir de la evidencia que tiene el analista. La pregunta que se hace es la siguiente: ¿qué hipótesis pueden explicar los hechos observados a partir de la evidencia disponible? En este caso, la hipótesis es provisional y preliminar⁴⁴. La estructura del razonamiento es el siguiente⁴⁵:

Un hecho C, es observado
Si A fuera verdad, el hecho C sería una cuestión de rutina,
Así, hay una razón para sospechar que A es verdad.

Hay varios aspectos interesantes de este tipo de razonamiento. El primero sería que las hipótesis se generarían como una suerte de lluvia de ideas a partir de la información disponible. El segundo es que las hipótesis deben ser generadas a partir de la evidencia disponible. No se deben inventar, en principio, hipótesis que no tengan algún tipo de correlato con la evidencia disponible. El tercer aspecto es que la generación de hipótesis se hace a partir de preguntas⁴⁶. La pregunta clave es ¿qué hipótesis puede ser explicada por la evidencia disponible? Ciertamente, las preguntas deben ser afinadas según el tipo de evidencia que se disponga, el conocimiento y experiencia particular que se tenga sobre los hechos.

⁴³ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, p. 56.

⁴⁴ SCHUM, David. *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, pp. 460 y ss.

⁴⁵ SCHUM, David. *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, p. 461.

⁴⁶ SCHUM, David. *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, p. 461. Ver también: SCHUM, David. *Species of abductive reasoning in fact investigation in Law*. 22 Cardozo L. Rev. 1645 – 1681.

(iv) Razonamiento retroductivo

El analista observa ciertos hechos y elabora ciertas hipótesis. A partir de ahí se pregunta: si parto de la hipótesis X ¿qué evidencia debo tener para confirmarla o rechazarla? En ese sentido, este razonamiento no parte de la evidencia (o de los hechos observados), si no de la hipótesis y, a partir de ésta, se pregunta por la evidencia (o hechos) que necesita para confirmarla.

En realidad, la finalidad de diferenciar entre el razonamiento abductivo y retroductivo se encuentra en donde se pone el acento en la generación de una hipótesis y su investigación. En el primer caso, el acento está en la evidencia y, de ahí, se genera la hipótesis. En el segundo, el acento parte de una hipótesis y, a partir de ésta, se busca la evidencia que la confirme o rechace.

En la práctica, ambas formas de razonamiento tienen que estar presentes en la generación e investigación de una hipótesis. Si bien toda hipótesis se genera a partir de algún tipo de información o evidencia, el analista debe tener una lista de todas aquellas hipótesis que puedan derivarse de la información y evidencia disponible, así su sustento sea bastante débil. El criterio que debe primar en esta etapa inicial debe ser el de plausibilidad o posibilidad, y no el de probabilidad. Luego, en la medida que va avanzando en la investigación, irá eliminando las hipótesis, de acuerdo a la evidencia que se va encontrando, a la posibilidad de su producción, criterios establecidos en la ciencia sobre la relación entre hechos, entre otros criterios.

7) Refinando y completando el análisis.

Como dicen Anderson et. al., el objetivo de toda investigación es desarrollar un sólido análisis lógico que respalde la tesis del caso que se sustentará ante el Juez⁴⁷. Así, los distintos productos que obtengamos del registro y organización de la información y evidencia, se deben combinar, analizar y comparar a efectos de determinar cuál es la hipótesis más sólida que se deriva de toda la información que tenemos. Sólo si nuestro argumento es sólido lógicamente podremos avanzar hacia el siguiente paso que es el referido a la presentación persuasiva de nuestro caso⁴⁸.

A continuación analizaremos algunas técnicas y herramientas que nos permitirán construir, o si fuera el caso descartar, la hipótesis que plantearemos ante el Tribunal, las cuales son las siguientes.

⁴⁷ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 122.

⁴⁸ Debido al objetivo del presente del artículo, no profundizaré en este análisis, sin embargo considero que son tres las razones que respaldan la secuencia que propongo:

- (i) La demostración de una hipótesis es una cuestión de lógica y no de persuasión.
- (ii) Si el caso es sólido lógicamente, se tiene la mitad del camino recorrido para construir un caso persuasivo. En efecto, si la otra parte se percata que nuestro caso tiene fallas lógicas, podrá desacreditar fácilmente nuestro caso, dado que podrá demostrar que nuestra tesis no tiene respaldo alguno en sus premisas.
- (iii) Una cuestión de ética: los abogados sólo deben utilizar aquellos que permitan demostrar su teoría del caso. Se debe evitar todo argumento que distraiga, que no sirva para demostrar la teoría del caso y, en general, que constituya una falacia.

- a) **El esquema como técnica para organizar las proposiciones del caso.-** Esta técnica dará como resultado un conjunto de proposiciones que deberán ordenarse en función a la proposición penúltima que se tenga que demostrar, así como los medios probatorios y la fuente de prueba que trataran de demostrar la proposición respectiva.
- b) **La cronología como técnica para visualizar los hechos y la evidencia del caso.-** este método tendrá como resultado un gráfico que permita visualizar cómo han ocurrido los hechos en el tiempo. Así, se tendrán hechos previos, durante y posteriores al hecho a demostrar.
- c) **La narración como técnica para contar historias en el juicio.-** El producto de este método será la narración de una historia que nos permitirá darle sentido, coherencia y persuasión a los distintos hechos que hemos descubierto en nuestra investigación. A diferencia del método cronológico, la utilización de éste involucra aspectos, entre otros, como la intención, motivos, presunciones que tratan de explicar los hechos que respaldarán nuestra tesis.
- d) **Un mapa lógico de los hechos y la evidencia del caso.** Esta técnica servirá para visualizar si los hechos permiten demostrar, o no, la hipótesis que manejamos del caso. Esta recoge el famoso dicho de que una imagen vale más que mil palabras.

Estas técnicas y herramientas no son excluyentes entre sí, sino que, por el contrario, se complementan.

A continuación ingresaremos a explicar las distintas técnicas y herramientas que se han ideado para construir y plantear un caso, la cual estará en función a la evidencia obtenida durante el proceso de investigación y a las inferencias que se encuentran permitidas realizar sobre aquellas.

- a) El esquema como técnica para organizar las proposiciones del caso

Una de las fortalezas de la técnica del esquema es su facilidad para organizar la evidencia y los argumentos. En esta técnica, cada proposición elemental en la que se ha desagregado la hipótesis de la investigación será un encabezado bajo el cual se organizará tanto las proposiciones subordinadas que tiendan a confirmar o rechazar dicha proposición, como el medio probatorio que sustentaría cada una de dichas proposiciones.⁴⁹ A efectos de visualizar la utilización de esta técnica utilizo el siguiente ejemplo tomado de Anderson et. al.:

La hipótesis de la fiscalía consistía en demostrar que OJS⁵⁰ fue la persona que mató, con premeditación, a NBS⁵¹. Para ello es necesario desagregar la hipótesis en las siguientes proposiciones elementales:

⁴⁹ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, p. 145.

⁵⁰ Orenthal James Simpson.

⁵¹ Nicole Brown Simpson.

I. NBS está muerta.

Bajo este subtítulo se coloca toda la evidencia e inferencias que permita concluir que NBS está muerta. Este procedimiento se realiza con cada una de las proposiciones elementales de la hipótesis del caso.

II. NBS murió como resultado de un acto ilegal

III. Fue OJS quien cometió el acto que causó la muerte de NBS.

IV. OJS mató, premeditadamente, a NBS.

El punto en discusión entre la fiscalía y los abogados de la defensa, consistió en determinar si OJS fue la persona que mató a NBS. En ese sentido, el trabajo del abogado de la defensa debía concentrarse en crear un esquema sobre el tercer punto en específico, dado que sobre este punto girará todo el caso:

III. Fue OJS quien cometió el acto que causó la muerte de NBS. Esta proposición se puede desagregar en proposiciones subordinadas.

- A. **La evidencia física:** OJS estuvo presente en la escena del homicidio cuando el acto se produjo.
- B. **Motivo:** OJS tenía motivos para asesinar a NBS
- C. **Oportunidad:** OJS podría haber cometido el asesinato.
 - 1. NBS fue asesinada a las 10:15 p.m. o poco después.
 - a. El gemido del perro de NBS estableció que NBS y RLG (el amante de NBS) fueran asesinados aproximadamente a las 10:15 p.m. del 12 de junio.
 - a.1. El testimonio del vecino PF: “yo oí el gemido triste de un perro a las 10:15 del 12 de junio”.
 - a.2. El perro que gemía era el de NBS.
 - otros residentes testificaron que ellos encontraron un perro blanco de raza Akita con sangre en sus patas.
 - Otros testigos dijeron que el perro le pertenecía a NBS
 - a.3. Generalización: es altamente probable que un perro que descubre el cuerpo de su dueño con sangre empiece a aullar.
 - 2. OJS tuvo 35 a 40 minutos entre el momento que NBS y RLG fueron asesinados y el tiempo que él salió de su casa con una limosina al aeropuerto.
 - a. El homicidio fue cometido a las 10:15 p.m.
 - b. OJS salió de su casa al aeropuerto a las 11:00 p.m., con un traje que no tenía algún signo visible de sangre u evidencia alguna de que haya estado en una pelea.
 - c. Toma aproximadamente 5 minutos conducir a la velocidad límite de la casa de NBS a la casa de OJS.
 - 3. Enunciado general: 40 o 45 minutos es tiempo suficiente para que una persona que acuchilló hasta la muerte a dos personas conduzca hasta su casa a 5 minutos de la escena del crimen, remueva y elimine toda la ropa ensangrentada que utilizó al momento que se

produjo el homicidio, se duché, se vista y se arregle para salir de viaje.

a) OJS pudo haber conducido del condominio de NBS a su casa, removido y eliminado toda la ropa ensangrentada al momento que se produjo el homicidio, se duché, se vista y se arregle para salir de viaje.

Este esquema se puede ir completando según la evidencia e inferencias que se van produciendo o formulando, según sea el caso. Lo interesante de esta técnica es que se puede ir agregando proposiciones (descriptivas, argumentativas, etc.) debajo de cada una de las proposiciones elementales según vaya apareciendo nueva evidencia o se formulen nuevas inferencias. La potencia de esta técnica se encuentra en su flexibilidad para agregar o eliminar proposiciones.

b) La cronología como técnica para visualizar los hechos y la evidencia del caso

La popularidad de las líneas de tiempo en estos días se debe a que facilitan la generación y asociación de ideas, lo cual es muy importante para la construcción de un caso. Asimismo, es una herramienta que permite detectar vacíos y visualizar las historias posibles que se pueden construir sobre los hechos. Como ya mencionamos, los seres humanos tenemos la necesidad de explicar todos los eventos que nos rodean, más aún, en una época en donde la racionalidad tiene un papel relevante en la sociedad. La idea que está detrás es que todos los hechos son resultado de hechos anteriores y aquellos, a su vez, han dado origen a otros hechos.

La cronología de los hechos es, en muchos de los casos, el precursor de la teoría del caso que se planteará ante un Tribunal⁵². En ese sentido, la organización de los hechos a través de un gráfico temporal⁵³ es ideal por varias razones:

- Permite visualizar cada hecho según cómo han ido ocurriendo en el tiempo.
- Permite visualizar algún tipo de relación causal entre los hechos, o de vinculación entre varios hechos al mismo tiempo.
- Permite detectar los vacíos que puede presentar nuestro caso. Esto permitiría iniciar un proceso de producción de la evidencia que es necesaria para fortalecer nuestro caso.
- Un adecuado manejo de esta herramienta permite introducir, retirar o destacar los hechos en el gráfico, a efectos de determinar cuáles son los hechos más relevantes o importantes de nuestro caso. Ello, tendrá un papel relevante en el énfasis y persuasión que le daremos a estos hechos

⁵² PALMER, Andrew. *Proof and preparation of trials*. Thomson legal & Regulatory limited, 2003, p. 18.

⁵³ Existen diversas formas de elaborar gráficos temporales, lo cual dependerá de si los hechos investigados son, por ejemplo, discretos o continuos o del período de investigación (años, meses, semanas, días, horas, etc.). Dependiendo de las características de los hechos investigados se elaborará el gráfico, sin embargo, el tipo de gráfico más común es la línea de tiempo.

en la construcción del caso y de las exposiciones orales que realicemos ante el Tribunal.

- La cronología tiende a destacar los conflictos o inconsistencias que se pueden presentar al interior de nuestra historia. Para ello, es necesario que en el gráfico estén tanto los hechos que favorecen como los que perjudican nuestro caso. Un buen abogado debe encontrar algún vínculo que explique todos los hechos. Este aspecto es relevante, dado que uno de los criterios para valorar la fortaleza de una hipótesis es que ésta explique de la manera más simple todos los hechos – o la mayor cantidad – de los cuales se compone nuestro caso. Si nuestra hipótesis deja sin explicación varios hechos importantes, ésta aparecerá como si fuera una hipótesis *ad hoc*, destinada a tratar de encontrar la responsabilidad de nuestra contraparte.

Como puede apreciarse, la cronología está referida al qué, cuándo y al dónde de la evidencia; el cómo y el por qué se construirán mediante la técnica de la construcción de la historia del caso. La cronología servirá para visualizar las posibles relaciones entre eventos, lo cual permitirá, posteriormente, construir nuestra historia del caso⁵⁴.

Según Anderson et. al. es útil construir tres tipos de cronologías⁵⁵:

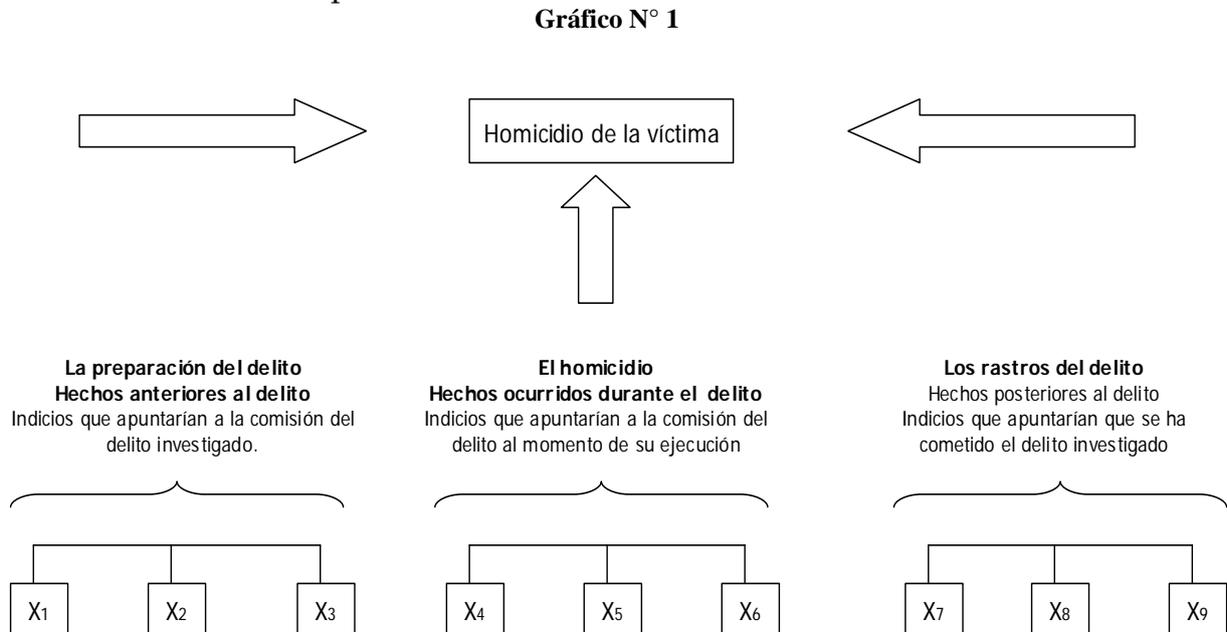
- (i) una cronología referida a los hechos sobre los cuales van a declarar los testigos. Esto permite evaluar qué tan completa y consistente es o será la declaración del testigo. Con una buena cronología sobre los hechos que va a declarar el testigo, el abogado o analista podrá saber qué hechos tendría que conocer el testigo y, de esa manera, evaluar si el testigo se está guardando información o está diciendo la verdad. También sirve para preparar el interrogatorio que le efectuará al testigo, ya sea para cuestionar la honestidad de su declaración, para enfatizar y presentar de una manera más persuasiva la declaración del testigo. Finalmente, esta forma servirá luego para construir la cronología señalada en el punto (iii).
- (ii) una cronología relativa a los documentos y otra evidencia tangible. Generalmente, los documentos contienen algún tipo de fecha que permite ubicarlos en el tiempo, lo cual podrá ser utilizado para confirmar o negar la ocurrencia de un hecho. También sirve para construir la cronología del tercer tipo; y,
- (iii) una cronología que permita controlar todos los hechos del caso. Este tipo de cronología coloca todos los eventos que son o podrían ser relevantes al caso en el orden en el cual ellos ocurrieron. Este método nos permite visualizar los hechos y la evidencia en el tiempo y, de esa manera, observar algún tipo de relaciones (positivas o negativas) que pueda ver en ellas. Cabe indicar que los hechos son resultado de otros hechos. Por

⁵⁴ PALMER, Andrew. *Proof and preparation of trials*. Thomson legal & Regulatory limited, 2003, p. 18.

⁵⁵ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 147 y 148.

ello, la visualización de los hechos en el tiempo, nos permitirá proponer relaciones que pueden haber entre ellos. Y, en el caso de hechos que no podamos explicar, podríamos empezar a elaborar subhipótesis que nos permitan explicar este hecho y buscar la evidencia correspondiente.

En el siguiente gráfico se muestra una línea de tiempo, que permitiría visualizar los hechos en el tiempo.



c) La narración como técnica para contar historias en el juicio

Según estudios que se han efectuado sobre jurados⁵⁶, las personas procesan la información en función a las historias. Los casos no se analizan sólo desde un punto de vista lógico - jurídico, sino en función a las percepciones iniciales y al impacto emocional que el caso pueda producir sobre el jurado. Si bien estos estudios se han centrado en cómo razonan los integrantes de un jurado al momento de resolver un caso, no creo que exista una gran diferencia respecto a cómo los jueces, árbitros o autoridades procesan la información de un caso⁵⁷.

Como bien señala Mauet, un juicio es una recreación de la realidad. En el juicio se enfrentarán dos versiones acerca de un determinado evento de la realidad. En ese sentido, una parte importante para ganar un caso se encuentra en cómo persuadir al Tribunal respecto de qué nuestra historia es la que más se aproxima a lo que sucedió en la realidad. Para ello será necesario estudiar cómo

⁵⁶ Ver la Nota a Pie N° 37.

⁵⁷ En el caso del Perú, resulta muy interesante e instructivo analizar el énfasis puesto por los doctores Alfredo Bullard y Huascar Ezcurra al aspecto psicológico en la construcción, presentación y defensa de un caso. Al respecto, ver su artículo: QUE GANE EL MEJOR. ¿CÓMO GANAR UN LITIGIO ARBITRAL? En: DEIURE, Revista para litigantes. Editada por el Linares Abogados, N° 1, setiembre de 2007, pp. 93 - 114.

En cualquier caso, sería interesante que se realicen estudios psicológicos y empíricos que permitan determinar cómo los jueces, árbitros y autoridades peruanas procesan la información recibida de un caso; mientras ello no exista, deberemos extrapolar los estudios e investigaciones efectuadas en otros países, teniendo en cuenta los riesgos que conlleva realizar dicha extrapolación.

las personas y, en específico, los jueces, árbitros o autoridades procesan la información que reciben.

Este es un método que nos permite una historia lógica respecto de los hechos investigados, a partir de su secuencia en el tiempo. La elaboración de la historia debe encontrarse en la evidencia disponible. Este tipo de método permita al analista darse cuenta de los vacíos que puede presentar la historia que pretende construir y que deben ser llenados a efectos de crear una historia lógica, coherente y persuasiva de su caso. Mediante la historia se le da sentido a los distintos hechos que han sido objeto de la investigación, a efectos de explicar qué fue lo que sucedió⁵⁸.

La redacción de la historia puede provocar que el abogado vuelva a repensar su caso. La mente funciona más lentamente al momento de redactar y permite percatarse de detalles, vacíos, inconsistencias, errores de razonamiento que son más difíciles de percatarse en la discusión del caso.

Aunado a la construcción de la historia, es necesario tener en cuenta dos aspectos adicionales que permitirán darle una mayor persuasión a nuestra historia: el tema y el evento (la situación).

Según Bennet, citado por Anderson et. al, el tema de un caso sería lo siguiente⁵⁹:

Habiendo decidido la teoría del caso, tú debes elegir un tema que se adecue a esa teoría. Tú debes tener dos ideas en mente: primero, por qué el otro lado es responsable por lo que sucedió; y, segundo, por qué tu cliente no lo es. Por ejemplo: las grandes corporaciones se aprovechan de su poder en el mercado; nadie es perfecto; hay un límite respecto de lo que se puede exigir a las personas.

El tema servirá para enfatizar y resaltar los principales puntos de tu teoría del caso. El objetivo es captar la atención del Juez sobre los principales aspectos del caso. El tema, generalmente, se expone al inicio de la exposición del caso⁶⁰. Una buena forma de presentar, como bien señalan los doctores Bullard y Escurra, la idea que recorre el caso es formularla como un eslogan⁶¹: esta es la historia de una empresa insensible respecto del dolor de unos padres que acaban de perder a su hijo.

De otro lado, el evento sería la descripción del hecho principal sobre el cual girará la construcción del caso. Una historia se narra de a pocos. Nunca se empieza y termina con el hecho principal. Siempre hay una introducción que va

⁵⁸ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp 147 – 155.

⁵⁹ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, p. 154

⁶⁰ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp 153 y 154.

⁶¹ BULLARD, Alfredo y Huascar Escurra. QUE GANE EL MEJOR. ¿CÓMO GANAR UN LITIGIO ARBITRAL? En: DEIURE, Revista para litigantes. Editada por el Linares Abogados, N° 1, setiembre de 2007, pp 107 y ss.

preparando y situando al lector sobre el evento principal. Se describe y resaltan todos los aspectos relevantes de nuestra teoría del caso. Luego de la descripción del evento principal, se pueden describir sus consecuencias o secuelas.

d) Un mapa lógico de los hechos y la evidencia del caso

Esta técnica es la más rigurosa de las técnicas ideadas hasta ahora, pero, a su vez, la más compleja y difícil de emplear. Es una técnica que permite al analista construir, evaluar y reconstruir argumentos sobre cuestiones de hecho⁶². Esta técnica requiere que el analista articule cada paso del argumento, divida el argumento en proposiciones simples, y luego se mapee o grafique todas las relaciones entre aquellas proposiciones y los elementos individuales de la hipótesis. La complejidad del proceso se encuentra en analizar la evidencia, las inferencias que se pueda realizar sobre cada una de ellas y las relaciones lógicas que se puedan establecer entre las distintas proposiciones.⁶³

Para Anderson et. al., la lógica de la evidencia es binaria: o una proposición tiende a apoyar nuestra hipótesis o tiende a negarla. Sin embargo, considero que, en el análisis individual de cada evidencia no siempre se va a poder llegar a ese resultado, por lo menos, desde el inicio de la preparación del caso. Existen circunstancias en que una evidencia, por si sola, es ambigua (no existe la posibilidad de decidir si se le asigna un valor positivo o negativo a favor de la hipótesis). Esto se vincula a un tema de suma importancia que es el aspecto referido a si los hechos se analizan individual o conjuntamente. Desde mi punto de vista, la relevancia y el valor probatorio de un hecho sólo se puede hacer de manera conjunta y no aislada, lo cual se encuentra vinculado a la construcción de historias a partir de los hechos probados. Sin embargo, todos los hechos que aparecerán en el mapa lógico deben encontrarse debidamente probados, sin que pueda agregarse algún hecho no probado.

De otro lado, debe indicarse que tipo de enunciado es el que sirve como respaldo de las inferencias que puedan realizarse sobre los hechos (científico o máxima de experiencia, y el tipo de cuantificador que tienen los enunciados: todos, algunos, ninguno).

Esta técnica de análisis es además dialéctica, esto es, en el mapa lógico que se vaya desarrollando se deben insertar tanto los argumentos a favorecer como los que tienden a negar la hipótesis del caso. De esta manera, el analista podrá determinar qué tan sólida o débil es la tesis que planteará ante el Juez.

⁶² Desde mi punto de vista, este método también puede ser utilizado para analizar argumentos teóricos jurídicos, aunque con sus propias particularidades. Al respecto, ver TOULMIN, Stephen. Los usos de la argumentación. Barcelona: Península, 2007 (en especial, el capítulo 3). También de TOULMIN, Stephen, Allan Janik y Albert R. Jonsen. Introduction to reasoning. Macmillan Publishing Company, 1984. ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho. Lima: Palestra editores, 2004, especialmente, el capítulo 4 de este libro.

⁶³ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 123.

El análisis del mapa lógico se estructura en dos niveles. El primero sería un análisis macro que involucra estructurar la hipótesis (la proposición última a ser probada) y sus elementos (las proposiciones elementales que componen la hipótesis). Una buena forma de estructurar estas proposiciones es siguiendo el esquema de la norma a ser invocada. Luego de ello, se estructurarían las distintas proposiciones subordinadas que permitirían inferir la existencia de las proposiciones penúltimas⁶⁴. El análisis micro requiere un análisis preciso y detallado de la información probatoria en cada línea de argumentación. Este análisis involucra el análisis de cada una de las proposiciones fácticas; sus medios de prueba; el origen de dichos medios (las fuentes de prueba); las inferencias que se pueden realizar de cada una de ellas; las relaciones lógicas que se pueden establecer entre los distintos hechos probados; entre otros aspectos que deben ser tomados en consideración para construir un caso sólido lógicamente.

Como se puede observar, este proceso requiere bastante paciencia y tiempo; sin embargo, la experiencia permitirá identificar cuáles serán los puntos de mayor discusión y por tanto, sobre los cuales debemos concentrar nuestro análisis.⁶⁵ Sin embargo, una vez terminado el mapa lógico del caso, el abogado podrá visualizar en un gráfico todas las proposiciones que tiendan a favorecer o rechazar la hipótesis, lo cual facilitará el análisis del caso.

A continuación se explicará el protocolo a seguir para elaborar un mapa lógico de un caso.

El protocolo de siete pasos para estructurar el mapa de razonamiento lógico

De acuerdo a lo señalado por Anderson et. al., los primeros cuatro pasos y el séptimo son comunes a todos las técnicas de preparación del caso (el esquemático, cronológico y el de construcción de historias). El paso 5 y 6 son propios de este método.

✓ Paso 1.- Clarificando el punto de vista

Como ya se explicó, la clarificación del punto de vista debe responder a preguntas como quién soy, en qué etapa del proceso me encuentro, qué materiales están disponibles para el análisis, qué estoy tratando de hacer. Para elaborar el mapa de razonamiento lógico podría ser útil adoptar el punto de vista de un historiador que hace un juicio *ex post facto* sobre lo que habría sucedido, sobre la base de la evidencia disponible.⁶⁶

Adoptar el punto de vista de un historiador aísla factores que podrían dificultar el análisis de la evidencia respecto a los hechos que pretende probar. Ellos no analizan las reglas de admisibilidad, exclusión, las tácticas procesales, entre

⁶⁴ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 123.

⁶⁵ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 124.

⁶⁶ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 124.

otros aspectos, que si bien son sumamente importantes en la estrategia global del caso, no se deben mezclar con el análisis relativo a si la evidencia disponible prueba la hipótesis del caso⁶⁷.

✓ **Paso 2.- Formulación de la hipótesis del caso**

El abogado o analista debe determinar la norma que pretende invocar, a efectos de identificar cuál es el supuesto de hecho de dicha norma. Esto resulta importante dado que toda la actividad probatoria estará dirigida a demostrar que en la realidad han ocurrido ciertos hechos que se encuentran regulados dentro del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se invoca.

✓ **Paso 3.- Formulación de las proposiciones elementales de la hipótesis del caso**

Como ya se mencionó, el supuesto de hecho de una norma, generalmente, tiene una estructura compleja, motivo por el cual resultará importante descomponerla en sus elementos más simples a efectos de que el análisis sea más ordenado y sencillo.

✓ **Paso 4.- Formulación de la teoría provisional del caso.-**

El abogado o analista debe identificar la evidencia y relación lógica que existe entre la hipótesis, las proposiciones elementales e intermedias que mejor se adecuen a la teoría que pretende plantear ante el Tribunal.

Al momento de elaborar el mapa de razonamiento del caso, el abogado debe identificar tanto las proposiciones a favor como en contra de la hipótesis a probar. La identificación de cada una de estas proposiciones permitirá saber cuáles son los puntos fuertes y débiles del caso y de ese modo, concentrar el caso en los puntos fuertes e iniciar un proceso de reforzamiento de los puntos débiles. Las técnicas sobre cómo se reforzará los puntos débiles del caso dependerán del tipo de debilidad que se haya detectado. Así, por ejemplo, la falta de evidencia se subsanaría generando mayor evidencia, mientras que la debilidad de las inferencias se subsanaría revisando la teoría que se ha desarrollado para analizar un determinado hecho. En este último punto, se puede solicitar el apoyo de científicos, lógicos, etc., que permitan fortalecer las inferencias sobre los hechos⁶⁸.

Hasta aquí estos primeros cuatro pasos se repiten, con algunos matices, en todas las técnicas para construir un caso. A continuación analizaremos los pasos 5 y 6 que son propios de la técnica del mapa de razonamiento lógico.

⁶⁷ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 125.

⁶⁸ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 126.

✓ **Paso 5. Formulación de las proposiciones claves**

Elaboración de un documento de proposiciones claves

Un documento de proposiciones claves consiste en la elaboración numerada de todas aquellas proposiciones que son necesarias para demostrar la hipótesis del caso. Éste puede consistir en las siguientes listas de proposiciones⁶⁹:

- Una lista con las proposiciones que contendría el nivel macro (las hipótesis del caso, las proposiciones elementales de la hipótesis, y las proposiciones propias para probar cada proposición elemental).
- Una lista con las proposiciones fácticas que pueden ser inferidas de cada uno de los medios de prueba relevantes para demostrar la hipótesis del caso. A cada proposición fáctica se le puede acompañar la fuente y el medio de prueba que le serviría como prueba.
- Una lista con el análisis de las fuentes y medios de prueba de cada proposición fáctica.
- Una lista con las proposiciones que confirman o rechazan la hipótesis del caso.

La lista de proposiciones arriba señaladas es un listado básico, la cual podrá variar o ampliarse según las necesidades de cada analista.

Formulación de las proposiciones

El primer paso es identificar aquella información que se puede inferir de los medios probatorios disponibles y convertirlos en proposiciones simples. Estas proposiciones deben tener las siguientes características⁷⁰:

- Las proposiciones deben ser susceptibles de ser verdaderas o falsas.
- Las proposiciones deben tener algún tipo de relación lógica con el hecho que se pretende probar.
- Si es posible, la proposición debe ser formulada de modo tal que permita saber en qué grado se hace más o menos probable el hecho que pretende probar. Una forma sencilla es identificando el grado de generalización que está detrás de la proposición (altamente probable, probable, improbable, muy improbable, entre otras formas de identificar el grado de generalización). Ciertamente existen modelos mucho más sofisticados, sin embargo, considero que con este tipo de generalización, por lo general, es suficiente para la etapa preliminar de construcción del caso.

Asimismo, al momento de redactar las proposiciones es importante ser directo (redactar la proposición sin muchos giros lingüísticos, e incluso, si es posible,

⁶⁹ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 128.

⁷⁰ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 129.

utilizando la estructura de sujeto, verbo y predicado); preciso (evitar ambigüedades); en forma positiva, antes que negativa⁷¹.

Selecciona las proposiciones a ser incluidas

Las proposiciones elegidas deben ser relevantes o idóneas, en el sentido lógico del término, respecto de la hipótesis del caso. Para Schum, una proposición es definida como relevante cuando ésta te permita confirmar, con mayor o menor verosimilitud, la hipótesis que se tiene sobre el caso⁷². En otras palabras, el hecho A es relevante respecto del hecho B si la existencia del hecho A tiene algún efecto sobre la probabilidad de la existencia del hecho B⁷³. Resulta importante señalar que la doctrina mayoritaria que se ha dedicado a estudiar el tema de la evidencia se inclina a pensar que la confirmación de una hipótesis es una cuestión de grados (probabilística) y no de certeza absoluta⁷⁴.

Ordenando las proposiciones

Las proposiciones deben ser ordenadas de manera tal que la estructura de la argumentación surja de manera inmediata. Una forma consistiría en crear un esquema en el que se pueda delinear los principales temas y subtemas que deberán ser abordados para probar la proposición última. En este sentido, la hipótesis sería como el título del esquema; las proposiciones elementales de la hipótesis, los subtítulos en que se dividiría el esquema, y debajo de cada proposición se enumerarían las distintas proposiciones que servirían para probar cada proposición elemental. En general, el nivel de detalle y complejidad dependerá del tipo de caso que se trate, así como de las preferencias y necesidades del analista⁷⁵.

✓ Paso 6. Preparando el mapa lógico

Si bien la preparación del mapa lógico es bastante laborioso, una vez que se tiene el producto final resulta de bastante ayuda no sólo para el abogado, sino también para otras personas que tengan que participar en el proceso de razonamiento del caso. Así por ejemplo, si los abogados adjuntarán a su demanda el mapa de razonamiento lógico que han elaborado, facilitarían la labor al Juez, dado que éste podría visualizar y analizar de manera inmediata cuál ha sido el razonamiento que justifica la pretensión de la parte e incluso podría evaluar el gráfico de modo interactivo con las partes.

⁷¹ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 129.

⁷² SCHUM, David. Evidence and Inference for the Intelligence Analyst. Citado por ROBERTSON, Bernard. *Marshalling information prior to litigation*. 13 Cardozo L. Rev. 705 (1991 – 1992), p. 707.

⁷³ ROBERTSON, Bernard. *Marshalling information prior to litigation*. 13 Cardozo L. Rev. 705 (1991 – 1992), p. 707.

⁷⁴ SCHUM, David. *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Wiley & Sons, 1994; Northwestern University Press, 2001..

⁷⁵ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 131.

Para elaborar el mapa de razonamiento lógico, Anderson et. al. sugieren lo siguiente⁷⁶:

- Colocar la hipótesis del caso y sus proposiciones elementales en la parte superior del gráfico. Las proposiciones subordinadas a cada proposición elemental se colocarían debajo de éstas.
- Dividir el gráfico en sectores, y completar un sector a la vez.
- Una proposición puede ser utilizada en distintas partes del gráfico. Si la proposición tiene algún tipo de relevancia con el hecho que se quiere probar, entonces se debe utilizar donde sea necesario.
- En cada etapa, revisar cuál es la relación lógica que existe entre las proposiciones a vincular. El mejor *test* es preguntarse por qué la proposición subordinada sirve para probar la proposición arriba de ella. Esto permitirá afianzar o detectar errores en nuestro razonamiento.
- Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la vinculación entre proposiciones se guía por el principio de relevancia (la proposición subordinada tiende a apoyar o negar la proposición principal que pretende probar).
- La técnica del mapa de razonamiento lógico no sirve para ver la relación temporal de los hechos, ni su relación causal.

✓ **Paso 7. Refinando y completando el análisis**

El método del mapa de razonamiento lógico es un medio y no un fin en sí mismo. Su utilidad se encuentra en facilitar al analista la visualización, construcción y planteamiento de un caso⁷⁷. En ese sentido, la técnica del mapa de razonamiento lógico permitirá evaluar qué tan sólido es, o no, la hipótesis que se está manejando. Si se observa que la hipótesis presenta varios puntos débiles o se fortalecen aquellos aspectos o, de ser el caso, se evalúan nuevas líneas de investigación.

Si se han investigado varias hipótesis al mismo tiempo, el mapa de razonamiento lógico permitirá compararlas todas al mismo tiempo, permitiendo que se tenga una mejor perspectiva para decidir cuál es el caso que tendría mayor éxito ante un Tribunal.

A continuación se expondrán los hechos el caso Fortaleza, a efectos de tener una mejor comprensión del Gráfico N° 2.

⁷⁶ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 132 y 133.

⁷⁷ ANDERSON, Terence, David Schum & William Twining, *Analysis of evidence*, 2d ed., 2005, pp. 133.

Caso Fortaleza⁷⁸:

Luego de un notorio incremento en los precios de los ladrillos, ocurrido durante el año 2007, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la ST) inició una investigación a diversas empresas ladrilleras, a efectos de conocer si el incremento de los precios del ladrillo se debía a factores de mercado o a posibles prácticas anticompetitivas. Para tal efecto, la ST realizó visitas inspectivas a diversos locales de las empresas ladrilleras. Algunas de estas empresas se negaron a proporcionar la información que los funcionarios de la ST requirieron en esa diligencia, lo cual dio lugar al inicio de procedimientos sancionadores ante la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) en contra de estas empresas, por incumplimiento injustificado de proporcionar la información solicitada.

Es el caso que una de las empresas denunciadas por incumplir injustificadamente un requerimiento de información, Ladrillos Fortaleza S.A., (en adelante, Fortaleza), presenta un certificado médico mediante el cual pretendía probar que la persona que, según la ST, los habría atendido no se encontraba ese día en la empresa, por encontrarse enferma. Sin embargo, luego de la investigación efectuada por la ST, resulta que el certificado era falso, dado que nunca había sido emitido por su presunto emisor, el doctor Clifford Poma Rodríguez (en adelante, el Dr. Poma).

En vista de ello, se inició un nuevo procedimiento sancionador a Fortaleza por la presentación, a sabiendas, de un certificado médico falso. La empresa aceptó la falsedad del documento, sin embargo, alegó que ella no conocía que el documento era falso. Fortaleza alegó que sólo trasladó el documento que le presentó su empleada - la Srta. Jeanette Jacqueline De La Cruz Vilchez, (en adelante, la Srta. De la Cruz) -, no siendo responsable por la conducta de ella. De otro lado, la Srta. De la Cruz no presentó el certificado a la Comisión, motivo por el cual no se le podía abrir procedimiento alguno.

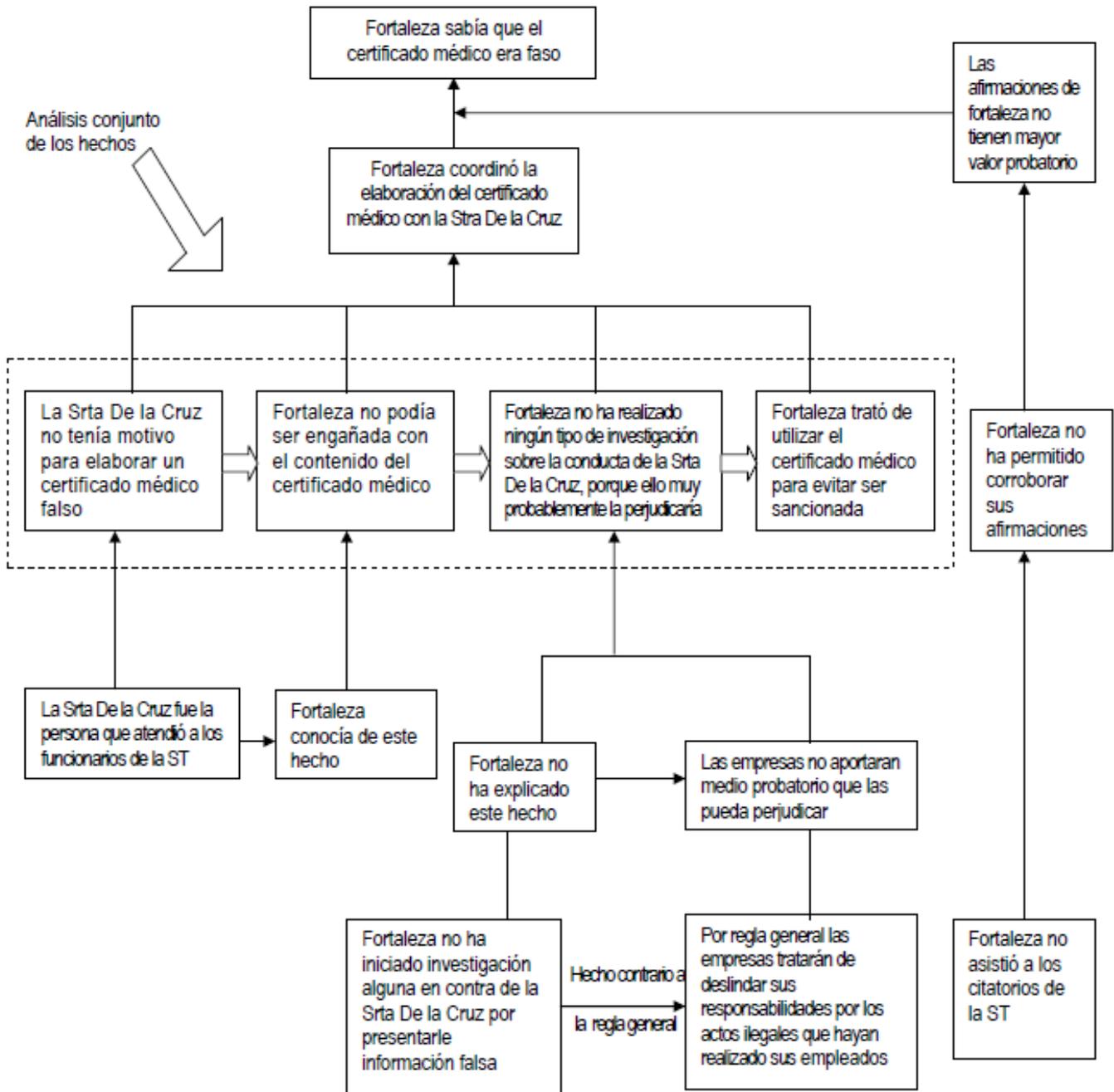
Esta situación parecería reflejar un callejón sin salida. Para sancionar a Fortaleza en el segundo procedimiento, la Comisión tendría que tener elementos de juicio suficientes que demuestren que dicha empresa conocía que el documento era falso. En caso contrario, tendría que absolverla, sin que pudiese perseguir a la Srta. De la Cruz, en lo que parece un deliberado acto de engaño a la autoridad. Así, ambas personas quedarían libres de sanción.

En el Gráfico N° 2 se ha graficado como se pudieron analizar los hechos del caso, a efectos de construir el caso que debía ser planteado ante la Comisión. En

⁷⁸ Mayor información sobre este caso se puede encontrar en el siguiente artículo: Yo no sabía que el certificado era falso. Análisis de cómo la Comisión demostró que la empresa sabía que el certificado era falso. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*, Junio de 2008. Asimismo, este artículo también se publicó en la Revista electrónica: *Justicia y Derecho*. Revista editada por Jueces peruanos. Año 1 N° 2 Julio 2008. Se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.justiciayderecho.org/revista2/index1.html>

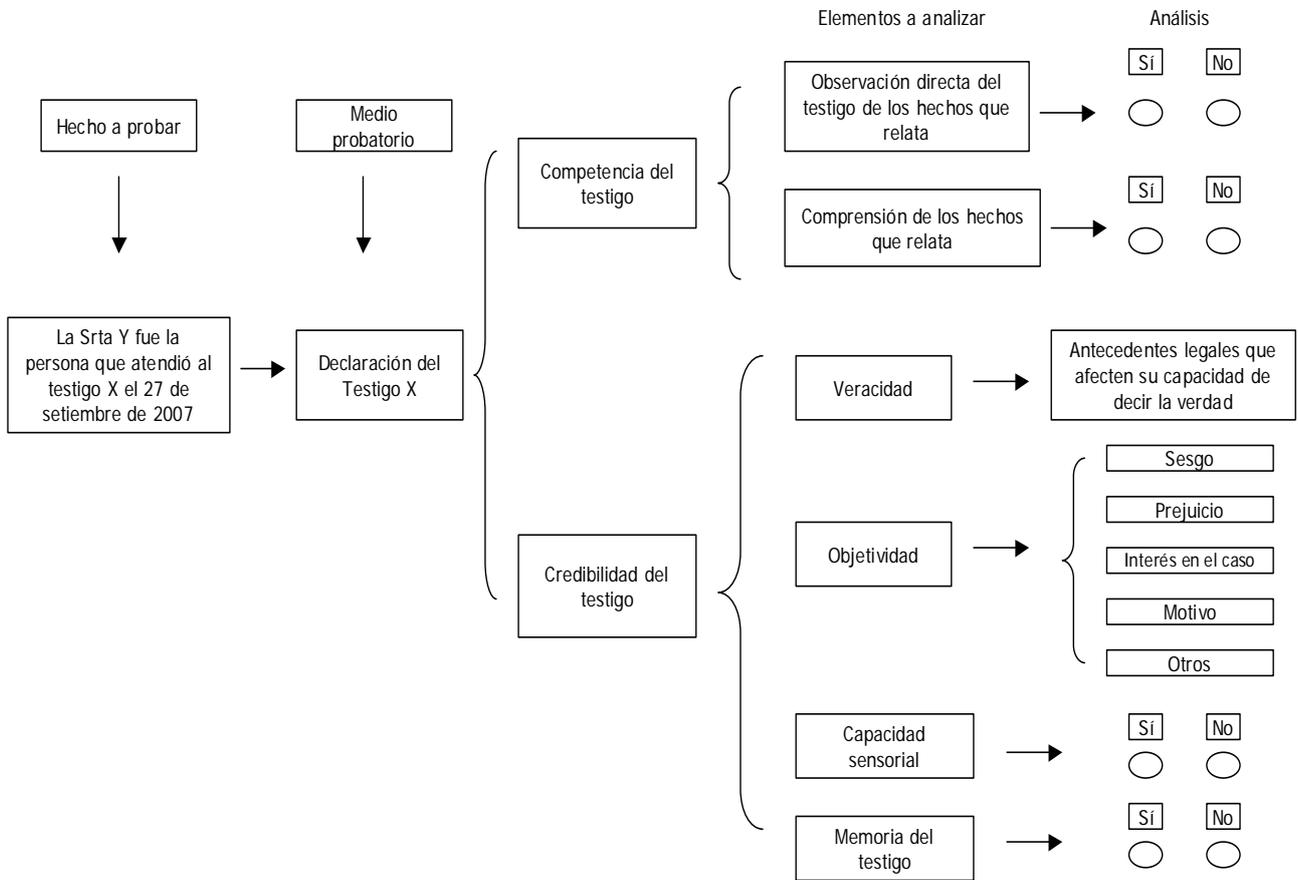
este gráfico sólo se encuentran los hechos, mas no los medios probatorios que sustentarían cada uno de los hechos. El análisis de uno de los medios probatorios se encuentra en el Gráfico N° 3⁷⁹; sin embargo, existen autores que prefieren incorporar los hechos y los medios probatorios en un solo gráfico, lo cual me parece que recarga innecesariamente el gráfico.

Gráfico N° 2
Mapa de Razonamiento Grafico



⁷⁹ Ver nota a pie 31.

Gráfico N° 3
Análisis de la prueba testimonial: la declaración de los funcionarios de la ST



En el Gráfico N° 3 se ha individualizado uno de los hechos, a efectos de determinar cuál fue el medio probatorio que permitió tenerlo por probado. En el gráfico del medio probatorio se analizan cada uno de los atributos que establece la doctrina para determinar si se puede aceptar la declaración de un testigo. No está demás señalar que un mismo hecho puede ser probado mediante distintas formas; sin embargo, no todos los medios probatorios tienen el mismo valor; en otras palabras, existen medios probatorios que producen mayor certeza que otros respecto de los hechos que quieren probar.

El análisis que se hizo con el hecho referido a la presencia de la señorita Y (en este caso, la señorita De la Cruz) se puede realizar con cada hecho, a efectos de determinar cómo ha sido probado cada hecho y con qué grado de certeza se puede decir que ha sido probado.

III. PALABRAS FINALES

La construcción, planteamiento y diseño estratégico de un caso no es una labor que pueda ser dejada sólo a la experiencia o al talento del abogado encargado del caso. Por el contrario, es una actividad que requiere un método de trabajo que permita al abogado organizar y registrar la información y evidencia del caso, generar y descartar hipótesis, identificar los puntos débiles y fuertes de las hipótesis que maneja, todo lo cual le permitirá tener una mejor perspectiva sobre su caso.

En ese sentido, la teoría del derecho probatorio (*evidence*), litigación y teoría de la argumentación han desarrollado en las últimas décadas un conjunto de técnicas y herramientas que pueden ser utilizados por los abogados para conocer a profundidad las fortalezas y debilidades de su caso. Luego de ello, recién el abogado deberá pasar a conocer los puntos fuertes y débiles de la probable respuesta de su contraparte, a efectos de adelantarse a sus posibles acciones.