

Destrezas legales en el litigio arbitral

Escriben:

Alfredo Bullard González
(Editor)

Ricardo Ampuero Llerena	Francisco González de Cossío
Rómulo Assereto	Elina Mereminskaya
Roque J. Caivano	Pablo Mori Bregante
Nicolás de la Flor	Fernando Sam Chec
José María de la Jara	Sebastian Soltau Salazar
Herman M. Duarte	Andrés Talavera Cano
Huáscar Ezcurra Rivero	Shoschana Zusman T.
Alejandra Flecha Corvetto	Lucía Varillas

Palestra Editores
Lima—2018

7. El método Irac para la construcción de la teoría del caso

ANDRÉS TALAVERA CANO¹

En todo *cuaderno de bitácora del litigante arbitral* nunca faltarán aquellas anécdotas de audiencias monumentales, contrainterrogatorios avasalladores y *slogans* “win & win” que hicieron de su caso uno altamente persuasivo.

Mucho se ha escrito sobre el periodo de “combate cuerpo a cuerpo” en la arena del litigio arbitral. Sin embargo, este artículo visitará las primeras páginas de aquel *cuaderno de bitácora del litigante arbitral* que muchas veces no se escribe o, si se escribe, no se comparte anecdóticamente como los otros grandes acontecimientos de todo litigio arbitral.

El litigante arbitral se prepara para ese “combate cuerpo a cuerpo” muchos pero muchos meses antes. En las próximas páginas desarrollaremos una metodología básica para todo litigante arbitral. Esta metodología los guiará paso a paso a fin de lograr con éxito la construcción de la Teoría de su caso.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que esta Teoría del caso estará en constante evolución y transformación. Esta no será la meta sino el punto de partida que permitirá preparar toda la evidencia y escritos que logren persuadir al Tribunal Arbitral con la historia y el final feliz que proponemos.

I. EL I.R.A.C. COMO HERRAMIENTA DEL LITIGANTE ARBITRAL

Durante la etapa de preparación de un litigio arbitral, el objetivo central de todo litigante arbitral es la construcción de la teoría de su caso. Para alcanzar con éxito dicho objetivo es necesario ser ordenados, seguir una metodología y solo así dar paso a la imaginación jurídica que nos permita tener una defensa creativa y sólida para el cliente.

El *Common Law* se ha caracterizado por generar metodologías y así uniformizar procesos para el análisis y la búsqueda de soluciones a los problemas jurídicos. En las próximas líneas utilizaremos una de sus metodologías, llamada

¹ Debo agradecer especialmente a Daniela Palma Dueñas, estudiante de último año de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, por su valioso apoyo e importante colaboración para la preparación de este artículo.

I.R.A.C.², y la aplicaremos específicamente para lograr con éxito la construcción de la teoría del caso.

¿Qué es el I.R.A.C.? Sus siglas representan los 4 pasos de una metodología diseñada para analizar y resolver un problema jurídico. Sus siglas en inglés tienen los siguientes significados: (i) *Issues*, (ii) *Rule*, (iii) *Application*, y (iv) *Conclusion*. Cada uno de estos pasos permite identificar, analizar y organizar cada uno de los elementos que necesitamos para diseñar una teoría del caso sólida y persuasiva. El litigante arbitral debe seguir uno a uno estos pasos; y será gracias a la retroalimentación entre uno y otro que revisitará los resultados obtenidos en cada uno de ellos, a fin de profundizarlos y mejorarlos. Es un proceso de ida y vuelta, de constante transformación y mejora.

A continuación, describiremos los 4 pasos antes señalados, a los que hemos agregado un pequeño giro que nos permita utilizar esta metodología para la construcción de la Teoría del Caso en el marco de un litigio arbitral.

1.1. *Issues*: La historia a partir de los hechos

Este primer paso es esencial y consiste en el estudio e indagación de los hechos, a fin de determinar los problemas jurídicos (*issues*) que conforman la controversia. Así, el primer objetivo es construir la teoría fáctica del caso que, en términos muy sencillos, es la historia que se quiere contar a partir de dichos hechos. A fin de lograr ese objetivo, existen muchas aptitudes y acciones que todo litigante debe desarrollar e implementar en la construcción de su teoría fáctica, y en esta oportunidad nos concentraremos en tres de ellas: (i) el arte de entrevistar al cliente e identificar a los “heridos de guerra”; (ii) el requerimiento y la posterior sistematización de información; y (iii) la inspección de la “escena del crimen”.

1.1.1. El arte de entrevistar al cliente e identificar a los “heridos de guerra”

Puedo asegurarles que, en la mayoría de los casos, un cliente que busca patrocinio legal para resolver una controversia en sede arbitral tiene un primer discurso parecido a este: “El caso es simple y está clarísimo. Es mi contraparte la que está en problemas”. Algo así como “yo, el cliente, siempre tengo la razón y, ojo, no he cometido errores”. En otras palabras, todo litigio arbitral comienza como un cuento de hadas en el que supuestamente el cliente “*is the good guy*” de acuerdo

² Para mayor información sobre el Método I.R.A.C. puede accederse a: (i) *Links con información*: University of Western Australia (<http://www.law.uwa.edu.au/students/survival-guide/irac-guide#Issues>); University of California, Santa Bárbara (<http://www.writing.ucsb.edu/sites/secure.lsit.ucsb.edu/writing/cms/files/sitefiles/people/genova/IRAC%20How%20to%20Write%20about%20Legal%20Cases.pdf>); Compendio de Artículos en Thomson Reuters (<http://info.legalsolutions.thomsonreuters.com/pdf/perspec/2006-spring/2006-spring.pdf>); (ii) *Videos ilustrativos*: Video 1 (https://www.youtube.com/watch?v=fZK38vru_GM); y Video 2 (<http://youtu.be/levdy6-Mfa4>).

con su versión inicial de lo que ha sucedido. Es usual que el cliente esconda un sentimiento de culpa o evite deslizar la existencia de contingencias graves respecto de su posición. Sin embargo, la labor de todo litigante arbitral es buscar la verdadera historia detrás de los hechos, con lo bueno, lo malo y lo atroz (para tener la oportunidad de resolverlo).

Como bien señala Zusman³, la primera entrevista con el cliente es un momento muy importante en el manejo del caso. En este primer encuentro se busca generar un vínculo de confianza con el cliente y así lograr que se explye lo más posible. Recuérdese que, antes de esa primera entrevista, usualmente tenemos tan solo una llamada o un breve correo electrónico acompañado (con suerte) de unos pocos documentos vinculados a la controversia (selección *ad hoc* realizada por el cliente). Allí no está “la carne” de los hechos del caso.

Es entonces indispensable utilizar, en palabras de Zusman⁴, la “técnica del embudo” para obtener la mayor y mejor información posible del cliente. Para lograr que el cliente “exprese su drama” debemos darle la oportunidad de guiarnos a través de los hechos que componen su versión de la historia. Para ello, el litigante arbitral comenzará con preguntas abiertas como “¿qué?, ¿por qué?, ¿quién?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde?”. Así, el cliente se verá obligado a elaborar su respuesta y hacer memoria de lo que pasó, ya que no puede responder con un sí o un no. Es en estos momentos del primer relato del cliente que la referencia a documentos, testigos y hechos claves comienzan a deslizarse o a salir a la luz.

Conforme se avanza en la entrevista y según la técnica del embudo, es indispensable llevarla de preguntas abiertas a preguntas cada vez más cerradas⁵. Estas preguntas estarán destinadas a aclarar referencias realizadas por el cliente, por ejemplo, vinculadas con determinados documentos, la participación de determinadas personas y el contexto en el que sucedieron determinados hechos. Esta técnica del embudo debe llevarnos a tomar notas de toda esta información y a obtener un resumen de los puntos clave para ser compartidos luego con el cliente. Este resumen será el punto de partida para la posterior investigación del caso y servirá de base para el primer requerimiento inmediato de información.

Otro aspecto central en esta primera entrevista es entender las metas u objetivos del cliente⁶ ya que —le guste o no al litigante arbitral— serán estos (y no los suyos) los que deberán guiar este y los próximos pasos. Si bien el litigante arbitral podrá recomendar el camino a seguir, finalmente está en las manos del cliente optar y tomar la decisión respecto a qué es lo que busca obtener del pro-

³ Cfr. ZUSMAN, Shoschana. “El “arte” de entrevistar y de aconsejar”, *Revista Themis*, Nº 54, Lima, p. 324.

⁴ Cfr. ZUSMAN, Shoschana. Ob. Cit., pp. 327-329.

⁵ Cfr. con ZUSMAN, Shoschana. Ob. Cit., p. 327.

⁶ Cfr. con ZUSMAN, Shoschana. Ob. Cit., 328.

ceso arbitral. Estas metas podrán mutar con el avance de la estrategia e incluso durante el proceso arbitral. Sin embargo, siempre es bueno tenerlas claras desde el comienzo y validar los pasos que vayamos dando respecto de éstas para confirmar que estamos atendiendo lo que el cliente necesita.

Después de llevada a cabo esta primera entrevista y de haber recibido el primer paquete de información requerido al cliente luego de la entrevista, será mucho más fácil identificar a los “protagonistas” (al menos iniciales) de los hechos que venimos investigando. Por ello, es útil gestionar a la brevedad la posibilidad de reunirnos con ellos. En esta segunda ronda de entrevistas debe seguirse la misma técnica del embudo: comenzar con preguntas abiertas y luego girar hacia preguntas cada vez más cerradas. A efectos de preparar las posteriores reuniones con estos “protagonistas” pueden construirse tablas como las siguientes:

No.	Nombre	Empresa	Profesión y Cargo	Vinculación con hechos y Ambito de su declaración	Rasgos de personalidad
1	Perico Los Palotes	Constructora S.A.	<ul style="list-style-type: none"> Ingeniero Civil y Mecánico Supervisor de la Obra 	<p>Vinculación con hechos</p> <ul style="list-style-type: none"> “Herido de Guerra” Estuvo a cargo de la supervisión de las obras desde que se concibió el proyecto hasta la entrega de la obra. Ha sido el encargado de realizar las principales anotaciones en el cuaderno de obra. Ha estado en permanente coordinación con el personal técnico del comitente. <p>Ámbito de su declaración</p> <ul style="list-style-type: none"> Fecha real de inicio de la obra y retraso del comitente en entrega del terreno. Errores y vicios en el diseño de ingeniería conceptual brindada por el Comitente. 	<ul style="list-style-type: none"> Conoce los detalles Desenvuelto Capacidad expositiva Irritable

No.	Nombre	Empresa	Profesión y Cargo	Vinculación con hechos y Ambito de su declaración	Rasgos de personalidad
				<ul style="list-style-type: none"> • "Crónica" de atrasos durante la ejecución de la obra por parte del comitente (asientos claves) • Autorización de prestaciones adicionales solicitadas por el comitente "renunciando" a cobro de mayores gastos. 	

Como puede verse en la tabla, es importante identificar la data clave de cada uno de los "protagonistas" con los que iremos trabajando codo a codo para construir la historia del caso. La información de esta tabla se irá haciendo más compleja y nutrida; incluso, pueden agregarse más columnas y/o detalles referidos a "documentos vinculados a su declaración", "fortalezas y debilidades", etc.

Muchos de estos "protagonistas" pueden ser verdaderos "*heridos de guerra*". Llamamos heridos de guerra a aquellos que enviaron *la carta*, que prepararon *el informe*, que dieron *el ok* a lo solicitado por la contraparte, etc. En otras palabras, son aquellos que tienen sobre sus hombros la "responsabilidad de la decisión (o decisiones)" que dieron origen a la controversia (y los problemas jurídicos que la conforman). En otras palabras, los "*heridos de guerra*" son los que cargan con un sentimiento de culpa y, por ende, pueden ser reacios a brindar información a efectos de no evidenciar su responsabilidad.

Encontrar al "*herido de guerra*" es como encontrar el tesoro en la isla perdida. Es un principio básico para todo litigante arbitral conocer a fondo, más que las fortalezas, las debilidades de su caso. El litigante arbitral debe generar empatía, confianza y así trabajar codo a codo con el "*herido de guerra*". Será él quien podrá ver más allá del evidente "cuento de hadas" que narró el cliente en la primera entrevista y conocer a fondo los alcances fácticos/documentarios/testimoniales del caso.

Este inusitado protagonista será clave para proveer los documentos esenciales, identificar a los testigos claves y reconstruir la cronología de cómo sucedieron realmente las cosas. El "*herido de guerra*" es el que brindará referencias o luces respecto de aquella documentación que será vital para la posterior etapa de investigación y análisis de información. Además, será a través del "*herido de guerra*" que encontraremos nuestros "*alfiles para la batalla*", será a través de las debilidades

que podremos identificar de forma más clara e íntegra las fortalezas del caso y, por ende, de la teoría del caso en general.

Es tarea del litigante arbitral generar la confianza suficiente con estos protagonistas y demostrarles que la mejor forma de afrontar un caso es conociendo, con el mayor grado de exactitud y sinceridad, todos aquellos detalles fácticos que jugarán en contra de la posición del cliente. Una teoría del caso que no tome en cuenta las debilidades del cliente no es una teoría del caso sólida.

En conclusión, luego de estas ruedas de entrevistas y recopilación de información preliminar, el litigante arbitral debe sistematizar toda la data recibida y esbozar una primera identificación de los problemas jurídicos que conforman la controversia. Será gracias a esa primera sistematización que habrá comenzado el verdadero proceso de investigación e indagación de los hechos y, por ende, la búsqueda de la solución a los problemas jurídicos identificados. Finalmente, es importante identificar y entrar en coordinación directa con el personal que el cliente asigne para el caso, a efectos de continuar con el proceso.

1.1.2. El requerimiento y la posterior sistematización de información

En el numeral anterior hemos descrito el importante rol que cumplen las primeras entrevistas con el cliente y los protagonistas iniciales, siendo clave la identificación de los “heridos de guerra”. Hecho esto, y dependiendo del caso, el litigante arbitral deberá sistematizar la información usando combinadamente las siguientes formas: (i) cronológicamente, lo que resulta útil para los documentos contractuales y las comunicaciones en general; y/o (ii) por problema jurídico identificado, estableciendo selecciones de comunicaciones, documentos contractuales, etc., que permitan construir la historia de cada problema jurídico.

Además de sistematizar la información, es recomendable preparar “Documentos de Trabajo” para ser revisados en sesiones de discusión con el equipo a cargo. Sobre la base de los problemas jurídicos identificados y los hechos vinculados a ellos, pueden convocarse a reuniones con los “protagonistas” de dichos hechos. Pueden prepararse diapositivas con líneas de tiempo, incluyendo documentos claves escaneados y resaltados, a fin de ser revisados/discutidos con las personas que los prepararon. Estos documentos de trabajo podrían incluir un índice de contenido que como ejemplo brindamos a continuación:

CUESTIONARIO SEGUNDA SESIÓN DE TRABAJO CONTENIDO

1. **Objetivos** de esta segunda reunión
 - 1.1. Breve resumen de la controversia surgida entre ADÁN y EVA
 - 1.2. Objetivos concretos de esta segunda reunión
2. **Primer asunto a discutir: declaraciones y garantías supuestamente incumplidas por EVA**
 - 2.1. Cuestionarios de trabajo correspondientes a Primer asunto
 - 2.1.1. Cuestiones a consultar con Jhonny Onny
 - 2.1.2. Cuestiones a consultar con Fernando Ando
 - 2.1.3. Cuestiones a consultar con Edwin Win
3. **Segundo asunto a discutir: imputación y cobro de penalidades**
 - 3.1 Cuestionarios de trabajo correspondientes a Segundo asunto
 - 3.1.1. Cuestiones a consultar con Charlie Lie
 - 3.1.2. Cuestiones a consultar con Teresa Resa
 - 3.1.3. Cuestiones a consultar con Octavio Vio

Debe tenerse presente que las mejores ideas surgen del cliente y su equipo: ellos conocen mejor el caso y el litigante arbitral se encargará de concretizar esas buenas ideas en la defensa del caso. En estas reuniones y a través de estos "Documentos de Trabajo" pueden adelantarse un primer grupo de preguntas vinculadas con los temas a tratar, estableciendo horarios de reunión con cada equipo (el legal, el económico, el de ingeniería, el de planta, etc.). Son agendas de trabajo y discusión.

El litigante arbitral debe tener también un segundo grupo de preguntas que planteará durante las reuniones de trabajo. Éstas son las preguntas difíciles o sobre asuntos problemáticos respecto de los cuales se busca la mayor espontaneidad posible. La razón de no adelantar este segundo grupo de preguntas es evitar "respuestas preconcebidas o preparadas", y así propiciar que la verdad fluya. El abogado litigante debe dejar en claro que su trabajo es "buscar soluciones" a los problemas jurídicos y para ello necesita de la honesta y abierta colaboración de todo el equipo. La verdad los hará libres: ese debe ser el mensaje.

Sobre la base de este duro trabajo con los protagonistas, dichos "Documentos de Trabajo" evolucionarán, se harán cada vez más precisos y se convertirán en la materia prima para preparar la teoría fáctica y, por ende, la futura redacción de la teoría del caso.

Mención aparte merecen las materias técnicas o especializadas que puedan estar vinculadas con los hechos objeto de controversia. En efecto, producto de estas reuniones con los protagonistas, el litigante arbitral debe estar atento a efectos de detectar la necesidad de un experto técnico que ayude a entender determinados hechos, cuyo aspecto central se basa en materias estrictamente especializadas y no legales. Es en este primer paso en el que también se determinará la necesidad de contar con el apoyo y análisis técnico de un experto en la materia controvertida, de ser el caso. Este experto técnico será el “traductor oficial” que permita al Tribunal entender estos hechos a efectos de ser interpretados y calificados posteriormente por el Derecho, como parte de la historia que se presentará frente al Tribunal Arbitral.

Producto de estas reuniones de trabajo, se detectarán todos los hechos claves, identificando los hechos que suman, los que restan y aquellos que representan una contingencia grave para la posición del cliente. Lo central es que cada vez que encontremos un hecho “que reste o que represente una contingencia grave” para la posición del cliente, es cuando más fino debemos hilar en el “antes, durante y después” de ese hecho. Esto nos brindará todos los elementos suficientes para preparar una respuesta y/o explicación contundente que permita respaldar la posición de nuestro cliente. A veces es mejor que seamos nosotros los que exponamos los hechos complicados de inicio a que luego nuestra contraparte los exponga insinuando que estamos contando una “verdad a medias”.

En conclusión, el litigante arbitral debería estar en posibilidad de armar una gran cronología de los principales hechos, documentos y testigos (incluyendo posibles expertos técnicos) que le permitirán construir su teoría fáctica del caso, la historia que se desprende de los hechos identificados y analizados en esta fase de investigación/entrevistas.

1.1.3. La inspección de la “escena del crimen”

Muchos escritores buscan inspiración en la naturaleza, por ejemplo, a la orilla del mar o deleitándose con el *sunset*. El litigante arbitral debe buscar también esa inspiración, pero apuntando a conectarse aún más con el contexto de la controversia.

Muchas veces el litigante arbitral debe usar su imaginación para trasladarse en el espacio-tiempo y tratar de situarse en el momento en el que ocurrieron los hechos. Sin embargo, y en la etapa previa a la preparación de la teoría del caso, resulta sumamente inspirador visitar el lugar de los hechos. Por ejemplo, visitar la planta de procesamiento que tiene problemas de producción, visitar el lote petrolero que es objeto del contrato de concesión, visitar la construcción trunca, recorrer el tramado de las líneas de tuberías a lo largo del desierto, y así las posibilidades son infinitas como infinitas son las posibles locaciones de las controversias.

Para dar fe de la importancia de estas “experiencias”, debe decirse que no es lo mismo leer en planos, cartas y documentos que una planta tuvo graves problemas de producción por fallas en su “DMS-Separador por Medios Densos”, que ver/tocar el dichoso DMS y ser testigo de cómo funciona o no funciona en los hechos, *in situ*.

Si el litigante arbitral combina esta visita a la “*escena del crimen*” (lugar donde se originó la controversia) con el intercambio de experiencias y vivencias con el personal allí establecido, inspeccionando las instalaciones, conociendo y tocando aquello que “solo ha podido conocer en papeles”, podrá encontrar la inspiración que necesita para construir su teoría del caso.

Visualizar determinados aspectos de la controversia le permitirá trasladar esas imágenes a ilustraciones, mapas, diagramas y mejores explicaciones en los escritos claves del proceso arbitral. Adicionalmente, en esta visita se puede confirmar y profundizar la necesidad de contar con un experto técnico para entender los alcances, consecuencias y pormenores de determinados hechos; específicamente, de aquellos cuyo análisis y cabal entendimiento dependen de conocimiento especializado que el litigante arbitral no tiene.

En conclusión, el litigante arbitral debe (en tanto y en cuanto sea posible) ver, tocar, experimentar las cosas y no dejar que se las cuenten. Estas visitas permitirán ver con otros ojos la documentación y demás información que se obtendrá del cliente. Estar en el lugar de los hechos permitirá pensar y crear aquel mensaje central que se quiere transmitir tomando en consideración el contexto de la controversia. En cualquier caso, este tipo de experiencias será de gran valor para entender realmente el contexto y alcances de la controversia. Ver y experimentar siempre sumará para el entendimiento del caso.

Como resultado de este primer paso, el litigante arbitral deberá tener debidamente ordenada y sistematizada su teoría fáctica. Esta tendrá la historia que se pretende contar amparada en la versión de los hechos que deberá ser sustentada en referencias a los documentos esenciales, y en los testigos de hecho claves para el caso. Además, ya se habrá identificado aquellos hechos o materias que necesitarán de la explicación de un experto técnico. En síntesis, la teoría del caso siempre comenzará por tener una clara perspectiva y entendimiento de los hechos, siendo este proceso continuo y de constante descubrimiento. A continuación, el siguiente paso nos permitirá definir e identificar el Derecho relevante para nuestros hechos.

1.2. Rule: El Derecho detrás de los hechos

Luego de identificar y desarrollar los hechos claves de la historia que se pretende contar (y los testigos que la soportarán), el litigante arbitral debe emprender la búsqueda del Derecho detrás de los hechos. Esta es la otra teoría fundamental en la construcción de la teoría del caso: la teoría legal.

En este segundo paso, el litigante arbitral debe investigar cuál es “la normativa” (*rules*) que servirá para confirmar si el Derecho avala o no la historia que pretende construir y, por ende, las pretensiones que pretende plantear frente al Tribunal Arbitral. Es entonces recomendable partir con un bosquejo del corazón de la teoría legal: las pretensiones. Estas serán las pretensiones que se plantearán como demandante/reconviniendo o en todo caso las que se contestarán como demandado⁷. Este momento es clave a efectos de validar este texto de las pretensiones con las metas u objetivos del cliente: ambos deben estar debidamente coordinados.

Este primer texto de las pretensiones es un mero bosquejo que seguramente evolucionará conforme se vaya avanzando en la preparación de la estrategia. Lo importante es que como ya tenemos relativamente clara la versión de los hechos que vamos a contar, es sobre la base de dichos hechos que podemos esbozar un primer borrador de las pretensiones que vamos a plantear. Así, cada pretensión deberá contar con un “marco conceptual normativo” que será posteriormente utilizado en la aplicación del Derecho a los hechos.

Temple⁸, estudioso de la metodología IRAC, señala que en este paso es importante introducir al lector con una “*Rule Overview*” antes de entrar en detalles de su aplicación a los hechos del caso. Aplicando esta lógica al litigio arbitral, la teoría legal del caso necesita de una explicación clara y precisa de (i) cuál es la normativa aplicable a la controversia, identificando cuáles son los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que se desprenden de su diseño particular; y (ii) proponer una interpretación sobre ella y sus alcances.

En otras palabras, es muy útil que la teoría legal incorpore dos marcos conceptuales, a saber: (i) el marco contractual y su interpretación; y (ii) el marco legal y su interpretación. Estos marcos conceptuales deben permitir abstraer los requisitos y procesos lógicos de análisis de estas disposiciones, a fin de que puedan ser posteriormente implementados al momento de aplicar el Derecho a los hechos del caso. Son casi como “tests de análisis” que permitirán calificar jurídicamente los hechos y determinarán si se aplican o no las consecuencias jurídicas de cada disposición o norma, respectivamente.

Por marco contractual nos referimos a la identificación de los supuestos de hecho/consecuencias jurídicas y posterior interpretación de todos aquellos documentos contractuales que sean claves para construir nuestra teoría legal del caso. Aquí debe partirse necesariamente del contexto normativo que brindan los

⁷ Dependiendo de cada caso, la estrategia cautelar y similares pueden ser evaluadas también en esta etapa.

⁸ Cfr. TEMPLE, Hollee. “Using Formulas to Help Students Master the “R” and “A” of IRAC”, *Perspectives – Teaching Legal Research and Writing*, Vol. 14, N° 3, 2006, p. 131. Ver: <http://info.legalsolutions.thomsonreuters.com/pdf/perspec/2006-spring/2006-spring.pdf>

contratos y demás actos/negocios jurídicos que delinear la controversia. Para ello será necesarios nuevos requerimientos de información, a fin de identificar todos los antecedentes contractuales y comunicaciones en general vinculadas con la relación contractual. Por ejemplo: (i) *mark-ups* de contratos, (ii) correspondencia (cartas, correos electrónicos y similares) vinculada con la preparación de los contratos, (iii) documentos vinculados a la ejecución del contrato (pueden especificarse cláusulas o apartados en específico del contrato)⁹, etc. Lo central es determinar cómo el texto del contrato se ejecutó en los hechos.

Por marco normativo nos referimos a la identificación y posterior interpretación de todas aquellas disposiciones legales que estén vinculadas con los documentos contractuales y los hechos de la controversia. Por ejemplo, los artículos de obligaciones y del contrato de obra en el Código Civil, incluyendo los comentarios al Código Civil de cada uno de ellos; o las normas vinculadas con hidrocarburos; etc. Igualmente, la doctrina vinculada a las categorías jurídicas que han sido identificadas como claves de acuerdo con el planteamiento de las pretensiones del cliente.

Sobre la relevancia de la doctrina, Zusman¹⁰ señala que esta es de gran valor por reflejar el pensamiento sistematizado y crítico de cierta figura o institución jurídica. La doctrina permite situar la controversia en el espectro jurídico, definir la naturaleza de las figuras jurídicas involucradas y encontrar aquellas hipótesis que pueden coincidir con nuestro caso. Al revisarla podremos entender por qué es que determinada figura jurídica tiene ese tratamiento, cuál es la *ratio* de la norma o institución que nos interesa, los principios que la soportan y los valores involucrados en su análisis. Por dar algunos ejemplos, puede ser vital para un determinado caso contar con doctrina vinculada con la distribución de riesgos en el contrato de obra; o el sistema de protección de los contratos-ley; o la resolución de contratos; etc.

Es en esta etapa donde revisitamos la necesidad de contar con expertos legales y/o técnicos para respaldar el planteamiento de nuestras pretensiones. De acuerdo con el marco contractual y legal identificado, puede ser recomendable contar con un experto legal en dichas materias que confirme que los alcances e interpretación del marco contractual/legal desarrollado son correctos. El experto legal también será útil para reevaluar el caso desde la posición de un "tercero neutral" pero con el *expertise* necesario para realizar ese análisis. Muchas veces, el análisis del experto legal nos permite tener una primera aproximación de cómo los árbitros podrían enfocar el análisis del Derecho aplicable al caso.

⁹ Este es un listado meramente referencial y dependerá de cada tipo de controversia, cada marco contractual y cada abanico de hechos que sean materia de análisis.

¹⁰ Cfr. con ZUSMAN, Shoschana. "Primero ordenar, después imaginar: ¿Cómo se resuelve un problema legal?", *Revista Ius Et Veritas*, N° 35, Lima, pp. 452-453.

En cuanto a expertos técnicos, considerando que ya en el primer paso identificamos algunos de ellos, en esta etapa podremos identificar a aquellos expertos de cuantificación o sustento. Nos referimos a expertos que preparen la cuantificación de daños, un análisis técnico de la existencia de incumplimientos contractuales, etc. La participación de este tipo de expertos es vital a fin de determinar una cuantificación preliminar de las pretensiones y de la cuantía de la controversia en general. Asimismo, podrán identificar contingencias y/o vacíos en los planteamientos vinculados con el sustento de las pretensiones a las que su análisis esté íntimamente vinculado.

Como resultado de este segundo paso, deberíamos tener una versión bastante avanzada y detallada de la teoría legal del caso. Esta estará conformada por un bosquejo de pretensiones, marco contractual y marco legal aplicables a la controversia. Además, identificará claramente qué otros expertos legales y técnicos se necesitan para profundizar en el sustento de las respectivas pretensiones. Luego de tener claramente definidas la teoría fáctica y legal de la historia, es que puede continuarse con el siguiente paso: “el maridaje”.

1.3. *Application*: El Derecho interpretando los hechos

Sinclair¹¹ resume este tercer paso en la siguiente frase: “*How your case comes under that rule*”. Es como cuando uno tiene listos todos los ingredientes de un sabroso plato que está dispuesto a cocinar. Ahora corresponde ver cómo todos esos ingredientes se combinan, y finalmente tiene aquel sabor que te brinda ese final feliz.

Este *maridaje* de los hechos y el Derecho (*application*) es el que permitirá vender nuestra Teoría del caso como cierta y sólida. En este tercer paso, comenzamos a concretizar las respuestas a cada uno de los problemas jurídicos para proponer ese final feliz que el Tribunal Arbitral deberá encontrar en nuestra teoría del caso.

Es muy útil también recurrir al pensamiento lateral vinculado con herramientas de la psicología y la economía, a fin de terminar de contextualizar la controversia y el enfoque de la defensa del caso¹². Esta labor es la más creativa de todas: la creación de la historia detrás de los hechos, respaldada por el Derecho.

¹¹ Cfr. con SINCLAIR, Michael. “What is the ‘R’ in IRAC?”. *New York School Law Review*, Vol. 46, p. 457. Ver: <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/46-3.4.Sinclair-IRAC-article.pdf>.

¹² Cfr. ZUSMAN, Shoschana. “Primero ordenar, después imaginar: ¿Cómo se resuelve un problema legal?”, *Revista Ius Et Veritas*, N° 35, Lima, p. 456.

Tomando como referencia a Temple¹³, proponemos una fórmula para lograr el maridaje perfecto de cómo es que el Derecho interpreta los hechos de tu caso, haciendo convincente tu historia. A continuación, desarrollamos brevemente cada uno de los tres insumos que dicha fórmula utiliza para ser exitosa.

1.3.1. Primero: Identifica los hechos claves y explica por qué son determinantes en el análisis de cada una de las pretensiones

Para efectos prácticos, recomendamos dividir el esquema por pretensiones. Así nos concentraremos en construir la mejor y más clara historia que permita entender con claridad el contexto fáctico de cada pretensión. Esta historia no es un mero relato neutral e inocuo de los hechos; por el contrario, como bien señala Temple¹⁴, “*give the best fact first*”. Esto quiere decir que debemos amalgamar la mejor versión de los hechos que permita contextualizar y cumplir con el supuesto de hecho que luego servirá de base para aplicar las consecuencias jurídicas preestablecidas en el marco conceptual, sea contractual y/o legal.

Cuando decimos que debemos armar la mejor versión de la historia, no estamos indirectamente señalando que “deben esconderse” los hechos que no suman o generan contingencias para el cliente. Por el contrario, la mejor versión de los hechos para cada pretensión deberá ser lo suficientemente detallada para dar una respuesta lógica, clara y, dentro de lo posible, simple a ese hecho que juega en contra de la posición de tu cliente. Algo así como “pese a este hecho, la abrumadora secuencia de los hechos anteriores, posteriores y coetáneos a éste hace que nuestro planteamiento deba prevalecer frente al de nuestra contraparte”.

Recuerda que esta redacción está dirigida al Tribunal Arbitral, para que sea esa historia (y no la de tu contraparte) la que sea elegida y sirva de base para analizar el Derecho y llegar a la conclusión (final feliz) que pretendes postular con tu posición. Conforme vayamos abordando cada uno de los “key-facts” y delineando así —indirectamente— el supuesto de hecho para la aplicación del Derecho, debemos incorporar conclusiones de carácter fáctico. A continuación, algunos ejemplos:

- “A partir de ambas cartas, quedó entonces claramente establecido que ARA sí reclamó por los vicios de la obra, antes de su entrega”;
- “Conforme se aprecia de las anotaciones del cuaderno de obra, ambas partes y especialmente el Supervisor tuvieron siempre claras las fechas y alcances de las demoras en las entregas de los materiales”;

¹³ Cfr. TEMPLE, Hollee. “Using Formulas to Help Students Master the “R” and “A” of IRAC”, *Perspectives – Teaching Legal Research and Writing*, Vol. 14, Nº 3, 2006, p. 134. Ver: <http://info.legalsolutions.thomsonreuters.com/pdf/perspec/2006-spring/2006-spring.pdf>

¹⁴ *Ibidem*.

- “Conforme se aprecia de la serie de documentos enviados por nuestra contraparte, es claro que nuestra contraparte reconoció que la primera etapa del proyecto tenía como fecha de entrega el día 15 de enero y no el 15 de febrero, como pretende señalar en su escrito xxxx”; etc.

En conclusión, esta redacción de la versión de la historia correspondiente a cada pretensión debe hacer énfasis en demostrar por qué estos hechos que la conforman son determinantes e indispensables para entender el caso y resolverlo. Así, cada pretensión tendrá una redacción inicial de la historia que la avala y que abrirá paso para que luego el Derecho la reconozca como jurídicamente atendible.

1.3.2. Segundo: Aplicar los “Test de análisis” elaborados en el marco contractual y legal.

Sobre la base del insumo fáctico obtenido en el numeral anterior, este segundo insumo agregará la “calificación jurídica” a la preparación del plato final. El litigante arbitral deberá hacer uso de los “test de análisis” de sus marcos conceptuales, a fin de subsumir las respectivas versiones de los hechos de cada pretensión en las categorías jurídicas correspondientes.

¿Cuál es el objetivo de sugerir que se construyan “tests de análisis” para diseñar los marcos conceptuales contractuales y/o normativos? La idea es lograr una redacción persuasiva con una clara secuencia lógica: supuesto de hecho y consecuencia jurídica. El litigante arbitral debe facilitarle la tarea al Tribunal Arbitral.

La aplicación de estos “test” permitirá demostrar cómo los hechos calzan perfectamente o no lo hacen, a fin de desencadenar la aplicación de la consecuencia jurídica derivada del Contrato o de la Ley para el caso concreto. Como resultado, el Tribunal seguirá la misma ruta y, luego de aplicar los referidos test a los hechos, podrá llegar a la misma conclusión amparando las pretensiones planteadas.

En consecuencia, y con el soporte de la doctrina y quizás los avances preliminares de los reportes de expertos legales/técnicos que se hayan identificado como necesarios, el litigante arbitral deberá acreditar cómo los referidos hechos calzan o no en los supuestos de hecho de las disposiciones sean contractuales y/o legales aplicables a la controversia. Esto derivará en la aplicación o no de las consecuencias jurídicas establecidas conforme a dichas disposiciones.

1.3.3. Tercero: Confirmar que la sumatoria de consecuencias jurídicas derivadas son coherentes con el sentido de cada una de las pretensiones planteadas

“Connect to the likely result”, nos dice Temple¹⁵ respecto de este último pero importante insumo. En efecto, si es que una pretensión necesita de la sumatoria

¹⁵ Ibídem.

de varias consecuencias jurídicas tanto contractuales como legales para ser declarada fundada, será tarea del litigante arbitral cerrar esta parte de su teoría del caso planteando esa conexión y sugiriendo cuál debería ser el resultado (la gran consecuencia jurídica) al que el Tribunal Arbitral debería arribar luego de este análisis. Es cuestión de buscar coherencia en los planteamientos individuales de las pretensiones, cerciorándonos de que no existan discrepancias entre las “historias de las pretensiones” y la gran historia que se pretende contar. Cerrar con broche de oro el planteamiento de la teoría del caso.

Como resultado de este tercer paso y la aplicación de la fórmula antes descrita, deberíamos tener un texto bastante bien concretado con el análisis y sustento de cada pretensión de nuestro cliente. Aquí se verán por primera vez las teorías fácticas y legales concretizadas y aplicadas para defender la posición que nuestro cliente plantea en el arbitraje. El último paso está concentrado en cómo presentar y organizar el producto obtenido (teoría del caso) a partir de la aplicación de los 3 pasos anteriores.

1.4. Conclusion: La Teoría del Caso y el ¿De qué trata este caso?

Como producto del *maridaje* del paso previo, podremos concretar el primer borrador de la “Teoría del Caso”. Una forma muy útil de presentar este análisis al cliente es a través de un documento Word que siga la lógica de los 3 pasos que hemos descrito en este artículo. A continuación, y con fines meramente ilustrativos, presentamos un esquema tentativo y simplificado del que podría ser el contenido de dicho documento:

Teoría del caso *Índice*

- I. ¿De qué trata este caso?
- II. Antecedentes de la controversia
- III. Marco contractual relevante a la controversia
- IV. Marco legal relevante a la controversia
- V. Primer reclamo de periplo: periplo declaró correctamente estatus del proyecto y la constructora asumió los riesgos derivados de dicho estatus, por lo que debe asumir dichos costos
 - a) La constructora conoció durante las negociaciones toda la información relevante respecto del proyecto
 - i. La controversia
 - ii. La constructora recibió y revisó la información clave, sin reclamo alguno
 - iii. Evidencia

- i. Sustento contractual
 - ii. Sustento legal
 - iii. Reportes de expertos
 - iv. Conclusión – consecuencia jurídica
 - b) La declaración de periplo en el contrato se refiere al porcentaje de avance en trámites expropiatorios, no de expropiaciones finalizadas
 - i. La controversia
 - ii. Periplo declaró correctamente el porcentaje de avance de trámites expropiatorios
 - iii. Evidencia
 - i. Sustento contractual
 - ii. Sustento legal
 - iii. Reportes de expertos
 - iv. Conclusión – consecuencia jurídica
 - c) Retrasos y mayores costos derivados de demoras en expropiaciones necesarias para el proyecto son riesgos asumidos por la constructora
 - i. La controversia
 - ii. La constructora asumió riesgos expropiatorios y debe responder por ellos
 - iii. Evidencia
 - i. Sustento contractual
 - ii. Sustento legal
 - iii. Reportes de expertos
 - iv. Conclusión – consecuencia jurídica
- V. Resumen de posibles testigos y expertos
- a) Testigos de hechos
 - i. Objetivos de sus declaraciones
 - ii. Materias de sus declaraciones
 - b) Expertos legales
 - i. Objetivos de sus análisis periciales
 - ii. Materias de sus análisis periciales
 - c) Expertos técnicos
 - i. Objetivos de sus análisis periciales
 - ii. Materias de sus análisis periciales

Como puede verse en el esquema, en este último paso nos encargamos de “la presentación” de la teoría del caso a fin de hacerla clara, ordenada y persuasiva. Una mención especial merece el primer acápite del *Índice* antes presentado denominado “I. ¿De qué trata este caso?”, tema que trataremos más adelante y sugerimos prepararlo al final, luego de haber plasmado y redactado todos los demás puntos.

Respecto a los demás acápites, siguen la misma secuencia lógica del análisis que hemos propuesto a lo largo de este artículo, a saber:

Planteamiento común a todos los reclamos

- El Índice arranca con un acápite de antecedentes. Este servirá para brindar al lector la información general básica de la historia: las partes, el contrato y demás datos generales que permitan situar el “espacio-tiempo” de la historia. Sugerimos cerrar este acápite listando y enunciando muy brevemente cuáles son las controversias que se discutirán en el arbitraje y la posición del cliente sobre cada una de ellas.
- El Índice prosigue con el desarrollo del marco conceptual (Tests de análisis) tanto de las disposiciones contractuales como de las legales bajo la denominación de “Marcos contractual/legal relevantes a la controversia”. En otras palabras, aquí se desarrollan —aún en abstracto— las secuencias lógicas de análisis que se utilizarán para interpretar los hechos del caso vinculados a las controversias (problemas jurídicos) identificados en cada reclamo o pretensión.
- El último acápite del Índice presenta un Resumen de los testigos y expertos claves para el sustento del caso. Estos han sido identificados juntamente con el cliente, durante las reuniones y entrevistas. Además, se especifican qué objetivos se persiguen con cada uno de ellos y cuáles serán los ámbitos (preliminares) de sus declaraciones y reportes, respectivamente. Los aportes del cliente y su equipo en este aspecto serán muy relevantes, luego de que revisen toda la teoría del caso.

Planteamientos específicos por cada reclamo o pretensión

- En el acápite V del Índice puede apreciarse la secuencia tipo de desarrollo del sustento de un reclamo/pretensión.
- Primero, define la controversia vinculada al reclamo o pretensión, identificando los hechos claves.
- Segundo, desarrolla la posición del cliente respecto al reclamo o pretensión planteado.

- Tercero, sustenta —aunque preliminarmente— la posición del cliente con el análisis de la evidencia que se tiene disponible. Aquí corresponde desarrollar y proponer:
 - El análisis e interpretación de las disposiciones contractuales y legales que resulten aplicables al reclamo/pretenión. Corresponde aplicar los respectivos “Test de análisis” para calificar jurídicamente los hechos y determinar qué consecuencias jurídicas se derivan para resolver la controversia.
 - El análisis y conclusiones preliminares que se obtendrán de los reportes de expertos legales y técnicos, a fin de confirmar la posición del cliente y el análisis de la evidencia que se ha propuesto.
- Finalmente, corresponde proponer el “final feliz” que se dará al atender la posición planteada, dando a entender un sentido de justicia con lo realmente sucedido y respetando los términos contractuales/legales aplicables.

Luego de haber logrado satisfactoriamente la redacción de los acápites mencionados, corresponde preparar el primer acápite identificado en el *Índice* antes presentado como: “I. ¿De qué trata este caso?”. Este acápite tiene la estrategia de marketing que será la que convenza al Tribunal de leer tu escrito y, de interesarse por tu caso, comprar el “producto que le estás vendiendo”.

Siguiendo la lógica de Alvarado¹⁶ sobre el sentido de las marcas en las sociedades de consumo, el “¿De qué trata este caso?” será la marca del “producto” (teoría del caso) que pretendemos vender al Tribunal Arbitral, a fin de que este “la compre” (la haga suya para resolver el caso). Lo central de esta marca es que deberá motivar emociones, emocionar al Tribunal, inspirarlo.

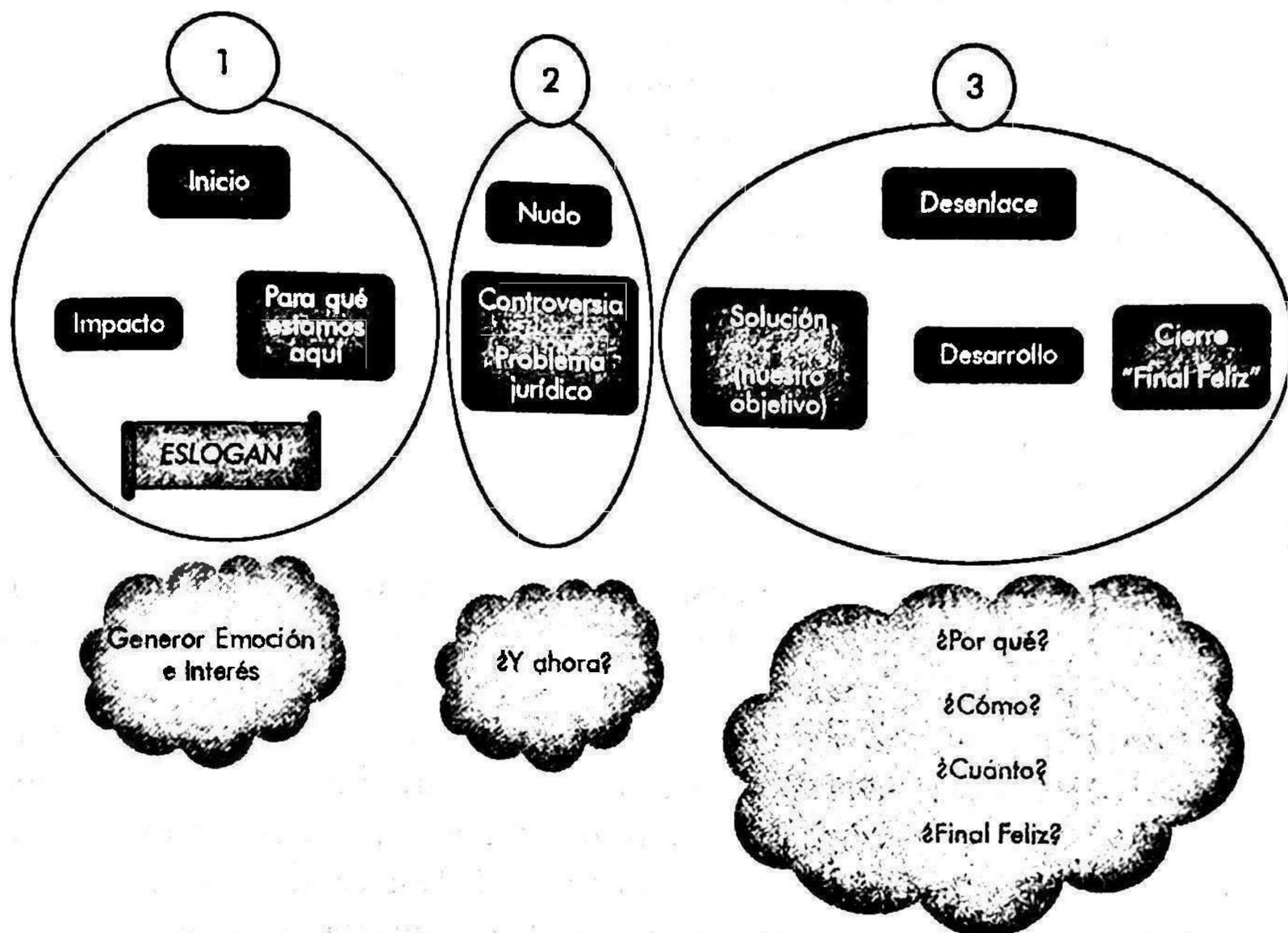
A efectos de diseñar el “¿De qué trata este caso?” hemos identificado un esquema sumamente útil e ilustrativo que orientará este proceso creativo. Debe tenerse presente que lo que se hace en este acápite es presentar de manera ordenada, creativa y persuasiva la “marca del producto” frente al Tribunal. Los pormenores del producto ya vendrán a continuación (en los acápites que hemos descrito párrafos arriba): aquí sólo se brindan las ideas centrales del caso, lo que se va a pedir, por qué se debe otorgar y qué se obtendría si da la razón a nuestro cliente. En otras palabras, es un resumen persuasivo de nuestra teoría del caso.

Regresando al esquema que mencionamos en el párrafo anterior, éste lo hemos construido tomando como referencia aquel esquema que Brero y Bruce¹⁷ proponen para la construcción del discurso en general. Este esquema muestra

¹⁶ Cfr. con ALVARADO, Liliana. *Brainketing. El marketing es sencillo; conquistar el cerebro de las personas es lo difícil*. Lima, octubre, 2013. UPC, pp. 114 y ss.

¹⁷ BRERO, Gianfranco y Patricia BRUCE. *¿Cómo lo digo? Convince a tu audiencia antes de la primera palabra*. Lima, Editorial Planeta Perú, marzo 2014, p. 40.

cómo organizar un discurso persuasivo, con un *Inicio*, un *Nudo* y un *Desenlace*. Nosotros utilizaremos este esquema con algunos agregados y ajustes a fin de que sirva de base para construir el “¿De qué trata este caso?”. Veamos el gráfico construido a partir de ese esquema:



A través del gráfico anterior, los autores describen este proceso creativo en la siguiente frase:

“A través de nuestra presentación (la historia) debemos guiar el pensamiento de la audiencia, para que les sea inevitable llegar a la misma conclusión que nosotros”¹⁸

La frase anterior debe servir de guía para la preparación de toda “Teoría del caso” (enfocándola como discurso) y, en particular, para la preparación del “¿De qué trata este caso?”. Con esto en mente, haremos a continuación unos breves comentarios sobre cada una de las “escenas” que Brero y Bruce sugieren que debe tener esta gran historia, en nuestro caso, el “¿De qué trata este caso?”:

¹⁸ BRERO, Gianfranco y BRUCE, Patricia. Ob. Cit., p. 76.

1. Inicio

- La idea estructural de todo el “*¿De qué trata este caso?*” debe ser resumida en un “eslogan”. Por eslogan nos referimos a aquella frase que resuma en una oración la parte central de nuestro caso. Por ejemplo:
 - “El Contratista que cumplió tarde, mal y nunca subsanó sus deficiencias”.
 - “La crónica de una resolución de contrato anunciada”.
 - “La historia del comprador arrepentido”.
- Cada “eslogan” genera un impacto de entrada en el lector, describe cuál es en términos muy sencillos la controversia y para qué es que el Tribunal ha sido designado. Los árbitros conservarán en sus memorias esa frase, como aquella canción pegajosa que no dejamos de tararear pese a que ya no la podemos escuchar. El “eslogan” debe generar emoción y empatía en el lector, para que se interese en conocer la historia a la que podrá dar un final feliz (declarando fundadas las pretensiones planteadas).

2. Nudo

- En esta “escena” deben presentarse de manera muy concreta (sin ahondar en mucho detalle) cuáles son las controversias que han surgido entre las partes y que han originado la necesidad de recurrir al Tribunal Arbitral.
- Siguiendo la lógica de Alvarado¹⁹, aquí tendremos que delinear cuál es la necesidad que tiene nuestro cliente: que se castigue el incumplimiento, que se le permita liberarse de una relación contractual o que se le indemnicen los daños generados. El nudo debe ser un reflejo de la necesidad, es decir, de las controversias surgidas y los problemas jurídicos que éstas suponen.
- Definida la necesidad tendremos enganchado al Tribunal para que —en la última escena— pueda encontrar la forma de atender dicha necesidad y resolver el caso a favor de nuestro cliente.

3. Desenlace

- En esta “última escena” tenemos que especificar cómo la necesidad que hemos descrito en el nudo determinará la motivación que tendrá el Tribunal para analizar nuestra versión de los hechos y acceder a nuestros deseos (reclamos o pretensiones).
- Aquí debemos desarrollar de forma muy ordenada y sucinta la solución que nuestra teoría del caso propone a cada una de las controversias. Aquí bastará con hacer referencias genéricas a la evidencia que confirma nuestra posición. En otras palabras, es un mero anuncio de la solución que podrán encontrar en detalle en los siguientes acápite.

¹⁹ Cfr. con ALVARADO, Liliana. Ob. Cit., pp. 37 y ss.

- Para cerrar este “¿De qué trata este caso?” sugerimos conectar nuevamente el “eslogan” y ver cómo su concretización permite llegar al final feliz que nuestra “Teoría del caso” propone.

En conclusión, si la historia que pretende contar nuestra “Teoría del caso” no genera emociones en los árbitros, habremos fracasado y es muy posible que “no compren nuestro producto”. Emocionar para persuadir: esa es la regla clave para la presentación de nuestra “Teoría del caso” que hemos desarrollado en este último paso de la metodología I.R.A.C. propuesta a lo largo de este artículo.

II. REFLEXIÓN FINAL

Esperamos haber logrado transmitir de forma útil e ilustrativa esta metodología que refleja aquellas primeras páginas del *cuaderno de bitácora del litigante arbitral*. Esta metodología I.R.A.C. refleja ese trabajo incansable que el litigante arbitral lleva a cabo a fin de llegar de la mejor forma a ese “combate cuerpo a cuerpo” en la arena arbitral. Estamos seguros de que, si siguen uno a uno los pasos propuestos, lograrán con éxito la construcción de una teoría del caso sólida para su cliente.

Solo recuerden que estamos construyendo la teoría del caso, que lejos de ser la meta es el punto de partida que tiene los cimientos de nuestra futura estrategia de litigio. Esta teoría será complementada, profundizada y mejorada cuando se presenten finalmente los escritos principales, e incluso luego de las audiencias de actuación de pruebas. Es por ello que en este artículo hemos propuesto una metodología que asegure al litigante arbitral comenzar con pie derecho el diseño de la estrategia de su caso. Esperamos haber logrado ese objetivo.