

*La teoría del caso civil.
Una articulación entre el Derecho sustantivo y
adjetivo en el ámbito civil*

*The Theory of Civil Case.
A Link between the Procedural and
Substantive Right in Civil Matters*

Walter Mendizábal Anticona*
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v13i15.721>

* Doctor en Derecho. Docente de la Universidad Alas Peruanas.

Lex



Hilanderas.

RESUMEN

En este artículo, el autor analiza la teoría del caso civil a la luz de lo que en Derecho se ha dado en llamar el “razonamiento jurídico”, concepto que se desarrolla similarmente en otros contextos argumentativos, pero que en materia jurídica posee ciertas peculiaridades que es necesario abordar adecuadamente para un adecuado desarrollo teórico. En realidad, a lo largo de toda la exposición se deja claro que el denominado razonamiento jurídico no es otra cosa que un tipo de argumento jurídico caracterizado por su particular estructuración y la necesidad de aparecer siempre como un discurso explícito.

Palabras clave: *teoría del caso civil, Derecho sustantivo, argumentación jurídica.*

ABSTRACT

In this article, the author analyzes the theory of civil case in the light of what law has been called the “legal reasoning”, concept that develops similarly in other argumentative contexts, but in legal terms has certain peculiarities that it must be adequately addressed for proper theoretical development. In fact, throughout the exhibition it makes clear that the so-called legal reasoning is nothing but a type of legal argument characterized by its particular structure and the need to always appear as an explicit discourse.

Key words: *theory of civil case, substantive right, legal argument.*

ASPECTOS GENERALES

El interés de los teóricos del Derecho por la argumentación jurídica es un ingrediente importante de la experiencia judicial, la cual ha aumentado enormemente en los últimos tiempos. Especialmente a partir de los años 50, cuando se produce un gran resurgimiento con la aplicación de la lógica al Derecho, en parte por la posibilidad de aplicar al mismo las herramientas de la “nueva” lógica matemática con la publicación, en 1951, de la *Lógica Jurídica* de Ulrich Klug, y en parte como consecuencia del nacimiento de la lógica deontológica de las normas con el trabajo primer trabajo de Wright de 1951.¹

Pero también ha influido en el auge de esta nueva visión de la argumentación como teoría jurídica la propuesta de otras visiones no tradicionales en el estudio de los argumentos, representadas por la tónica de Viehweig, la retórica de Perelman (llamada por él nueva retórica) y la lógica operativa o informal de Toulmin, llamados por la doctrina los precursores de la teoría del Derecho como argumentación. Por eso, cuando hoy se habla de argumentación jurídica (o de teoría de la argumentación jurídica), se hace referencia a un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico formal sería una parte de la misma) e incluso a veces a un tópico de investigación que se contrapone al de la lógica formal.

Posteriormente, a partir de los años setenta, autores europeos como Robert Alexy, Neil MacCormick, Perzenik y Aarnio han desarrollado una “teoría estándar de la argumentación jurídica”² que ha sido difundida en lengua castellana por el profesor español de la Universidad de Alicante Manuel Atienza. Algunos autores latinoamericanos, como Carrio, Buligin y Alchourrón también han hecho aportes en ese sentido, además de la exigencia de motivación del garantismo y del Estado constitucional del Derecho.

¹ Georg Henrik von Wright. “Deontic Modalities”. En G. H. von Wright. *An Essay in Modal Logic*. Amsterdam, North Holland: Publishing Company, 1951.

² M. Atienza. “La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los ‘Grapo’”. *Jueces para la democracia*, 9, (1990), p. 3.

Siendo el interés por este tema relativamente reciente, ello explica que no se haya introducido como cátedra en las facultades de Derecho del país. Sin embargo, son indudables su vigencia e importancia práctica, lo que provoca el interés de todo operador legal.

Por concepciones filosóficas del Derecho se entiende un conjunto de respuestas con cierto grado de articulación a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho.

En términos históricos, (todo) el Derecho ha girado en torno a tres criterios de valoración que definen los diferentes sentidos en la concepción del Derecho:

1. Si es justo o injusto.
2. Si es válido o inválido.
3. Si es eficaz o ineficaz.

Estos criterios han dado lugar a las concepciones del Derecho conocidas como escuelas, entre las que se cuentan la iusnaturalista, la positivista, la histórica, la sociológica y la realista.

Como bien afirma Trias Monge,³ “todo juez podrá o no preocuparse por los problemas de la teoría del Derecho, pero quiera o no, tendrá, consciente o inconscientemente, su propia filosofía jurídica que irremediablemente intervendrá en la emisión de sus fallos; jueces de filiación teórica distinta adoptarán usualmente ante la misma hipótesis fáctica decisiones diferentes, o al menos sus razonamientos no serán idénticos. Es deseable que el juez sea consciente de su teoría personal del Derecho, mientras más consciente sea del proceso adjudicativo, como de los distintos modos de adjudicar controversias. Mientras más conozca de sus propias inclinaciones y se preocupe por su legitimidad, mayor será la adecuación de sus fallos. El juez sonámbulo camina por terrenos minados”.

La ley es igual para todos y el Derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los tribunales; pero entonces cabe preguntarnos: ¿por qué hay buenos y malos jueces?, ¿qué marca la diferencia entre un buen juez y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, en su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho.

Es natural que los jueces traten de comprender cómo argumentar. La disciplina que se ocupa de disipar estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica, definida como el análisis teórico de los procesos de argumentación en el Derecho.

Como se evidencia, ha habido muchas teorías de la argumentación. Algunos de sus cultores (formalistas) han afirmado que las decisiones jurídicas son fríos silogismos, y que los jueces no

³ José Trias. *Teoría de adjudicación*. Primera edición. San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2000.

son más que máquinas de hacer subsunción. Los realistas han replicado que el razonamiento jurídico nada tiene que ver con la lógica, sino más bien con la ideología, las emociones y las corazonadas. Otros han rescatado de la antigüedad clásica la retórica y la tópica para concebir el razonamiento jurídico como una simple técnica de persuasión o de invención a partir de lugares comunes.

También hay quien ha visto tras el Derecho alguna forma de orden moral objetivo (Dworkin), sin olvidar que, no hace mucho, incluso el influyente filósofo alemán Habermas se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su personal incursión *ius* filosófica en su obra *Facticidad y validez*.⁴

En este universo de ideas aparecen en 1978 las dos obras capitales de las teorías de la argumentación jurídica continental y angloamericana, respectivamente: la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy y el *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MacCormic, superando ambas todo un cuerpo de teorías precursoras surgidas a partir de los años cincuenta que han influido poderosamente sobre los trabajos posteriores de Aarnio, Peczenik o Atienza, por citar solo algunos nombres.

Estas teorías han puesto de manifiesto insistentemente las insuficiencias que presentan tanto una concepción puramente formalista del razonamiento jurídico, que reduce la aplicación del Derecho a un simple silogismo, como una concepción irracionalista que la reduce a simples expresiones de emociones.

La teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos de argumentación. Pero también reconoce las limitaciones que este análisis representa en el mundo del Derecho. En todo caso, parece incuestionable que la justificación de las decisiones jurídicas, su racionalidad, representa una pieza clave de todo discurso práctico, como señala Toulmin: “Si no hay un debate racional, se pasa a un debate de quién a quién”. Si no fuera posible discutir sobre cuestiones jurídicas racionalmente, entonces nos hallamos en el mundo del capricho de las preferencias puramente personales, y sobre gustos no se argumenta: “Qué se puede objetar contra alguien que me diga que prefiere los helados de chocolate a los de vainilla”.⁵

Por eso, en el ámbito específicamente jurídico y político, la ausencia o la insuficiencia de la justificación, cuando no causa una lesión, genera un riesgo para cualquier estado de Derecho. Por tanto, la teoría de la argumentación jurídica es una pieza clave en la teoría del Estado y la teoría del Derecho.

⁴ Al mismo tiempo recensión de J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*).

⁵ Stephen Toulmin. *Los usos de la argumentación*. Trad. de María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona: Ediciones Península, 2007, pp. 129-171.

Es que los juristas vivimos argumentando. Parte de nuestra actividad profesional se orienta a lidiar en el marco de disputas más o menos profundas con dos armas: el conocimiento del Derecho y la habilidad para argumentar. Algunos juristas —por lo general los jueces— tienen la responsabilidad de poner punto final a algunas de esas disputas, y para ello deben argumentar en defensa de la alternativa que consideran correcta. El razonamiento jurídico es, en muchos aspectos, similar al que se desarrolla en otros contextos argumentativos, pero también tiene ciertas peculiaridades que conviene tener en cuenta antes de enfrentarse a su estudio. El llamado razonamiento judicial es solo uno de los tipos de argumentos jurídicos, caracterizado por su grado de estructuración y por la exigencia de ser explícito.

Los abogados apelamos a la lógica en muchas ocasiones. Decimos que es lógico afirmar tal o cual cosa, que las reglas de la lógica nos guían en la valoración de la prueba, o que lo que sostiene alguna de las partes resulta ilógico. Pero la verdad es que nos preocupamos muy poco por averiguar qué es la lógica, o por tratar de determinar en qué tareas puede ayudarnos y en qué otras no tiene nada que aportar. Una de las razones por las que nos hemos distanciado de la lógica es porque, desde fines del siglo XIX, su desarrollo ha estado ligado inexorablemente a la construcción de lenguajes formales. La dificultad para dominar tantas fórmulas que no comprendemos nos ha alejado paulatinamente de la lógica, una de las ciencias más pujantes durante el siglo XX y base de la revolución informática que tanto ha cambiado nuestras vidas.

Todo intento de profundizar en el conocimiento de la lógica exige, tarde o temprano, el dominio de algún lenguaje formal. Por consiguiente, nuestra intención es dar algunas nociones que faciliten el acceso a textos especializados y, sobre todo, mostrar qué es lo que un jurista puede obtener del dominio de la lógica contemporánea. Los esfuerzos por dedicar parte de nuestro escaso tiempo al estudio de la lógica valen la pena en cuanto los resultados que obtenemos de ellos nos aportan herramientas importantes e indispensables para el desarrollo de nuestra profesión y nos indican a cuál de los aspectos del amplio dominio de la lógica nos interesa dedicarnos.

Existen muchas perspectivas teóricas desde las cuales se pueden estudiar las prácticas argumentativas. He elegido desarrollar la lógica deductiva e inductiva, que por lo general se dan por supuestas en otros ensayos que analizan el razonamiento jurídico.

Por ello, no encontrará el lector en las páginas que siguen ninguna explicación sobre teorías de la argumentación jurídica, ni sobre lógica deóntica, como tampoco sobre tópica y retórica. Estas ausencias no deben entenderse como una evaluación tácita desfavorable hacia los enfoques excluidos; son consecuencia del objetivo introductorio que se persigue con el presente artículo de reflexión que pasaré a desarrollar: la originalidad.

Manuel Atienza propone y defiende un enfoque del Derecho como argumentación, el cual parte de la idea de que la argumentación constituye un elemento indispensable de la

praxis jurídica en prácticamente todos sus aspectos, desde la producción del Derecho hasta su aplicación e interpretación, pasando por la actividad teórica, y desde diferentes perspectivas: tanto la del abogado, fiscal, procurador, juez y, por qué no, la de los legisladores y órganos administrativos, así como de las del abogado litigante y del jurista teórico. El fundador y representante más destacado de la escuela alicantina (España) del Derecho, de reconocido prestigio internacional, explica los diversos factores que han hecho que la argumentación jurídica ocupe un lugar central en la cultura jurídica occidental, y muestra de qué modo la perspectiva argumentativa provee de elementos para operar con sentido en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales democráticos de Derecho. Así mismo, el profesor Atienza hace un repaso de las concepciones del Derecho más características del siglo XX (el positivismo normativista, el realismo jurídico, el iusnaturalismo, el formalismo jurídico y las concepciones escépticas), para tratar de mostrar las razones por las cuales ninguna de ellas, a su juicio, permite dar cuenta satisfactoriamente del Derecho visto como argumentación. El autor hace hincapié en que el enfoque del Derecho como argumentación tiene como propósito primordial contribuir a la mejora de la práctica del Derecho y, con ello, de las instituciones jurídicas. Este es un punto fundamental, ya que, siguiendo lo que denomina un “pragmatismo amplio”, la teoría debe ser capaz de incidir en las prácticas jurídicas. Manuel Atienza hace explícitos algunos de los presupuestos del enfoque del Derecho como argumentación, como el relativo a que el mismo está comprometido con un “objetivismo mínimo en materia de ética”, o el que presupone cierto grado de aceptación del Derecho. Así también señala algunos de sus principales retos, como el de dar cuenta de las peculiaridades del razonamiento jurídico, lo que implica tener en cuenta ciertas razones institucionales dentro de la unidad de la razón práctica.

Luigi Ferrajoli, en su ensayo intitulado “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”,⁶ explica el papel y la importancia de la jurisdicción en el modelo de Estado constitucional de Derecho o modelo constitucional garantista. Según Ferrajoli, hay dos razones irreversibles que explican la expansión del papel del Derecho y de la jurisdicción: un cambio estructural del sistema jurídico y del sistema político. Semejantes transformaciones, a su juicio, han producido una segunda revolución en el mundo jurídico (la primera se dio con el nacimiento del Estado de Derecho), que, a su vez, ha generado un cambio de paradigma que se ha manifestado en dos planos: en el de la teoría del Derecho, con la distinción entre vigencia y validez, y en el de la política, con un cambio en la naturaleza misma de la democracia (que tiene su expresión en la dimensión constitucional o sustancial de la democracia). En el modelo constitucional garantista, el juez está llamado a desempeñar un papel decisivo, ya que deviene no solo en un garante de los derechos fundamentales sino también del ejercicio

⁶ Luigi Ferrajoli (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

legal de los poderes públicos; asimismo, la interpretación judicial de la ley se convierte en un juicio sobre la ley misma, a la luz de la Constitución. Ello constituye una nueva fuente de legitimación de la jurisdicción. En el garantismo, además, la motivación en las sentencias, particularmente en el ámbito penal, deberá fundamentarse sobre argumentos cognitivos en los hechos y reconocitivos en el Derecho. Finalmente, el profesor Ferrajoli hace una propuesta de reforma, a la que califica de garantista del sistema penal, consistente en el establecimiento en la Constitución de una reserva reforzada de código contra las intervenciones excepcionales y ocasionales por parte del legislador ordinario.

Es una propuesta que pretende devolver al Derecho Penal su naturaleza de extrema ratio. Ferrajoli, en su segunda contribución, intitulada *Democracia, Estado de Derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional*, aborda, por un lado, la cuestión relativa al futuro de la democracia política y del Estado de Derecho, habida cuenta de la crisis del Estado nacional, y por otro, el tema referente al papel de la jurisdicción en el paradigma del Estado de Derecho expandido al Derecho Internacional. En realidad, el hilo conductor entre los dos textos de Ferrajoli, incluidos en esta obra, está constituido por el tema de la expansión de la jurisdicción y del establecimiento de instituciones de garantía adecuadas: de la jurisdicción estatal a la jurisdicción en la esfera pública internacional.

Como parte de su diagnóstico de la situación actual, Ferrajoli muestra, por un lado, que el efecto principal de la crisis del Estado nacional en el plano internacional ha sido un vacío de Derecho Público, y por otro, que la globalización de la economía se traduce en un vacío de Derecho Público Internacional, lo que ha producido una anomia general y regresión neoabsolutista de las grandes potencias y de los grandes poderes económicos transnacionales, que se caracteriza como un retorno de la guerra como instrumento de solución de las crisis internacionales. Por ello, señala Ferrajoli, el sistema actual de relaciones internacionales carece de instituciones de garantía, por ejemplo de la protección de la paz, de la regulación del mercado y de la tutela de los derechos y bienes fundamentales de todos. De ahí su propuesta consistente en la creación de una esfera pública internacional que comprenda la creación o el reforzamiento de las instituciones internacionales de garantía.

Manuel Atienza, con su propuesta del enfoque del Derecho como argumentación, y Luigi Ferrajoli, con su propuesta de constitucionalismo garantista, nos muestran puntos de contacto entre su pensamiento doctrinario y la presente teoría del caso civil.

En el derecho de los modernos Estados constitucionales democráticos, en donde se ha registrado una redistribución del poder en favor de los tribunales, la motivación de las resoluciones jurisdiccionales constituye una exigencia fundamental, y no puede haber una adecuada motivación sin una sólida argumentación.

Es obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica,

prácticamente en todas sus facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción del Derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del Derecho, el legislador... Lo que quizá sea menos obvio es aclarar en qué consiste —o en qué se traduce— exactamente esa importancia, y sobre todo mostrar de qué manera la perspectiva argumentativa permite entender a fondo muchos aspectos del Derecho y de la teoría jurídica, y proveer, en fin, de instrumentos sumamente útiles para operar con sentido en el Derecho, particularmente en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales.

Cierta dificultad para lograr todos esos objetivos surge de la oscuridad que rodea a la expresión “argumentación jurídica” y a muchas otras que pueden considerarse más o menos si no ni más (o parcialmente si no ni más): “argumento”, “razonamiento jurídico”, “lógica jurídica”, “método jurídico”.

Hoy es frecuente contraponer el enfoque lógico de la argumentación a otros de carácter retórico, tópico, comunicativo, etcétera, y aquí seguiré básicamente ese uso, sólidamente establecido, por lo demás.

Dicho en forma aproximativa, la lógica —la lógica formal— entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones en los que, a partir de algunas de ellas (las premisas), se llega a otra (la conclusión). Otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad, una técnica o un arte (el *ars in veniendi*) dirigido a establecer o descubrir las premisas, como una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis, o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas.

Por lo demás, la cuestión de las relaciones entre el Derecho y la lógica es compleja y resulta bastante oscurecida por la imprecisión con que suele hablarse de “lógica” en el ámbito del Derecho (y en muchos otros ámbitos). En realidad, viene a ser uno de los temas clásicos del pensamiento jurídico, que suele abordarse de manera muy distinta, según las culturas jurídicas y la época de que se trate. Hablando muy en general, podría decirse que en la cultura occidental ha habido momentos (y direcciones del pensamiento jurídico) en los que Derecho y lógica parecen haber tendido a aproximarse (por ejemplo, en el iusnaturalismo racionalista), y otros en los que la relación habría sido más bien de tensión (como ocurre con el movimiento antiformalista o realista). Como ejemplo de esto último, es inevitable citar la conocidísima frase del juez Holmes al comienzo de su obra *The Common Law*: “La vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia”.⁷ Pero esas palabras se han malinterpretado con no poca frecuencia, seguramente debido a la mencionada oscuridad de la expresión “lógica”. Parece

⁷ Oliver Wendell Holmes. *The Common Law*. 1881, p. 1.

bastante razonable entender que lo que pretendía Holmes al escribir esas líneas no era afirmar que en el Derecho no hubiera lógica: Holmes era plenamente consciente de la importancia del análisis lógico de los conceptos jurídicos, y sus decisiones —particularmente sus votos disidentes— son ejemplos destacados de cómo usar persuasivamente la lógica. No se trata solo de un interés teórico de los filósofos del Derecho, sino de un interés que estos comparten con los profesionales y con los estudiantes de Derecho.

LA TEORÍA DEL CASO CIVIL PERUANO

De acuerdo con las nuevas tendencias adversariales del proceso judicial, muy dadas a doctrinalizar, en nuestro Código Procesal Penal (que por cierto es mixto porque en el puro no permite la actuación de oficio del juez) resalta la oralidad y la inmediación. Considerando una correlación negativa de lo reservado (hasta secreto) y escritural del sistema inquisitivo vigente en Lima para la mayoría de casos, el Código de Procedimientos Penales basa su estructura en tres aspectos constructivos: la teoría jurídica, la proposición fáctica y la evidencia o sucedánea probatoria.

Es preciso destacar que en lo procesal adjetivo-penal, la teoría del caso se sistematiza en las etapas de analizar estratégicamente el caso, sistematizar la información relevante del caso, analizar la tipificación penal en términos de adecuación a los hechos, evaluar prospectivamente los resultados de la investigación, tamizar la evidencia pertinente, medir las debilidades propias y de la parte contraria.

¿Acaso es monopólica dicha construcción en el desarrollo conceptual del Derecho Procesal Penal? A saber, el Código Civil tiene 2122 artículos y el Código Penal 452 (sumemos siete disposiciones); en lo adjetivo, el Código Procesal Civil tiene 840 artículos (más 27 disposiciones); el Código Procesal Penal, 566 (3 disposiciones); pero no realizó una comparación meramente cuantitativa, en realidad es en cuanto a las disímiles instituciones, figuras, situaciones o supuestos de hechos en lo civil que el articular lo sustantivo y lo adjetivo es muy importante en la práctica civil. ¿Por qué? Las pretensiones tienen una peculiaridad con relación a los actos procesales: el aspecto doctrinario, fáctico y probatorio, y estos son de relevancia en la demanda y en la contestación (aún más cuando se reconviene).

Por ejemplo, si demanda sin nexo correspondiente entre el petitorio y los fundamentos, de hecho cabe la improcedencia, o que después de la presentación y notificación no puede ofrecer medios probatorios.

Es por ello que postulo que el abogado civilista debe detentar su teoría del caso civil articulando el Derecho Civil y el Procesal Civil con similares (que en nada iguales) estamentos de lo penal; pero una cosa importante: el ejemplo no va a tener un plazo para ofrecer pruebas

y estarse ante los puntos controvertidos. ¡Primero el diagnóstico! Más adelante desarrollaré los tres aspectos fundamentales.

Pongo en claro que la presente dista mucho de una creación; es más, mis antecesores doctrinarios procesalistas penales no han descubierto algo que muchos de mis colegas han venido pragmatizando con mucho profesionalismo en su quehacer de la defensa libre: la aplicación del Derecho sustantivo como una dinámica que es funcional y procedimental pero estática en sus “dogmas”.

Considerando el prólogo, la teoría del caso no es monopolio de lo procesal penal ni laboral, porque en lo civil la sistematización es diferente. Un abogado debe tener en cuenta dos aspectos ante una situación jurídica: el presituacional y el postsituacional jurídico.

El pre: ante una situación fáctica que debe patrocinar y en caso de proveer un conflicto. Vamos a plantear el caso de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria. Claro que deseamos establecer lo más pertinente al cliente. Por ejemplo, ante un préstamo de 100 mil dólares, el inmueble gravable debe estar valuado al monto de una tercera parte cuantitativa de la obligación (pago del capital, intereses compensatorios, moratorios, costos y costas del proceso); es más, lo preferible es ir a la jurisdicción arbitral de conciencia, porque en verdad nuestro cliente verá pasible su retorno del pago de los honorarios del abogado (cosa que no sucede en lo judicial, que se regula); es más, hasta es posible el pago de penalidades. (Téngase en cuenta que en lo judicial o arbitral de derecho no es posible este extremo porque desnaturaliza la figura de los derechos reales de garantía.)

Si es post, ya se estableció el conflicto y hay que evaluar la situación problemática, sea del lado de la demanda o de la contestación de la demanda; en la primera, si hay posibilidades de éxito esperado (que no es lo mismo que el éxito real); en la segunda, si es posible rebatir y reconvenir. En el pre y post hay que tener siempre en cuenta ¡el diagnóstico!

Este diagnóstico debe ser enmarcado dentro de:

1. Fortalezas del interés para el éxito de jure (intrínsecas, como el tener registrada mi titularidad);
2. Debilidades de la contraparte (intrínsecas, como el que no tenga la capacidad para obrar);
3. Oportunidades derivadas (extrínsecas, como el de hacer extensivo mi derecho ante los nuevos hechos adjetivados en la contestación); y
4. Amenazas sustantivo-procesales (extrínsecas, que derivarían de derechos colaterales de las partes).

Voy a articular la anterior con la presente respecto al ejemplo. Sobre el ejercicio abusivo del Derecho sobre el supuesto del préstamo de 100 mil dólares, con garantía real sobre un inmueble. ¡Claro que el monto debería ser de una tercera parte del valor del bien (valorizado en 300 mil)!, porque si sumamos el capital, intereses y gastos, ¿qué pasaría si el mutuo fuera igual al valor del bien? ¡Eso no es ejercicio abusivo, es asegurar la futura pretensión de su cliente mutuante!

En este constructo de teoría del caso civil se denota como parte importante el diagnóstico, pero concatenado tenemos el segundo elemento sustancial: el *factum*, esto es, los hechos que determinarán la situación jurídica de prever: presituacional.

En situaciones patrocinables, ¿qué pasaría si el cliente deseara arrendar comercialmente un inmueble? Pues para asegurar la inversión, consignar un lapso de 10 años, y mejor aún, inscribirlo en Registros Públicos (si no lo registra y el arrendador vende el predio, el nuevo propietario puede precarizarlo). Y si le firman una letra de cambio como garantía a una obligación, ¿qué pasa si le escribe al reverso “¡En garantía!”? Mal... ¡Le quitó el mérito ejecutivo! ¿Qué pasaría si su patrocinado pretende comprar un predio a nombre de una mujer... casada con un bígamo? Se pensaría que no hay problema, confiada la compra en que el matrimonio de la vendedora es nulo. Por ende, supondría válida la venta por ella sola. ¡Lo siento! Debe asesorar que no compre, porque si este cónyuge está casado anteriormente con otra dama, entonces hay dos sociedades de gananciales (me evito críticas, leer el art. 325 C.C.). ¿Qué pasaría si se desea vender un bien ajeno? ¡Es válido! Si es el caso asegurar el acto, expresar en el documento que el comprador sabe de dicha situación; lo contrario sería pasible de rescisión, si confiado el adquirente firma una letra de cambio en blanco (válido también), estando a que el documento contiene el monto. Pongámonos en el caso, ahora, de patrocinio al comprador: no confiarse si el vendedor le entrega copia del contrato y posteriormente se sale con la letra llenada con un monto 20 veces mayor del real... ¿Qué peritaje se realizaría en una copia? ¡No se podría!

Siguiendo con el *factum*, en esta etapa postsituacional se presenta un conflicto dentro de la bifurcación de responsabilidad civil: contractual (incumplimiento de la obligación) o extracontractual (infracción de un deber general). El letrado debe visualizar las fortalezas y debilidades de la potencial pretensión, así como las amenazas y oportunidades (propias de la contraparte). ¡Qué importante es el diagnóstico!

Este elemento *factum*, propio de la recopilación de los hechos para encuadrarlos dentro del ámbito sustantivo privado, detenta como base los lineamientos de nuestro Título Preliminar, en concordancia con la línea del acto jurídico patrimonial o extrapatrimonial; por ejemplo, relacionar como nulidad la falta de un elemento estructural, léase falta de manifestación de voluntad. Si por ejemplo se vende una casa privado totalmente de discernimiento (si es viciada

es anulable; v. gr. si se contrae matrimonio con amenazas o arrienda un negocio con error *in substancia*); fin ilícito, v. gr. arrienda armas de fuego a un prontuario; objeto imposible, v.gr. un despistado alcalde vende parte de la playa; o informalidad del acto *ad solemnitatem*, v.gr. dona un departamento por documento privado. También por la ineficacia al quebrantar la funcionalidad del negocio jurídico, v.gr. incumple posteriormente un contrato de suministro de cosecha de uvas (resolución), vende un inmueble en estado de necesidad debajo del 60% de su precio real (resolución).

Notemos que se trata de acopiar los hechos realizando un análisis detallado que será descrito en la pretensión judicial (separando lo contencioso en caso de *litis* o *no contencioso* para un derecho declarativo); pero, qué pasaría si en el diagnóstico que establece el enfoque fáctico nos encontramos con que la persona natural, jurídica o el representante legal (el padre sobre los bienes de sus hijos menores, el curador de un mayor de edad incapaz o un concebido) es tenedor de una letra de cambio por 100 mil soles. El letrado al realizar la investigación evidencia que el deudor-obligado no tiene bienes registrados y hasta es sentenciado por omisión a la asistencia familiar.

En el otro extremo conceptual ante responsabilidad extracontractual, están los hechos que justifican el daño emergente y el lucro cesante. Pero, hasta aquí, en cuanto al acreedor de la obligación o el perjudicado con el daño, ¿acaso no puede patrocinar a un potencial demandado ante futura pretensión? ¡Claro que sí!, con los mismos presupuestos arriba mencionados.

En esta parte se detenta a *et probans*, no sin antes establecer una referencia importante. ¿Por qué? Hasta este elemento (el anterior es el *factum*) son criterios externos, que no es lo mismo, *stricto sensu*, que los criterios de validez; y aquí cabe mencionar la postura del jurista Kelsen, que en su *Teoría general de las normas* (1979) mantiene, al igual que Atienza en su *Teoría de la argumentación jurídica* (p. 33), que la inferencia silogística no es aplicable a las normas. Se tiene por el contrario la postura de Robert Alexy en su tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid (p. 334), que otorga deferencia a una verdad obtenida por metodología práctica como también por metodología teórica.

Et probans establece su nacimiento en la parte presituacional. ¡Muy simple! Las pruebas se construyen sobre todo antes de un conflicto. En la postsituacional (cuando ya se establece el litigio) se hacen valer para la demanda o para la contestación, siendo pertinente hacer hincapié que aquí es donde cabe la estrategia de fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas entre las partes. Por ejemplo en el caso de una demanda de divorcio por causal de adulterio, ¿qué pasaría si al momento de accionar el agraviado guarda una prueba?

La lógica es que no podría hacerlo valer posteriormente ¡Pero sigo incidiendo! El letrado lo hace con el fin de que la agravante por medio de su defensor conteste la acción pensando que no tiene más pruebas que las ofrecidas y alega un hecho nuevo contraatacando (dese cuenta

de la estrategia). De acuerdo con la norma procesal, el demandante puede ofrecer la prueba que tenía reservada.

En este elemento *et probans* es importante aclarar que en casos de documentos públicos, tienen validez y un corte de presunción *jure et de jure*, por ejemplo respecto a un inmueble: un título de propiedad otorgado por la COFOPRI e inscrito en los Registros Públicos; así mismo, un documento de fecha cierta da una alta probabilidad de validez. Téngase presente que como dicha fecha cierta no se entienda que en el instrumento privado se ha consignado una fecha que existe, y no sería fecha cierta un 31 de febrero. ¡No! Dicha calidad la otorgan tres investiduras: el notario, el fedatario y el especialista del juzgado.

Termina nuestra teoría con *de jure* como tercer elemento sustancial de la teoría del caso civil, la interioridad de los derechos sustanciales de orden comercial, laboral, civil, etc. Articulado, si es caso de apertura de proceso judicial, a la exégesis procesal; correlacionado con las fortalezas, oportunidades amenazas y debilidades propias y de la contraparte, connotando su estilo: la de un letrado. Usted, señor abogado, es el único amigo y confesor de su patrocinado.

En lo presituacional, la ventaja de los negocios jurídicos por escritura pública es que tienen en un marco *de jure* al notario, cuya función no solo es sellar y firmar. En un trámite judicial o administrativo ya tienen un apoyo *de jure*. ¡Claro!, los funcionarios tienen la obligación de orientar conforme a Derecho. Por allí me increpan que en la anterior gestión de la Municipalidad de Surco les cobran por trámites para su Usucapión. Bueno, eso ya es una excepción. Imagino que la Fiscalía de Prevención del Delito habrá tomado las “previsiones” del caso. Pero lo que quiero decirles es que por ejemplo el notario tiene como función orientarlos jurídicamente.

En otro ejemplo, los convivientes, conforme a lo señalado en el artículo 326° del Código Civil, pueden expresar de manera formal su deseo de adoptar un menor de edad declarado en abandono judicial, dirigiéndose a la Oficina de Adopciones, en aplicación de la ley N° 30311; esto es, por parejas de hecho. ¿Pueden? ¡Claro que sí, pero solamente convivientes en dicha situación declarados ante Registros Públicos!

En lo postsituacional, la cosa es distinta, como en el caso de una brega del poder del conocimiento científico-jurídico. Es el caso, por ejemplo, de dos empresas que han concertado para efectos de comercializar: una primera como distribuidora de las líneas de productos alimenticios de una segunda. A ese efecto, aquella le cede trabajadores para que los capaciten sobre el tratamiento en la cadena de distribución de la mercadería. Pero entonces se presenta un juicio entre las empresas. ¿Qué es lo jurídico? Dudamos si es relación laboral o civil. ¡Ninguna! Es comercial. Prima el principio de la realidad, la naturaleza, y el objeto denota lo que se llama *outsourcing*, y no dentro de los parámetros de la Ley de Tercerización 29245.

Pero hay casos en los que no hay opción de afán conciliatorio (pese a tener carta notarial como requisito). Si a un profesor de aula le pagan por preparación de clases el 30% sobre la remuneración permanente (como no pasa de 50 soles: un sol cincuenta). ¿Qué es lo legal de acuerdo con el Decreto Supremo N° 051-91-PCM? Pues si gana 1500 soles, le deben asignar en la boleta un beneficio por ese concepto de 450 soles. Lo civil denota en el proceso judicial contra el funcionario público que en *litis* consorcio será demandado por indemnización (ya se le está merituando una idea de investigación cualitativa para modificar la Ley). ¡*De jure!*

REFERENCIAS

- Atienza, M. “La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los ‘Grapo’”. *Jueces para la democracia*, 9, (1990), pp. 1-37.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.
- Toulmin, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Trad. de María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona: Ediciones Península, 2007.
- Trias, José. *Teoría de adjudicación*. Primera edición. San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2000.
- Wendell Holmes, Oliver. *The Common Law*. 1881.
- Wright, Georg Henrik von. “Deontic Modalities”. En G. H. von Wright. *An Essay in Modal Logic*. Amsterdam, North Holland: Publishing Company, 1951, pp. 36-41.

Recibido: 08/04/2015
Aprobado: 30/04/2015