

César Higa Silva, *Litigación, argumentación y teoría del caso*. Lima, Ara Editores, 2011.

“El arte de la guerra es de vital importancia para el Estado. Es una cuestión de vida y muerte, un camino de seguridad o de ruina. Por lo tanto, es un tema que debe ser vigorosamente estudiado”.

Sun Tzu

Hace más de 2.500 años, un gran estratega militar y filósofo chino escribió lo que hoy se considera uno de los mayores *best sellers* de todos los tiempos. Se trata de Sun Tzu (aunque realmente no se sabe si fue él o alguno de sus discípulos o descendientes) y *El arte de la guerra*. Qué duda cabe que nos referimos a una de esas obras que no envejecen con el tiempo y que, continuamente, a la que se encuentran nuevas aplicaciones.

Como resulta evidente, la mayor relevancia de esta obra ha sido en el ámbito militar. Así, pues, se cuenta que los éxitos de Napoleón se deben, en parte, a que aplicó varios de los principios contenidos en ella. Es más, se dice que Napoleón cargaba una copia del libro durante sus campañas (y, probablemente, la perdió en alguna batalla, ya que luego no aplicó sus principios en las decisivas).

Más recientemente, el general Norman Schwarzkopf (quien fue jefe del Mando Central de Estados Unidos y comandante de las fuerzas de la Coalición en la Guerra del Golfo) también utilizó varios de estos principios dentro de tácticas de vigilancia, comunicaciones y engaño que permitieron a Estados Unidos forzar el fin de la Guerra del Golfo en tan solo cuatro días.

Y qué duda cabe que los principios de *El arte de la guerra* también son aplicables a otro tipo de conflictos (menos mortales pero igual de importantes): los conflictos legales. Así es como surge lo que los abogados denominamos estrategia en juicio o *trial strategy*.

Lamentablemente, no todos los abogados seguimos una estrategia guiada por los principios de *El arte de la guerra*. Por ejemplo, muchos abogados litigantes creen que un juicio lento y tedioso es la mejor y más eficaz manera de asegurar una victoria, pues imponen al adversario una gran carga procesal y económica (mediante nulidades, apelaciones, abuso de *discovery* y cuánta artimaña procesal se nos ocurra) que lo debilita y, eventualmente, lo obliga a retirarse o renunciar (o, en términos militares, a capitular).

Con esta estrategia, se pretende ganar mediante el asedio o desgaste. Esto es lo que usualmente ocurre en las películas ambientadas en guerras medievales, en que una gran armada bloqueaba un castillo, cortando la línea de suministros y esperando que el bando que se encontraba atrincherado dentro de sus muros, sucumbiera ante la falta de provisiones. Precisamente por ello, vemos que las guerras medievales duraban años o hasta décadas (por cierto, como ocurre con algunos juicios).

Sin embargo, Sun Tzu plantea un razonamiento totalmente diferente: “No hay país alguno que se haya beneficiado de una guerra prolongada”. En otra parte afirma: “En la guerra, el gran objetivo es la victoria, no las campañas prolongadas”. La razón es bastante sencilla (aunque probablemente no tanto para los estrategas de la Edad Media y para algunos abogados): el desgaste no es solo para quien realiza el asedio; lo es para ambos bandos. Así, los abogados que siguen un *trial strategy* de asedio o desgaste no son capaces de ver que el desgaste no solo es para la contraparte, sino también para uno mismo (y, obviamente, para el cliente).

Pero Sun Tzu va mucho más allá de la simple recomendación de batallas relámpagos (otra estrategia militar desarrollada sobre la base de *El arte de la guerra*, que consiste en realizar un ataque directo y sorpresivo para evitar que el enemigo organice su defensa). Su filosofía señala que “pelear y conquistar todas las batallas no es la excelencia suprema; la excelencia suprema consiste en romper la resistencia del enemigo sin luchar”. Pero ¿cómo ganar sin luchar? Después de todo, en el litigio (sea en sede judicial o arbitral) existe necesariamente contradicción. Uno simplemente no puede concebir un litigio sin demanda, contestación, reconsideraciones, apelaciones, informes orales, audiencias de pruebas, etcétera.

La respuesta –según Sun Tzu– consiste en preparar nuestro caso, incluso antes de que el litigio haya siquiera iniciado: “El general que gana la batalla hace muchos cálculos en su templo antes que la batalla sea luchada. El general que pierde la batalla hace pocos cálculos anticipadamente”.

Esta regla es mucho más complicada de lo que aparenta, ya que lo que nos exige es estudiar el caso que se nos ha encomendado y aplicar únicamente aquellas estrategias que nos aseguren una victoria rápida, segura y lo menos “dolorosa” posible.

Del mismo modo, y tras un largo estudio, uno también puede concluir que el caso tiene pocas posibilidades de éxito, sea porque el terreno (hechos) no nos es beneficioso, sea porque los dioses (la ley) no estén de nuestro lado. Después de todo, Sun Tzu nos enseña que “ganará el que sepa cuándo pelear y cuándo no pelear”. Algo que no debemos olvidar: el litigio no es un juego de póquer en donde uno puede ganar por la simple suerte o por medio del *bluffing*: “Comenzar con una fanfarronada, para después mostrar temor frente al número del enemigo, demuestra una falta suprema de inteligencia”.

Entonces, un estratega legal debe saber no solo los hechos o la ley, sino también conocer las ventajas y limitaciones de nuestro oponente y las propias.

Precisamente, César Higa, en su libro *Litigación, argumentación y teoría del caso*, nos presenta de manera didáctica y sencilla la aplicación de *El arte de la guerra* a la práctica legal. Lo interesante de su texto es que nos demuestra algo que los abogados muchas veces pasamos por alto: que su trabajo no comienza por aplicar el derecho, sino por conocer los hechos sobre los cuales sustentará su posición. Es decir, su labor comienza por intermedio de un trabajo de investigación (diría incluso casi detectivesco). Tal como menciona el propio autor: “Para los abogados resulta crucial conocer cuáles son los hechos de un caso, cómo se trabaja con ellos, cómo se produce evidencia, qué inferencias se pueden extraer tanto de los hechos como de la evidencia, entre otros aspectos, a efectos de preparar y diseñar la estrategia del caso que se planteará ante un Tribunal. Los hechos son la base de cualquier caso”.

Así, de manera muy acertada, César Higa resume las enseñanzas de Sun Tzu en tres principios básicos:

1. Conócete a ti mismo: conoce las fortalezas y debilidades de tu propio caso.
2. Conoce a tu oponente: conoce los puntos fuertes y débiles de las hipótesis que podría plantear la contraparte.
3. Conoce el terreno: conoce el foro en el cual se desarrollará la discusión jurídica (si se trata de un proceso arbitral, judicial, administrativo, etcétera).

Como menciona César Higa: “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 resolverá la disputa, a efectos de que, como bien decía Sun Tzu, resulte invencible”.

Es aplicando estos principios básicos que el autor explica, con sumo detalle, los protocolos de investigación, las reglas para la formulación (y eliminación) de hipótesis e, incluso, los pasos que debe seguir el abogado litigante para impactar en las personas que decidirán nuestro caso (elemento esencial en el desarrollo de la estrategia legal). Es realmente destacable cómo en un texto tan corto pueden desarrollarse todos estos temas sin mermar su contenido, sofisticación y profundidad.

Ciertamente, es interesante cómo, a través de diagramas de flujo, esquemas, mapas lógicos y cuadros analíticos, el autor ha sintetizado su trabajo íntegro, el cual –pese a ser muy sofisticado– resulta sencillo de entender.

Finalmente, mención aparte merece el desarrollo práctico de estos principios por parte del autor, que, mediante casos reales, nos demuestra las inconsistencias lógicas y de razonamiento en que se incurrieron y permite conocer cómo debieron llevar los casos los abogados a cargo, de haber seguido las enseñanzas de Sun Tzu.

Me atrevo a decir que este libro resultará útil no solo a los abogados, sino además a cualquier profesional o estudioso que desee desarrollar trabajos de investigación, elaborar y sustentar hipótesis.

Aprovecho estas últimas líneas para señalar que Sun Tzu no pregona la guerra como el único medio de solución de conflictos, sino que todo estratega debía estar preparado para ella. Después de todo, como filósofo que era, él partía de las enseñanzas del *Tao Te Ching* (taoísmo). Por ello su ideología parte de la premisa de que una guerra solo debe librarse por causa justa o “ley moral”, la cual determina que “las personas estén en completo acuerdo con su gobernante, de manera que lo sigan independientemente de sus vidas, sin temer ningún peligro”.

Juan Chang