

LA ESTRATEGIA Y EL DERECHO PROCESAL

La comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos (*)

ANDREA A. MEROI(**)

1. Desde distintos ámbitos de reflexión jurídica se define el *conflicto* como “disputa que comienza cuando una persona (u organización) efectúa un reclamo o demanda a otra que los rechaza”¹, como la “coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social”². Para el *trialismo*³ se trata de una “controversia entre dos o más personas sobre el reparto de potencia y de impotencia”⁴, entre “aquello que favorece o perjudica la vida”⁵.

Recientemente, en un intento por sistematizar una *teoría de los conflictos*, Entelman lo ha definido como “una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí”⁶.

(*) Estado de avance de una investigación sobre el tema, desarrollada en el proyecto *Aportes para la integración jusfilosófica del mundo jurídico*.

(**) Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ FELSTINER, W.L.F.; ABEL, R. L. Y SARAT, A., “The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming”, en “Law and Society Review”, 1980-81, 15, 631-654.

² ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, t. 1, p. 14.

³ Respecto de la teoría *trialista* del mundo jurídico, v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho. La teoría *trialista* del mundo jurídico y sus horizontes”, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª ed., Depalma, Bs. As., 1988, p. 3.

⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

⁶ ENTELMAN, Remo, “Teoría de conflictos”, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 49.

Dentro de las modernas teorías que postulan una “más eficiente administración”⁷ de los conflictos, se distinguen *intereses, derechos y poder*⁸. Un conflicto estaría compuesto por todos estos elementos y su identificación permitiría otros cauces para la *solución*: conciliar intereses, determinar quién tiene razón y definir quién es más poderoso puede ser importante a la hora de decidir qué método será el más adecuado para arribar a aquella solución.

El Derecho Procesal se enriquece y adquiere su dimensión más interesante y plena si reivindica para su objeto todo el espectro de “*solución de conflictos*” y no meramente el “*proceso*” (esto es, una de las posibles vías de solución)⁹.

2. Los protagonistas directos e indirectos del “drama procesal” (partes, abogados, jueces, mediadores, amigables componedores, árbitros, el Estado, la sociedad toda) se enfrentan continuamente a opciones que imponen tomar una *decisión*.

La complejidad de los casos —congruente con la complejidad¹⁰ de la vida misma y con la dinámica de la historia— impone la adopción de una *estrategia* (seguida por precisas *tácticas*) que, hasta ahora, están “frecuentemente orientadas sólo por intuiciones”¹¹.

Urge, entonces, encarar estudios *con apoyatura científica*¹² sobre las decisiones estratégicas y tácticas que se adoptan a la hora de solucionar un conflicto.

3. La toma de decisiones es, por cierto, un área relativamente ignorada por el Derecho. Las concepciones que se abren a una perspectiva multidimensional del mundo jurídico, particularmente a la dimensión sociológica, destacan que las adjudicaciones producidas por la conducta de seres humanos determinables “se originan en un proceso que abarca el *reconocimiento* de una realidad fáctica situacional y de un complejo de fines respecto de

⁷ Hemos señalado antes de ahora que, por cierto, el sintagma no es inocente: se pretenden *eficiencia y administración*, con todo lo que ello connota (Ponencia a las *Jornadas de Historia del Derecho sobre Temporalidad, Globalización y Marginación en la Historia del Derecho*, Azul, 30 de junio y 1° de julio de 2000).

⁸ URY, William L. - BRETT, Jeanne M. - GOLDBERG, Stephen B., “Cómo resolver las disputas”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pp. 3 y ss.

⁹ Construido demasiado desde la óptica del Estado, el Derecho Procesal ha devenido una rama “mutilante”. Hay otros medios que no sean el “proceso judicial” (arbitraje, mediación, negociación) y hay otras ramas con la cual vincularse y enriquecerse en una “complejidad pura” (Miguel Angel CIURO CALDANI, “El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, N° 33, pp. 19/23).

¹⁰ SMARR, Larry, “An Approach to Complexity: Numerical Computations”, *Science* 228 (26 April 1985): 403-08; GELL-MANNER, Murray, “The simplex and the complex”, <http://>; JERVIS, Robert, “Complex systems: the role of interactions, How systems work. A perspective on Political and Social Life”, Princeton University Press, 1997.

¹¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas”, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, N° 32, p. 25.

los cuales son posibles diversas conducciones, entre los cuales se *decide* alguno y luego se lo *efectiviza*. Reconocimiento, decisión y efectivización son las tres grandes tareas que originan los repartos”¹³. Por ejemplo, frente al *reconocimiento* del acreedor de la situación de incumplimiento de su deudor y de las posibles alternativas que tiene para satisfacer su pretensión de cobro del dinero adeudado, puede *decidir* la vía judicial del juicio ejecutivo y *efectivizarla* a través de la promoción de la correspondiente demanda.

Aun en un marco de inevitable *incertidumbre*, es posible tomar decisiones racionales y coherentes toda vez que, al menos, sabemos *algo*.

3.1. De ahí que el proceso de toma de decisión esté compuesto por un conjunto de acciones posibles, un conjunto de posibles consecuencias de estas acciones, unas estimaciones de las probabilidades de cada una de estas consecuencias y un cierto orden de prioridad de los resultados esperados¹⁴.

Sucede que el análisis de ese proceso se realiza plenamente cuando se descompone en *categorías* que lo diseccionan: los posibles repartidores, beneficiarios, objetos, formas, razones, modos constitutivos del orden, límites; las normas y los valores en juego.

Si esas *categorías de análisis* están en la plena conciencia de quien toma la decisión, el *proceso de escoger una entre varias opciones* tendrá, por lo menos, *razones* y se favorecerá la *conjetura* de las consecuencias de los posibles cursos de acción disponibles.

3. 2. Muchos son los aspectos a destacar en ese proceso. Siguiendo en todo este desarrollo a Ciuro Caldani ¹⁵ podríamos enumerar, a título de ejemplo, los siguientes:

- La relación de la elección con *criterios de decisión* que reflejen alguna *racionalidad*;
- El aprovechamiento de las *oportunidades*;
- La necesidad de reconocer y evaluar en la mayor medida el *problema* y su *solución*, *conjeturando* los cursos venideros con las *alternativas* posibles;
- La aspiración de obtener con el *menor costo* el *mayor beneficio*;
- La vinculación con preferencias personales que, muchas veces, ni el propio sujeto conoce a cabalidad;
- El requerimiento de *experiencia* y *creatividad*;
- La atención analítica y sintética del *escenario*, de los *sujetos participantes* y sus

¹² *Ibídem*.

¹³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, N° 33, p. 13; v. también, “La conjetura...”, cit., p. 60.

¹⁴ LEWIS, H. W., “El arte y la ciencia de las decisiones correctas”, Bilbao, Deusto, 1999.

vinculaciones de cooperación u oposición;

- El *perrechamiento personal* (disponibilidades materiales e inmateriales que incluyen la estructura normativa, la información, la patente de invención, la marca, etc.), los *medios de comunicación y de transporte*, la referencia a la *presencia estatal* (colaboradora o perturbadora) y los *objetivos* (de máxima y mínima);

- Los *móviles*, las *razones alegadas* y la *razonabilidad social*, propia y ajenas, etc. etc.

En un cierto punto, se vuelve necesario poder evaluar las consecuencias de una decisión. Los economistas suelen hablar de «utilidad», de «ganancias y pérdidas», conceptos elaborados con el fin de considerar unas preferencias¹⁶.

En suma, la utilidad del resultado esperado determina la ponderación de éste en el proceso de decisión que debe permitírnos tomar las más acordes con nuestras aspiraciones personales.

3. 2. Así las cosas, el proceso de decisión debe combinar la lista de posibles acciones, las consecuencias esperadas de cada una de estas acciones, las probabilidades (expresadas de una u otra forma, aunque con la máxima precisión) de cada una de estas consecuencias y, finalmente, el valor de la satisfacción o del dolor que produce cada uno de estos resultados a la persona que debe tomar la decisión. En base a todos estos datos, hay que calcular el valor esperado o utilidad de cada una de las acciones y elegir la mejor¹⁷.

La síntesis se produce con la idea de utilidad o pérdida *esperada*, al ponderar cada uno de los resultados con su probabilidad: a mayor probabilidad mayor ponderación y menor

3. 3. Como bien se ha señalado¹⁸, existen *modelos* para la toma de decisión:

- el *modelo economicista*, según el cual es menester considerar el problema y las necesidades en plenitud;

- el *modelo de la racionalidad limitada*, según el cual se opta por la primera posibilidad suficientemente satisfactoria y, a lo sumo, dejando la crítica de lo que se obtenga como enseñanza para nuevos casos;

¹⁵ “Aportes...”, cit., pp. 13/14.

¹⁶ Hay casos sencillos en que las consecuencias positivas pueden medirse directamente en moneda; el objetivo de la decisión puede consistir en maximizar el beneficio neto esperado. Sucede que, a veces, el miedo a perder es para mucha gente una motivación más intensa que la esperanza de ganar. Las decisiones no suelen buscar la riqueza en sí misma sino la satisfacción psicológica que la acompaña, algo a tener en cuenta al evaluar los efectos de una decisión.

¹⁷ “La síntesis se produce con la idea de utilidad o pérdida *esperada*, al ponderar cada uno de los resultados con su probabilidad: a mayor probabilidad, mayor ponderación, y menor si la posibilidad es muy pequeña” (LEWIS, H. W., *op. cit.*, p. 45).

- el *modelo simplificado de la realidad*, según el cual las decisiones se toman haciendo remisión primaria a las anteriores que resultaron satisfactorias, y
- el *modelo del favorito implícito*, según el cual las preferencias dirigen a una decisión que se jerarquiza, excluyendo en principio las otras posibilidades.

En cualquier caso, la investigación sobre estos *modelos* ha de hacerse a la luz de los resultados de los estudios sobre *complejidad*, «*no linealidad*»¹⁹ y *sincronicidad* de los que dábamos cuenta antes.

4. La *estrategia* es definida por la Real Academia Española como el “arte de dirigir las operaciones militares” (primera acepción) y, por extensión, como el “arte o traza para dirigir un asunto” (segunda acepción). No deja de tener interés, sin embargo, la acepción sindicada por la misma Academia como relativa a la Matemática, según la cual *estrategia* es, “en un proceso regulable, [el] conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento” (tercera acepción).

Íntimamente vinculada con la idea de *estrategia* se encuentra la de *táctica*. Siguiendo a la misma fuente, podemos definir la *táctica* como el “arte que enseña a poner en orden las cosas” (tercera acepción), el “método o sistema para ejecutar o conseguir algo” (cuarta acepción) o la “habilidad o tacto para aplicar este sistema” (quinta acepción).

4. 1. Lo primero que puede afirmarse en relación a esto es que “la estrategia óptima, aquella serie de normas que sirven para que una persona pueda tomar su decisión, depende totalmente de la medida en que esta persona pueda expresar claramente sus objetivos”²⁰.

Previo a todo, entonces, será menester conocer lo que perseguimos (todo o algo; mayor o menor riesgo) y poder expresarlo.

4. 1. Sucede, adicionalmente, que existen supuestos —precisamente el del *caso o conflicto*— en que la decisión de una persona individual depende de lo que ésta sabe o puede adivinar de las intenciones del otro. “Los estudiosos de la teoría de los juegos aplican el nombre de *estrategia dominante* a aquella situación en la que la decisión de uno de los jugadores depende de lo que hagan los demás”²¹.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Si así se permite la traducción del término «*non-linearity*».

²⁰ LEWIS, H. W., *op. cit.*, p. 24.

²¹ *Ibidem*, p. 61. El mismo autor señala que “los juegos competitivos son modelos para la vida real y su estudio nos ayuda a entender el proceso de decisión cuando otros participantes presionan en sentido contrario al nuestro, como ocurre con mucha frecuencia” (p. 64). A veces, como la mejor estrategia es observar los hábitos del contrario, el mejor contraataque consiste en actuar de la forma más aleatoria o irregular posible, evitando caer en pautas observables, al tiempo que se aprovechan los puntos débiles del contrario. La habilidad consiste en aprovechar la predictibilidad del contrario manteniendo al mismo tiempo un comportamiento impredecible.

4. 2. Recientemente, se ha dicho que “la elaboración de una estrategia judicial adecuada requiere una consideración comprensiva y armónica de todos los factores relevantes involucrados en el litigio”²². Esto es igualmente válido para la decisión previa (ir o no ir al litigio) o para cualesquiera otras opciones de solución (v.gr., los denominados “medios alternativos” de solución de disputas).

Aunque más no sea por aguda intuición o por experiencias pasadas, el diestro o viejo abogado saben que “los pleitos se ganan ganándolos, pero también perdiéndolos”. Son innumerables los casos de pleitos ganados a deudores insolventes²³ así como los pleitos perdidos luego de desangrar a la contraparte en el camino...

4. 3. Es en esta precisa instancia en que entran a tallar las diversas *tácticas*, cobrando sentidos insospechados si no se enmarcan en una *estrategia global* que evite los *recortes problemáticos*²⁴.

Las *tácticas* se dirigen a lograr los objetivos seleccionados y definidos a través de la *estrategia*.

4. 4. La planificación comprensiva del conflicto ha de aspirar a neutralizar el riesgo de desarrollos inesperados pero también a facilitar la introducción de ajustes posibles en el caso conforme a necesidades tácticas²⁵.

Son precisamente las *tácticas* las susceptibles de revisión y modificación ante las circunstancias cambiantes del conflicto²⁶.

Sin perjuicio de ello, cabe alertar sobre la tentación de los abogados de ganar ventajas tácticas a expensas de desviaciones de sus estrategias, lo que “no parece ser una medida aconsejable (pues) las alteraciones tácticas pueden perturbar el alcance de los objetivos seleccionados por las partes”²⁷.

²² CUETO RÚA, Julio César, “Estrategias y tácticas en el proceso civil y comercial”, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 15.

²³ O, peor aún, los pleitos ganados por el distribuidor contra el productor exclusivo de determinada mercadería. V. también, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes...*, cit., p. 15, para quien, “por ejemplo: ganar un pleito puede significar la ruina de una empresa, porque se rompe una relación vital para su desenvolvimiento”.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. CUETO RÚA, Julio César, cit., p. 16.

²⁶ *Id. id.*, p. 17. El propio autor aclara que “no resulta fácil identificar esos sucesos, de muy variadas características y cambiantes exigencias causales. Así, por ejemplo, el juez a cargo del juicio puede ser promovido a una posición de mayor jerarquía normativa. O una de las partes puede cambiar su estado civil, o trasladar de domicilio a una diferente jurisdicción; un perito puede enfermar, o un testigo puede ser detenido por la autoridad pública...”

²⁷ *Ibidem*. Resultan aleccionadoras estas reflexiones: “Las partes no deben sacrificar objetivos estratégicos para obtener, en cambio, ventajas tácticas. Por este cambio de rumbo suele pagarse un elevando precio en términos de tiempo, energía, relaciones y perspectivas. Suelen alterarse la coherencia y la claridad de las medidas adoptadas y se corre el riesgo de una errada interpretación de las cuestiones en juego”.

4. 5. Otra cosa son los cambios significativos o inesperados en el desarrollo de los acontecimientos. Ellos sí “pueden demandar una revisión crítica de los objetivos del plan estratégico para ajustarlo a la nueva realidad. Por eso es siempre aconsejable introducir mecanismos de ajuste, una suerte de válvula de escape, para hacerse cargo de la modificación introducida”²⁸.

Elementalmente, “es posible modificar los objetivos a medida que se saben más cosas, aumentando o reduciendo los niveles de exigencia en base a la experiencia o a medida que se va agotando el flujo de alternativas ... es lo que se llama una estrategia *dinámica*”²⁹

4. 6. Finalmente, ha de destacarse el *enfoque estratégico*, según se plantee un plan de *excelencia propia* o bien uno de *relación* con los demás. A su turno, estos enfoques pueden ser de *cooperación* o de *oposición* (enfrentamiento), con sus despliegues *defensivos* y *ofensivos*³⁰.

Cada uno de estos *enfoques* tiene características y exigencias que los hacen más o menos aptos conforme a la índole del conflicto y de la relación entre las partes. Por ejemplo, para solucionar el conflicto suscitado entre dos partes con una estrecha y duradera relación comercial es altamente probable que la vía más adecuada sea la negociación, la mediación o, a lo sumo, el arbitraje. En cambio, las cuestiones jurídicas novedosas o la disputa entre partes con poder de negociación notoriamente desigual demandará, seguramente, la heterocomposición pública (proceso judicial).

5. En suma, creemos que resulta valioso encarar el estudio científico de la estrategia en la toma de decisiones a la hora de solucionar conflictos.

Abordar científicamente este estudio supone analizar las categorías del Derecho Procesal:

- Dimensión sociológica
 - Reparto (solución del conflicto)
 - Identificación de los conductores, de los beneficiarios y recipiendarios gravados
 - Las razones del conflicto
 - Relaciones de consenso y de poder comprometidas en el conflicto
 - Límites de la decisión estratégica
 - Ubicación del conflicto en las relaciones de planificación
 - Ejemplaridad: el conflicto como precedente

²⁸ Id. íd., p. 18.

²⁹ LEWIS, H. W., *op. cit.*, p. 24.

³⁰ Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes...”, pp. 15/16.



- Dimensión normológica
 - Conceptos normativos. Su significación en la estrategia para la toma de decisión
 - Interpretación de normas y razonamiento judicial
 - Criterios de selección de normas y estrategia en la selección con miras al conflicto
 - Lagunas normativas y axiológicas. La estrategia con relación al conflicto
 - Modos de encuadramiento del conflicto en la norma. Estrategia y selección de hechos. Determinación del significado de los hechos. Estrategia y prueba
- Dimensión axiológica
 - Valoración
 - Clases de valores comprometidos en el conflicto
 - Criterios generales de valoración
 - Justicia y equidad. Clases de justicia
 - Fraccionamiento del caso (seguridad jurídica)
 - Legitimidad de la decisión