

La toma de decisiones en el pleito



Los abogados tomamos decisiones. Y necesitamos acertar en la mayoría de las ocasiones, a pesar de la complejidad de los escenarios, la interacción con los otros operadores del proceso, y el alud de alternativas jurídicas y fácticas que debemos evaluar.

Además, aunque parezca paradójico, cuando tenemos muchas, y buenas, opciones donde elegir ese amplio panel no siempre se garantiza la elección óptima. De hecho, en muchos casos acabamos atrapados en una solución poco eficiente, o sencillamente erramos al decidir. Se produce una especie de parálisis en la capacidad analítica, o, incluso, una ignorancia racional. Eso es frecuente en el pleito, porque se genera un escenario de gran presión debido a los plazos perentorios del proceso, y porque se espera de los demás operadores del proceso una conducta estratégica racional que no siempre se produce.

Por eso, debemos tener un **protocolo de gestión de todas las decisiones a adoptar en un pleito**, que nos proporcione los automatismos necesarios para optimizar las decisiones.

Por eso, conviene comenzar por lo obvio: en el Pleito, algunas de esas decisiones son estructuradas, y otras no.

En nuestro **protocolo de gestión** debe haber una larga **lista de decisiones no estratégicas** que es necesario chequear. Son todas aquellas decisiones que se toman frecuente y necesariamente en un pleito, y suelen ser repetitivas y rutinarias, ya que se toman de acuerdo con un método bien establecido de solución, y cuyos pasos conocen todos

los miembros del equipo legal asociado al asunto, desde los profesionales hasta el personal administrativo.



Para acometer este tipo de decisiones estructuradas ni se improvisa, ni se inventan soluciones singulares. La decisión está ya prediseñada en el **protocolo de gestión**, y se activan las soluciones de acuerdo con diferentes criterios, según cada tipo de decisión a adoptar; ya sea en función de lo que dicen las leyes, procesales, o no; ya sea en función de la funcionalidad operativa deseada, o ya sea en función del coste del proceso o la importancia del pleito. En cualquier caso, el **protocolo de gestión**, al definir cómo y cuándo debe tomarse cada una de esas **decisiones no estratégicas (estructuradas)**, y debería predefinir en gran parte la solución.

Por ejemplo, entre la lista de **decisiones no estratégicas (estructuradas)** por imperativo legal, o por la operativa probatoria, tendremos tres de muy importantes: (i) la protocolización de los datos personales, (ii) la elección del Procurador y (iii) la del Perito. En todos esos casos dispondremos de soluciones predefinidas.

En el caso del **protocolo de datos personales**, deberemos haber legalizado los ficheros ante la Agencia de Protección de Datos, y dispondremos de una “tarjeta ALFA” que el cliente formalizará cuando haga entrega de la documentación oportuna o suscriba la Hoja de Encargo.

En el caso de **elegir un perito** el protocolo exige disponer de una lista de profesionales asociados a cada especialidad con los que el Despacho (o el cliente) venga trabajando, y lo mismo ocurre con la **elección del Procurador**. Para ello es conveniente disponer de un conocimiento general de las jurisdicciones y de los procuradores asociados, de forma

que la elaboración de los poderes sea un automatismo eficiente, gestionado, incluso, por colaboradores administrativos.

Hasta aquí todo parece fácil.

Lo verdaderamente difícil es acertar en las **decisiones estratégicas (no estructuradas)**.

Se trata de adoptar decisiones que necesariamente hay que tomar, aunque las posibles alternativas de la decisión deban obtenerse de forma singular en muchas ocasiones.

En esa ocasión se trata de decidir ya sobre la estrategia de la defensa del asunto. Es una decisión no estructurada porque necesitan de un modelo o proceso específico de solución especial en cada caso, aunque lo razonable es no pasar por alto esa decisión nunca.

La primera de esas **decisiones estratégicas (no estructuradas)** debe ser **la prevención del desastre**.

Se trataría de diseñar estrategias por si no se gana el pleito, para perder de la mejor manera posible.

Es una de esas **decisiones estratégicas (no estructuradas)** que han de programarse en el **protocolo de gestión**. Aunque se trate de decisiones singulares, deberíamos decidir si hay que tomarlas o no. Se trataría de una especie de *check list*. Pusimos antes el ejemplo de la elección del Perito como una de las decisiones estructuradas del protocolo; sin embargo, antes deberíamos tomar una decisión estratégica (no estructurada) al respecto: ¿necesitamos una pericial?, y de ser así, ¿de qué tipo?

Todas esas decisiones se adoptan considerando su contexto.

Los hechos debatidos, los plazos procesales disponibles, la trascendencia legal o patrimonial del conflicto afectan de manera diferente la toma de decisiones en un pleito.

Para aproximarnos al problema creo que puede ser de utilidad definir dos escenarios diferentes:

1. El escenario de certidumbre (o certeza):

1.1. Es el caso en el que (i) tenemos conocimiento total sobre el problema a resolver con la decisión, y (ii) las alternativas de la decisión-solución nos deparan siempre resultados conocidos e invariables. Al tomar la decisión sólo se debe pensar en la alternativa que genere mayor utilidad. Esa “utilidad” puede ser económica, legal-procesal, etc. Por ejemplo:

1.1.1. los costes del proceso, o

1.1.2. la preparación del pleito con unas diligencias de exhibición, o

1.1.3. la decisión de consignar para evitar una ejecución provisional, si se ha apelado una sentencia desfavorable...

1.2. Puede ocurrir, sin embargo, (i) que la información con la que se cuenta para tomar la decisión sea completa, y (ii) que se conozcan bien las posibles alternativas, pero (iii) no se conozca con certeza el resultado, aunque la probabilidad nos pueda acotar el perímetro de las consecuencias potenciales. Por ejemplo:

1.2.1. la elección de un tipo de procedimiento, como por ejemplo el Juicio Monitorio, en perjuicio de un declarativo, o

1.2.2. la decisión de ejecutar provisionalmente...

2. **El Escenario de Incertidumbre.** En estos casos, (i) se posee información deficiente para tomar la decisión, (ii) no se tiene control total sobre la situación, o no se conoce como pueden interaccionar las variables del caso, (iii) de forma que se pueden plantear diferentes alternativas de solución, pero sin que sea fácil asignar un cálculo de probabilidades a los resultados que surjan de esas decisiones. Eso supone admitir dos clases de incertidumbre:

- 2.1. **Incertidumbre Estructurada**: Sería el caso en el que, a pesar de las dificultades en asignar un resultado probable, las posibilidades son acotables. Por ejemplo, la decisión de jugar la prueba en una pericial por insaculación judicial en un partido judicial pequeño, con un listado “local” de peritos más o menos conocido o previsible.
- 2.2. **Incertidumbre No Estructurada**: Sería el caso en el que, una vez adoptada la decisión, no tenemos ni idea de lo que pueda pasar. Como ejemplo podría valer el mismo del perito insaculado en un partido judicial pequeño del que no tenemos ni idea sobre cómo son y qué piensan los pocos peritos de la lista disponible.



HEISEMBERG explicando el PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE

Es en este ámbito de la toma de **decisiones estratégicas** donde la ciencia jurídica no ha avanzado nada, a diferencia de otras áreas profesionales.

En el ámbito económico, y en el político, hace años que se han desarrollado procesos, métodos, y sistemas que permiten neutralizar la aparente incertidumbre de la decisión.

Para ello se ha recurrido, cómo no, a las matemáticas, en cuyo ámbito se ha desarrollado la llamada **teoría de juegos**, con nula incidencia en los manuales sobre argumentación y toma de decisiones jurídicas.

Pues ahí vamos...

Antoni Aulés