



Schoschana **Zusman** Tinman^(*)

Primero ordenar, después imaginar: **¿cómo se resuelve un problema legal?**

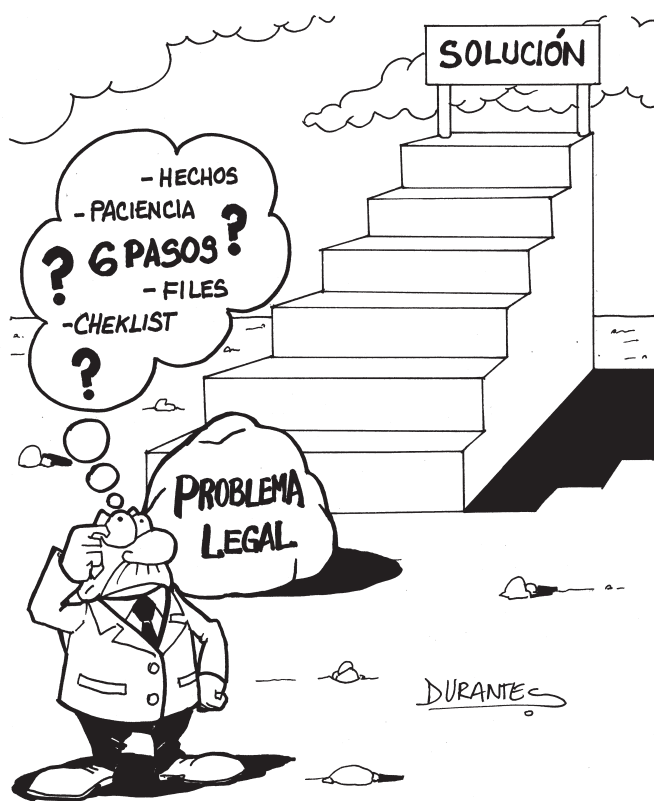
«EL PROCESO DE SOLUCIÓN DE UN PROBLEMA ES, FUNDAMENTALMENTE, ORDEN EN EL PENSAMIENTO, («PRIMERO LO PRIMERO») LO QUE, SIN DUDA, PUEDE SER APRENDIDO Y FORTALECIDO»

Todos resolvemos problemas todo el tiempo. Si olvidé la llave y no puedo entrar a mi oficina; si no encuentro un documento; si se malogró el carro; o si la secretaria no ha venido. Pero, a pesar de ser una actividad constante, no nos detenemos a analizar cómo lo hemos hecho, qué pasos hemos dado, ni cómo hemos ordenado nuestro pensamiento y planificado nuestros actos para conseguir el resultado deseado. Y, sin embargo, lo hacemos y generalmente lo hacemos bien.

Pues bien; la práctica profesional del abogado es, exactamente, eso: una actividad destinada a resolver los problemas de nuestros clientes: si podrá recuperar su propiedad; si el contrato que ha celebrado le permite apartarse del mismo; si puede divorciarse; si tiene derecho a obtener una reparación por el daño sufrido, etcétera. Pero, a diferencia de lo que ocurre en nuestro quehacer diario, donde no solemos sistematizar el procedimiento de solución de problemas, en el derecho sí se ha diseñado una metodología destinada a tal propósito. En efecto, hace, tan solo, unas pocas décadas, especialistas en *legal skills* o destreza profesional, han analizado, «desmontado» y ordenado el ciclo de solución de problemas prácticos, a partir del cual, han formulado un conjunto de pautas, consejos o *tips*, que resultan muy útiles -si no indispensables- para abordar un problema legal.

En el presente artículo me propongo plantear un esquema de solución de problemas que pueda ser de utilidad, sobre todo, a los abogados poco experimentados. Ello, en atención a que la actual dinámica del ejercicio profesional exige a los profesionales jóvenes asumir cada vez mayores responsabilidades y esto hace que requieran, dentro de lo que sea posible, «adelantar la experiencia». Lo cual no es fácil, si se

(*) Abogada. Profesora Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



considera que en la universidad (de donde acaban de salir) han estado sometidos a un cierto tipo de aprendizaje, que es útil para resolver una parte del problema, pero no para resolver «el problema», que tiene un punto de partida específico -las metas del cliente-, que comprende, no solo el análisis legal, sino de la apreciación del contexto (económico, psicológico, técnico, social) y que plantea dilemas (legales, éticos, etcétera), que difícilmente pueden ser analizados en clase. Y, a los abogados experimentados, que han pasado por la mejor escuela de aprendizaje profesional, que es la experiencia, este texto podrá serles útil para constatar que lo que han aprendido a hacer de manera intuitiva es correcto y ¿por qué no? para modificar algunos aspectos insuficientemente elaborados.

No pretendo, por cierto, haber inventado un método ni intento decir algo que no haya sido dicho por los especialistas en el

«TAMBIÉN A DIFERENCIA DEL ANÁLISIS ABSTRACTO QUE ACOSTUMBRAMOS HACER EN LA UNIVERSIDAD, EN EL TRABAJO PROFESIONAL, LA APROXIMACIÓN AL CASO ES «HOLÍSTICA», ES DECIR, INCLUYE ASPECTOS NO SOLO LEGALES»

tema. Mi única pretensión es divulgar excelentes textos -eso sí- de cómo resolver problemas legales⁽¹⁾ que, en mi opinión, son herramientas fundamentales en el trabajo profesional. Pero he querido, además, transmitir mi propia experiencia de trabajo, para lo cual le sugerí a una joven colega que, en la preparación de un informe legal que teníamos pendiente, reparáramos en todos nuestros actos y que analizáramos nuestras decisiones, identificando nuestros aciertos y desaciertos, con la finalidad de incorporarlos en este artículo. Y, hay algunos (en realidad, varios) *tips* producto de tal experiencia.

Finalmente, algo sobre mi interés en divulgar esta «habilidad». En primer lugar, como he adelantado (e intento demostrar), se trata de una herramienta indispensable en el trabajo legal. Y, en segundo lugar, el talento y la creatividad no son necesariamente innatos, sino habilidades que pueden ser desarrolladas a través de ejercicios y consejos, que permitan «aprender a ordenar y sistematizar el pensamiento». Y digo «ordenar» y «sistematizar» porque el proceso de solución de un problema es, fundamentalmente, orden en el

(1) Este artículo está fundamentalmente basado en *Lawyers Skills* de Webb, Maughan, Keppel-Palmer y Boon; *Essential Lawyering Skills* de Krieger y Neumann; *Client care for lawyers*, de Avrom Sherr; y en *Lawyering skills and the legal process* de Webb y Maughan.

pensamiento, («primero lo primero») lo que, sin duda, puede ser aprendido y fortalecido⁽²⁾.

Por (y para) ello, en lo que sigue, formularé una secuencia de seis pasos lógicos a seguir para resolver un problema legal, que es aplicable, en principio, a cualquier problema, trátese de una controversia, de la absolución de una consulta o del planeamiento de una negociación.

1. Los seis pasos en el análisis de un problema

Si bien cada autor identifica distintos pasos de solución de problemas, todos coinciden en que, para resolver un problema legal, es necesario «seguir ciertos pasos». Y es que, como he señalado, el pensamiento es «orden» y, mientras este exista, no interesa qué pasos específicos debemos dar, sino que su secuencia sea correcta, es decir, ordenada y lógica.

A continuación, plantearé los seis pasos para resolver un problema, propuestos por Webb y Maughan⁽³⁾:

- (i) Fase de Definición
 - Identificación del problema
 - Acopio de información
 - Definición del problema
- (ii) Fase de Solución
 - Desarrollo de opciones
 - Elección de la mejor opción
 - Implementación de la solución

Antes de analizar cada paso, es, sin embargo, necesario aludir a tres aspectos esenciales:

a) Los pasos en la solución de un problema, no son lineales, sino cíclicos e interdependientes. Eso significa que una vez

completado el ciclo, es necesario reiniciar el proceso, hasta tener la seguridad que el problema ha sido resuelto. El abogado puede, por ejemplo, determinar en la fase de solución que le falta información sobre determinado tema, por lo que debe regresar a la fase de definición, a fin de corroborar mediante la investigación de hechos nuevos, desconocidos o insuficientemente apreciados, si la hipótesis formulada es correcta. Y así, las veces que sea necesario, hasta estar listo para elegir e implantar la solución. Los seis pasos son, pues, conceptuales y no reales.

b) Como he adelantado, a diferencia del análisis abstracto que acostumbramos hacer en la universidad, en el trabajo profesional el análisis parte, necesariamente, del «interés del cliente»: ¿qué quiere?, ¿es realista lo que quiere?, ¿es ética su pretensión?, ¿sabe lo que quiere?, ¿o es necesario ayudarlo a entender lo que está pasando y orientarlo en la toma de una decisión? Esto es siempre así en el trabajo del abogado, por lo que pretender realizar un planteamiento abstracto o meramente «legal» del problema, es insuficiente y, además, inconducente.

c) También a diferencia del análisis abstracto que acostumbramos hacer en la universidad, en el trabajo profesional, la aproximación al caso es «holística», es decir, incluye aspectos no solo legales, sino económicos, financieros, psicológicos, sociológicos, técnicos, etcétera. Recurriendo a una analogía, puede decirse que el trabajo

(2) Por aludir a un aspecto del pensamiento estudiado en nuestro país, las estadísticas sobre comprensión de lectura de niños educados en nuestras escuelas son alarmantes, «de una prueba tomada a 305,135 niños de segundo grado de todo el país, solo el 26% alcanzó el nivel óptimo, es decir, pudo entender todo un texto narrativo» (El Comercio, edición del 5 de marzo de 2007). Y el problema no radica en la falta colectiva de talento, sino en qué se enseña y cómo se enseña, más allá de otros problemas que, como el de nutrición, indudablemente influyen en el aprendizaje, la comprensión y el desarrollo del pensamiento.

(3) WEBB y otros. *Lawyers' Skills*. UK: Oxford University, 2002. p. 116.



profesional es al trabajo académico, lo que el río es al estanque: el río transcurre cargado de piedras, arena y lodo, es decir, de problemas de naturaleza diversa y cambia constantemente de caudal, es decir, cambian las circunstancias, mientras que el estanque está formado por únicamente agua, que permanece quieta e inalterada -como permanece un problema planteado en abstracto- y sin la intervención de factores exógenos que alteren su curso. Un problema profesional, pues, no es únicamente legal sino, en definitiva, «humano» y la no inclusión en el análisis de esas «piedras», «arena» y «lodo» que arrastra el río, hará que el problema, simplemente, no pueda resolverse, por brillante que sea el planteamiento jurídico.

2. Primer paso: identificación del problema

2.1. El dilema

Los alumnos suelen plantearse el dilema de cómo así puede identificarse el problema antes de haber obtenido la información y cómo puede saberse qué información buscar, si no se ha identificado el problema. Y yo suelo responderles que no se trata de un dilema (el huevo o la gallina), como parecen haberlo entendido, sino de un proceso de retroalimentación, donde ambos pasos se van cumpliendo de manera simultánea y donde, además uno va induciendo al otro: la identificación del problema a buscar un cierto tipo de información y la información, a identificar el problema con más precisión. Krieger y Neumann⁽⁴⁾, citan algunos trabajos de psicología del pensamiento y de la creatividad, que señalan que «en el ejercicio diario del pensar, la mente puede estar incubando inconscientemente un problema, mientras conscientemente, se está verificando otro aspecto. Es por eso que las soluciones se hacen conscientes, apareciendo súbita y sorpresivamente». Baste recordar, para demostrarlo, el famoso *jeureka!* de Arquímedes, quien descubrió su famoso principio de la manera más casual y en el lugar más insólito.

Todo se inicia cuando el cliente expone al abogado su problema⁽⁵⁾, lo que ocurre en la primera entrevista. La información va siendo procesada por el abogado a medida que escucha el relato, primero ubicando el problema dentro

de grandes coordenadas jurídicas y luego afinando el análisis, hasta poder definir (todavía gruesamente) el problema. Y, con esa suerte de definición gruesa o «predefinición», el abogado ingresa a la segunda fase del proceso y comienza a acopiar información, la cual puede confirmar o no la «predefinición», como consecuencia de los hechos que van apareciendo o que se van entendiendo mejor (revisión de cartas o correos electrónicos).

2.2. Las metas del cliente

En esta primera fase, el abogado debe identificar las metas del cliente. De ahí -y solo de ahí- puede comenzar el proceso: el cliente quiere comprar una propiedad; quiere poner fin al contrato de arrendamiento; o necesita que el proceso administrativo que le ha iniciado la Administración, no manche el buen nombre de su empresa en el mercado. El abogado puede pensar que la compra de la propiedad es un mal negocio; o que es mejor que el arrendamiento no finalice o que la importancia que el cliente da a su buen nombre es exagerada. También puede comentárselo, e incluso recomendarle qué hacer. Pero, lo que no puede, es imponerle su apreciación. Si el cliente persigue ciertas metas, deben ser esas (y no otras) las metas perseguidas por el abogado, si es que no ha logrado persuadirlo de otra cosa.

2.3. Las metas del abogado

En esta fase del proceso, el abogado debe aclarar lo más rápidamente posible su propia permanencia en el proceso. Y para ello, son dos los aspectos que debe analizar: (i) si el caso le interesa profesional y económicamente; y, (ii) si él es la persona indicada para atenderlo. Si una de las dos

(4) KRIEGER, Stefan y Richard NEUMANN K. *Essential Lawyering Skills*. New York: Aspen, 2003. p. 28.

(5) Por cliente se entiende la persona natural y el representante de la persona jurídica.

Schoschana **Zusman** Tinman

respuestas es negativa, lo mejor es abstenerse. El abogado debe evitar caer en explicables tentaciones (un cliente famoso o poderoso; un caso lucrativo; un caso «sonado»), que lo lleven a aceptar un asunto que no está en condiciones de atender, sea por falta de tiempo, por falta de incentivo económico, por desconocimiento de la materia o por el costo del aprendizaje. Esta es una cuestión ética, que debe ser encarada por el abogado con la tranquilidad de saber que, no aceptar un caso, puede ser, a la larga, mucho más beneficioso (e, incluso, lucrativo) que aceptarlo. ¡Cuidado, pues, con la codicia!

El abogado ¿artesano o industrial?

Tradicionalmente, el abogado ha sido considerado un «artesano» que fabrica «pieza por pieza», y que crea un producto único. Hoy, en cambio, el modelo artesanal ha perdido vigencia y este es visto como un hombre de negocios, como un productor en serie o como un «industrial». Este modelo está tan arraigado en nuestro medio, que quienes lamentan la desaparición del abogado «artesano», son tachados de resistentes al cambio y al «modo de producción», que hoy demanda abogados *business like* y *profit driven*. Los abogados de hoy son, pues, proveedores de servicios que compiten con otros en precio y calidad del servicio. Es cierto que la competencia induce a mejorar pero, a veces, las mejoras en el precio van en directo detrimento de la calidad del servicio y esa situación genera problemas porque, lo frecuente es que ningún abogado advierta al cliente que el servicio que le prestará será tan malo como bueno es el precio del servicio. Y el mercado es, a veces, lento para incorporar esa información.

2.4. Recomendaciones

Las habilidades que se requieren en esta etapa del proceso de solución de problemas son las siguientes:

a) En primer lugar, «buena formación académica» o lo que coloquialmente se llama «saber», entendiéndose por tal, tener conocimientos previos sobre el tema, que permitan ubicar el problema legal lo más rápidamente posible y ubicarlo,

además, mientras va escuchando el relato del cliente. Así, si el abogado es consultado sobre la compra de un bien malogrado, debe conocer la figura de los vicios ocultos; debe saber que su existencia da lugar a dos acciones alternativas, (la redhibitoria y la estimatoria) y debe conocer que el caso puede también ser denunciado ante Indecopi. Eso puede ser suficiente para comenzar. Pero el abogado debe tener claro que si es consultado sobre un problema que desconoce por completo, por buen abogado que sea, lo más probable es que le será difícil solucionarlo, porque no conoce, siquiera, lo elemental de la materia (por ejemplo, redactar un contrato de suministro de electricidad). Por eso, como he señalado al tratar sobre las metas del abogado, para asumir un caso, es recomendable conocer las propias limitaciones y actuar en función de dicho conocimiento;

b) en segundo lugar, «capacidad de atender al relato del cliente, habilidad de interrogarlo y capacidad de pensamiento simultáneo». Estas habilidades son requeridas en la entrevista. Y son esenciales, porque una entrevista que permita al abogado acceder a abundante información y captar (si se puede) hasta el último detalle, resulta esencial a efectos de la identificación del problema, pues le permite tener una «historia» preliminar o general, que le será muy útil para encaminar la labor de acopio del material hacia aspectos concretos. Por eso, una buena primera entrevista con el cliente es crucial para identificar el problema. La capacidad de pensamiento simultáneo -en aspectos fácticos y jurídicos- es, asimismo, esencial, porque, como hemos señalado, las fases de solución de problemas no son realmente sucesivas, sino, interactúan entre sí. Y eso requiere dominar la técnica de pensamiento simultáneo;



c) en tercer lugar, «concentración». Hay problemas que son fácilmente identificables con un primer «vistazo» y otros requieren ser analizados desde diferentes ángulos y eso demanda tiempo y concentración. ¿Es un problema de error, de dolo o de vicio oculto? ¿Qué efectos prácticos tiene cada figura? ¿Encajan los hechos que preliminarmente se conocen con la figura legal elegida? La concentración debe ser, además, permanente, a fin de analizar cada uno de los aspectos del problema, sin dejar ninguno sin resolver. El abogado debe ver, pues, el bosque, pero también debe ver los árboles y verlos, además, uno por uno. Es recomendable, por eso, que cuando el abogado estudie el caso, lo haga en un ambiente adecuado y silencioso y, en lo posible, sin interferencias que puedan desconcentrarlo, planificando que contará con un tiempo suficiente (no cinco minutos) para dicho fin;

d) en cuarto lugar, habilidad de «separar lo prioritario de lo no prioritario y lo principal de lo accesorio». El desarrollo de esta habilidad permitirá un manejo eficiente del tiempo y, en consecuencia, implicará un menor costo para el cliente; y

e) en quinto lugar, «disciplina y paciencia». El abogado debe saber que el primer contacto con un problema legal, sobre todo, cuando hay mucha información, abruma y crea tedio. Y debe también saber que los peores errores se cometen por impaciencia (por ejemplo, no leer las disposiciones transitorias o finales de un decreto y resulta que en estas se encuentra la solución del asunto) y que el tedio y la impaciencia solo se vencen con paciencia y disciplina. Por eso, si, al iniciar el trabajo, el abogado siente que «no es su mejor momento», lo más recomendable es que deje la tarea de lado y que asuma otra más mecánica o más «fácil» pero igualmente necesaria (ordenar el *file*). O, por último, que haga algo totalmente distinto, como salir a caminar.

3. Segundo paso: acopio de información

En cualquier proceso legal, los hechos son centrales, por lo que el manejo de los hechos es esencial. Los problemas del cliente no surgen en abstracto, sino en relación a una situación real: el comprador no paga, alegando un desperfecto del bien recibido; el arrendador pretende resolver el contrato; se le imputa al cliente haber usado indebidamente información privilegiada, etcétera. Y para sustentar o rebatir una

determinada posición, el abogado debe conocer, hasta donde sea posible, todos los hechos del caso. Cualquier hecho desconocido o inadecuadamente evaluado, puede cambiar radicalmente las cosas (por ejemplo, aparece un documento de revocación o de renuncia). Por eso, las habilidades fundamentales en el acopio, clasificación y evaluación de la información, son «orden» y «paciencia» porque, contando con información fiable, completa, correctamente clasificada y clara, el (inevitable) margen de error decrecerá, lo que permitirá desarrollar mejores argumentos (o planteamientos). Y, con eso, las posibilidades de ganar la controversia (o de mejorar la posición del cliente en una negociación), sin duda, aumentarán.

3.1. ¿Cómo se acopia el material?

Lo primero que debe hacerse es revisar la información escrita que normalmente trae el cliente. A partir de dicha revisión, el abogado debe (i) ubicar las normas a las que remite la información, tratando de no omitir ninguna, aunque parezca secundaria; (ii) ordenar las normas jerárquicamente, cronológicamente o como se quiera, pero de una manera tal, que sea fácil su ubicación e incorporarlas en el expediente o *file* del caso; (iii) ubicar todos los documentos (por ejemplo, contratos celebrados, incluyendo sus anexos), aunque sean secundarios y clasificarlos cronológicamente; (iv) además de la clasificación cronológica, separar la información en «relevante» y «no relevante» e incorporarla en *files* separados (o marcar cada una con un elemento visible); y, (v) clasificar la información «relevante» por problemas (por ejemplo, la falta de pago/el derecho de retracto), por personas (condómino A y condómino B), por contratos (comodato, usufructo), etcétera. El abogado debe recordar que organizar el *file* del caso toma tiempo y que, no obstante, es un

Schoschana **Zusman** Tinman

tiempo bien utilizado, porque en la fase de evaluación del problema, el abogado volverá una y otra vez al *file* y, sin duda, facilita enormemente el análisis, que el material esté ordenado, correctamente clasificado y, además, permanentemente actualizado.

El momento de acopio de información, es el momento de detectar la información que falta, para lo cual el abogado debe tener una lista de los documentos u otra información que requiere, con indicación de la persona a la que debe pedírselos. Este detalle es de suma importancia, porque la falta de un documento clave puede distorsionar el análisis. Por eso, el abogado debe tener siempre presente que la memoria es frágil y que un olvido puede ser catastrófico. Es aconsejable, entonces, que apenas el abogado detecte un documento faltante, lo anote en un *checklist*, que deberá revisar una y otra vez, para gestionar y/o apurar la entrega.

3.2. ¿Qué información es necesario pedir?

Sherr⁽⁶⁾ hace una categorización de la información que normalmente se requiere en el manejo de un caso, que resulta muy útil para quienes se inician en esta tarea:

- a) Nombre del cliente, teléfonos, fax, dirección, correo electrónico, nombre de la secretaria y otros datos importantes para ubicar al cliente;
- b) si se trata de una controversia o de una negociación, nombre de la otra parte y de sus abogados;
- c) testigos (para qué y para quién) y sus características, en el caso de un proceso que los requiera;
- d) eventos: ¿qué pasó? fechas, personas involucradas, el curso que tomó el problema; el evento que precipitó la visita al abogado;
- e) metas del cliente: ¿qué quiere? ¿Es posible lograr ese resultado? ¿A quiénes afecta el resultado?;
- f) asistencia previa: otro abogado a cargo del caso, qué consejo dio al cliente;

g) procesos en giro: cuáles son, en qué situación se encuentran (juzgado, corte, a punto de sentenciar, etcétera).

3.3. ¿A quiénes debe pedirse información?

Indudablemente, la primera fuente de información es el cliente. Por eso, es necesario que el abogado le indique qué documentos se requieren para estudiar el tema porque, lo más probable es que el cliente los tenga. Pero, el abogado puede obtener información por su cuenta: inscripciones en los Registros Públicos; contratos o testamentos abiertos en la notaría o partidas de nacimiento en la municipalidad.

3.4. ¿Cómo se analizan los hechos?

A diferencia del análisis que se aprende en la universidad, en el ejercicio profesional, el análisis «no es puramente legal». Eso es explicable porque los problemas de los clientes tampoco lo son. Piénsese solamente en el divorcio, en la constitución o liquidación de una sociedad, en la ejecución de un testamento, en el incumplimiento de un contrato o en el conflicto entre una empresa minera y una comunidad campesina. Todos esos hechos afectan a las partes de muchas maneras más, que en lo puramente legal: económicamente, físicamente, afectivamente, profesionalmente, etcétera. Por eso, el trabajo legal se entiende, cada vez más, como un trabajo interdisciplinario y el abogado está obligado a abordar la comprensión del contexto en el que se desarrolla el problema. Ese es el holismo al que me refería precedentemente, como elemento característico del trabajo profesional. Así, en el caso del conflicto entre

(6) *Ibid.*; p. 122.

una empresa minera y una comunidad campesina, las preguntas que el abogado debe hacerse son, entre otras, ¿qué produce la mina? ¿Es rentable? ¿Cuáles son las pretensiones de la comunidad? ¿Son razonables? ¿Podrá la empresa afrontar los gastos que eso demandará? ¿Es cierto que el río está contaminado? ¿Cuál es la causa de esa contaminación? ¿La mina? ¿Está demostrado? ¿Habría responsabilidad? ¿Cómo puede descontaminarse? ¿Es un proceso oneroso? ¿Es la personalidad del gerente la más adecuada para lidiar con un atentado contra la mina? ¿Debiera tener la empresa una gerencia de recursos humanos?

3.5. ¿Cómo se manejan los hechos?

Algo se ha adelantado sobre el asunto al tratar sobre cómo se acopia el material, por lo que baste con señalar (en realidad reiterar) que el trabajo de acopio y evaluación de los hechos es muy complejo y su manejo requiere «orden». Esto es de suma importancia porque, solo con orden, la información contenida en el *file* será fácil de encontrar, revisar y entender, no solo por el abogado, sino por terceros que tengan que acceder al *file* (por ejemplo, otros abogados, practicantes, secretarías). Y, sobre todo, en momentos en los que hay poco tiempo y es necesario estar preparado (por ejemplo, minutos antes del informe oral).

Por eso, especialmente para los casos en que se maneje abundante información, se recomienda (i) «hacer una cronología de los hechos (y/o documentos)» con indicación precisa de cada fecha, de manera que, los usuarios del *file* puedan «ubicarse cronológicamente» en cualquier momento, sin necesidad de revisar íntegramente el *file*. De nuevo, la memoria es frágil y es difícilísimo retener el detalle de las fechas, que son «cruciales» para entender un problema. El abogado que no es capaz de ubicar rápidamente la fecha de la norma o del acto (que es frecuente cuando hay mucha información) pierde claridad en el análisis y debe abstenerse de seguir hasta no tener claras dichas fechas. Webb y Maughan⁽⁷⁾ añaden algunas bondades de la cronología: permite entender la secuencia de los hechos, identificar vacíos, tener una estructura para ser presentada en el juicio y ahorrar tiempo, por lo que recomiendan utilizarla en todos

los casos. La cronología debe hacerse una vez terminado el acopio del material, pero antes de iniciar el análisis del caso; y, (ii) tener en el *file* un «espacio para las notas» que el propio abogado va produciendo sobre el caso (la idea que se le ocurrió en su casa, en el restaurante o en el carro) y que pueden ser utilísimas en el momento de formular la hipótesis del caso. Es importante recordar en este acápite que, como a Arquímedes, las soluciones se presentan en los momentos más inesperados. Y, salvo que se trate de Arquímedes, si no se anotan, se olvidan. ¡Eureka!

3.6. ¿Qué problemas se presentan en el proceso de acopio de información?

El primero está referido a la «calidad de la información», que puede manifestarse como «falta de información», información «compleja» o «no fiable». Esta es una situación frustrante, porque, si falta información no es posible «reconstruir la historia del caso»; si esta es compleja, el esfuerzo y el tiempo que debe invertirse en entender la información puede ser desproporcionado (por ejemplo, información técnica) y si no es fiable, puede llevarnos a una conclusión incorrecta. Pero lo cierto es que, a veces, la información es deficiente y el abogado debe trabajar con lo que tiene, tratando de encontrar conexiones que puedan llenar los vacíos de dicha información.

El segundo problema es el de la «interpretación de la información». Para Webb y Maughan⁽⁸⁾ la apreciación de los hechos es central y consideran que, para lograr buenos resultados, es necesario «hacer la pregunta correcta de la manera correcta». Si el abogado no sabe qué

(7) *Ibid.*; p. 125.

(8) *Ibid.*; p. 120.

Schoschana **Zusman** Tinman

preguntar o si no analiza crítica y neutralmente la información (por ejemplo, el texto del contrato no parece amparar la posición del cliente), de seguro le irá mal. Para dichos autores, hay seis preguntas indispensables al interpretar la información: ¿quién? ¿Qué? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué? ¿Cómo? Estas preguntas -continúan los autores- deben ser repetidas una y otra vez, hasta tener claro que la información está completa. Finalmente, la lectura de los documentos debe ser cuidadosa y analítica; los documentos deben ser leídos de comienzo a fin; el abogado debe abstenerse de hacer asunciones que no provengan de la propia información y debe tener cuidado de identificar correctamente cada documento. Ocurre muchas veces que, agobiado por la cantidad de información (y muchas veces por el cansancio), el abogado confunde un documento con otro, sin percatarse que las fechas son distintas o que hay estipulaciones discordantes. En otros casos, el abogado asume la existencia de una obligación, cuando esta no existe o es distinta y en otros, el abogado no se percató que un determinado documento (que no revisó con atención), puede cambiar la situación. Y eso es «sumamente grave».

El tercer problema es la «subjetividad del abogado». Ocurre frecuentemente, que el abogado se «sobreidentifica» con su cliente y pierde neutralidad al analizar la información, dejándose llevar por un planteamiento que le resulta empático, pero que carece de base real. Así, si el cliente le dice al abogado que su socio viene apropiándose indebidamente de materia prima y este le cree, sin verificar la información, partirá de una premisa eventualmente equivocada, que, definitivamente, distorsionará su apreciación del caso (por ejemplo, descartará la negociación con un «delincuente»). En otras ocasiones, los prejuicios (machismo, homofobia, racismo, conservadurismo, religiosidad, etcétera) pueden ser impedimentos para apreciar el problema con distancia, neutralidad y empatía. Por eso, al analizar un problema, el abogado debe «despojarse» de su individualidad y abstenerse de actuar en función de sus propios juicios de valor. Y, si no lo consigue, sea porque tiene un prejuicio muy arraigado, o porque no se siente capaz de manejar ciertas situaciones (por ejemplo, el cliente o la contraparte le resultan insoportables), lo mejor es que no acepte el caso. Eso no significa, por cierto, que el abogado deba prescindir de su intuición y de sus propias ideas al abordar el análisis. Ambas son herramientas valiosísimas,

pero es necesario saber utilizarlas, a fin de no «contaminar» el caso con ideas o prejuicios propios, porque eso, de seguro, le impedirá resolverlo.

El cuarto problema es la tendencia de algunos abogados a hacer «analogías» con otros casos. Es cierto que, con el tiempo, el abogado recibe casos parecidos a los anteriores y es también cierto que entre ambos hay similitudes. Pero, en realidad, no existen dos casos idénticos, pues todos tienen una particularidad. Por eso, lo que el abogado no debe hacer es partir de la similitud absoluta de los casos y aplicarles la misma «receta» porque, al menos, la personalidad de los clientes es distinta y eso hace, a veces, una gran diferencia. Por eso y, tomándose la licencia de recurrir a una analogía, el abogado debe trabajar como «artesano», tratando de entender la particularidad del caso. La experiencia de un caso anterior es, pues, sumamente útil, pero es necesario cuidar de no precipitarse a hacer analogías (que es, por lo demás, el camino más fácil), porque, si son inexactas, pueden terminar distorsionando la conclusión.

¡Pero si es mi hijo!

Para ilustrar la influencia de nuestros prejuicios, miedos y creencias en la apreciación y valoración de un caso, Maughan y Webb cuentan la siguiente historia: un joven de 19 años y su padre decidieron cruzar una carretera, sin percatarse que venía un camión a gran velocidad. El camión no pudo frenar a tiempo y los atropelló. El padre murió instantáneamente, pero el hijo sobrevivió, aunque quedó malherido y fue llevado al hospital. Cuando el



médico de turno recibió al paciente, exclamó ¡pero si es mi hijo! e inmediatamente se desvaneció. Evidentemente, no era su hijo y esta falsa apreciación de la realidad tenía que ver con la idea obsesiva del médico, de que su propio hijo de 19 años, moriría atropellado en una carretera.

3.7. Recomendaciones

Según lo señalado, en la fase de acopio de información, se recomienda lo siguiente:

- a) Tener buena formación jurídica, que permita «entender desde el comienzo, el problema legal» involucrado en el caso. Eso se consigue, únicamente, estudiando, no solo los códigos y las leyes, sino la doctrina que los explica y la jurisprudencia, que interpreta normas y situaciones. Estudiar implica, además, hacerlo respecto de cada curso y a lo largo de toda la carrera⁽⁹⁾;
- b) desarrollar la habilidad de «entrevistar», teniendo siempre presente que el éxito de una buena definición del problema depende de una buena entrevista⁽¹⁰⁾;
- c) desarrollar la habilidad de «tomar notas» y de hacer *checklists*. Recordar que la memoria es frágil y las ideas no siempre aparecen en el despacho del abogado, sino en un café, en el auto o en la cocina. Por eso, las notas y los *checklists* son instrumentos importantísimos en el manejo de un caso complejo;
- d) desarrollar la habilidad de «manejo del *file*» del caso. Recordar que el pensamiento es orden y que es mucho más fácil pensar ordenadamente, cuando la documentación está ordenada, es decir, clasificada de una manera lógica, que facilite la ubicación de lo que se busca;
- e) ser conscientes de que es inevitable analizar los problemas a partir de nuestro sistema de valores y creencias;
- f) desarrollar la habilidad de identificar los propios prejuicios o modo de ver las cosas y estar alerta a que estos no «contaminen el caso»; y

g) no caer en la rutina de las analogías y tratar de encontrar la particularidad de cada caso.

La «estandarización» del servicio legal

Para competir por precio, algunos estudios de abogados han «estandarizado» el servicio que prestan. Hoy la estandarización se facilita por la existencia de bases de datos completísimas, modelos de contratos, de demandas, de informes y de todo lo que pueda ser convertido en modelo. La estandarización es económicamente conveniente, primero porque los paralegales o los practicantes pueden ocuparse de la preparación del documento, generando ahorros en términos de tiempo de los abogados *senior* y segundo, porque es posible «vender» un informe o modelo muchas veces. Por eso, los estudios «fabrican» los documentos según «líneas de producción» (por ejemplo, la última norma tributaria) y se usan para resolver problemas generalmente estandarizados. Este modelo ha sido muy cuestionado, denominándose a las franquicias legales que trabajan de esa manera las *Kentucky fried law*. Es cierto que la estandarización genera ahorros considerables, pero es necesario tener cuidado al calificar un caso de estándar porque puede tener una particularidad que haga inaplicable la «receta» previamente utilizada. La estandarización,

(9) WEBB y otros. *Op. cit.*; p.120.

(10) Véase ZUSMAN TINMAN, Shoschana. *¿Cómo maximizar el Impacto del Informe Oral?* En: Themis. Número 53, pp. 105-118.

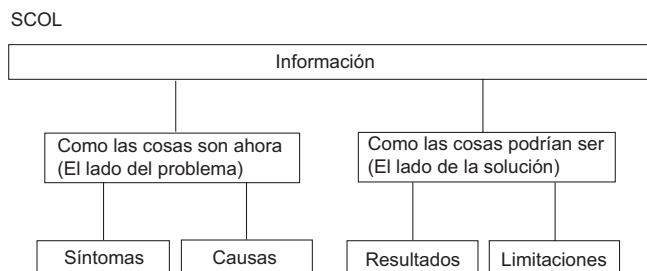
finalmente, puede ser gerencialmente eficiente, pero es necesario poner en la balanza el beneficio de la eficiencia versus el de la creatividad, que queda relegada a segundo lugar, corriendo, incluso, el riesgo de desaparecer, a medida que la estandarización se vaya imponiendo.

4. Tercer paso: definición del problema

En esta fase terminó ya el acopio de material, así como su clasificación e inserción en el *file* del caso. Lo que corresponde es, pues, definir el problema, es decir, subsumir los hechos en categorías jurídicas. Y, para ello, es (nuevamente) necesario el orden en el pensamiento pues, como en un juego de rompecabezas, las piezas ya están sobre la mesa y es necesario acomodarlas. Por eso, antes de iniciar esta etapa, el abogado debe (i) tener claro que ha entendido los hechos del caso; (ii) tener claro que entiende las metas del cliente; (iii) tener claro que entiende las metas de la otra parte; y, (iv) tener la capacidad de «traducir» un problema de la vida real, a un problema legal.

4.1. ¿En qué consiste la definición de un problema?

Webb y Maughan se adhieren a un método de definición del problema llamado SCOL⁽¹¹⁾, que comprende el análisis de dos grupos de elementos: (i) síntomas y causas del problema; y (ii) objetivos y limitaciones. Se trata de ordenar la información según dichos criterios, con lo cual podrá abarcarse el problema desde distintos ángulos. Así, en el caso del conflicto



Tomado de Kneeland (1999), p. 53)

entre una empresa minera y una comunidad campesina, el síntoma es el conflicto sobre la contaminación del río y la causa es la poca disposición del gerente o la falta de una gerencia de recursos humanos capaz de tratar el tema con la comunidad. Y en ese mismo caso, el objetivo es poder explotar la mina y la limitación es la (no siempre posible) exigencia de la comunidad.

El diagrama del método SCOL, presentado por Webb y Maughan, resume lo dicho.

El abogado debe tener presente en esta fase que (i) a él le corresponde (normalmente) aliviar el síntoma (la controversia) y no la causa del problema (mala gerencia), pero que, aun así, es necesario y, sobre todo, ético, advertir a su cliente (¡en el momento adecuado, por cierto!) sobre las causas del problema, con el objeto de poder solucionarlo de manera definitiva; y, (ii) los objetivos que interesan son los del cliente y aunque el abogado considere que estos son absurdos o antieconómicos, debe actuar en función de los mismos. Por cierto y como se ha adelantado, no debe abstenerse de opinar e incluso tiene la obligación de advertir a su cliente, de la manera más realista posible, sobre las posibles consecuencias de tomar un determinado camino.

4.2. La investigación jurídica: la definición del marco legal y la evaluación del problema

Este aspecto del proceso de solución de problemas es crucial. La investigación legal consiste básicamente en el estudio de doctrina y jurisprudencia, dos herramientas valiosísimas que, bien utilizadas, pueden dar luces sobre el tema y ayudar a resolverlo.

(11) SCOC en inglés responde a las siglas *symptoms, causes, outcomes, constraints*.



En el sistema jurídico continental -al que adscribe el peruano- la doctrina, esto es, el pensamiento sistematizado y crítico de cierta figura o institución jurídica, es de gran valor. La doctrina nos ayuda a entender el problema jurídico; nos sitúa; da luces sobre la naturaleza de la figura; la explica y, cuando tiene calidad -y la hay- se pone en la mayor cantidad posible de hipótesis, una de las cuales puede ser, justamente, nuestro caso. Y, al leerla, entendemos el por qué del tratamiento del tema de una cierta manera; la *ratio* de la norma o institución; los principios que la amparan y los valores involucrados en cada caso. Y ese análisis generalmente detallista, profundo y centrado en valores, ayuda a construir la hipótesis del caso. La jurisprudencia, por su parte, cumple un papel semejante e, incluso, de mucho mayor relevancia, porque, en ciertos casos, tiene valor de precedente obligatorio. Lamentablemente, en el Perú, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema es todavía incipiente, a pesar de las (muy autorizadas) voces que reclaman una jurisprudencia ordenada, coherente y orientadora de la conducta de los jueces, especialmente en temas claves para la sociedad (por ejemplo, alimentos, arrendamiento). En materia constitucional, en cambio, el Tribunal Constitucional ha establecido precedentes interesantísimos y muy bien fundamentados sobre temas esenciales de la vida cotidiana: la libertad de expresión; el principio de legalidad; la interpretación de la norma constitucional; el abuso del derecho; la discriminación, etcétera. Y, a pesar de que algunos fallos del Tribunal han sido cuestionados (y con cierta razón), sea por considerarse que este ha excedido su competencia; porque su planteamiento es «ideológico»; o porque atenta contra principios económicos esenciales, ha producido excelentes sentencias, que nada tiene que envidiar a las de cortes extranjeras y que viene aportando una necesarísima orientación jurídica y axiológica al sistema legal peruano.

4.3. Las etapas de la investigación jurídica

Puede considerarse que hay cuatro etapas en toda investigación jurídica:

a) El «estudio del problema», que supone familiarizarse con este, leyendo y releendo los documentos, así como las leyes, doctrina y jurisprudencia que se requiere para entender el caso y resolverlo. Es importante que el abogado, no solo estudie el caso, sino que lo «aprenda», de manera que esté en capacidad de manejar fechas, documentos o hechos con

total solvencia, sin tener que recurrir a cada momento a los documentos. Y para ello se requiere utilizar la «memoria», tan vilipendiada por algunos (probablemente para demostrar que el Derecho no consiste en aprender los códigos de memoria), pero tan necesaria en el trabajo profesional, en términos de la comprensión del problema y, por cierto, del tiempo invertido en entenderlo.

b) El «análisis del problema a la luz de la doctrina y la jurisprudencia». Eso implica traducir el problema real a categorías legales, lo cual no siempre es fácil. Así, por ejemplo: el «desperfecto» es un problema de «vicio oculto»; el «cambio de votación» por la mayoría de accionistas es, legalmente, un caso de «abuso de las mayorías»; el deudor ha «incumplido» su obligación y dicho incumplimiento da lugar a la «resolución» y/o a la «indemnización»; el director de una empresa ha utilizado «indebidamente» información privilegiada; la empresa minera «puede comprar» los terrenos a las comunidades u obtener una «servidumbre administrativa»; el dueño del predio rural colindante tiene «derecho de retracto», etcétera. Se trata, pues, de conectar los hechos del caso con el Derecho y determinar cuál (o cuáles) es (son) la(s) figura(s) legal(es) aplicable(s), tanto en el aspecto sustantivo, como procesal (¿qué derecho tengo y cómo lo ejecuto?). Y, ese mismo ejercicio debe ser hecho en relación a la pretensión de la otra parte, porque, tratándose de una controversia o de una negociación, entender las pretensiones de la otra parte permitirá predecir las acciones que esta tomará y, con ello, poder desarrollar argumentos para conciliar, transigir, suscribir el contrato y ¿por qué no? ganar la controversia.

c) La «evaluación del problema», que implica volver sobre el problema varias

veces, con la finalidad de ir enriqueciendo el análisis y haciendo nuevos aportes producto de nuevas lecturas o, simplemente, de la imaginación. Este es el momento de hacer el desarrollo jurídico del problema. Si, por ejemplo, se trata de la venta de un producto defectuoso, las preguntas podrían ser las siguientes: ¿se trata de un caso de vicio oculto, como ha sido preliminarmente definido? ¿Ha prescrito la acción estimatoria? ¿No sería más conveniente tratar el tema como un caso de error, donde la acción no ha prescrito? ¿Pero es un supuesto de error? ¿En qué se distinguen el error del vicio oculto? ¿En que el error es subjetivo y el vicio objetivo? ¿Y cuál es la diferencia entre lo subjetivo y lo objetivo? ¿No es posible que un mismo hecho pueda ser analizado desde dos perspectivas igualmente válidas? Todas esas preguntas (y muchas otras más) tendrá que hacerse el abogado, hasta encontrar una definición legal del problema que, en principio, resulte coherente con las metas del cliente.

De manera concreta, Webb y Maughan⁽¹²⁾ consideran que son tres los aspectos que deben ser identificados en la fase investigatoria: (i) los derechos y obligaciones que surgen a partir de los hechos del caso (¿es o no deudor? ¿Es o no culpable?); (ii) la acción que correspondería iniciar (indemnización por daños); y, (iii) lo que debe ser demostrado (la existencia de la deuda; la negligencia, etcétera).

d) La «puesta al día de la investigación». Las cosas pueden cambiar debido al cambio de las leyes, tendencias jurisprudenciales o de las circunstancias del caso, por lo que el trabajo de «puesta al día» debe ser permanente.

4.54. Recomendaciones

En esta fase se requiere:

a) Estar académicamente preparado, es decir, tener un bagaje «inventariado» de conocimientos, que pueden ser utilizados sin necesidad de mayor lectura y de búsqueda precisa de información;

b) ser riguroso, lo que significa que si la solución no es perfecta, se debe seguir pensando, hasta encontrar una solución que haga «inatacable» (o lo menos atacable posible) la posición del cliente;

c) ser paciente, lo que supone estar dispuesto a dar muchas vueltas al asunto, hasta concebir una «teoría fáctica y legal del caso»;

d) ser disciplinado, lo que supone estar dispuesto a dedicar tiempo a la reflexión; y

e) estar permanentemente alerta a cualquier cambio fáctico o jurídico.

Finalmente, en esta fase pueden ser muy útiles los flujos y los mapas de ideas, que pueden dar una idea más gráfica de la gama de caminos a seguir y soluciones a tomar.

5. Cuarto paso: desarrollo de opciones

5.1. ¿Cómo se desarrollan las opciones?

Esta fase es ya de solución propiamente dicha y se inicia una vez que el abogado considera haber definido correctamente el problema, tanto desde el punto de vista de los hechos del caso como desde una perspectiva jurídica (por ejemplo, es un problema de vicio oculto). Pero, el abogado debe tener en cuenta que, mientras el problema no haya sido definido, no conviene ingresar a esta fase, porque podrían quedar descartadas soluciones que hubieran aparecido con un análisis más profundo del caso en la etapa previa.

La idea en esta fase es generar todas las hipótesis que permitan, desde el punto de vista fáctico «construir la historia del caso» y desde el punto de vista legal, corroborar que la normativa jurídica favorece la posición del cliente y si no, los caminos que pueden tomarse.

Las preguntas claves en esta fase son las siguientes: ¿es la hipótesis construida,

(12) WEBB y otros. *Op. cit.*; p. 130.

consistente con los hechos del caso? ¿Es consistente con los objetivos del cliente? ¿Es creíble? ¿Existen vacíos en la historia? ¿Cómo podrían explicarse? ¿Son éticos los argumentos de defensa? ¿Cuál sería el resultado de la controversia o la negociación? ¿Positivo para el cliente?

Pues bien; en esta fase las recomendaciones son las siguientes.

5.2. Recomendaciones

Existen dos clases de abogados: (i) los «rígidos», que se mueven entre los extremos de «se puede» y «no se puede» y que normalmente optan por esta última posibilidad dado que, evitan todo riesgo personal, opinando que «no se puede». Este es un problema que debe ser tratado desde el punto de vista ético (¿qué pretendo? ¿No correr riesgos yo? ¿O ayudar a mi cliente?); y, (ii) los «creativos», que son, en general, menos formalistas que los «rígidos» y que tratan el tema como un «arte», donde, de lo que se trata es de encontrar soluciones que sean coherentes con las metas del cliente.

Esta fase es la de la creatividad, donde el abogado -que ya «domina» completamente el caso- deja que las ideas discurren, recogiendo las buenas y descartando las malas. La «creatividad» es, entonces, una manera de pensar o una actitud que, aunque algunas personas la han desarrollado de manera natural, puede ser aprendida por quienes todavía no la dominan. Pero, no olvidar que solo puede ser creativo quien conoce el caso perfectamente.

Para desarrollar la creatividad, se recomiendan las siguientes técnicas:

a) Aprender a «trabajar en equipo», que hoy es una técnica indispensable, dada la alta especialización que ha adquirido la profesión. En efecto, la aproximación «holística» a un problema -que es el principio del cual se parte- consiste en abordarlo desde distintos ámbitos, incluso, al interior de la propia disciplina. Y es que los problemas legales, especialmente los altamente complejos, convocan a una serie de disciplinas: civil, administrativo, penal, procesal civil, procesal penal y otras más, referidas al problema específico (aduanas, mercado de valores, sistema financiero, telecomunicaciones, etcétera). Pero, el trabajo en equipo no consiste simplemente en convocar de cuando en cuando a

los especialistas en el tema, sino de saber compartir información; saber consolidarla; tener capacidad de dirigir y/o integrar el equipo; tener habilidad de orientar la discusión; tener capacidad de obtener la mayor cantidad de información posible, sobre todo de los abogados experimentados, que normalmente tienen poco tiempo; ser disciplinado con el tiempo propio y respetuoso del tiempo ajeno, lo que implica puntualidad y eficiencia en la discusión; entender que en las discusiones se apunta a llegar a una solución y que no son el escenario para el lucimiento personal ni para «tener el placer de escucharse a uno mismo»; tener empatía; saber tomar nota y saber hacer las preguntas adecuadas;

b) usar la «tormenta de ideas» (*brainstorming*), que consiste en una actividad generalmente grupal, en la que se formulan la mayor cantidad de alternativas de la manera más libre posible. No importa si ninguna solución es viable, porque descartar soluciones inadecuadas, es parte del proceso. Lo importante en esta fase, es pensar con libertad, dejando fluir las ideas, por absurdas que parezcan. Cuando es grupal, los abogados que participan en una «tormenta de ideas» deben tener presente que en esta fase, no se presenta (ni debe presentarse) el riesgo de ser criticado por sus colegas, porque la crítica inhibe la producción de más ideas y pone fin a un momento que puede (y debe) ser de máxima creatividad. A veces es bueno hacer «tormenta de ideas» con el cliente porque es quien mejor conoce el caso y, sin duda, aportará matices desconocidos o insuficientemente valorados por el abogado;

c) usar el pensamiento expansivo, que incluye, por ejemplo, invertir el problema y analizarlo desde el punto de vista de la otra parte; analizarlo a partir de un momento

Schoschana **Zusman** Tinman

intermedio de la cronología o analizarlo de atrás para adelante, para comprobar si la hipótesis del caso resiste el ataque de la contraparte;

d) usar el pensamiento lateral, que aporte ideas frescas o perspectivas distintas del problema. Eso implica incorporar todos los conocimientos del abogado en administración, psicología, economía que, por precarios que sean, permiten insertar el problema en el contexto fáctico, lo cual es a veces muy difícil. El pensamiento lateral, además, sirve para acabar con el mito de «antes y después de la Facultad de Derecho» porque demuestra que todos los conocimientos acumulados a lo largo de nuestra vida, pueden ser útiles para resolver un caso;

e) usar la intuición, que si bien no es una herramienta infalible, es muy útil, especialmente en el análisis de la conducta humana. Así por ejemplo, se usa la intuición cuando uno se pregunta ¿qué mueve a esta persona a comportarse de esa manera? ¿Actúa con corrección? ¿Es nervioso?, ¿intolerante?, ¿escéptico?, ¿ingenuo?, ¿irascible?, ¿desconfiado? Y la intuición es particularmente importante cuando se trata de analizar si el cliente podrá soportar económica y anímicamente la duración del juicio; si la otra parte tiene interés de llegar a un acuerdo; si la contraparte en una negociación nos está engañando o es verdaderamente honesta; si esta apelará o no, etcétera.

f) Evaluar las posibles soluciones en relación a las metas del cliente, eligiendo la que mejor las cumpla. El abogado deberá recordar que no siempre es posible alcanzar el óptimo, pero sí soluciones suficientemente buenas como para que se cumplan dichas metas. Por eso, deberá hacer *trade off* entre lo óptimo pero riesgoso y lo suficiente, pero seguro.

g) trabajar según los criterios de «costo-beneficio» y «riesgo-recompensa» y *rankear* las soluciones «por escrito». El análisis «costo-beneficio» supone calcular, por ejemplo, lo que se ganaría con conciliar hoy versus, ganar el juicio de aquí a dos años, e incluye los costos directos, el tiempo invertido, la (pérdida de) oportunidad y los costos emocionales (que pueden ser los más complicados). El análisis «riesgo-recompensa» supone preguntarse ¿qué puede ir mal? ¿Cuál es la peor situación en que quedaría el cliente? ¿Se puede evitar el riesgo, siquiera parcialmente? ¿Qué plan de contingencia habría que crear?

h) categorizar los posibles riesgos: (i) administrativo (por ejemplo, no presentación de un documento dentro del plazo); (ii) financiero (demasiada exposición del cliente); (iii) probatorio (material insuficiente); (iv) legal (interpretación diversa; poca claridad de las normas); y, (v) personal (pérdida de estímulo por haber pactado solo un honorario de éxito en un caso dudoso).

i) estar abierto permanentemente a la solución. Eso implica tener el caso siempre en mente y «darle vueltas» en un contexto que no necesariamente tenga que ver con la oficina. Esa «apertura» no implica pensar obsesivamente en el caso (porque eso sería neurosis), sino en tener un «canal» siempre abierto para llegar a la solución, aun si el abogado está haciendo algo distinto (por ejemplo, resolviendo otro problema legal; tomando un café o conversando con un amigo). Se trata, pues, de una actitud que permite hacer conexiones de manera espontánea, es decir, sin proponérselo. Y esa actitud no falla.

6. Quinto paso: selección de la mejor opción

Este paso es la consecuencia del anterior y su éxito dependerá del buen planteamiento de las posibles soluciones y de su adecuado *ranqueo* según los criterios de «costo-beneficio» y de «riesgo-recompensa».

6.1. Las dos reglas de oro: tener una «historia que contar» y poder explicarla jurídicamente

La selección de la mejor opción tiene un componente fáctico («la teoría fáctica del caso») y un componente legal («la teoría legal del caso»).

a) «La teoría fáctica del caso» supone la «construcción de la historia del caso». Tener



una «historia que contar» es importantísimo. Tanto, que el abogado que, en un litigio, no la tenga, tiene mal pronóstico. La «historia del caso» no es, sin embargo, un recuento de hechos, sino una explicación de por qué ocurrieron; cómo se presentaron; qué se hizo por evitar que ocurrieran; cómo así se presentaron obstáculos adicionales, etcétera. Se trata de dar, pues, una explicación de lo que sucedió y esa explicación tiene que ser lo más fundada, coherente y creíble posible y no un frío recuento de hechos.

«Tener una historia que contar»

En el Perú solemos no dar demasiada importancia a construir una historia con los hechos del caso. Ese es un grave error, porque los jueces y árbitros están, sin duda, interesados en saber qué pasó, qué impidió el cumplimiento, qué se hizo para evitar el evento, si se podía cumplir de otra manera, etcétera. El buen planteamiento fáctico tiene, pues, importancia vital. Un ejemplo producto de mi experiencia en un arbitraje puede ser ilustrativo. Se trataba de una controversia entre un contratista y una empresa estatal, donde el contratista había pedido la nulidad de un acto administrativo expedido por dicha entidad. La demanda era totalmente «jurídica», en el sentido que se alegaba que dicho acto era nulo por no haber cumplido con un requisito de la ley, «sin incluir un solo elemento fáctico que diera sentido a la historia» (por ejemplo, con fecha X se celebró el contrato; el contrato tiene un vicio; el contrato es nulo). Al leer la demanda, tuve la sensación que se trataba de una nulidad forzada, probablemente invocada para justificar el propio incumplimiento. Pero, lo sorprendente fue que, para suerte del contratista, su abogado no asistió al informe oral, de manera que se vio obligado a defender la causa, refiriéndose únicamente a los aspectos fácticos del problema. Pues bien; el relato fue tan vívido, colorido y tan lleno de hechos y situaciones, que las cosas comenzaron a cobrar sentido. La parte relató al tribunal cómo se construye una carretera en ceja de selva; las dificultades técnicas que deben sortearse; la dependencia de las fuerzas de la naturaleza y los inconvenientes que había tenido antes y después de la celebración del contrato. Contó al

tribunal, asimismo, que todo se postergó por razones puramente burocráticas; que hubo cambio de Directorio en la empresa estatal; que el período de lluvias se adelantó y que no había manera de ingresar a la obra; que la empresa no designó a un supervisor adecuado, sino a un novato, con el que no se podía llegar a acuerdo alguno, sencillamente porque no conocía de una obra tan sofisticada como la que se había encargado. Y ocurrió lo que el abogado nunca se esperó y, quién sabe, nunca asoció: que «gracias a su ausencia, el contratista ganó el caso».

En esta etapa, los problemas suelen producirse por el inadecuado manejo de la información, sea porque es insuficiente y el abogado no ha reparado en ello, porque las estipulaciones no son claras, porque los testigos no son fiables; o porque los documentos no tienen suficiente mérito probatorio. Por eso, es importantísimo revisar los resúmenes del caso (bien hechos, por cierto); la cronología de los hechos (jes indispensable!) y todos los esquemas que han sido construidos para apreciar los hechos.

Finalmente, así como construye la «historia» del caso, el abogado debe detectar los vacíos y contradicciones de la misma y tratar de salvarlos, afinando el análisis u obteniendo más información. Lo importante es encarar dichos vacíos y contradicciones y encontrarles una explicación. Nunca, pues, «ponerlos de lado» porque, trátase de una negociación o de una controversia, la otra parte -que estará atenta a la argumentación del abogado- sin duda los detectará.

b) «La teoría legal del caso», que supone convertir la historia fáctica en una o más

Schoschana **Zusman** Tinman

categorías jurídicas, que deben explicar jurídicamente, lo que ha sido explicado desde el punto de vista fáctico. Es interesante observar que, cuando la historia de los hechos es completa y coherente, la historia jurídica también lo es. El derecho es, pues «buen sentido común». Pero, a veces se producen tropiezos debido a ciertas restricciones o prohibiciones legales que, más allá del talento del abogado, impiden seguir una determinada línea argumentativa (por ejemplo, según la ley, el contrato se interpreta a favor del deudor y el cliente es el acreedor; la acción prescribe a los 2 años y el plazo ya venció; o la ley no acepta cierto material como medio probatorio).

6.2. Los factores extrajurídicos y su influencia en la solución del problema

De estos factores ya hemos hablado, al referirnos al holismo. Los problemas profesionales no son puramente legales y muchas veces el cliente espera que el abogado «resuelva el problema» y no solamente el «problema legal». Este es un asunto muy delicado porque, en ocasiones, la personalidad del cliente puede dificultar el manejo de un caso por las continuas interferencias, dudas y marchas y contramarchas, que, definitivamente, no ayudan. De otro lado, el abogado debe siempre considerar que la situación emocional o económica del cliente o su lejanía física (vive fuera del país), influyen en la solución del caso porque, si, por ejemplo, uno de los cónyuges no está en condiciones emocionales de afrontar un divorcio, lo más aconsejable es que no lo pida, aunque el abogado considere que eso es lo mejor; o si afrontar económicamente un juicio es difícil para el cliente, de pronto lo mejor es transigir en un valor, tal vez no tan alto, pero que permita atender urgencias actuales y, sobre todo, terminar la controversia. Todos esos elementos deben tenerse, pues, en cuenta al elegir la opción más conveniente, lo que significa que «la solución no es nunca, únicamente legal».

La señora «B»

Una persona cercana me pidió que asesorara a su madre -la señora B- en la compra de una casa. Acepté con cierta resistencia porque, a pesar de no haberla tratado demasiado, la percibía conflictiva, engreída, «sabelotodo», agresiva, descontrolada, soberbia,

caprichosa y con una trayectoria *non sancta* en lo que al pago de honorarios se refiere. Demasiados reparos para aceptar el caso pero, en consideración a que se trataba de un SOS, decidí intervenir. La primera reunión con la dama fue relativamente tranquila, lo que me hizo pensar que, quizás, mis temores habían sido infundados. Le pregunté lo que era de rigor: si había visitado el inmueble; cuál era el precio que estaba dispuesta a pagar, si financiaría la compra en un banco, si estaba dispuesta a hipotecar la casa, si el vendedor le había alcanzado una oferta o alguna propuesta preliminar y otras semejantes. Le indiqué expresamente que yo no atendería el caso, sino una abogada del estudio, de mi total confianza, cosa que pareció aceptar. No obstante, cuando comenzó la negociación con el vendedor, la señora B decidió que no reconocería el precio que ya había acordado con este verbalmente. Decidió también reclamarle al vendedor la refacción del patio de la casa que, según ella, este le había prometido; la pintura de toda la casa que supuestamente le había prometido y pretendió, finalmente, que la entrega debía ser inmediata, aun cuando había sido advertida que el vendedor necesitaba tiempo para mudarse. No obstante, quería esa casa y no otra. La joven abogada trató de convencerla que aceptara el precio preacordado verbalmente, porque el vendedor podría retractarse de seguir adelante con la venta; le mencionó que tenía entendido que nunca se pactó arreglo alguno ni la pintura de la casa y que -



nuevamente- exigencias «sacadas de la manga» podrían causar una mala impresión al vendedor y llevarlo a no vender. Y, a pesar de las sensatas recomendaciones, la señora B se fue exasperando y, a gritos, le dijo a la abogada que estaba del lado del vendedor, que seguramente le estaba pagando a sus espaldas, que era una incompetente, que el estudio pretendía que ella pagara la alcabala, cuando «no le corresponde porque en Estados Unidos el comprador no paga impuestos por la venta»; que yo no respondía sus llamadas (lo cual era cierto), que eso no era ético, que le había hecho perder demasiado tiempo, que la abogada asignada era mala negociadora, mala abogada y, por último, mala persona. Decidí pasar por alto esas imputaciones en consideración a la persona que me había pedido que la asesorara en la venta. Pero, la señora B, lejos de calmarse, decidió llamar al vendedor e increparlo, llamándolo mentiroso, desleal y, lo peor, diciéndole que su abogada estaba totalmente de acuerdo con ella sobre su deslealtad. En esas circunstancias, me vi obligada a llamar a la hija de la señora B, diciéndole que su madre es una persona muy difícil de tratar y que quería dejar el caso. No lo conseguí y me mantuve en este, tratando -esta vez sin la intervención de la joven y traumatizada abogada- de buscar una salida distinta (usando el pensamiento lateral) y decidí apaciguar al vendedor, con la esperanza que si entendía la problemática psicológica de mi clienta, tendría mejor disposición para seguir con el contrato. En efecto, me reuní con el vendedor y le aseguré que mi clienta quería comprar esa casa y no otra, dándole las mayores muestras de mi buena fe y una explicación coherente sobre la señora B que, para ese momento, ya estaba totalmente desacreditada. Finalmente lo conseguí. El vendedor aceptó a regañadientes atender una parte de los caprichos de la señora B, pero, inteligentemente, se mantuvo firme en el precio y, finalmente, la venta se cerró. Pero, se cerró a un costo emocional que, para mí, fue totalmente desproporcionado en relación al honorario que coticé. Y que, por cierto (...) la señora B nunca pagó.

6.3. La decisión final es del cliente

Esta es una regla ética, que el abogado debe respetar escrupulosamente porque su misión es asesorar, recomendar, aclarar dudas, pero nunca imponer su voluntad, ni aun si el cliente pretende dejar todo en sus manos. Lo aconsejable, lo prudente y lo ético es, pues, consultar con el cliente las decisiones fundamentales en el manejo del caso y tenerlo informado de lo que está ocurriendo. ¿Conviene que me reúna mañana con el abogado de la contraparte? ¿Quiere usted que explore la posibilidad de conciliar? ¿Apelamos de la resolución o terminamos el juicio con lo que ya hemos obtenido?

Por eso, es decir, porque la última palabra la tiene el cliente, el abogado que cree que la solución que ha encontrado es la más adecuada, debe buscar persuadirlo. Y para eso, tiene que saber «cómo presentarle la solución». Para eso hay recomendaciones.

6.4. Recomendaciones

- a) Plantearle al cliente una estructura lógica y coherente, de manera que pueda entender el sentido de la argumentación o, en general, de la posición que recomienda el abogado.
- b) Explicarle qué línea argumentativa o posición ha sido descartada y por qué (poco material probatorio; poco convincente; demasiado arriesgado, muy caro o, en general, poco conciliable con las metas del cliente)
- c) Explicarle clara y serenamente, qué es lo que no podrá obtener o, por lo menos hacerle ver, con sentido de realidad, que no podrá alcanzar ciertas metas.
- d) El abogado debe utilizar un medio de comunicación con el cliente lo más eficiente posible para el tipo de recomendación que

Schoschana **Zusman** Tinman

dará (sencilla, compleja, emocionalmente difícil de aceptar). En ocasiones puede ser conveniente preparar un informe preliminar sobre el caso o sobre algún aspecto particularmente complejo, de manera que el cliente pueda asimilarlo con antelación a la reunión con el abogado. Y, en otras, puede ser conveniente tener una reunión con el cliente y plantearle la solución utilizando la pizarra o simplemente conversando.

e) Si la presentación es ante una audiencia más o menos numerosa, puede ser conveniente presentar un esquema en *power point*. Asimismo, si el caso es complejo, la presentación de la solución a través de gráficos o mediante la elaboración de una cronología, puede ser muy útil.

7. Sexto paso: implantar la solución

7.1. Planeamiento

Esta es la parte «gerencial» del proceso, que consiste en poner en práctica la recomendación: demandar, negociar, transigir, celebrar el contrato, etcétera. Y gerenciar no es una técnica propiamente jurídica, sino de administración, que implica monitorear el trabajo hasta el final. Por ello, las habilidades esenciales para esta etapa son: (i) capacidad de trabajar bajo presión de tiempo; (ii) capacidad de coordinar con otras personas; (iii) capacidad de formar equipos o de integrar el equipo; y, (iv) orden y disciplina.

Webb y Maughan⁽¹³⁾ identifican 6 elementos del planeamiento:

a) Identificar, de ser posible, la duración del trabajo;

b) dividir el trabajo en bloques de actividades, identificadas en el tiempo (cronograma);

c) designar a los responsables de cada bloque de actividad (otros abogados, practicantes, mensajeros o el propio cliente), aunque en casos complejos (por ejemplo, multidisciplinarios) es importante que exista un «gerente» que asigne las responsabilidades;

d) asegurarse que los responsables de cada bloque han entendido perfectamente su tarea;

e) incluir fecha límite a cada bloque;

f) tener claro qué recursos se requieren para cada tarea (por ejemplo, fondos para copias registrales).

Los autores anteriores proponen el siguiente cuadro de trabajo:

Objetivo:				
Acción	Persona Responsable	Fecha terminación	Recursos necesarios	Monitoreado por

7.2. Plan de contingencia

Este aspecto de la implantación de la solución es importantísimo y pocos abogados cuentan con uno. Para eso, Webb y Maughan recomiendan preguntarse permanentemente lo que ya mencionamos al referirnos al análisis del riesgo: ¿qué puede ir mal? ¿Qué se puede hacer para prevenir el mal? ¿Cómo podemos arreglarlo si se produce? Y siempre tener una respuesta, siquiera preliminar, para esas contingencias.

8. Epílogo

Primero se ordena, después se imagina. Esa es la regla (y el secreto) de todo análisis jurídico serio, riguroso y creativo. Y, para eso, paciencia y disciplina. ¡Ah! y no olvidar, absténganse de redactar, si el problema no ha sido resuelto en su totalidad. Es una pérdida de tiempo.

(13) *Ibid.*; p. 135.