

La argumentación en una negociación y la importancia de la retórica

Luis Alberto Quilici C.

Universidad Católica de Santa Fé
Santa Fé - Argentina
derecho@ucsf.edu.ar

Resumen

Este trabajo aborda el papel del abogado como negociador-mediador para resolver conflictos en los ámbitos en que se desenvuelven, tomando como base la doctrina y filosofía que soporta sus fundamentos, donde el papel del juez, la objetividad y subjetividad, la "correcta decisión" y la equidad, son elementos trascendentales de análisis. El trabajo concluye analizando la esencia del abogado como negociador para lograr acuerdos más equitativos, mediante la regulación de los intereses de las partes.

Palabras clave: Argumentación, equidad, derecho, decisiones de la justicia.

Argumentation in Negotiation and the Importance of Rhetoric

Abstract

This report focuses on the lawyer's role as a negotiator-mediator in order to settle conflicts in areas in which they take place, using both the doctrine and philosophy that support its foundations, and where the judge's role, objectivity and subjectivity, the "right decision" and equity are transcendental elements of analysis. This report concludes by analyzing the lawyer's essence as a negotiator in order to reach more equitable agreements through the regulation of the interests of the parties involved.

Key words: Argumentation, equity, law, judicial decisions.

Recibido: 26-09-2004. Aceptado: 29-11-2004

Introducción

En este trabajo se analizaron las ASOCIACIONES REGIONALES de ESTADOS mas relevantes y en particular el Mercosur, como asimismo algunos tratados madre de esas instituciones (1), siguiendo el orden que se detalla a continuación:

Asociaciones Regionales de Estados

I. EI MERCOSUR

II. Solución pacífica de conflictos internacionales en los inicios del siglo XXI

III. Mecanismos jurídicos institucionales aplicables en el MERCOSUR para la solución de conflictos.

Fuentes jurídicas del MERCOSUR, según el Protocolo de Ouro Preto Reclamos de particulares en el acuerdo MERCOSUR actual.

IV. Otras Asociaciones Regionales que prevén mecanismos de solución de controversias:

- A) Corte Internacional de Justicia de La Haya (C.I.J.)
- B) UNCITRAL (CNUDMI)
- C) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)
- D) Comunidad de África Oriental (CAO)
- E) Sistema de resolución de disputas en el marco del GATT
- F) Nuevo sistema de resolución de disputas en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)
- G) Comunidad Andina
- H) Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (FTA - Free Trade Agreement)
- I) Caribbean Community (CARICOM)
- J) NAFTA (North American Free Trade Agreement)
- K) Unión Europea

Estos elementos con los que, desde la especial óptica sociológico-pedagógica de E. Morín (1999); tomando como modelo iusfilosófico un trabajo de Ch. Perelman sobre La Retórica (Perelman, 1988) y la opinión de E.H. Levi que plantea que: *“El razonamiento jurídico tiene una lógica específica y que su estructura se adapta a dar un sentido a la ambigüedad y a experimentar constantemente si la sociedad ha llegado a discernir diferencias o similitudes nuevas”*, han permitido hacer una aproximación de la importancia del abogado como negociador-mediador, lo cual corresponde y se explica en el siguiente punto: (Levi, 1998).

1. El abogado: negociador mediador

Una de las mas importantes conclusiones a las que se ha llegado sobre la función práctica -teleológicamente hablando- de la **“mediación y la negociación para resolver conflictos legales”** fue: **“lo que siquiera puede ser dicho, puede ser dicho claramente; y de lo que no se puede hablar hay que callar”** (“Was sich überhaupt sagen läßt, läßt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muß man schweigen”) (Wittgenstein, 1997).

El rol del abogado negociador-mediador, tal vez esté circunscrito a intervenir en “conflictos legales de entrecasa”, quedando su participación en cuestiones internacionales un tanto relegada al no menos importante papel de mero “asesor técnico” de un equipo.

En general, la metodología científica no podría elaborarse negando que existen criterios que permiten considerar como preferibles ciertas hipótesis, algunas teorías, determinada terminología y **“un cierto uso del lenguaje”**.

Los esquemas procesales en los que se forman los juristas; no siempre encuentran asidero iusfilosófico para su inmediata aplicación; unas veces unos deben ir adaptándose a los cambios que se producen en los ámbitos sociales para los que fueron diseñados, y otras, porqué no, serán éstos últimos los que habrán de adecuarse a las estructuras legales vigentes, y con el transcurso del tiempo, ambos evolucionarán hacia nuevos modelos de sociedad, con pautas axiológicas, teleológicas, o deónticas, diferentes.

De todos modos, es oportuno hacer la salvedad de que así como los "conflictos legales" en la órbita del Derecho Público, se diferencian de los de derecho privado, desde que en uno y otro se enfrentan sujetos que unas veces están en condiciones de igualdad jurídica, y en otras unos tienen supremacía sobre los otros, en asuntos que pertenecen a la esfera del derecho interno de cada Estado, la situación difiere de aquellas referentes a cuestiones internacionales.

Como dijera el Dr. Luis M. Díaz: *"En asuntos internacionales, es común la participación de terceras personas para mediar en los conflictos. En ocasiones son individuos de gran prestigio personal; en otras, son organizaciones civiles internacionales. También intervienen como mediadores, gobiernos de Países"*(2).

Así, ante la multiplicidad de caracteres humanos y la pluralidad de opiniones, el deber tradicional de los filósofos ha sido el de proporcionar una respuesta válida y objetivamente fundada, que se impusiera, estableciendo una jerarquía entre tales caracteres y enseñando **el verdadero sentido de las palabras**, para que, como propuso el profesor Wittgenstein, de lo que no se pueda hablar con claridad, lo mejor sea callar...

Multiplicidad de filosofías, entrañando infinidad de controversias y oponiéndose al común de los conocimientos científicos, llevó a un escepticismo creciente sobre el papel práctico de la razón, separando metodológicamente los juicios de realidad de los juicios de valor.

Por una parte, los juicios de realidad serían expresión de un conocimiento objetivo, empírico y racionalmente fundado, en tanto que los de valor serían irracionales, subjetivos y dependientes de las prenociones (*valores de sentido común, universalmente admitidos*), intereses y decisiones arbitrarias de individuos y grupos de todo tipo.

Esto redujo a la nada el papel y las esperanzas tradicionales de la filosofía, **"la solución de los conflictos concernientes quedaría abandonada a la práctica al juego de factores irracionales y,... por qué no, ...a la fuerza y a la violencia individual o colectiva.** (Perelman, 1988) negado también todo sentido a la noción de lo razonable, de manera que, como las expresiones "opción razonable", "decisión razonable", "acción razonable", no siendo sino racionalizaciones y falsos semblantes, haría que **las discusiones y las controversias** no pudiesen terminar si no fuera recurriendo a la fuerza, en que "la razón" del más fuerte es siempre la mejor (Perelman, 1988).

Entonces, la educación, la filosofía práctica, cualquiera fuera lo que aportasen a la ética, al derecho o a la política, solo serían ideologías y legitimación capciosa de las fuerzas y de los intereses en conflicto.

"Con el derrumbamiento de la filosofía práctica y la negación del valor de todo razonamiento práctico, todos los valores prácticos, tales como "la Justicia", "la Equidad", "el Bien Común" o "lo razonable" no serían más que palabras vacías, que cada cual podría llenar de sentido según sus intereses".

La filosofía de la posguerra, la reacción antipositivista, evidenció que las ciencias humanas, y las ciencias naturales, no pueden constituirse y progresar sin una visión del

mundo y una metodología, que presupongan juicios de valor implícitos o explícitos, para permitir concentrarse sobre lo esencial, importante, pertinente, fecundo o sencillo, descartando lo accidental, intrascendente, irrelevante, estéril o inútilmente complicado.

Toda investigación científica se inserta dentro de una **visión del mundo** y en una **metodología**; no se puede prescindir de juicios de valor ni de apreciaciones previas a cualquier teoría, a cualquier clasificación y a cualquier elaboración de una terminología apropiada; el rechazo de los juicios de valor al campo de lo arbitrio e irracional, priva, de todo fundamento, al edificio de la Ciencia, que garantizará los juicios de realidad cuya objetividad parecía la más asegurada.

Las Ciencias son el producto de la actividad científica, su metodología no podría elaborarse negando la existencia de criterios que permitan considerar como preferibles ciertas hipótesis, algunas teorías, determinada terminología y **“un cierto uso del lenguaje”**.

Creando que todo lo que concierne a los valores no es arbitrario, ni que los juicios de realidad son enteramente independientes de los valores, se tendría que descartar, como infundado, el foso establecido por el positivismo entre los juicios de realidad y los juicios de valor y, llegaríamos a la conclusión de que, **en el seno de un estudio general de los razonamientos prácticos, las consideraciones metodológicas hacen prevalecer en las ciencias unos modelos y unos criterios**. De manera que el razonamiento jurídico y la metodología propia de los diferentes sistemas de derecho se caracterizarían por otro tipo de consideraciones.

Si aceptáramos una posición como ésta, sería normal comenzar el **análisis práctico**, es decir, **la argumentación** que trata de justificar y de criticar las decisiones, mediante consideraciones de orden general, **sin perjuicio de elaborar a continuación metodologías particulares para cada una de las disciplinas**, indicando de qué modo **los fines** que persiguen permiten especificar y precisar los valores y criterios que parezcan mas apropiados a su realización.

De tal modo -siguiéndolo a Perelman-, **una teoría general de la argumentación, es decir, “una nueva retórica”** (“arte de buscar en cualquier situación los medios de persuasión disponibles”) (Aristóteles, 1942), concebida en su sentido más amplio, **parecería el paso previo de cualquier exposición consagrada al razonamiento jurídico**.

“El Derecho no tiene por objeto, como las ciencias positivas dentro de las cuales se pretenda absorberlo, el conocimiento de una realidad o de una verdad, que no hay más que registrar y analizar, sino la realización en las sociedades humanas de un orden tan equitativo como sea posible mediante la regulación de su organización y de su funcionamiento” (Perelman, 1988). Continúa: “únicamente puede cumplir esta función dando a los problemas concretos que esta organización y este funcionamiento plantean, soluciones que sean viables y adaptadas a las circunstancias”.

Esas soluciones no vienen dadas como algo completo, sino que tienen que intentar y reintentar incesantemente, en función de los cambios que sobrevienen y de los resultados que consigue observar.

A causa de sus mutuas incidencias, el derecho está obligado a coordinar estas soluciones entre sí, de manera que formen un conjunto lo más coherente posible. Y está obligado también a tomar formas diversas y condenado a una incesante puesta a punto. Pero de ello no se sigue que estas formas puedan ser arbitrarias.

El legislador y el juez podrán cuanto mas, "inventar" procedimientos ingeniosos o cómodos, conforme la instrucción o el ingenio de que dispongan, pero, en la puesta a punto y en práctica de los mismos, no tienen en absoluto libertad y bajo pena de causar daño a la sociedad que tienen a su cargo, están obligados, a respetar: **de una parte** la estructura, necesidades y aspiraciones de la sociedad y de sus miembros, su estado presente y las fuentes que ponen a su disposición su medio, y **de otra** las condiciones de su supervivencia y agotamiento.

Tienen que tener en cuenta una cierta naturaleza de las cosas y les llama al orden la experiencia, cuando se permiten desconocerla. Esa naturaleza se realiza por intermedio de una cultura, por lo que se presenta con aspectos diferentes y puede desarrollarse de modos muy diversos.

No por ello deja de tener sus primordiales leyes de estructura y de organización, que deben reencontrarse mas allá de todos estos aspectos y de todas estas modalidades.

El derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia:

1) una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra:

2) De orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conformes con lo que le parece justo y razonable.

Esta exigencia puede llegar a producir desacuerdos y tensiones: **Unos jueces, más sensibles a las consecuencias de sus decisiones**, han de ser **más sensibles a la equidad de la decisión**; mientras que **otros**, siendo **más sensibles a la coherencia del sistema que se debe salvaguardar**, lo serán **a su conformidad con el derecho**.

Cuando una solución se impone como la única equitativa, la insuficiencia de los motivos en que se funda no determina la casación. La Corte se esforzará entonces por sustituir los motivos del juez de fondo por una motivación más aceptable y, si no lo logra, se contentará con una motivación puramente aparente tal vez recurriendo a la ficción, esperando un momento mejor.

Se resignaría mal, con una **solución** que se **conformara con la letra de la ley**, y al mismo tiempo le pareciera **poco razonable** o **inaceptable** por **chocar con su sentido de la equidad**.

Las decisiones de la justicia deben satisfacer a **tres auditorios diferentes**, que son:

1. **Las partes en litigio**;
2. *los profesionales del derecho, y,*
3. La opinión pública, que se manifiesta a través de *la prensa* y de las *reacciones legislativas* que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales.

La búsqueda del consenso de auditorios diferentes da lugar a:

Una **Dialéctica** que en el derecho es muy frecuente y que -es cierto- se produce a través de justificaciones de todo tipo, de orden social, moral, económico, político y propiamente jurídico, que suministrarán los mismos partidarios de las tesis en debate.

El **juez** deberá apreciar el valor de los argumentos, utilizados por las partes que llevan a soluciones contrapuestas. Debiéndose siempre guardar de dar una decisión puramente subjetiva, que sería inconcebible si la lógica jurídica fuera una lógica formal aplicada al derecho y se propusiera demostrar una conclusión a partir de premisas supuestamente verdaderas.

La lógica judicial se centra enteramente sobre la idea de adhesión y no sobre la idea de la verdad (3). Lo que el abogado trata de ganar con su informe es la adhesión del juez. Y sólo puede obtenerla mostrándole que tal adhesión está justificada, porque la aprobarán las instancias superiores y la opinión pública. **Para conseguir sus fines, el abogado no partirá desde unas verdades (los axiomas) hacia otras verdades a demostrar (los teoremas), sino de unos ACUERDOS PREVIOS hacia la adhesión a obtener.**

El peligro de la decisión subjetiva del Magistrado, se reduce ostensiblemente cuando quien decide es un órgano colegiado, en tanto que el **mediador** como el **árbitro** pueden llegar a obviar, logrando el **ACUERDO PREVIO** de partes.

Estos acuerdos previos han de recaer ante todo, sobre los hechos, mientras no sean discutidos. Después, sobre **las presunciones**, mientras no sean invertidas. Más tarde, sobre **los valores**, las jerarquías de valores y los lugares comunes reconocidos en una sociedad dada. **Por último**, sobre **la existencia y la interpretación de las reglas de derecho** a partir de **los textos legales** y de **la jurisprudencia**.

Quando todos estos elementos conducen a unas mismas conclusiones, las probabilidades de que un litigio llegue a los tribunales son pocas, salvo que se trate de un simulacro de proceso destinado en realidad a ganar tiempo. El proceso normal se produce por que los elementos de hecho o los de derecho, o los dos, se encuentran controvertidos y los acuerdos previos no conducen de manera unívoca a la solución preconizada por una u otra parte. Como los abogados de cada parte harán valer todos los argumentos de que dispongan para mostrar la superioridad de la causa que les ha sido confiada, será el juez a fin de cuentas, tras haber comparado las soluciones presentadas y las objeciones que se les han opuesto, quien tomará la decisión que le parezca a la vez más equitativa y más conforme con el derecho en vigor (Perelman, 1988: 229).

La argumentación se desarrolla a partir de **acuerdos previos**. La partida será siempre más fácil para aquél cuya argumentación esté favorecida por presunciones o por precedentes, pues de este modo se insertan más fácilmente en el orden jurídico.

Los acuerdos previos, frecuentemente en el curso de un proceso, ni desaparecen ni se modifican. Lo más probable será que las partes se limiten a precisarlos o reinterpretarlos. Sólo de encontrarse con acuerdos manifiestamente incompatibles puede surgir en el litigio el problema de su reajuste.

Los cambios de opinión que llevan a una transformación de los cuadros en los cuales se desarrollan los debates judiciales lo mas frecuente es que se operen lentamente, fuera del tribunal, en la sociedad misma. Los debates políticos y filosóficos y las construcciones doctrinales de los juristas contribuyen a estos cambios fundamentales, que resultan de esfuerzos continuos de conciliación entre las exigencias del derecho y las de la equidad, entre las necesidades de estabilidad y la adaptación a nuevas situaciones, entre la salvaguarda de los valores y la de las instituciones. Y de una manera mas fundamental para la lógica, los debates se referirán al papel del juez en la aplicación y en la creación del derecho (Perelman, 1988: 230).

Es probable que el juez llegue a creerse obligado, al menos formalmente, a conformarse estrictamente con la letra de la ley o bien con la voluntad del legislador que la ha votado, **o bien**, participando del parecer de que no todo el derecho está en la ley, **a reconocer que su papel es conciliar el derecho con la equidad**.

El derecho tiene una función social que cumplir, por ello es que no se le pueda concebir, de manera realista, sin hacer referencia a la sociedad que debe regir. El derecho en todas

sus manifestaciones, se inserta en el medio social; la sociología del derecho adquiere una importancia creciente.

En una sociedad democrática, no se puede mantener la visión positivista de que el derecho es nada más que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. **Y en esos términos, el derecho no debe ser sino aceptado, mas nunca impuesto por medio de la coacción.**

Los poderes no emanan de Dios, sino de la nación, a ésta deben rendir cuentas los que los ejercen en su nombre.

El papel del Estado y de las relaciones establecidas y deseables entre el poder y aquellos sobre los que se ejerce, es indisociable con una visión del derecho y del lugar que ocupa en la sociedad.

Los jueces habrán de decir el derecho, de una manera "conforme con la voluntad de la nación", creer que las leyes deben ser interpretadas siempre, conforme a **"la voluntad del legislador que las votó"** actualmente es un prejuicio, y como tal "irritante"...

Para evitar toda arbitrariedad en esta materia a veces hay que presumir, **recurriendo a una ficción**, que el legislador actual tiene la misma voluntad que el legislador pretérito.

Y cuando haya buenas razones para creer que el legislador actual no compartirá los puntos de vista del legislador anterior (y esto es tanto más probable cuanto más profunda alteración hayan experimentado las circunstancias en que la ley se votó) al tratar de ajustarse a la voluntad de la nación, **el juez se ajustará en último término a la voluntad presumida del legislador actual.**

Nada se opone a que el razonamiento judicial se presente bajo la forma de un silogismo, lo que no garantiza en absoluto el valor de la conclusión.

Si ésta es socialmente inaceptable, es que las premisas han sido aceptadas "a la ligera".

El juez debe efectuar el arbitraje de unos y otros para tomar una decisión y motivarla. Ocurre muchas veces que la decisión la dictan consideraciones extrajurídicas, y que la motivación que inserta el juicio dentro del sistema de derecho en vigor, sólo sobreviene después.

No siempre ocurre así. Cabe que la imposibilidad de motivar de manera satisfactoria la decisión que le hubiera gustado tomar en un primer momento obliga al juez a repensar los elementos del problema y a revisar el anterior juicio.

La dialéctica así instaurada entre los motivos y el fallo, en la medida en que parecen difíciles de conciliar, conducirá a veces cuando los elementos sistemáticos ganan la partida, a revisar la solución primitiva para hacerla conforme con las exigencias del derecho, y otras veces, al contrario, resultará modificada la interpretación de las reglas y asistiremos a un cambio de jurisprudencia, con frecuencia anunciado por construcciones doctrinales previas.

Hay casos en verdad excepcionales, en que el juez sólo puede mantener la decisión que le parece que se impone, recurriendo a una ficción en la calificación de los hechos o en la motivación del juicio.

El recurso a la ficción crea siempre un malestar. Revela que la realidad jurídica y las

normas de derecho en vigor demuestran una inadaptación a las exigencias sociales y que hay que proceder a su modificación, si es posible por vía legislativa.

La lógica jurídica, se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad.

Del análisis de lo antedicho, se desprende que, uno de los principales aspectos que han de otorgarle solidez a un **proceso de integración regional o subregional** residirá en la incorporación de **mecanismos de solución de controversias**, y en ellos el dominio de la lógica jurídica, la retórica, han de desempeñar un papel fundamental en los acuerdos que se pretendan alcanzar, dentro de las pautas y normas a que las partes hayan de tener que atenerse.

1. Información, conocimiento, sabiduría

“En La información se pierde conocimiento, en El conocimiento, se pierde sabiduría”.

Mas allá del desafío de lo global y de lo complejo se oculta otro desafío, el de la expansión del saber. El crecimiento ininterrumpido de los conocimientos edifica una gigantesca torre de Babel, en donde zumban lenguajes discordantes. La torre nos domina porque no podemos dominar nuestros saberes.

El conocimiento es tal, solo en tanto es organización, relación y contextualización de la información. La información constituye parcelas de saberes dispersos. En todas partes, en las ciencias y en los medios de comunicación, estamos sumergidos en información. El especialista de la disciplina mas restringida ni siquiera puede llegar a conocer las informaciones de su campo. Cada vez más, la gigantesca proliferación de conocimientos escapa al control humano.

Además, los conocimientos fragmentarios no sirven para otra cosa que no sean usos técnicos. No llegan a conjugarse para alimentar un pensamiento que pueda considerar la situación humana, en la vida, en la tierra, en el mundo, y que pueda afrontar los grandes desafíos de nuestro tiempo. No logramos integrar nuestros conocimientos para la conducta de nuestras vidas.

A menudo, el esquema mental de abogado adquirido en esa suerte de “La Escuela Primaria” de la carrera del jurista científico, es insuficiente para abarcar el amplio campo jurídico en el que tienen lugar infinidad de relaciones de derecho que se producen actualmente tanto en la mas pequeña comunidad de un también pequeño Estado, como en las grandes urbes de los Estados mas poderosos del planeta.

Para pensar localmente hay que pensar globalmente, de la misma manera que, para pensar globalmente hay que saber, también, pensar localmente.

Una de las mayores dificultades para pensar el Estado-Nación reside en su carácter complejo. En efecto, el Estado Nación acabado es un ser al mismo tiempo territorial, político, social, cultural, histórico, mítico y religioso.

El Estado es un “aparato” que dispone de aparatos que funcionan como apéndices (el ejército, la policía, la justicia, eventualmente la Iglesia) (4).

2. Globalidad -Complejidad

En el esquema de los procedimientos para resolver conflictos jurídicos efectivos o eventuales en las "nuevas fronteras" en que los mismos se producen mas allá de los límites territoriales, y que involucran no sólo a Estados o particulares entre ellos, sino que además son previsible infinitud de relaciones entre una gama muy diversa de sujetos de derecho, tanto público como privado, nacional, internacional, regional, subregional, universal, etc., es obvio que se está frente a fenómenos principalmente propios de este siglo, en mayor medida sobre todo, de la segunda mitad del mismo, particularmente, de las últimas décadas.

La **Universidad** actual, forma en todo el mundo una proporción demasiado grande de "especialistas" en disciplinas predeterminadas y, por esto, artificialmente limitadas, en tanto que una gran parte de las actividades sociales, como el mismo desarrollo de la ciencia, necesita hombres capaces tanto de mantener un punto de vista más amplio como de centrarse profundamente en los problemas y progresos nuevos que transgredan las fronteras históricas de las disciplinas.

Existe una falta de adecuación cada vez mas amplia, profunda y grave entre los distintos saberes disociados, parcelados, compartimentados entre disciplinas y, por otra parte, realidades o problemas cada vez mas pluridisciplinarios, transversales, multidimensionales, transnacionales, globales, planetarios.

En esa situación se vuelven invisibles:

- Los conjuntos complejos,
- las interacciones y retroacciones entre partes y todo,
- las entidades multidimensionales,
- los problemas esenciales.

Y precisamente esa hiperespecialización **...es decir, la especialización que se encierra en ella misma sin permitir su integración en una problemática global o en una concepción de conjunto del objeto del que solo considera un aspecto o una parte**, impide ver lo global (que fragmenta en parcelas)y lo esencial (que disuelve).

Los problemas esenciales nunca son fragmentarios y los problemas globales son cada vez mas esenciales. Además, todos los problemas particulares no pueden plantearse y pensarse correctamente si no es en su contexto, y este debe plantearse cada vez más en el contexto planetario.

Al mismo tiempo, la parcelación de las disciplinas hace imposible aprehender "lo que está tejido junto" es decir, según el sentido original del término, **lo complejo**.

El desafío de la globalidad es, por lo tanto, al mismo tiempo el desafío de La complejidad.

En efecto, existe complejidad cuando no se pueden separar los componentes diferentes que constituyen un todo (como lo económico, lo político, lo sociológico, lo psicológico, lo afectivo, lo mitológico) y cuando existe tejido interdependiente, interactivo e

interretroactivo entre las partes y el todo, el todo y las partes.

Los desarrollos de este siglo; de esta "era planetaria" enfrentan cada vez más y con mayor frecuencia y de manera cada vez más ineluctable, con los desafíos de la complejidad.

"El enfoque reduccionista, que consiste en remitirse a una sola serie de factores para solucionar la totalidad de los problemas planteados por la crisis multiforme que atravesamos actualmente, es menos una solución, que un problema" (5).

La inteligencia, no sabiendo mas que separar, termina rompiendo lo complejo del mundo en fragmentos disociados, fracciona los problemas, convierte lo multidimensional en unidimensional.

Las posibilidades de comprensión y de reflexión, se atrofian, con lo que se eliminan también las posibilidades de un juicio correctivo de una visión a largo plazo.

Y esa insuficiencia para tratar los problemas más graves, constituye uno de los mas grandes que se enfrentan; pues cuanto éstos más multidimensionales se vuelven, más incapaz se es de pensar su multidimensionalidad; cuanto más progresa la crisis, más progresa la incapacidad para pensar la crisis; cuanto más globales se vuelven los problemas, menos se piensa en ellos. Una inteligencia incapaz de encarar el contexto y el complejo global, en su ceguera acaba volviéndose inconsciente e irresponsable.

Los desarrollos disciplinarios de las ciencias, aportaron las ventajas de la división del trabajo, pero también aportaron los inconvenientes de la **superespecialización**, del **enclaustramiento** y de la **fragmentación del saber**. Produjeron ignorancia y ceguera y no solo conocimiento y elucidación,.

En lugar de oponer correctivos a estos desenvolvimientos, nuestro sistema de enseñanza los obedece. Se nos enseña **desde las primeras letras** a aislar los objetos (de su entorno), a separar las disciplinas (mas que a reconocer sus solidaridades), a desunir los problemas, mas que a vincularlos e integrarlos. Se induce a reducir lo complejo a lo simple, es decir, a separar lo que está unido, a descomponer y no a recomponer, a eliminar todo lo que le aporta desorden o contradicciones al entendimiento.

El pensamiento que recorta y aísla permite que los especialistas y expertos sean muy buenos en sus compartimentos y que cooperen con eficacia en sectores de conocimiento no complejos, especialmente en los que se relacionan con el funcionamiento de las máquinas artificiales. Pero la lógica a la que obedecen extiende sobre la sociedad y las relaciones humanas las restricciones y los mecanismos inhumanos de la máquina artificial y su visión determinista, mecanicista, cuantitativa y formalista, ignora, oculta o disuelve todo lo que es subjetivo, afectivo, libre, creador (Morin, 1999: 15).

A resultas de esto, las mentes jóvenes progresivamente y a través de los sucesivos ciclos educativos, van perdiendo sus aptitudes naturales para contextualizar saberes e integrarlos en los conjuntos a los que pertenecen.

El conocimiento pertinente, es el capaz de situar toda información en su contexto y, de ser posible, en el conjunto en el que ésta se inscribe. El conocimiento, debe progresar principalmente por la capacidad para contextualizar y totalizar, nunca por sofisticación, formalización y abstracción.

La ciencia humana mas sofisticada y mas formalizada, es la ciencia económica. Pero, **los economistas ni siquiera son capaces de ponerse de acuerdo en sus predicciones, a menudo erróneas**. Es que la ciencia económica se aisló de las otras dimensiones

humanas y sociales que son inseparables de ella.

Como dijo Fitoussi, "hoy, muchos disfuncionamientos proceden de una falla de la política económica: el rechazo a afrontar la complejidad" (Fitoussi, 1995).

La ciencia económica no es capaz de encarar lo no cuantificable: las pasiones y necesidades humanas.

La economía es la ciencia **más avanzada desde el punto de vista matemático y simultáneamente la más atrasada desde el punto de vista humano**. Hayek lo había dicho: "*Nadie que sea sólo un economista puede ser un gran economista*". Y agregaba que "*un economista que no es más que economista se convierte en alguien perjudicial y puede constituir un verdadero peligro*" (Morin, 1999:16).

Considerando que la aptitud para contextualizar e integrar es una cualidad fundamental del pensamiento humano que debe desarrollarse antes que atrofiar, hay que atender el problema de la enseñanza, a partir de la consideración de los efectos cada vez más graves de la compartimentación de los saberes por una parte y de la incapacidad para articularlos entre sí, por otra.

La lógica jurídica está ligada con la idea que nosotros nos hacemos del Derecho y se adapta a ella. Por esta razón la reflexión sobre la evolución del Derecho parece necesariamente previa respecto del examen de las técnicas y razonamientos propios de esta disciplina que los juristas califican tradicionalmente como lógica jurídica.

Precisamente porque es casi siempre controvertido, el razonamiento jurídico, frente al razonamiento deductivo puramente formal, solo muy raramente puede ser considerado como *correcto* o *incorrecto* de una manera que sea por decirlo así impersonal.

Quien está encargado de tomar en Derecho una decisión, sea legislador, magistrado o funcionario, debe asumir su responsabilidad. ...son raras las situaciones en que las buenas razones que militan a favor de una solución, no queden contrabalanceadas por las razones que militan a favor de una solución diferente."

El paso previo de cualquier exposición consagrada al razonamiento jurídico parecería ser "una nueva retórica", es decir: ese "arte de buscar en cualquier situación los medios de persuasión disponibles", concebido en su sentido más amplio, acorde las situaciones a que deban enfrentarse, en nuestro caso: "terceros" que genéricamente llamamos "negociadores".

A diferencia del Legislador y del Juez, esos "terceros" podrán siempre "inventar" procedimientos mas o menos ingeniosos o cómodos, según la imaginación que posean, y ponerlos a punto y en práctica, en lo que los primeros carecen de libertad y donde por ende, deben obligatoriamente respetar: tanto La Estructura, Necesidades y Aspiraciones de la sociedad y de sus miembros, su estado presente y las fuentes que ponen a su disposición su medio, como las condiciones de su supervivencia y agotamiento.

4. Conclusiones

El negociador no tiene por objeto, sino la realización en las relaciones humanas, de un acuerdo tan equitativo como sea posible mediante la regulación de los intereses de las partes entre las que le quepa "interceder", sea mediando, arbitrando, o "Negociando".

Para ello tendrá que tener en cuenta también, una cierta Naturaleza de las cosas ya que, igual que a los Magistrados habrá de llamarlo al orden la experiencia, si se permitiera desconocerla. Esa naturaleza que se presenta con aspectos diferentes pudiendo desarrollarse de modos muy diversos, se realiza por intermedio de una **cultura**.

El derecho, no por ello deja de tener sus primordiales Leyes de Estructura y de Organización, que deben reencontrarse mas allá de estos aspectos y de todas estas modalidades.

Así como se ha expuesto, el derecho se desarrolla equilibrando una exigencia de orden sistemático, en la elaboración de un orden jurídico coherente, por una parte, y otra de orden pragmático, en la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, ya que en definitiva han de ser conformes con lo que parezca justo y razonable.

Uno de los mejores métodos para evitar controversias en torno de negocios y contratos internacionales, consiste en una adecuada elaboración de los instrumentos de los acuerdos en la forma más sencilla y clara posible para las partes, sin perjuicio de una precisa descripción de los elementos técnicos de los mismos.

Para esto es fundamental la etapa previa al acuerdo, es decir, **la negociación**.

De ella habrán de valerse tanto los árbitros, los mediadores, los panelistas, como todo otro "tercero" que actuando como una suerte de "subrogante", sustituya la función Jurisdiccional propia de Magistrados, a través de un procedimiento "parajudicial", para alcanzar un acuerdo entre partes, que sobre todo evite conflictos que éstas deberían si no, resolver judicialmente.

Una negociación, a primera vista, sería exitosa si se llegasen a obtener los objetivos buscados, pero un análisis más profundo permite concluir que existen otros elementos para considerarla óptima.

Es importante que los acuerdos resguarden las relaciones de las partes a nivel personal y mejor aún, las desarrollen. Siempre es interesante recordar que los negocios mejores en el comercio internacional son los que se desarrollan en base a una continuidad. Asimismo, la equidad, como valor de equilibrio en la distribución de derechos y obligaciones, beneficios y riesgos a asumir, al ser considerada, otorga seguridad para el cumplimiento del acuerdo a largo plazo.

En las negociaciones, las relaciones personales constituyen un área a resguardar al celebrar un acuerdo, al interpretarlo o bien para resolver un conflicto; ES IMPORTANTE: 1) Separar el problema de las personas, 2) Definir los intereses, 3) Generar opciones y 4) Utilizar criterios objetivos para arribar a un acuerdo. Es también muy importante el conocimiento personal entre las partes; en el Mercosur se hablan idiomas distintos que deben ser estudiados por todos aquellos a quienes les vaya a tocar la tarea de interceder entre quienes tengan esa diferencia: por un lado, en Paraguay y algunas provincias Argentinas se habla el guaraní; por otro, no son lo mismo el español y el portugués, por mas sutil que la diferencia pueda parecer, al tratarse de lenguas de raíz común: El Latín... e incluso que actualmente se estén "fusionando" a través del llamado "portuñol".

Un buen acuerdo debe crear la conciencia compartida de ventajas recíprocas, difícilmente obtenibles individualmente por las partes.

En el planeamiento estratégico de una negociación, una adecuada argumentación permitirá encarar las diversas negociaciones que se efectúen con unidad de criterio.

Negociar es una técnica que debe aprenderse. Debiera fomentarse la enseñanza de técnicas de negociación como método efectivo para aplicar el denominado "Derecho Preventivo".

En ese sentido, es vital la elección de un buen negociador para celebrar un contrato, discutiendo sus condiciones; tal negociador deberá desempeñarse en un triple ámbito de relaciones: con su superior jerárquico, con su equipo y con las contrapartes.

Un modelo a tener en cuenta nos lo da el NAFTA, cuando establece que "Los panelistas" serán elegidos de una lista de treinta designada por consenso, quienes "deberán ser **expertos en derecho**, en **comercio internacional** o en **la solución de controversias vinculadas con éste**, elegidos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio, y con la condición que sean independientes, desvinculados de las partes ni susceptibles de recibir instrucciones de las mismas".

El Mercosur ofrece perspectivas para formar negociadores en las discusiones intra-Mercosur y luego, presentarse en forma conjunta ante terceros países, bloques de países o foros internacionales, coordinando posiciones, aspectos éstos que el Tratado de Asunción prevé expresamente en su art. 1º.

De los acuerdos intrarregionales y de la solución de conflictos se pueden inferir conclusiones e identificar objetivos comunes para negociaciones externas; es decir, se requiere ante todo formar instrumentadores en el Mercosur, una categoría de profesionales ya necesaria en un mundo en que habrán de prevalecer cada vez más los negocios internacionales, ante un proceso de comercio internacional regulado (como el actual), constituyendo esa capacitación un elemento decisivo en el predominio de bloques o Estados determinados.

Esa búsqueda del consenso de auditorios diferentes llevará a quien le corresponda a:

Recurrir a esa dialéctica muy frecuente en el derecho y que ha de "echar mano" a todo tipo de justificaciones, que sin apartarse del ordenamiento jurídico vigente, satisfagan a las partes en disputa.

Llegado el caso de quebrantarse lo convenido será un Juez quien aprecie los argumentos invocados por las partes. Debiendo dar una decisión atendida a la lógica jurídica, ceñida en todo caso a los "Principios Generales del Derecho", y más allá de ello a las peticiones.

Esa lógica judicial habrá de centrarse enteramente sobre la idea de adhesión y no sobre la de la verdad. Lo que las partes entonces tratarán de ganar será la adhesión del Juez. Lo que sólo podrán obtener mostrándole lo justificado de su adhesión.

Para conseguir sus fines, no partirán de los axiomas hacia los teoremas, sino de esos ACUERDOS PREVIOS que pretendan hacer respetar.

Esos **ACUERDOS PREVIOS** de partes logrados, habrán de recaer ante todo, sobre **los hechos**, sobre **las presunciones**, y sobre **los valores**. También, por supuesto, sobre **la existencia y la interpretación de las reglas de derecho** a partir de **los textos legales** y de **la jurisprudencia**.

Si todos estos elementos conducen a unas mismas conclusiones, las probabilidades de que un litigio llegue a los tribunales serán pocas. El proceso normal se producirá cuando los elementos de hecho, los de derecho, o ambos, se encuentren controvertidos y esos acuerdos previos no puedan entonces conducir unívocamente a la solución acordada por

las partes, y entonces sí será el juez quien, luego de comparar las soluciones presentadas y las objeciones opuestas, habrá de tomar la decisión más equitativa y más conforme con el derecho en vigor.

Notas

1) Mecanismos jurídicos institucionales aplicables en el Mercosur para la solución de conflictos. Fuentes jurídicas del Mercosur, según el Protocolo de Ouro Preto. Reclamos de particulares en el acuerdo Mercosur actual. Mecanismos de solución de controversias Previstos en otras Asociaciones Regionales.

2) DÍAZ, Luis M.; Director mexicano del Centro de Resolución de Controversias México-Estados Unidos; desarrolló el tema "Mediación y Negociación" en el XXVI Curso de Derecho Interamericano organizado por el C.J.I. de la O.E.A. en Agosto/1999 en Río de Janeiro.-

3) Extraído de la traducción de la revista *La logique judiciaire et l'avocat*, "La logique judiciaire", Paris Presses universitaires de France, 1969, p. 94 - Citado por Perelman;. Op. Cit. pag. 229.-

4) MORIN, Edgar Op. Cit. Pág. 16. Remite a "**La Méthode**", t. I: **La Nature de la nature**, Ed. Du Seuil, "**Points Essais**" N° 123, remite a su análisis de la noción de aparato (239-247) y del Estado aparato (239-249).

5) Ver: *Cri d'alarme pour le 21ème siècle. Dialogue entre Daisaku Ikeda y Aurelio Peccei*, PUF, 1986; citado por Morin, Edgar "La Cabeza Bien Puesta" -Bases para una reforma educativa- pág. 14; Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, República Argentina, 1999.-

Lista de Referencias

1. ARISTÓTELES. **Retórica**, I. Buenos Aires. Ediciones Universitarias. 1942.
2. BLOCH, Roberto - Daniel O. Iglesias **Solución de controversias en el Mercosur**. Buenos Aires. Ed. AD-HOC S.R.L. 1995.
3. FITOUSSI, J.P. **Le Débat interdit: monnaie, Europe, pauvreté**, Arléa frane. 1995.
4. LEVI, E.H. **An introduction to Legal Reasoning**. Chicago. The University of Chicago Press. 1998.
5. MORIN, Edgar. **La cabeza bien puesta**, trad. Paula Mahler. Buenos Aires. Eds. Nueva Visión SAIC. 1999.
6. PERELMAN, Ch. **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**. Trad. Luis Díaz-Picazo. Madrid.. Ed. CIVITAS. 1988.
7. POLLARD, Duke. "*Institutional Development in CARICOM since 1973*". En: **Caricom Perspective**; June. 1996.
8. TRATADO DE ASUNCIÓN DE 1991. En www.mercosur.com. Fecha de consulta: 22-1-1999.
9. WITTGENSTEIN, Lüdwig. **Tractatus Logico-Philosophicus** trad. J. Muñoz, I. Reguera. Madrid. Alianza Edit. 1997.