

Título: La cuantificación del daño en procesos autocompositivos

Autor: Di Pietro, María Cristina

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/DOC/1172/2020

Sumario: I. La mediación y la conciliación jurídicas: procesos autónomos que coadyuvan con el juicio.— II. Por qué y para qué la prueba en procesos autocompositivos.— III. Pruebas Parámetro. Cómo cuantificar los daños según la valoración de las pruebas disponibles.

(\*)

### Introducción

Abordar la solución en temas de daños y perjuicios, a través de métodos hetero como autocompositivos, requiere atender en principio cinco aspectos sustanciales. Cuatro de fondo: la existencia del daño; su especie o tipo; la adjudicación de responsabilidad; la cuantificación. Canalizados todos en un quinto aspecto: la prueba de los anteriores.

A través del cálculo costo-beneficio es posible medirla ya que tendrá objetivos y efectos distintos: en el juicio operará según mayor sustento y eficacia otorgados, permitiendo dirimir a favor del derecho de uno u otro; se intentará con fuerza de alegato frente al conciliador antes que dirima; y en mediación/negociación servirá para sostén —y persuasión— influenciando en la convicción del oponente respecto a cuántos y de qué nivel son los recursos propios que le permitirán mayor ganancia o éxito en juicio; sirviendo ello, por ende, para evaluar si se ingresa o no en el proceso judicial.

Necesario resulta aclarar el lugar que ocupa la verdad en relación con la prueba dentro del contexto autocompartido. Porque no trataremos su relevancia o irrelevancia, tema de considerable atención en ideologías y filosofías que la abordan enfocada al proceso judicial [\(1\)](#). Ello así, por cuanto la verdad de los hechos narrados por los involucrados en el conflicto y escuchados por los terceros coadyuvantes, no es el objetivo de los procesos autocompositivos ni tampoco elemento sustancial.

Es que los hechos se traducen en narrativa diferente o divergente según quien los relata; adquiriendo máxima diferencia en boca de los abogados. Con solo concientizar esta realidad, se advierte el porqué del innecesario planteo acerca de la verdad, que en procesos sin iurisdicción, giraría sin fin a modo de las ordalías más benévolas que otorgaban triunfo sin violencia física. Estos relatos verbales que insistieran en encontrar la verdad desde los procesos de avenimiento, se transformarían, sin embargo, en un tipo de violencia psíquica, viciados por el hartazgo y resultando vencido el que menos paciencia mostró en soportar reiteraciones en calesita. Sumando —para peor destino— al inagotable círculo de la historia de reiteraciones renovadas, el argumento del fuerte versus el débil.

En el contexto de la autocomposición, son las partes las que deciden si de la conjunción de los hechos relatados y sustentados con pruebas partidarias, les conviene o no dar solución por sí a la controversia o avanzar hacia la que otorgue el juzgador. Son los partícipes del conflicto quienes excluyen o incluyen hechos y pruebas; y quienes decidirán animados, no en la verdad, sino en la certeza que cada uno obtenga desde su estado de subjetividad (referido a su psicología). La certeza que hará a la convicción y decisión en consecuencia, dependerá del grado de intensidad del convencimiento que cada sujeto adquiera por sí a través de información y de los elementos de prueba que tenga o crea tener, y también por el grado de influencia —forma de poder— que consiga ejercer el sujeto de contraria postura. Es decir, la decisión autocompuesta no depende de la verdad, sino que se basa en las preferencias y en la idiosincrasia de los actores particulares.

El tema convocante —cuantificación del daño en procesos jurídicos autocompositivos— impone, asimismo, 1. adecuar el marco jurídico conceptual; puntualizar por qué decimos que la mediación y la conciliación jurídicas son procesos autónomos —aunque se incluyan entre paréntesis en otros litigiosos con los que coadyuvan— con específicas funciones de abogados y neutrales; 2. para luego sostener el por qué y para qué de la prueba en ellos. 3. Seguidamente en casos de daños, cómo, con qué herramientas cuantificar.

### I. La mediación y la conciliación jurídicas: procesos autónomos que coadyuvan con el juicio

I.1. La mediación jurídica y la conciliación judicial —previas o intraprocesales—, son métodos jurídicos que requieren de procesos definidos para la autocomposición. Intervienen en el conflicto planteado judicial o extrajudicialmente ordenando, gerenciando, organizando, generando el proceso de negociación de las partes. Son por tanto procesos dúctiles, flexibles —más la mediación— pero no informales, que intentan detener el proceso judicial o evitar la instancia del juicio. Se conducen a través de ejes procesales bien definidos. Los procesos de negociación —inserto en los otros dos—, de mediación, de conciliación, tienen hoy estructuras básicas, planificadas, tecnificadas racional y también electrónicamente [\(2\)](#). Requieren de profesionales con

conocimiento jurídico en los temas de fondo y del dominio de formas jurídicas hetero y autocompositivas, como de una estrategia que genere y sostenga una negociación operativa entre oponentes (3).

Tanto es así, que la combinación de estos métodos de avenimiento —v.gr., mediación-conciliación— conforma la llamada etapa o instancia previa o preliminar al juicio, desarrolladas en ámbitos jurisdiccionales en provincias que adhieren a modelos anexados a tribunales (4) y contemplada en el anteproyecto de reforma del Cód. Proc. Civ. y Com. —Libro Segundo, Cap. 5 art. 427, inc. c; Cap. 6, art. 428, inc. c—. Implican instancias judicializadas o con impacto directo en la prevención del pleito que intentan bloquear.

I.2. Entendemos por mediación jurídica al proceso de negociación desarrollado con la asistencia y orientación de un tercero experto en leyes carente de jurisdicción, estando las partes asistidas por sus abogados, con manifiesta intención y voluntad de enmarcar y subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos, a efectos de lograr en su caso, la conformidad y validación judicial. Convirtiéndose así esta especie de mediación, en un verdadero equivalente o concurrente jurisdiccional, tal como lo refiriera Carnelutti (5).

La mediación jurídica puede ser judicial o extrajudicial, dependiendo de la judicialización previa del conflicto y del ámbito en donde se desarrolle. Es convocada cuando las partes enmarcan a su conflicto dentro del Derecho, eligiendo a la par del proceso de solución —mediación, conciliación o al mixto med.-conc. (6)—, al neutral abogado conforme el tipo de solución acordada que requieren para ellas (7).

La mediación jurídica extrajudicial puede realizarse en dependencias públicas o privadas, a veces fuera de ámbito jurisdiccional y no conectado a él (8). La mediación jurídica judicial es convocada y se desarrolla en centros judiciales de mediación.

En la Argentina la diferencia entre mediación y conciliación tiene relación con el rol y el ámbito de actuación del sujeto neutral en cada proceso. Máxime si el conciliador ocupará luego la función de juzgador; reduciendo ello ostensiblemente el nivel y calidad comunicacional con las partes. Teniendo en este caso poder jurisdiccional en inversa proporción a su poder de comunicación conciliadora. En el mediador la fórmula se invierte ya que, por la tipicidad de su función logra alto nivel de comunicación —y por ende de confianza— en contextos de confidencialidad, asumiendo mayor autoridad autocomponedora.

En consecuencia, el sujeto con mayor fortaleza en estos procesos es el abogado de parte, quien diagrama la estrategia como negociador en el ámbito autocompositivo y litigante después, trazando, sin embargo, caminos de ida y vuelta.

Las nuevas formas jurídicas o su novedoso abordaje, requieren de un requisito sustancial con antecedente secular: el cambio de mentalidad (9) o como bien lo define Masciotra, los cambios y adaptaciones "... más que un problema de leyes son un problema de hombres"(10).

"El Derecho de una determinada sociedad es, en parte, lo que los juristas (en especial, los jueces) creen que es. Esta aseveración puede parecer provocativa... para los que piensen que es una obviedad, recordar las sabias palabras de Wittgenstein (1958: 76) (11): En filosofía, la dificultad estriba en no decir más de lo que sabemos".

En ese entorno "... aunque proceso y mediación (incluimos nosotros a la negociación y a la conciliación) suelen ponerse como dos mecanismos contrapuestos o 'en competencia'... existe entre ellos una relación de dependencia mutua... La mejor forma de generar un incentivo para que las partes lleguen a un acuerdo sobre su conflicto es promoviéndolo a través del diseño de un proceso que sea un medio efectivo y real de realización de dichos acuerdos...". No se trata "de presentar a los medios autocompositivos como una competencia del proceso, sino como dos medios interdependientes que cumplen un papel relevante en la protección de los derechos, donde el éxito de uno depende de la eficacia del otro... En la autocomposición estando las dos partes, titulares de los derechos frente a frente, lo pueden todo..."(12).

## II. Por qué y para qué la prueba en procesos autocompositivos

II.1. El Código Civil y Comercial como la proyectada legislación procesal (13) prescriben la solución integral de diferendos teniendo en mira los principios de solidaridad y de colaboración (14); adhieren a sistemas o modelos de justicia que pretenden trascender fórmulas prescriptivas o compositivas que aborden solo derechos o solo intereses de las partes; enfocando —incluso imponiendo— la actitud cooperativa entre ellas para una adecuada situación de sus derechos y preparación del proceso destinado a aportar solución a los conflictos. Instan soluciones integrales construidas desde la autocomposición, que de no lograrse acote la instancia judicial.

En los últimos cuarenta años la doctrina procesal viene alentando cambios en el producto de justicia haciendo hincapié en que tal logro comenzará evitando las conductas displicentes, desdeñosas, obstruccionistas, empleadas bajo argumento de debida defensa. De ese modo, fomenta directamente la colaboración necesaria para el impulso de la solución requerida; y lo hace prescribiendo a partir de la preparación adecuada del proceso con la finalidad de reducir reclamos del justiciable, los costos en tiempo y dinero. Este costo-beneficio coloca,

además, en el cálculo (15) el margen de defectos procesales que se pudieran presentar, el aumento del caudal de información calificada, efectiva, tanto como su disponibilidad probatoria para encarar los procesos auto como heterocompositivo (16). De modo tal que la legislación que recoge aquella orientación doctrinaria, va imponiendo el cambio de perfiles en el abogado de parte y en los terceros neutrales.

Está claro que no es el derecho de las partes lo que se prueba sino los hechos producidos que hacen a su invocación y siempre que pertenezcan al terreno de los disponibles. Y los hechos pueden o no resultar ciertos o probados según quien los narre. Pero, no habrá aquí quien lo diga, como no habrá quien los dirima conforme al marco jurídico. Siendo el Derecho un parámetro-antecedente para la decisión de partes, solo ellas incluyen o excluyen según sus preferencias.

Las preferencias nos conducen al costado psicológico y emocional de los involucrados en el diferendo, y si bien este aspecto sustancial excede este trabajo, diremos que la complejidad de un conflicto radica entre otros componentes, en la asociación de los hechos con las emociones y su conexión con las acciones; la posibilidad de controlarlas tanto como de racionalizarlas; siendo la responsabilidad emocional un componente inescindible hoy, en los temas del Derecho (17).

En los procesos autocompositivos hay litigio, pero no rol de litigantes. Abogados y terceros neutrales intercambian con sutileza y elegancia posiciones, motivaciones, preferencias y conveniencias de los conflictuantes. Es de esperar que no sean ellos quienes sucumban a las emociones que las partes transmiten. Quizá sea ese el corazón de la neutralidad: no apropiarse de la emoción ajena. Y no solo porque la ley lo diga sino porque la estrategia de cada rol lo impone.

Entonces estos procesos, más aún la mediación, son juegos de reparto distintos en el que las partes no tienen como foco primario la verdad o la razón; fincándose en las narraciones, armando y desarmando posibilidades que permitan coincidir; más que en una prueba puntual, en el todo que arroje conveniencia de acordar. Al abandonar ese costado de la disputa la prueba puede enfocarse con alcance diferente. Tiene importancia fundante pero otra significación. Otro valor estratégico: cuánto vale para parte y contraparte; es o no un recurso de poder; cómo impacta en los intereses y derechos de cada uno y del conjunto; cuánto hace variar el escenario de decisión, etc. (18). Porque en estos escenarios la prueba abre diferentes probabilidades. Eligiendo las partes entre ellas la que más se acerque a su máxima satisfacción o preferencia. Es que la preferencia en definitiva proveerá a la decisión biparte.

II.2. Devis Echandía, citando a Carnelutti sostiene que "el concepto de prueba se encuentra fuera del Derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia". En el campo del Derecho la prueba puede estar destinada al juez, pero también a funcionarios administrativos, e inclusive, a particulares (...). La prueba tiene, pues, una función social, al lado de la función jurídica, y, como una especie de esta, existe la función procesal específica (19).

En el cálculo de acercamiento la prueba hará a la confiabilidad entre los adversarios; siendo un parámetro que aportará transparencia y grado de certeza tanto para ellas como para el tercero neutral componedor, que en ese rol tampoco cuestiona quién tiene la razón... la verdad.

Las pruebas en estos procesos constituyen recursos de poder que las partes tienen o creen tener para lograr sus objetivos —su ganancia o menor pérdida—. Persiguen conocer lo que subyace a la pretensión —qué provocó el encuadre jurídico elegido; si el mismo es adecuado a lo que realmente la parte intenta obtener o se imaginó obtener; o si la elección fue forzada por las circunstancias, o equívoca—.

Son parámetros que facilitan la toma de decisiones unilaterales tanto como consensuadas. Permiten que los intereses abandonen la subyacencia expresándose claramente en el escenario litigioso (que lo es pese al proceso de autocomposición) o cuando menos, se dejen advertir (20).

Los cálculos costo-beneficio se realizan con distintas variables; combinando las diversas probabilidades basadas en parámetros indubitados —fuentes jurídicas y pruebas científicas—; tomando también otros dudosos e incluso, supuestos o azarosos (El sujeto que realiza el cálculo, lo hace desde su perfil psíquico, emocional, con sus creencias. Durante el juego de intercambios puede, además, ser persuadido, influenciado). Ello conduce al decisor a elegir o no coadyuvar con el adversario, en el contexto local, en ese momento.

En consecuencia, la estrategia probatoria en la autocomposición se produce para convicción de las propias partes, que juzgan distinto. Prueban para alcanzar sus intereses. Analizan, ponderan sus recursos y probabilidades para ganancia consensuada o en juicio; sopesan la conveniencia —aun pudiendo resultar vencedores— de atravesar el costo de tal proceso controvertido según lo que se esté o no dispuesto a invertir; la prioridad de sus preferencias, conveniencia e intereses. Convicción que se produce con la evidencia probatoria, la evaluación y comparación que cada uno realiza del alcance probatorio en relación con las mejores chances de

ganancia en el juicio o de utilidades en la negociación, mediación, conciliación y su impacto en la vida de relación. En suma, para sopesar atajos; el momento de autocomponer o la conveniencia de continuar el juicio; para medir sus elecciones que lleven a una decisión adecuada para las partes; para acercarse primero al consenso hasta el posible acuerdo o generar impasse (21).

### III. Pruebas Parámetro. Cómo cuantificar los daños según la valoración de las pruebas disponibles

#### III.1. La prueba como parámetro y herramienta para la decisión

Así como negociar, mediar, conciliar sin prueba constituye mero intercambio de información y de opiniones que hacen girar posiciones en idéntico círculo, en la mediación jurídica-judicial resulta poco probable ignorar los antecedentes jurídicos y judiciales cuando voluntariamente las partes optan por ese marco o judicializan el conflicto buscando justamente, la seguridad del amparo legal como otra oportunidad. Ingresar al terreno jurídico-judicial, implica, por ende, negociar demostrando no solo lo que se dice sino la pertinencia de lo que se pide y ello se mide a través de concreciones probatorias junto al respaldo normativo, jurisprudencial y doctrinario.

La autocomposición no refiere a partes fuertes o débiles; no significa abandonar la visión jurídica o el impacto posterior en el juicio; el fin perseguido implica comenzar estos procesos de intento de solución analizando las reales posibilidades de ganancia y utilidad de cada uno desde las reglas de los involucrados en el conflicto. Y de allí observar reglas jurídicas como parámetro de viabilidad. Porque la ganancia no es considerada como tal e igual por todos: quien nada o poco tiene para perder tiene mucho para ganar.

"Las partes deberán hacerse cargo de sus conflictos desde el inicio de la contienda y los abogados deberán cambiar el modo de estudiar, presentar y defender los casos en los tribunales"(22).

Para el abogado negociador, las pruebas son también, advertencias que le permiten administrar el caso y su solución sin necesidad de pérdidas imprevistas. Para el mediador y conciliador, son parámetros que clarifican las posiciones de las partes; son fuente de hipótesis y de aval de una tercera vía que permita acceder a una solución viable.

Todo ello inhabilita la posibilidad de que la parte más fuerte termine imponiendo los términos del acuerdo (puede que quien nada tiene que perder tenga, sin embargo, mucho tiempo que ganar complicando a aquel que tiene o cree tener más recursos de poder/pruebas). Pero, si en este contexto una parte es advertida como más fuerte, puede que realmente lo sea —en general lo es—; porque susceptibilidades aparte, tendrá analíticamente más recursos de poder para ganar —en el terreno que sea —aunque en el tablero del Derecho resulte aparente perdedor—.

El cálculo de pruebas-recursos, permite —sea en procesos de consenso o de heterocomposición— aproximarse a probabilidades que facilitan tomar una decisión cercana a la satisfacción del resultado buscado. En Teoría del Conflicto se conoce como cálculo de poder, que permite medir su relatividad, arrojando remanentes positivos o negativos para cada adversario, y lo que más importa, trazar una estrategia ganadora con o sin remanente a favor.

Operando la prueba como criterio de autocomposición, genera una suerte de filtro para la aceptabilidad de las opciones, base de la decisión negociada de las partes. Su valor consiste en aportar herramientas, elementos de comparación con antecedentes; diagnosticar y pronosticar, a efectos de una mejor elección individual y mancomunada. Tomándose como referentes los estándares probatorios que ley y jurisprudencia establecen para validar hechos. Porque toda prueba en cualquier escenario, necesita de una valoración... que consiste en el examen de si el medio de prueba convence o no con grado de certeza acerca de lo alegado (23).

La relevancia de la práctica de la prueba radica entonces en actuar para que los agentes decisores lleguen al convencimiento del mejor camino a elegir. Volviendo entonces al componente subjetivo integrador del cuántum: La decisión de las partes resulta así en estos procesos, un apasionante torneo de elecciones basado en pruebas e información jurídica, probabilidades e incertidumbre.

#### III.2. Obtención de la prueba en procesos autocompositivos

El objeto de la prueba son las cuestiones de hecho (las alegaciones de hecho), ya que los hechos manifiestos nunca necesitan prueba; son conocidos de forma general,... porque un número relevante de personas lo conoce con seguridad o son accesibles o divulgados por medios de comunicación (24).

A efectos de componer la valoración probatoria en la autocomposición, téngase en cuenta también que es común basarse, aun tácitamente, en máximas de experiencia (25), conclusiones que se derivan de la experiencia en una serie de casos similares; referidos a la experiencia tanto del lego como del jurista, y que son componentes imprescindibles para valoración de la prueba que cada adversario realiza. Las máximas de

experiencia pueden confirmarse por cualquier vía adecuada sea mediante la designación de expertos como mediante actividades propias como lectura de bibliografía especializada.

Tratándose de cuestiones que requieren forzosamente conocimientos técnicos y no pueden resolverse sin la intervención de especialistas, es posible y necesario realizar pruebas técnico-científicas como la pericial (26) para justificar propuestas, su aceptación o rechazo. Esta prueba pericial adquiere relevancia para que las partes puedan determinar si son procedentes los hechos alegados y contrapuestos, así como la existencia del daño reclamado, la relación de causa y efecto (27). Pues es la probanza que, junto con la documental, mayor grado de verosimilitud aporta, legitimando la negociación.

Es posible producir prueba pericial cuando el conflicto requiera un abordaje interdisciplinario y en la órbita del Poder Judicial funcione un cuerpo de profesionales destinados al efecto (28); como desinsacarlos por sorteo de las nóminas existentes en los tribunales. Pudiendo las partes asistirse por sus expertos —consultor técnico o perito de parte— e incluso realizarse juntas médicas privadas. Por ejemplo, en el caso de mediaciones relativas a la reparación de daños y perjuicios, el apoyo técnico idóneo (p. ej., pericia médica) será necesario para determinar la entidad del daño, por ej., grado de destrucción de la cosa, el porcentaje de incapacidad que devino como consecuencia del hecho, lucro cesante, impacto psíquico y moral, la necesidad o sugerencia de llevar a cabo un tratamiento que permita revertir el cuadro que presenta el damnificado.

En cuanto a la prueba documental asume la garantía especial que aportan los documentos —públicos y privados—; sobre todo los documentos papelizados ya que aún los electrónicos con firma digital producen el requerimiento de controles a través de otros medios de prueba (29).

Así, las pruebas-parámetro típicas y conducentes en procesos de avenimiento otorgan verosimilitud y confianza en el proceso, pero no se enfocan para convencer al juzgador; son por excelencia las que aportan convicción partidaria: además de las periciales, se utilizan como se dijo, documental, documental electrónica, informativa —incluso receptada por medio electrónico— proveniente de instituciones públicas o privadas que permitan obtener datos esclarecedores respecto de las dudas de los contradictores-mediados. Documentos que prueben la filiación, historias clínicas, asientos contables, balances, planos y mapeos, etc.; como, asimismo, pueden producirse aquellas que permitan determinar cuestiones técnicas, p. ej., de quién es la firma cuestionada; las incapacidades, grados y porcentajes; promedio de vida útil de muebles e inmuebles, su valor en plaza; desvalorización de los mismos por los daños sufridos; planimetría y diversas mediciones; mecánica de accidentes; evaluación de técnicas profesionales referidas a buenas o malas praxis, etcétera.

Falcón define este tipo de prueba, que reconoce como prueba extraprocesal, como "aquella que se realiza fuera del proceso (judicial) y accede a este en razón de circunstancias particulares. Pudiendo provenir de la preparación probatoria en lo que se llama prueba 'preconstruida'"(30).

En los procesos de búsqueda de consenso, puede ofrecerla y aportarla cualquiera de las partes, previo acuerdo acerca del alcance y utilización. Luego se analizará y evaluará por cada una de ellas, por los terceros y en conjunto a efectos de encaminar hacia los posibles resultados y probable decisión mancomunada. Sirviendo el cuántum de cada como parámetro personal, útil para negociar.

En la autocomposición el resto de las pruebas disponibles opera como elemento de advertencia: de pasarse a la etapa litigiosa otros medios de prueba —testimonial, absolución, informativa— aumentarán, compondrán y avalarán los utilizados en esta instancia.

### III.3. Cómo cuantificar los daños según la valoración de las pruebas disponibles

Cuantificar un daño patrimonial o extrapatrimonial implica detenerse a evaluar y calcular cuánto vale cada prueba (las que se tienen y las que no; las que se consideran relevantes y las que no) por sí y en el conjunto estratégico; cuánto influye en el cálculo costo beneficio de cada oponente. De suerte tal que hay dos lecturas de la cuantificación probatoria en la instancia de negociación-mediación-conciliación. Y una aplicación mixta.

La primera como parámetro objetivo jurídico judicial al que nos hemos referido y que consta de dos aspectos: a. Cuánto valor tiene o se le adjudica a favor o en contra a la prueba documental, a la opinión pericial —entre otras— vertida en el caso en cuestión; b. cómo se miden/valoran jurídica y judicialmente esas probanzas conforme los antecedentes de doctrina y jurisprudencia prevalentes. Por ej., habiendo estudios radiográficos e informe de traumatólogos, cuánta incapacidad se adjudicó a la fractura de la tibia; en qué varió el quantum indemnizatorio si la persona era bailarina.

Para obtener el costo-beneficio, el cálculo de pruebas-recursos se tiene en cuenta:

—  $P_c$  (Prueba concreta) = Prueba documental + prueba pericial + información especializada + (advertencias/ prueba a producir en juicio) + (fórmulas aplicables —p. ej. Marshall—).

—  $A_j$  = Antecedentes jurídicos (jurisprudencia, doctrina).

—  $Pc \times Aj = Rp$  (Resultado probable).

La otra consideración, implica el parámetro subjetivo: qué valor le otorga cada sujeto a la cuantía que el parámetro objetivo predice —tanto respecto de sus recursos probatorios como para los de la contraria—. Cómo ubica aquel cuántum objetivo en su escala de valoración personal y por ende en su cálculo. Qué lugar le otorga en su cálculo costo-beneficio. En suma, cómo mide su conveniencia basado en sus intereses, creencias, concepciones, idearios, que no siempre, además, se relacionan directamente con la pretensión o posición jurídica. En el ejemplo anterior, si la bailarina estuviera próxima a su retiro, puede que su interés de obtener dinero para instalar una escuela de baile sea superior a su derecho de cobrar más; o a la inversa, su expectativa en obtener más dinero para la escuela de baile adjudica a su interés un valor superior al que el Derecho le otorgaría. Así, desde este costado valorativo, alguna de las partes puede considerar —según su impronta— que las empresas de renombre en el mercado tienen recursos sobrados para hacer frente a una pretensión particular valorando a esta como mínima frente al capital empresarial presumido. Y toman esta creencia propia como probable para la íntima convicción del juez (que creen, seguramente fallará a su favor fundado en el desnivel económico) (31).

La aplicación mixta, por lo tanto, incluye en el cálculo del quantum, valoraciones objetivas y subjetivas sostenidas en que, en la negociación que es intercambio de motivaciones mixtas, generalmente lo que uno quiere no es igualmente cuantificado por el otro. Es decir, cada una otorga distinto valor o sopesa diferente cada prueba y el conjunto de ellas según sus oportunidades y preferencias, porque la ganancia en sí, se mide según la motivación personal conforme las utilidades perseguidas. De allí que la valoración de la prueba no solo tiene en miras su cuantificación objetiva sino, tal lo dicho, la ubicación que subjetivamente le otorga cada parte en el cálculo de preferencias. Y esta es la definitoria. Por eso los procesos autocompositivos tienen por base la comprensión de la individualidad de cada parte; aquello que cada uno pensó y construyó desde su valoración. Siendo ello así, la cuantificación es, por tanto, un parámetro que permitirá a los letrados mostrar la consecuencia jurídica, las probabilidades de mayor o menor ganancia en la confrontación. Pero el resultado, la medición de cuánto se gana o se pierde para cada uno, es en el tablero de repartos, exclusivamente subjetiva de los propios contrincantes. La extensión de la ganancia la mide cada involucrado conforme se acerca a la máxima que puede ganar o a lo mínimo que desea perder. Y, en esa fórmula, los mayores componentes antes que los derechos, son la predisposición a la distribución del tiempo (espera-ansiedad-necesidad); la posibilidad de inversión fuera del juego actual (proyectos e inversiones más propicias y productivas en otros ámbitos); el costo humano (nivel de tolerancia, paciencia, indiferencia, salud, pérdida de relaciones afectivas y societarias), etc. En este marco, difícilmente en un juicio se gane con la extensión que pensó el cliente y justiciable desde aquella perspectiva, provocándole entonces insatisfacción pese al mejor triunfo jurídico obtenido por su letrado.

No obstante, la mera subjetividad —expectativas, especulaciones—, debiera ceder ante parámetros objetivos que obran de límite dirimente (pruebas; pacíficos o mayoritarios antecedentes jurídicos). Porque hoy, salvo casos extremadamente complejos (32) —generalmente de puro criterio y aplicación normativa diferente o en colisión— se utiliza una ecuación con escaso margen de error, a efectos de decidir (D): pruebas concretas (Pc) aportadas por las partes más su valoración conforme antecedentes judiciales (Aj); para agregar después las preferencias individuales (PR).

$$Pc + Aj + PR = D$$

Para lograr la decisión compartida (Dc), cada parte realizará ese cálculo de razonamiento (D —decisión individual, D1, D2—); donde la variable que la impida será la incompatibilidad de preferencias (PR), de parámetros subjetivos.

$$(Pc + Aj + (PR1/D1 + PR2/D2)) = Dc$$

ó

$$Pc + Aj + (PR1/D1 \text{ ; } PR2/D2) = \text{No Dc}$$

Es esta la tarea relevante y sustancial del abogado con su cliente: el asesoramiento puntual y manejo razonable de probabilidades y expectativas realistas. Habiendo parámetros jurídicos es probable acercarse al resultado por sentencia, conformando ello la base de la negociación operativa, sin abandonar —aunque morigerando— las preferencias subjetivas. En este camino de estrategia jurídica, si la negociación entre partes no aportara los resultados esperados, el letrado puede recurrir a terceros componedores que coadyuven en los cálculos de los adversarios.

En síntesis

— Anticipar el cálculo costo-beneficio de los recursos probatorios, proporciona una aproximación a la conveniencia de solución consensuada o heterocompuesta. Tendrá la prueba objetivos y efectos distintos en uno

y otro proceso.

— La prueba sobre los hechos del relato disonante de las partes, tanto como las reglas de derecho (33), son en autocomposición parámetros objetivos para la toma fundada de decisiones. Aquellos que develan una pasada realidad probable, y que por ello guían la decisión de autocomponer o no.

— Las pruebas-parámetro aportan a los procesos autocompositivos las ventajas y desventajas, fortalezas y debilidades de la narración que cada uno sostiene. Asimismo, son referentes de las probabilidades de obtener éxito absoluto en juicio, en aquel juego heterocompositivo-distributivo ganar o perder, el de suma cero.

— Están dirigidas a obtener la mayor satisfacción de los intereses que subyacen a los derechos (34), dando preeminencia a los primeros. Porque los intereses no son otra cosa que lo que las partes quieren obtener en esta instancia del acceso a la justicia: beneficio a lograr.

— La cuantificación de cada prueba está dada por parámetros objetivos: el valor de la cosa o servicio en plaza, por el otorgado por expertos, por lo efectivamente pagado o presupuestado, por el adjudicado conforme jurisprudencia y doctrina; y, final y decisivamente por el parámetro subjetivo: valor que adjudica la parte a su daño patrimonial y extrapatrimonial, para tomar la decisión de aceptar o rechazar la oferta y contraoferta de solución negociada.

— El cálculo de pruebas-recursos, permite aproximarse a probabilidades que facilitan tomar una decisión cercana a la satisfacción del resultado buscado, teniendo en cuenta qué valor tienen las pruebas de cada uno. Es en Teoría del Conflicto el cálculo de poder, que permite medir su relatividad, arrojando remanentes positivos o negativos para cada adversario, y lo que más importa, trazar una estrategia ganadora con o sin remanente a favor.

— El abogado que pergeña la estrategia es quien conduce la solución entre procesos auto y heterocompositivos. Pudiendo valerse para ello del cálculo costo-beneficio en función a cada cliente; de la persuasión e influencia —factores de poder—.

— Para obtener el costo-beneficio, el cálculo de pruebas-recursos se tiene en cuenta:

-  $P_c$  (Prueba concreta) = Prueba documental + prueba pericial + información especializada + (advertencias/prueba a producir en juicio) + (fórmulas aplicables —p. ej., Marshall—)

-  $A_j$  = Antecedentes jurídicos (jurisprudencia, doctrina).

-  $P_c \times A_j = R_p$  (Resultado probable).

— Para lograr la decisión compartida ( $D_c$ ), cada parte ( $D$  —decisión individual,  $D_1$ ,  $D_2$ —) realizará ese cálculo de razonamiento; donde la variable que la impida será la incompatibilidad de preferencias ( $PR$ ), de parámetros subjetivos.

$$(P_c + A_j + (PR_1/D_1 + PR_2/D_2)) = D_c$$

ó

$$P_c + A_j + (PR_1/D_1 \text{ ; } PR_2/D_2) = \text{No } D_c$$

Y antes de comenzar a calcular, resulta útil preguntar al cliente y preguntarse: ¿Cómo mide Ud. el éxito?

(\*) Doctora en Derecho y Cs. Sociales. UNC. Coordinadora de Extensión Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales —CIJS— Facultad de Derecho. UNC. Profesora Adjunta Teoría del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Solución de Conflictos. Facultad de Derecho. UNC. Profesora Titular Solución de Conflictos. Facultad de Derecho y Cs. Sociales UCC.

(1) Acerca del tema véase TARUFFO, Michele, "Simplemente la verdad. —El juez y la construcción de los hechos—. Cap. II y III. Colección Filosofía y Derecho", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, ps. 45-153.

(2) ARCE, José F., "Mediación en línea", Ed. EDUCC; Colección Thesys 2016, Córdoba, Argentina. "Mediación online en Córdoba. Comercio y Justicia", Córdoba, 26/09/2019. <http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/noticia-exitosa-practica-defectuosa-mediacion-on-line/>. NIEVA FENOLL, Jordi, "Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial", en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, San Juan, Argentina, 2019, p. 65.

(3) Abogados especializados en negociación y terceros neutrales con experticia jurídica.

(4) DI PIETRO, María Cristina, "Transformaciones jurídicas, justicia y equidad: calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. Opciones para mejorar la justicia desde el enfoque autocompositivo", en Revista Digital del Departamento de Estudios Básicos, 8, marzo 2019. ISSN 2618-3447. Facultad de

Derecho UNC. Córdoba. Argentina. <https://derecho.edu.ar/revista-basicos/>, ps. 28 y ss. "Respecto de sistemas y modelos de mediación", DI PIETRO, M. Cristina, "Mediación en Argentina", Semanario Jurídico, 181. Fallos y Doctrina. Córdoba 05/11/2018.

(5) CARNELUTTI, Francisco, "Instituciones del Proceso Civil", Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, Vol. I.

(6) DI PIETRO, María Cristina, "La prueba en el proceso de mediación", LA LEY 27/03/2018, 27/03/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/545/2018. El método mixto med.-conc., puede llevarse a cabo también privadamente; interviniendo un tercero neutral abogado con funciones de mediador y luego, proponiendo fórmulas de acuerdo, como conciliador. Aunque en general intervienen, primero el mediador y luego el juez conciliador.

(7) Acuerdo posible para ellas, será aquel que no sólo satisfaga las cuestiones —pretensiones, intereses y necesidades— planteadas por cada uno, sino que deberá ajustarse a las limitaciones jurídicas de fondo y forma para ser susceptible de homologación o de ejecución judicial.

(8) Conf. Ley 10.543 de Mediación de la Provincia de Córdoba, Título III: Centros privados de mediación, colegios públicos profesionales, asociaciones civiles, religiosas, algunas dependencias públicas, nacional, provincial o municipal.

(9) ENTELMAN, Remo F., "Teoría de Conflictos. Serie coordinada por Raúl Calvo Soler", Ed. Gedisa, España, 2002, 1ª ed., ps. 204-205.

(10) MASCIOTRA, Mario, "Poderes-deberes de la actividad jurisdiccional", en Revista de Derecho Procesal, 2015, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

(11) VILAJOSANA, Josep M., "El Derecho en acción. —La dimensión social de las normas jurídicas—", Colección Filosofía y Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 204.

(12) PRIORI POSADA, Giovanni, "Sobre qué bases construir un modelo actual de protección jurisdiccional de los derechos", en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, San Juan. Argentina 2019, ps. 80-81.

(13) Anteproyecto de reforma Cód. Proc. Civ. y Com. Título Preliminar — en especial arts. 6º, 10. Título Primero — en especial arts. 14, 15, 17 a 19—.

(14) Tomado de los principios plasmados en normas fundamentales, la moderna legislación otorga hoy mayor jerarquía al principio de solidaridad como forma de preservar a la sociedad, a su grupo primario la familia y a la persona humana como su centro. Solidaridad de la que parten derechos y obligaciones recíprocos para y entre ellos. Principio implícito en la Constitución Nacional, expreso en los Tratados a los que su normativa adhiere —p. ej., de Derechos Humanos—, y explícito en el Preámbulo y Art. 7º. Constitución de la Prov. de Córdoba; es transversal en la normativa del Cód. Civ. y Com. Véase también CÓRDOBA, Marcos M., "Conferencia Inaugural de las I Jornadas Internacionales de Derecho de la Salud", Universidad de Buenos Aires-Universidad Abierta Interamericana, 21 y 22 de octubre de 2015. LAJE, Alejandro, "El principio general de solidaridad en el derecho argentino", ED 267. Buenos Aires, 01/04/2016. Referido al principio de colaboración véase MORELLO, Augusto M., "La prueba. Tendencias modernas", Ed. Platense, La Plata, Buenos Aires, 1991.

(15) En el mapa de conflicto que se encara desde las Teorías del Conflicto y de la Decisión, el cálculo costo-beneficio es analizado en la etapa dinámica, sub etapa dimensión a efectos de las decisiones a tomar. El conflicto tanto como la solución surgen de personas, que manejan recursos de poder para provocarlos. La ley no es ajena ahora, a semejantes capacidades y dominios humanos.

(16) Véase interesante planteo de la jueza de Cámara Trenque Lauquen —Prov. Bs. As.— en su ponencia: SCELZO, Silvia E., "La oralidad en la segunda instancia", en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, San Juan, Argentina, 2019, ps. 225-226. Y, "Prueba anticipada", en La Prueba en procesos y procedimientos especiales, PEYRANO, Jorge W. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019.

(17) GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones", DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009) ps. 439-458. <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/los-presupuestos-de-la-responsabilidad-por-nuestras-emociones/>.

(18) Véase CUCATTO, Mariana — SOSA, Toribio E., "Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio", ED 16/05/2017.

(19) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, t. I, ps. 10 y 14.

(20) DI PIETRO, María Cristina, "La prueba en el proceso de mediación", LA LEY 27/03/2018, 27/03/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/545/2018. "La Prueba en Mediación. Su espacio y aristas", en La Prueba en procesos y procedimientos especiales, Peyrano Jorge W. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 335.

(21) Como ejemplo: la prueba pericial anticipada —ZPO alemana—, obtención preventiva de la prueba o consulta técnica preventiva —la consulenza técnica de la ley italiana—, la prueba pericial prevalente, sistemas que pueden incorporarse en la etapa de mediación y/o de conciliación, según operen estas instancias por separado o integren —aunque no simultáneamente— la audiencia preliminar. Véase FALCÓN, Enrique, "Tratado de la prueba", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 768. ROJAS, Jorge A., "Etapa preliminar al proceso, ponencia general", en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 362. MEDINA, Sonia, "La importancia de la pericia en la mediación", Revista de Derecho Procesal, Prueba pericial y prueba científica, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012; PRADA ERRECART, M. Laura — PÉRSICO, Mariela — ALONSO, M. José, "La producción anticipada de prueba. Como medio de autocomposición informada de conflictos y sistema de preconstitución de prueba judicial", en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, Ponencias generales - relatos generales - trabajos seleccionados, Ed. Rubinzal-Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009. DI PIETRO, María Cristina, "Juegos complejos: el sistema lenguaje, conflicto, regla y derecho", LA LEY 11/11/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/3294/2016.

(22) SILVA, María Fernanda del Huerto, "Nuevas estructuras procesales. Nueva gestión de casos", en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas. San Juan. Argentina 2019, ps. 217-218.

(23) BURKHARD, Hess — OTHMAR, Jauernig, "Manual de Derecho procesal civil. Colección Proceso y Derecho", Ed. Marcial Pons, 2015, 30ª ed., p. 300.

(24) Idem, ps. 302, 304.

(25) Ibidem, p. 303.

(26) Véase DRAGONE, Graciela — MEDINA, Sonia R. M. — IMATZ Andrea A., "XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal", 2009.

(27) Véase PEYRANO, Jorge W., "Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La llamada pericial prevalente", Revista de Derecho Procesal, 2010-12, Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos; PEYRANO, Jorge W., "Cartilla para jueces conciliadores", LA LEY, 1994-E, Sec. Doctrina.

(28) BILLINGHURST, Nidia A., "Etapa Preliminar al Proceso Civil", en XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ponencias Generales - Relatos Generales - Relatos Seleccionados, 2011, p. 375.

(29) En la ZPO alemana se basa la confiabilidad de la prueba precisamente en esta garantía probatoria. Conf. BURKHARD, Hess — OTHMAR, Jauernig, ob. cit., ps. 336 y ss.

(30) FALCÓN, Enrique, "Tratado de la prueba", Ed. Astrea, Buenos Aires, t. I, p. 768.

(31) En este escenario es donde operan los parámetros objetivos a través del trabajo del abogado y de los terceros componedores, a efectos de reubicar los términos en su valoración adecuada en el cálculo costo-beneficio.

(32) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)", Sup. Act. 10/06/2004, 10/06/2004, 1 - LA LEY 2004-D, 1181 - LA LEY, boletín del 22/02/2008. CHAUMET, Mario Eugenio, "Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles", en Cartapacio: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44>, 09/01/2003. Universidad Nacional de Rosario. 2003.

(33) Recuérdese que también el derecho en cuanto normas, jurisprudencia, es un parámetro dentro del proceso de mediación. De suerte tal que las normas como las pruebas pueden conjugarse o dejarse de lado al solo efecto de lograr una regla expresa y a medida para el conflicto en análisis de solución.

(34) La experiencia indica que la percepción clara de cuánto se puede ganar o perder favorece los acercamientos entre las partes y, sobre todo, el "regateo" que casi invariablemente se produce después de cruzadas las primeras ofertas. Véase FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, "Mediación: la cuantificación del daño y el valor de la prueba pericial", Trabajo presentado en las Jornadas Anuales Federación Argentina Estudios Procesales - FAEP 2012. Facultad Teresa de Ávila. UCA de Paraná. Entre Ríos, 2012.