

C. Que gane el mejor. ¿Cómo ganar un litigio arbitral?

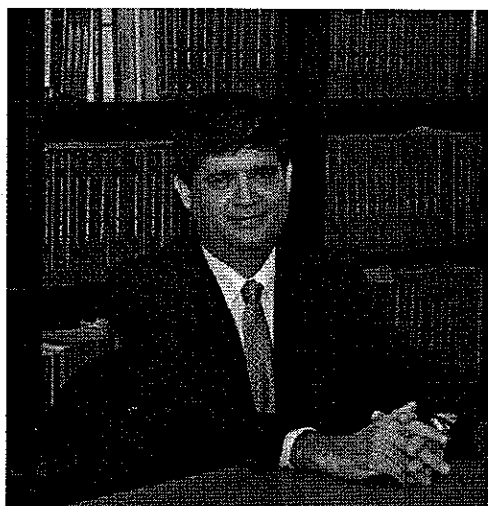
Autores: Bullard, Alfredo y Ezcurra, Huáscar



QUE GANE EL MEJOR.

¿CÓMO GANAR UN LITIGIO ARBITRAL?¹

ALFREDO BULLARD Y HUASCAR EZCURRA / ESTUDIO BULLARD, FALLA & EZCURRA



ALFREDO BULLARD (IZQUIERDA). ABOGADO. SOCIO DEL ESTUDIO BULLARD, FALLA & EZCURRA ABOGADOS. PROFESOR DE ARBITRAJE, DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LA PUCP. PROFESOR DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LA UPC.

HUASCAR EZCURRA (DERECHA). ABOGADO. SOCIO DEL ESTUDIO BULLARD, FALLA & EZCURRA ABOGADOS. PROFESOR DE DESTREZA LEGAL Y DERECHO CONCURSAL EN LA PUCP. PROFESOR DE DERECHO CONCURSAL, DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LA UPC.

1 Varias de las ideas de este artículo son en realidad resultado de nuestro permanente aprendizaje de nuestra amiga la Doctora Susy Zusman. Las buenas ideas que puedan encontrar en este trabajo son en realidad sus ideas. Nos hemos auto concedido la licencia de tomarlas prestadas. Asimismo uno de los autores de este artículo, tiene la suerte de dictar al lado de la Doctora Zusman y Roberto Ángeles el curso de Destreza Legal en la PUCP. Lo que hemos aprendido del tema en su mayor parte lo hemos aprendido de ellos. A ellos entonces nuestro agradecimiento y admisión.

Finalmente, otro insumo para definir los ingredientes de nuestra receta, son nuestras reflexiones sobre las experiencias vividas como abogados litigantes que intentaron persuadir a la autoridad arbitral una y otra vez, así como nuestras experiencias como árbitros que trataron de ser persuadidos o fueron persuadidos por abogados litigantes. Haber estado del lado de quienes prepararon e implementaron la defensa que se presentará ante un Tribunal Arbitral, y haber estado, asimismo, del otro lado, como árbitros que escucharon la defensa preparada por el abogado patrocinante, constituyen la base empírica del presente artículo. El agradecimiento entonces es también para nuestros clientes, quienes nos dieron y nos siguen dando la oportunidad de seguir aprendiendo, reflexionando sobre lo aprendido y mejorando, y nuestros oponentes y en general a quienes hemos tenido como litigantes en Tribunales Arbitrales que hemos integrado, que nos han enseñado "en la cancha" muchas cosas valiosas.

♦ Por qué se contrata a un abogado para encargarse de la defensa en un arbitraje? Tu cliente no tiene interés en una pieza impecable de doctrina. No quiere que escribas un artículo para *Themis* o *Ius Et Veritas* ni para otra revista jurídica. No te contrata para que hables o escribas bonito. No quiere ni siquiera que trabajes mucho o que no duermas. Tampoco quiere que le digan que eres un abogado famoso o efectivo.

Los abogados litigantes somos contratados para una sola cosa: para ganar. Sea cual fuere la materia, la sede (arbitral, administrativa, judicial) o las partes involucradas, el objetivo de nuestro cliente siempre será el mismo: ganar su caso. Y ganar puede significar varias cosas. Puede significar generar un ingreso para nuestro cliente si, por ejemplo, demandamos una indemnización, una penalidad o cobramos una deuda; o puede significar evitarle una pérdida o reducir al mínimo la misma si, por ejemplo, lo defendemos de una demanda en que se pretende cobrarle una suma, atribuirle alguna responsabilidad, o generarle ciertas obligaciones. Ganar tiene que ver también con saber perder, saber informar a nuestro cliente, antes de embarcarlo en la aventura del proceso, que su caso es un caso perdedor, y que su mayor aspiración debería ser reducir la magnitud de los daños. Ganar no es por tanto sacarle todo lo posible a la otra parte. Ganar es que lo que tu cliente espera que se logre, y ganar mejor es que logres más de lo que esperan.

El presente artículo es un intento de sistematizar el trabajo que los abogados litigantes hacemos, y convertirlo en una receta para ganar casos ¿cuál es la fórmula para ganar? ¿cuál es la receta? Esta receta no se encuentra en los libros y revistas de Derecho, ni en las aulas de la universidad. Conocer la ley, la doctrina y la jurisprudencia, a profundidad, es fundamental. Dicho conocimiento sin embargo no asegura que estamos listos para ganar un caso. Ni siquiera es lo más importante para lograrlo. Se trata en realidad de una mínima parte de lo que se requiere para ganar. Nuestra receta entonces no será una sustentada en teorías complejas de qué es el proceso o cuál es su naturaleza jurídica. Por ello mismo, no citaremos a los grandes tratadistas de derecho procesal. Lamentamos decepcionarlo. Pretendemos algo más modesto, pero más importante.

En simple, una receta es un listado de qué ingredientes son claves para obtener siempre el mismo resultado. Así, la receta de cocina podrá ser aplicada por distintas amas de casa, algunas mejores cocineras que otras, pero siempre deberíamos obtener el mismo resultado, si la hemos aplicado rigurosamente (y ésta, por supuesto, es una buena receta). Obviamente esta receta no significa que el resultado será siempre ganar. Ganar depende de varios factores que están fuera del control de los abogados, y que van desde la mala suerte, las pruebas existentes o la idiosincrasia de los árbitros. Pero sí asegura tener un buen "plato" para la competencia.

De eso trata este trabajo. De listar aquellos ingredientes que consideramos fundamentales para obtener siempre el mismo resultado: el mejor plato para ganar. Nos focalizaremos en los ingredientes claves para ganar casos ante una autoridad arbitral. Muchos de sus ingredientes sirven para otro tipo de litigios. Pero nos concentraremos en aplicaciones para el litigio arbitral, donde la audiencia de los litigantes es un árbitro o un tribunal arbitral. A ellos es a quienes debemos convencer de que nuestro cliente tiene la razón. De lo que se trata entonces es de listar aquellos ingredientes claves para lograr persuadir de nuestra historia a la autoridad arbitral.

I. ¿Y PARA QUIÉN ESTAMOS COCINANDO?

Si uno va a cocinar un plato uno debe tener en cuenta quién se lo va a comer. Uno cocina distinto según quién sea su comensal. Los buenos cocineros dicen que lo mejor es imaginarse a quién va a comer el plato para predecir sus reacciones y así ajustar los ingredientes.

Conocerlo bien es clave para cocinar bien. Si le gusta salado o no, cuánto dulce le agrada, si quiere la carne bien cocida o término medio, etc. Las recetas no se aplican en el aire.

En este caso tu "comensal" es un árbitro. Y es un comensal particular. Un árbitro suele tener más tiempo que un juez para entender el caso y analizarlo. Por ello no le puedes preparar "fast food". Se va a sentar con calma a saborear lo que le sirves.

No es extraño que además sea un "gourmet" que conoce muy bien el tipo de comida que le vas a servir. Tiene conocimientos y experiencia en el tema. Es común tener en un Tribunal a los mejores abogados en los asuntos materia de arbitraje. Por ello no es fácil complacerlos. Van a ser exigentes.

Tiempo y capacidad les dan además una ventaja: pueden entrar en detalles. Y eso quiere decir que pueden descubrir que les has dado "gato por liebre". Un árbitro es más difícil de engañar que un juez. Por ello la estrategia de ocultar las cosas suele no dar resultados.

Pero los árbitros son seres humanos. Como tales tienen sentimientos y emociones. Se alegran y se molestan. Sienten fastidio si les complicas la vida y agradecimiento si se las facilitas. Los estudios psicológicos demuestran que los jueces y árbitros deciden primero guiados por emociones. Primero simpatizan con tu posición, luego la sustentan. Es falsa la creencia que los árbitros resuelven el caso como un matemático resuelve un problema. Inicialmente no usan la lógica. Primero tratan de entender qué paso, y después le dan forma a su decisión. La lógica viene en segundo lugar. Por ello un litigio es, antes que una batalla racional (que también lo es), una batalla emocional dirigida a conseguir simpatía con tu posición.

Claro que un buen árbitro no se dejará al final llevar solo por sus emociones. Si tiene simpatía por tu posición, pero la misma es insostenible, entonces no te dará la razón simplemente por que no encontrará el argumento. Pero si ganas su simpatía, buscará con más énfasis los argumentos que puedan favorecerte. La mayoría de abogados desconocen esto y se concentran en las armas lógicas.

Pero cuidado, si bien son seres humanos, suelen ser profesionales con experiencia. No se dejan impresionar fácilmente. Y hay que ser conciente de eso. Son menos impresionables que un juez. Que usen emociones no quiere decir que tu caso pueda basarse en puro impacto emotivo.

Pero los árbitros sí se fastidian y mucho cuando sienten que no se va al punto y que les están haciendo perder tiempo. Quieren que los ayudes a resolver, no que los estorbes. No les gusta que las partes se insulten o armen juegos de palabras para ganar combate de esgrima lingüística. Quieren cosas concretas. Quieren claridad. Quieren que les simplifiques las cosas.

Y los árbitros prefieren ir a los hechos. Quieren ver qué pasó. Las teorías jurídicas vienen después, para aplicarlas a los hechos.

Todos estos elementos son claves para que la receta salga bien. Finalmente quien se va a comer el plato es el árbitro, no el abogado. Por ello hay que pensar en él antes que en la otra parte.

II. PRIMER INGREDIENTE - HONESTIDAD

Debes ser honesto ¿Qué significa eso? No es posible ser honesto a medias. O eres o no eres. Nuestra opinión es que debes ser honesto contigo mismo, con tu cliente y debes ser honesto asimismo con el Tribunal arbitral y, además, serlo todo el tiempo.

Y ¿Qué tiene que ver la honestidad con ganar el caso? Tiene mucho que ver. En realidad es la pieza clave sobre la que se construye todo lo demás. Veamos.

2.1 Honestidad contigo mismo.

Los abogados tenemos la mala fama de engañar, de no ser transparentes. Pero muchas veces esa fama nos la ganamos por que no somos capaces de ser honestos con nosotros mismos. A veces nosotros mismos nos engañamos y nos convencemos de algo que no es. De hecho la honestidad con el cliente y con tribunal requiere primero honestidad con nosotros.

La convicción en tu caso es clave. Pero la mejor convicción es la que se basa en los hechos de tu caso. Creer en tu caso no es engañarte con que tienes la razón. Creer en tu caso es analizar cuáles son tus verdaderas posibilidades.

El éxito de tu caso no comienza con el diseño de la estrategia. El éxito comienza en el momento y en la forma cómo defines tus posibilidades. Si te engañas engañarás al cliente y al Tribunal. Por eso sé objetivo. Pon énfasis en identificar las debilidades del caso, porque es sobre la conciencia de las debilidades que puedes encontrar las fortalezas, y no al revés. Nunca te creas lo que dices hasta que le hayas dado suficientes vueltas como para llegar a una convicción.

Puede ser que concluyas que tus posibilidades en el caso son bajas o modestas. Entonces tu éxito debe definirse en ese marco. Si de los 1000 en disputa te convences de que 10 son posibles, entonces llegar a 10 es tu éxito; y sin perjuicio de orientarte a ir más allá, sé conciente de tus posibilidades. Nunca pierdas esa perspectiva.

Si no eres lo suficientemente objetivo para definir tus verdaderas posibilidades, perderás siempre, por que tus metas no se cumplirán nunca. Ser conservador no es ser pesimista. Por el contrario, debes ser optimista, debes creer en tu caso, pero dentro de sus verdaderas posibilidades. Si haces bien ese ejercicio ganarás la mayoría de las veces.

2.2 Honestidad con tu cliente

En segundo lugar, una vez que eres realmente honesto contigo, debes ser honesto con tú cliente al evaluar su caso y explicarle sus probabilidades de obtener tal o cual resultado luego del litigio arbitral. La primera definición que debemos hacer es si tenemos o no un caso que valga la pena llevar a un arbitraje. Ello depende de tener claro qué busca nuestro cliente (cuál es su interés) y depende asimismo del pronóstico que hagamos nosotros respecto de qué beneficio podrá obtener del proceso y a qué costo. El abogado que aconsejó a su cliente no ir a un proceso arbitral, pues su análisis determinó que las probabilidades de que su cliente obtenga lo que busca son bajas, y los costos son altos, es del tipo de abogados que siempre tendrá casos. Perderá pocos casos por que no emprenderá aventuras irreales. Y su cliente se lo agradecerá. Aunque en ese caso puntual no litigó, ese abogado ganó. Ganó simplemente porque generó confianza.

Igualmente, si luego de nuestros pronósticos de beneficios y costos esperables, el cliente decidió ir a litigio arbitral, la clave es que no tenga expectativas irreales sobre aquello que es razonable esperar. Si la expectativa fue realista (asumiendo que el abogado hizo bien su pronóstico), lo más probable es que nuestro cliente siempre gane, pues el resultado que se obtuvo fue el que habíamos pronosticado. Ganar no es que obtengas lo máximo posible. Ganar es que ocurra lo que habíamos pronosticado iba a ocurrir.

Por eso no transmitas expectativas irreales. Ellas sólo te harán perder conciencia de sus posibilidades, te llevarán a distraer recursos en lograr lo imposible, y sobre todo incrementarás las posibilidades de tener un cliente descontento al final. Es cierto que a los clientes no les gusta escuchar malas noticias. Pero con seguridad preferirá la mala noticia, antes del arbitraje,

que sus posibilidades son pocas, que la mala noticia en un laudo que le dice que perdió y que no recibió ni remotamente lo que esperaba.

2.3 Honestidad con el Tribunal arbitral

Para persuadir a la autoridad (que es el objetivo) debes ser creíble. Y para ser creíble, debes decir la verdad. Es muy simple. El abogado que miente sobre lo que realmente pasó, que omite una prueba clave pues no le conviene, o que oculta un hecho que lo perjudica; cuando sea descubierto, perdió su caso. La credibilidad además es algo que no se recupera. Una vez que la perdiste, la perdiste para siempre. Ya no será solo que no se te creerá sobre lo que mentiste, sino que sembrarás la duda de que mentiste incluso en aquello en que dijiste la verdad.

Y mentirle a un árbitro no es fácil. La mentira tiene piernas cortas, y los árbitros tienen tiempo y experiencia para descubrirlas. Recuerda que los árbitros son buscadores de la verdad más intensos y efectivos que los jueces. Mentirles es mucho más riesgoso.

Así, para persuadir de nuestra historia a la autoridad, primero debemos persuadirla de nuestra credibilidad. Y dicha credibilidad se construye solamente si somos consistentemente honestos, caso a caso. Basta con que en un caso no hayamos sido honestos para que ello afecte no solamente dicho caso puntual, sino los siguientes, pues, como dijimos arriba, o eres honesto o no lo eres. No puedes ser honesto en algunos casos y no serlo en otros. Si tal es el caso, simplemente no eres honesto y, como resultado, no eres creíble.

En ese sentido, si existe una prueba que no conviene a tu caso, no dejes de mencionarla y dar la explicación respectiva. Piensa que de una u otra forma el abogado de la otra parte lo hará, y se encargará de mostrar no sólo la prueba que tú ocultaste, sino destacará el hecho que mentiste y lo repetirá una y otra vez. Es más, es probable que tu mentira se convierta en parte central de su historia. Ello manchará todo tu caso y perjudicará tus posibilidades.

Por ello, antes que tu contraparte lo haga, es preferible que tú tomes la iniciativa, reconozcas aquellos hechos y evidencia que no convienen a tu cliente, y les des una explicación ante el Tribunal. Con seguridad tu explicación (si no es forzada ni exagerada – esto es, es honesta) será más conveniente que aquella que dé el abogado de tu contraparte². Como ha explicado a este respecto Steven D. Stark "(...) *Confesamos pequeñas faltas con la finalidad de sugerir que no tenemos grandes faltas*"³.

III. SEGUNDO INGREDIENTE - CONOCE A TU AUDIENCIA.

La gran ventaja que tienes en un litigio arbitral (en comparación con el litigio judicial) es que tú puedes influir en la decisión de quién será la autoridad que resuelva tu caso. Por lo menos en la decisión del árbitro que le toca elegir a tu cliente (cuando se trata de un Tribunal arbitral) Como es evidente, las mayores o menores opciones de un caso, dependen del criterio de quien tenga a su caso decidirlo. Esta es una ventaja que el abogado litigante debe saber aprovechar. Si se elige bien a quien resolverá el caso o formará parte del Tribunal que lo hará, se tiene una buena parte a favor. Si en cambio se eligió mal, es difícil que incluso la mejor estrategia de defensa pueda revertir la situación. En ese sentido, la semilla del éxito o fracaso se siembra desde el primer momento, incluso antes de haber presentado la demanda arbitral.

2. Steven D. Stark. *Writing to Win*. Broadway Books. New York. 1999. Página 101.

3. Op. Cit. Página 73. Traducción Libre del siguiente texto: "We confess little faults in order to suggest that we have no big ones".

Entonces, el abogado litigante debe trazar una estrategia para influir de una determinada manera en la elección del árbitro único o del tribunal que decidirá el caso ¿Cuál es el árbitro adecuado para mi caso? Eso depende.

3.1 Se busca un árbitro

No escojas a tu árbitro sólo por que es conocido o por que es un profesor o académico famoso. Por ejemplo, si se trata de un caso en el que el texto del contrato no es claro, y para la defensa de la posición de mi cliente requiero recurrir a técnicas de interpretación contractual basadas en la buena fe de las partes como principio de interpretación, o la interpretación histórica y funcional como métodos para indagar cuál fue la real voluntad de los contratantes, es claro que árbitros pegados a la letra del contrato no son convenientes para tu caso. Lo conveniente es recurrir a árbitros que manejen técnicas de interpretación contractual y tengan criterios muy claros en el sentido que el análisis de la literalidad del contrato es solamente el punto de partida del trabajo del intérprete.

De otro lado, hay por ejemplo árbitros que piensan como empresarios, entienden su perspectiva, comprenden cómo funcionan los mercados y hasta conocen la problemática de ciertas industrias. Eventualmente, para ciertos casos, en los que dichos elementos son la clave para la comprensión de la estrategia de defensa trazada, será imprescindible recurrir a un árbitro de estas características. En estos casos, en cambio, un árbitro que ha sido docente toda su vida, probablemente no sea el más idóneo. Esto no niega sin embargo que un docente a tiempo completo pueda ser una muy buena alternativa de árbitro para aquellos otros casos en los que el conocimiento de ciertos conceptos y doctrinas civilistas, por ejemplo, resulte fundamental.

Si tu defensa es muy formal (por ejemplo que se venció un plazo de prescripción), un árbitro formalista (por ejemplo un procesalista muy pegado a la letra) puede ser una buena opción. Por eso estudia a tu árbitro. Averigua cómo piensa y cómo ha actuado en casos anteriores o qué cosas ha escrito. Este es un primer nivel de análisis para la decisión de qué árbitro designar: Qué quiero probar determinará qué árbitro debo elegir.

Hay sin embargo otros aspectos o características del árbitro a elegir, que no dependen del caso, y que son igualmente claves para tomar una decisión adecuada. El árbitro que elijan debe ser muy trabajador y riguroso. Los árbitros que más influyen en el resultado final no son necesariamente los que más saben. Son los que más trabajan. Es aquel que cuando en un Tribunal se preguntan quién va a redactar el laudo es el primero que levanta la mano. La inercia y el ocio son elementos que convierten en irrelevante a un árbitro. Y tú quieres que tu árbitro sea relevante.

Elijan a los árbitros que realmente se zambullen en el caso, entran a los detalles, revisan todas las pruebas, hacen su propia investigación, preguntan en las audiencias de pruebas y en las audiencias de informe oral. Mejor todavía si se trata de aquellos árbitros que se sabe hacen directamente el Laudo, y no lo delegan en asistentes o terceros. El árbitro que hace su trabajo de comienzo a fin, y lo hace con rigurosidad, es la mejor seguridad de que, si hemos elegido bien, y a su vez hemos preparado adecuadamente la defensa, el resultado esperado será el que hemos pronosticado.

Además, el árbitro que hace su trabajo termina conociendo el caso tanto como los abogados (o más) y con ello se convierte necesariamente en el árbitro que lidera el proceso de formación de la decisión al interior del Tribunal.

Es clave para lo anterior que el árbitro que elijamos tenga aptitudes para comunicar y generar consensos al interior del Tribunal. Tiene que tener inteligencia emocional. No puede ser una

persona antipática o que genera conflictos. Se requiere entonces de una persona con inteligencia, sentido común, credibilidad y capacidad para comunicar sus ideas y generar consensos. Si nuestro árbitro es uno que reúne todas las características anteriores, con seguridad será el árbitro que lidere el proceso de formación de la decisión al interior del Tribunal.

Consejo: no elijan un árbitro que no conocen. Eso es jugar a la lotería con dinero ajeno. Su cliente no los contrató para eso.

Otro consejo: no elijan tampoco un árbitro que confunde su rol con el de un abogado patrocinante. Los árbitros que confunden su rol con el de abogados de la parte que los eligió y la consideran "su cliente", inmediatamente se desautorizan ante los otros árbitros. En ese sentido, se "suicidan" desde el inicio. Sus co árbitros sabrán que nada que digan o escriban será realmente suyo, pues se habrán convertido en la voz del abogado que los eligió. Con eso habrán elegido a un árbitro que nadie escucha. Habrán perdido su posibilidad de tener un árbitro en el Tribunal. Su caso entonces será decidido por el árbitro que ustedes no eligieron y por el Presidente del Tribunal. Tendrán las de perder.

Lo dicho no quiere decir que el prestigio del árbitro no sea importante. De hecho lo es. Pero no es lo más importante. Sin embargo si encuentras a un árbitro con las características anotadas y además es reconocido académica y profesionalmente, mucho mejor.

3.2 Psicología arbitral

Una vez claro quiénes componen el Tribunal arbitral que decidirá su caso, tienen que conocer a profundidad a aquellos árbitros que ustedes no designaron (si no los conocen ya). Por conocerlos a profundidad nos referimos fundamentalmente a conocer cómo piensan, a través de lo que hayan decidido previamente, escrito o dicho.

Es clave llevar adelante una labor de investigación muy rigurosa de cuál es su experiencia profesional y académica. En qué casos han estado, cómo los han decidido, si esta información fuera pública. Fundamental también es preparar un file con todo lo que hayan escrito. Es probable que hayan escrito algo vinculado al caso que está por decidirse. Ustedes deben saberlo todo. También es importante saber qué actividades han desarrollado, si han enseñado o dictado charlas y sobre qué temas y dónde han trabajado.

Recuerden que su trabajo es fundamentalmente uno de persuasión. Para persuadir a los árbitros de nuestro caso, primero, debemos saber cómo piensan, cómo razonan, qué les atrae, que les disgusta. Una vez que realmente los conozcan, todo lo que ustedes digan o escriban al interior del litigio, estará orientado a tocar aquellas fibras de los árbitros que ustedes saben tendrán por efecto motivarlos a ver favorablemente la posición que defienden. Tener un perfil escrito del árbitro, una ficha con información, es útil cuando se quiere contrastar los que se va a presentar con dicho perfil.

En ese sentido, el trabajo de los abogados litigantes es en alguna medida un trabajo de psicología. Hay que meterse en la mente de los árbitros para identificar, luego, qué debemos hacer, decir y escribir (así como qué es lo que no debemos hacer, ni decir, ni escribir), de tal forma de obtener el resultado querido.

IV. TERCER INGREDIENTE - PREPÁRATE A PROFUNDIDAD

Para ganar un caso hay que prepararse a profundidad. Este ingrediente está íntimamente relacionado con el primero: honestidad. Te están pagando para ganar el caso. Debes entonces trabajar duro para eso. No hay misterios o fórmulas mágicas: el abogado que

trabajó más duro es el más efectivo en lograr que los objetivos de su cliente se concreten. La espontaneidad y la creatividad pueden ayudar. Pero la continuidad del éxito está realmente en el trabajo.

La creatividad importa sin duda. Hay abogados más creativos que otros. Algunos simplemente nacen con el don. Sin embargo, es cierto también que el abogado más preparado para el caso tiene mayores y mejores opciones de ser creativo. En otras palabras un abogado creativo lo puede hacer bien, pero un creativo preparado lo puede hacer aún mejor. Como dicen Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr.: *"Muy pocos problemas legales son resueltos por ideas brillantes en las que nadie había pensado con anterioridad. La mayor parte de los problemas legales son resueltos si es que diligentemente hemos aprendido todos los detalles que importan y los hemos organizado de tal forma de conseguir el resultado querido"*.⁴

4.1 Trabaja duro

¿Qué significa trabajar duro entonces? Debemos conocer el problema en todo detalle. Estudiar los antecedentes del caso, conocer el contrato, las comunicaciones cursadas entre las partes, los informes técnicos elaborados si es el caso, entrevistarse cuantas veces sea necesario con el cliente y las personas que directamente protagonizaron los hechos. Se trata entonces de estudiar el caso, estudiar los hechos, comprenderlos, pensar acerca de ellos, etc.

Luego, y en paralelo a nuestra investigación de los hechos, debemos conocer y pensar acerca de cómo la ley aplicable impacta en el caso de nuestro cliente y sus posibilidades si la disputa termina en un proceso arbitral. Se da por descontado que los abogados conoceremos en detalle la ley aplicable, así como la jurisprudencia y doctrina pertinentes.

Entonces, para el diseño de una estrategia de defensa efectiva, debemos trabajar duro y de forma eficiente.

¿Cuánto tiempo se requiere para preparar una demanda efectiva, o para preparar un informe oral que sea efectivo para la tarea de persuadir al Tribunal de nuestro caso? Es difícil dar un número. Eso depende de cada caso. Para un informe oral que toma probablemente 20 minutos, hay que dedicar probablemente 20 ó 30 horas de preparación. En ese sentido, lo que se ve en el informe oral será solamente la punta del iceberg. El trabajo duro realmente es mucho mayor. Como explican Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann Jr.: *"Lo que la audiencia observa (la punta del iceberg o la parte visible de la performance del abogado) es una fracción muy pequeña del soporte de su trabajo (aquella parte del iceberg que está sumergida o el trabajo de preparación para la performance). El ratio de preparación – performance en la abogacía fácilmente es de 15 ó 20 a 1. Puede tomar 10 horas preparar media hora de una sesión de asesoría a un cliente, y puede tomar 15 horas preparar una reunión de negociación que dura 2 horas"*.⁵

4 Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann Jr. *Essential Lawyering Skills*. Second Edition. Aspen Publishers. 2003. Página 9. Traducción libre del siguiente texto: "Few legal problems are solved by astute insights that no one has thought of before. Most legal problems are solved by diligently learning the details that matter and putting them together into a package that gets results".

5 Op. Cit. Página 8 y 9. Traducción libre del siguiente texto: "What the bystander sees (the tip of the iceberg or the visible part of the lawyers performance) is a tiny fraction of what supports it (the undersea part of the iceberg or the preparation for the performance). In lawyering, the ratio of preparation to performance can easily reach 15 or 20 to 1. It might take 10 hours to prepare for a half-hour counseling session with a client, and it might take 15 hours to prepare for a negotiating meeting that lasts 2 hours (...)"

4.2 Incorpora a tu cliente en el equipo

Por más duro que trabajemos en el caso, hay que reconocer que lo más probable es que permanezcamos completamente ignorantes sobre ciertos aspectos de los hechos ocurridos, la industria, los mercados, las personas involucradas, etc., que resultan fundamentales para comprender el problema y encontrarle solución. Nuestro cliente es por eso buena parte de la clave del éxito. Hay que trabajar con él. Él sabe mejor cuál es el problema, y muchas veces incluso sabe más respecto a cómo solucionarlo. Conoce los hechos y el detalle que el abogado muchas veces no puede descubrir ni comprender. La creatividad del cliente suele ser fundamental para hacer la diferencia y finalmente construir una estrategia realmente efectiva. Entonces hay que incorporarlo al equipo y utilizar sus mayores y mejores conocimientos del problema para preparar una defensa que resulte efectiva para sus intereses.

En ese sentido, nosotros preferimos trabajar en base al llamado modelo participativo de relación cliente abogado, a través del cual el cliente trabaja con el abogado, de comienzo a fin. Por oposición al modelo participativo existe el llamado modelo pasivo de relación cliente - abogado, en el cual el cliente entrega el caso, se desentiende del problema pues confía que el abogado podrá hacerlo mejor solo, y simplemente espera del abogado un resultado⁶.

En términos generales, se dice, el modelo participativo ayuda a obtener mejores resultados. Las razones son fundamentalmente las siguientes⁷:

- Seamos humildes y honestos. Hay que reconocer que los abogados cometemos errores. Entonces, en un modelo participativo, los espacios para el error se reducen, si es que el cliente trabaja con nosotros.
- El cliente sabe más sobre cómo resolver su problema. Asimismo, el cliente tiene más claro qué es lo que necesita, qué es lo que desea conseguir y quizás sabe mejor cómo conseguirlo. Y conoce a la contraparte y a los testigos. Conoce sus debilidades y qué tipo de errores suele cometer y cuáles no.
- El modelo participativo tiene la gran ventaja de permitir que nuestro cliente se encuentre al tanto de todos los detalles sobre lo que está pasando. Dicha mayor consciencia del problema y sensación de control, contribuye a reducir la ansiedad del cliente y a poner sus expectativas en el nivel adecuado. El cliente agradece entender qué está pasando y qué problemas está enfrentando. Su participación es algo que valora.
- El modelo participativo además promueve un contacto personal con el cliente. Contribuye a construir una relación cliente abogado en la que existe confianza mutua. Hace que el cliente se sienta bien atendido y ve que su abogado está realmente trabajando. Las relaciones de largo plazo suelen resultar del modelo participativo.

En suma, la creatividad y el apoyo del cliente es fundamental para el diseño de una estrategia efectiva. Incorpórenlo al equipo.

4.3 Diagnostica, haz predicciones, planea: Identifica el evento decisivo

Nuestro trabajo consiste en resolver el problema que el cliente nos trae. Como no puedo resolver lo que no conozco o no entiendo, lo primero para resolver el problema es conocerlo.

6. Op Cit. Páginas 16 y 17.

7. Op Cit. Páginas 17 y 18.

Entonces, hay que trabajar duro en la elaboración del diagnóstico. Hay que conocer y comprender el problema. Lo que implica obviamente tener muy claro cuál es el interés de nuestro cliente.

Una vez claro el diagnóstico, la labor central del abogado será hacer predicciones. De lo que se trata es de hacer predicciones acerca de cómo reaccionará el abogado de la contraparte si hacemos esto o lo otro; cómo reaccionará el Tribunal arbitral si planteamos el caso de esta forma o de la otra, con esta evidencia o con esta otra. Nuestro trabajo es en ese sentido uno en el que trataremos de predecir cómo otras personas reaccionarán a eventos futuros. De lo que se trata, en simple, es de predecir qué es necesario hacer o no hacer para ganar el caso. Hay que tener entonces buen feeling de cómo reaccionará la autoridad.

El trabajo de hacer predicciones (y hacerlas correctamente) es uno que no aprenderemos en la universidad. Realmente sólo la profunda preparación, la experiencia, y nuestra capacidad para aprender de dicha experiencia (siendo conscientes de dicho proceso de permanente aprendizaje, en el que el ensayo - error es fundamental) nos darán la preparación que se requiere para hacer predicciones correctas.

Finalmente, hecho el diagnóstico y claras nuestras predicciones, hay que preparar la estrategia que será necesaria para ganar; es decir el plan necesario para resolver el problema que nos fue encargado.

En resumen, como dicen Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann Jr: *"En una entrevista con el cliente y después de ésta, el abogado diagnostica después de haber aprendido los hechos y haber pensado acerca de cómo dichos hechos afectan a su cliente desde el punto de vista legal, financiero y emocional. Para hacer un diagnóstico concreto, el abogado tratará de predecir cómo otras personas o los jueces tratarán a su cliente sin su intervención. (...) Luego, el abogado desarrollará varias estrategias para proteger a su cliente. El abogado y su cliente escogerán la mejor estrategia para el cliente, teniendo en cuenta sus predicciones acerca de cuál estrategia será la más idónea para alcanzar el éxito, así como el estilo que el cliente prefiera para atacar el problema"*⁸ (los subrayados son nuestros).

Hay que tener en cuenta que una vez lista la estrategia, nuestro trabajo no ha terminado. En estricto, recién comienza. Por un lado, hay que comenzar a implementar la estrategia acordada y, por el otro, eventos nuevos pueden ocurrir, que determinen que la estrategia elegida deba ser ajustada o incluso sustituida. Nuestro trabajo es uno en el que permanentemente el abogado revisa su estrategia, la mejora, ajusta o cambia, adaptando la defensa a los nuevos sucesos. La labor de reestrategia es en ese sentido fundamental, y esta labor implica una labor previa de permanente nuevo diagnóstico y nuevas predicciones.

Finalmente, es clave considerar que una estrategia efectiva es aquella en la que el abogado ha sabido identificar claramente cuál es el evento decisivo.

¿Cuál es el evento decisivo? Aquél cuya ocurrencia resolverá el problema. Una vez elegido el evento decisivo buena parte de la estrategia se concentrará y girará en torno a causar que

8 Op Cit. Página 26. Traducción libre del siguiente texto: "In a client interview and afterward, you diagnose by learning the facts and figuring out how they affect the client legally, financially, and emotionally. To make your diagnosis concrete, you predict how people and courts will treat the client in the future if you do not intervene on the client's behalf (...) You develop several strategies to protect the client. You and the client choose the best strategy based on your predictions of each strategy's likelihood of success and on the client's preferred style of attacking the problem"

efectivamente ocurra. Eso es finalmente trabajar eficientemente. Para trabajar eficientemente habrá que trabajar muchas horas (como se ha dicho más arriba). Sin embargo no necesariamente trabajar muchas horas será eficiente. Para que sea eficiente, nuestro trabajo deberá girar en torno a hacer que el evento decisivo ocurra.

Por ejemplo, el abogado litigante podría visualizar que el evento decisivo en su caso será lograr que el ingeniero experto de la contraparte entre en graves contradicciones durante su declaración testimonial en la Audiencia de Pruebas. El abogado sabe que si logra mellar la credibilidad del experto de la contraparte, habrá ganado el caso (o en todo caso, sus probabilidades de éxito se incrementarán sustancialmente). Entonces definido el evento decisivo, el abogado trabajará duro preparándose para dicho interrogatorio. El objetivo: destruir la credibilidad de dicho experto. Habrá que focalizar esfuerzos en identificar todo el material escrito por dicho ingeniero experto con anterioridad a este caso, habrá que encontrar aquellos párrafos de sus escritos que mejor reflejan las contradicciones de su posición actual en el caso, con su posición técnica anterior cuando se dedicaba a labor estrictamente académica. Si logramos encontrar dichos párrafos que evidencian la contradicción, habrá que tenderle una emboscada, comenzando el interrogatorio preguntándole sobre su posición actual, indagando sus razones para sostener dicha posición, preguntarle si se ratifica en su posición y si no tiene la menor duda de que está en lo correcto y, luego, sin que pueda predecir lo que se viene, mostrar en imágenes ampliadas las citas a sus textos anteriores en los que dijo, con mucha convicción también, exactamente lo contrario. Caso cerrado. Caso ganado.

La habilidad del abogado para haber identificado con precisión cuál es el evento decisivo, es lo que fundamentalmente distingue una buena estrategia de una mala, y normalmente determina qué abogado ganará el caso. En palabras de Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann Jr. *"Una estrategia efectiva nunca consiste en tirar todo al otro lado y ver qué ocurre luego. Las mejores estrategias están basadas en rigurosas predicciones de que un evento futuro particular causará la victoria – si logramos que dicho evento ocurra"*⁹.

V. CUARTO INGREDIENTE – DEFINE TU META Y ASUME EL CONTROL PARA TU CLIENTE

El trabajo de diagnóstico, predicción y estrategia, debe culminar en que hemos definido claramente nuestra meta específica. Trabajar para una meta específica, alrededor de la cual giran todas nuestras acciones y decisiones, es la clave de una defensa efectiva. Como dicen Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, "Los abogados efectivos trabajan para la obtención de metas específicas"¹⁰. Por el contrario, sin una meta específica, nuestro cliente (y nosotros mismos) estará a merced de las circunstancias, los eventos nuevos que puedan ocurrir, y las sorpresas que pueda generar nuestra contraparte. No perder claridad sobre cuál es el norte, es clave para no ser náufrago de las circunstancias, siempre cambiantes en un litigio.

Vinculado a lo anterior está el preparar la defensa para que nuestro cliente adquiera control. Esa es en estricto la razón por la cual vino a nosotros.

El control del arbitraje es esencial en el éxito. La parte que no tiene control se desgasta más, suele cometer más errores y, sobre todo, no puede armar una estrategia. En cambio la parte

9 Op Cit. Página 33. Traducción libre del siguiente texto: "Effective strategies almost never consist of throwing everything at the other side and then watching for further developments. The best strategies are based on accurate predictions that a particular kind of future event will cause victory – if only that event itself could be made to happen."

10 Op Cit. Página 8. Traducción libre del siguiente texto: "Effective lawyers work to achieve specific goals."

que tiene control puede no solo manejarse con tiempo, sino crearle, con medios legítimos, problemas a la otra parte.

El control del arbitraje permite que la estrategia fluya y conduce además a crear la sensación que nuestra posición es más sólida y coherente. Así por ejemplo, si el contrato ha sido incumplido por el Contratista y nuestro cliente (imaginemos, el Propietario de la obra) quiere saber qué pasará si lo mantiene vigente; qué pasará si lo resuelve; quiere saber qué pasa con la carta fianza de fiel cumplimiento pactada; qué pasará con las penalidades pactadas para el eventual retraso del Contratista en la ejecución de sus trabajos, etc., entonces es evidente que viene a nosotros porque enfrenta una situación de incertidumbre, y necesita de un método o sistema que lo ayude a convertir su incertidumbre en certeza. Nos ha llamado para adquirir control sobre los eventos y evitar ser presa de las circunstancias.

Por lo tanto, nuestro trabajo consistirá en diseñar una estrategia que permita que nuestro cliente gane control sobre dicha situación. Por ello, por ejemplo, en algún caso aconsejaremos ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento, y recién luego presentar la demanda arbitral, demandando daños y perjuicios por incumplimiento de Contrato. La idea es garantizar que nuestro cliente ejecute la carta fianza antes que la contraparte, eventualmente, intente una medida cautelar que le impida dicha posibilidad. Con eso, si se logró el objetivo y ejecutó la fianza, le dimos control sobre su posibilidad de hacer valer su garantía. En cambio la otra parte tendrá el problema de revertir el efecto de las medidas que no le convienen. Ello distrae recursos, tiempo y eficacia, de otras acciones que pudiera estar intentando.

Además no es extraño que durante el arbitraje se presenten oportunidades para negociar o transar. La parte que está en control siempre tiene una posición negociadora mejor.

Adquirir cierto nivel de control para nuestro cliente también tiene que ver con lo que explicamos arriba sobre la importancia de elegir árbitros idóneos, en el sentido de que debemos trabajar con mucho cuidado en la elección de un árbitro que brinde a nuestro cliente la tranquilidad de que nuestra posición será estudiada en detalle y meditada, antes de decidir. Por el contrario, designar como árbitro a alguien cuyas calidades y cualidades no conocemos, y luego no estudiar a profundidad quiénes son y cómo piensan los otros árbitros, es someter a nuestro cliente a una lotería, en la que el resultado será totalmente impredecible. Nuestro cliente no nos contrató para jugar a la tinka. Eso lo puede hacer solo. Nos contrató para adquirir el mayor control que fuera posible sobre cómo se decidiría su caso.

Otro ejemplo, tiene que ver con convocar a tiempo (antes que nuestra contraparte) a aquellos expertos que sean necesarios para colaborar en la defensa de nuestro caso. Hay casos en los que la materia discutida determina que sea necesario sustentar nuestra defensa con lo que al respecto puedan decir los expertos ingenieros, médicos, geólogos, antropólogos, etc, según el tipo de problema en discusión. Si de lo que se trata, por ejemplo, es de definir si la máquina excavadora utilizada para excavar un túnel en el subsuelo, fue bien o mal utilizada por el Contratista a cargo de las obras, será clave para nuestro caso que un experto en el uso de dichas máquinas excavadores presente su testimonial de experto ante el Tribunal arbitral que decidirá el caso. Y puede que en el Perú no exista si no uno o dos expertos en la materia. Entonces, para que nuestro cliente adquiera control, tenemos que adelantarnos a nuestra contraparte, contactar a dichos expertos y contratarlos para nuestro equipo. No podemos darnos el lujo de que nuestra contraparte los contrate primero. Con ello habríamos perdido control total de la situación.

Entonces, ganar control para nuestro cliente requiere planear y anticiparse a los hechos. En palabras de Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann Jr.: *"Ello requiere bastante más*

que sólo conocer la ley y la jurisprudencia aplicable. Requiere la habilidad de planear por adelantado, de evitar poner al cliente a merced de las circunstancias, de capacidad de decisión efectiva (capacidad de actuar bajo presión), de mente centrada o "presence of mind" (la capacidad de reflexionar entre varias opciones mientras se está bajo presión), y de habilidades para resolver problemas (problem solving – skills)"¹¹.

VI. QUINTO INGREDIENTE - CONCÉNTRATE EN LOS HECHOS

Recuerda que los árbitros que resolverán tu caso conocen la ley y doctrina relevantes. Es cierto. Probablemente sea necesario que se las recuerdes y le dediques un tiempo a ese trabajo. Sin embargo, ten presente que tu caso no puede ni debe ser solamente construido sobre la base de argumentos legales, doctrinarios o jurisprudenciales. Esa es realmente una pequeñísima parte de lo que realmente importa para inclinar la victoria a tú favor. Es más, creería que los árbitros podrían sentirse insultados cuando observan a un abogado que dedica buena parte (la mayor parte) de sus escritos o de su informe oral a argumentación legal. "Yo ya conozco la ley" dirían. Por eso he sido contratado. "Muéstreme usted los hechos". Nunca el aforismo "Iuri Novit Curia" es más cierto que en un proceso arbitral.

Los árbitros suelen concentrarse más en los hechos que un juez común. Suelen conocer bastante bien la Ley y tienen experiencia en su aplicación práctica. De hecho los árbitros suelen conocer los usos y costumbres comerciales y esos usos suelen estar más referidos a los hechos que el derecho. Tienen además más espacio para la prueba y su actuación y la evalúan con más calma. Los arbitrajes son más factuales que los juicios comunes.

Entonces, debes dedicarle tiempo y esfuerzo, sobretodo, a mostrarle al Tribunal los hechos y explicar cómo dichos hechos prueban tu historia. Finalmente, todo girará alrededor de los hechos y quien presente los hechos de forma más consistente a su posición y de modo más persuasivo, será quien usualmente se lleve la victoria. Además son los hechos y no el Derecho lo que genera la simpatía del árbitro con tu posición.

¿Qué es lo que realmente pasó? Es la pregunta que se hará el Tribunal arbitral, y todo su trabajo durante el proceso apuntará a encontrar una respuesta a dicha pregunta. Por su parte, los abogados presentarán sus propias versiones de lo que realmente pasó, y tratarán de persuadir al Tribunal de que su historia es la correcta. Solo una vez que el Tribunal conozca los hechos y los entienda, comenzará a analizar cuál es el Derecho aplicable. Pero si lo convenciste con los hechos, ya tienes una buena parte del arbitraje ganado.

Pero si los hechos son los mismos ¿cómo podría haber más de una interpretación de lo que realmente pasó? Bueno, ese es justamente el problema. Y eso es justamente lo que nos genera trabajo. Qué pasó realmente o, dicho de otro modo, cuál es la verdad, es muy relativo. Es decir, depende. Así, por ejemplo, un mismo hecho (un accidente de tránsito) visto por dos personas ubicadas en lugares distintos, de distintas edades, con distintas preocupaciones, cultura y educación, entre otros, podrán ser interpretados de forma absolutamente distinta.

Imagínese entonces qué ocurrirá cuando se trata de hechos acumulados a lo largo de varios años de una relación contractual complicada, en los que interactuaron muchas personas, unas con mejor memoria que otras, unas localizables y otras ya fallecidas, con algunos documentos

¹¹ Op Cit. Página 8. Traducción libre del siguiente texto: "That requires more than knowledge of statutes and case law. It requires the ability to plan ahead, a refusal to place yourself at the mercy of events, decisiveness (the capacity to act under pressure), presence of mind (the capacity to reflect among options while under pressure), and the problem solving skills (...)"

que registran lo que supuestamente pasó y otros que contienen notas poco claras de lo que pasó; y todo esto en un contexto de conflicto en el que cada parte busca interpretar y presentar los hechos a su favor. Como dicen Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr. *"Estas diferentes versiones de lo que realmente pasa", los psicólogos cognitivos dirían, dependerá de la manera en que cada uno de nosotros procesa y organiza la información*"¹².

Como comprenderán entonces, nuestro trabajo como abogados consiste fundamentalmente en investigar rigurosamente los hechos, encontrarles un orden que haga que nuestra historia tenga sentido, y presentárselos al Tribunal de forma consistente, didáctica y persuasiva.

En una parte nuestro trabajo se parece mucho al de un investigador privado. Debemos indagar qué pasó realmente y encontrar toda la evidencia que sea posible. En otro aspecto nuestro trabajo se parece al de un psicólogo. Debemos construir la historia, presentando las piezas de información recolectadas, de tal forma que el Tribunal sea persuadido de que nuestra historia es la que mejor refleja lo que realmente pasó.

Destacando la importancia de los hechos, Steven D. Stark ha dicho, entre otros, lo siguiente: *" (...) Son una forma de apelar a los sentimientos del Juez o del lector "*¹³(el subrayado es nuestro) Si el tema es uno de persuasión, debemos entonces buscar tocar los sentimientos de la autoridad, tocar sus emociones. Sustentar nuestro caso en los hechos y en las personas involucradas, es clave para nuestro trabajo de persuasión. Recuerden que los casos, fundamentalmente, son decididos por emociones. Los árbitros suelen dar el sustento legal después de haber decidido el caso emocionalmente.

De alguna manera los abogados nos parecemos a un director de teatro o de cine. Construimos una historia, montamos una "obra" en la que los actores son las partes, los testigos y los expertos. Pero es una obra particular: se basa en hechos reales. El éxito de un director está en que su obra sea convincente y traslade al espectador a vivir su versión de historia. Los buenos directores consiguen historias convincentes. Pero además logran un mejor efecto si generan emociones que despiertan simpatías. Y si esas simpatías se generan hacia la parte de la obra que corresponde al cliente, ya tenemos buena parte del caso ganado. El director recrea los hechos. Pero no logra su objetivo si la historia es aburrida, inocua o poco interesante. El buen director puede (y debe) convertir la historia real en una aún mejor. Para ello no pueden contar todos los hechos. Debe contar los centrales, los realmente relevantes. Debe hacerlo con detalle, pero sin tratar de abarcar demasiado.

Así la obra debe ser convincente, divertida (lo que no significa que no sea seria), emotiva y, por sobre todo, darle a los árbitros la posibilidad de tener un final feliz.

Para montar una buena obra los directores juegan con estereotipos. Los ángulos de la cámara, la luz, la actuación, la caracterización, el lenguaje; todos ellos son elementos que tienen que ser usados con destreza para crear la historia que se busca. Si quieres generar simpatía hacia tu cliente no puedes llamarlo "el demandante" o "el demandado". Reserva esos calificativos para la otra parte. Son más fríos. Tu cliente es el "Señor López" o "la víctima". La otra parte puede ser "el obligado", "el incumplidor" o simplemente "el demandado".

Así no basta el relato puro y simple de los hechos. A los hechos hay que darles vida. Tu historia no puede ser un documental frío.

12. Op. Cit. Página 130. Traducción libre del siguiente texto: "These different versions of "what really happens", cognitive psychologists tell us, result from the manner in which we process and organize information".

13. Steven D. Stark. *Writing to Win. The legal writer*. Broadway Books. New York. 1999. Página 71. Traducción libre del siguiente texto: "(...)They are a way to appeal to a judge's or reader's feelings".

Poco o nada aportará a nuestra labor de persuasión, hablarle a los árbitros de la ley. Como explica el mismo Steven D. Stark: *"Enfrentenlo: los jueces se consideran expertos en la ley. No importa lo que les digan acerca de la ley, ellos tomarán su interpretación como una que tiene mucha de sal. En cambio, tus hechos son nuevos y mejor conocidos por ti; tú habilidad de ser persuasivo a través de ellos es entonces mucho mayor. Dale los hechos al Juez y podrás hacerlo cambiar de opinión. Dale la ley y ellos seguirán necesitando los hechos."*¹⁴

VII. SEXTO INGREDIENTE - ESCRIBE COMO UN PUBLICISTA

¿Cómo lograr persuadir al Tribunal de nuestra historia? ¿Cómo escribir de modo persuasivo? Este tema podría dar para un trabajo completo. No es esa la intención. Focalicémonos solamente en algunos aspectos claves que deberían contribuir a potenciar nuestra capacidad de persuasión.

Siguiendo al respecto lo que explica Steven D. Stark, al momento de preparar nuestra defensa escrita, los abogados litigantes debemos conocer y trabajar en base a los siguientes principios tomados de la publicidad¹⁵:

- i) Antes de comenzar a escribir, pregúntate cuál es la gran idea y diseña tu slogan y como guiar al Tribunal a donde quieres que llegue;
- ii) Preséntala de forma interesante; y,
- iii) Estudia el producto y la industria que tienes que "vender". Cuanto más sepas, mayores probabilidades tendrás de tener una gran idea para la "venta".

Veamos uno por uno estos principios.

7.1 ¿Cuál es la gran idea? ¿Cuál es mi slogan?

Para la definición de cuál es la gran idea, luego de una revisión preliminar de los antecedentes del caso, piensen en cuál sería aquella razón de sentido común por la cual su cliente debería ganar el caso. Se trata de buscar el o los principios que sustentan su caso: la raíz del problema.

Encontrada la razón de sentido común que sustenta nuestra posición, comenzaremos a investigar en más detalle la evidencia, la ley aplicable, la doctrina relevante y la jurisprudencia.

Las razones de sentido común son las que más claramente persuaden a la autoridad (o a cualquiera realmente). En cambio, un argumento, muy bien armado, y muy sofisticado, construido sobre la base de una interesante interpretación legal y con el sustento respectivo de los precedentes favorables a nuestro caso, por más inteligente y elaborado que sea, si va contra el sentido común, será un argumento perdedor. Los argumentos que no suenan naturales nunca ganan.

Hecho lo anterior, luego, nuestro escrito debe ser uno memorable (en el sentido de recordable) y convincente ¿Cómo lograrlo? Debe estar focalizado en la gran idea. No demos a los árbitros 10 ó 20 argumentos de entre los cuales deben escoger el que prefieran.

14 Op Cit. Páginas 71 y 72. Traducción libre del siguiente texto: "Face it: judges consider themselves experts in law. No matter what you tell them about it, they are going to take your interpretation with about fifteen grains of salt. In contrast, your facts are new and best known to you; your ability to be persuasive with them is far greater. Give judges the facts in a case and they can make up their minds. Give them the law and they still need to know the facts".

15 Op Cit. Página 59.

El resultado de esta técnica (muy usual en los abogados litigantes) es que los árbitros, al momento de decidir, simplemente no recordarán ninguno. Eliminemos todas aquellas páginas cuyo contenido resulta trivial, prescindible. Dejemos únicamente aquello que resulta clave para presentar nuestro caso.

Los árbitros son usualmente personas sumamente ocupadas, que trabajan en más de un caso a la vez, y que tienen por tanto muchos escritos y argumentos que leer y recordar. Entonces, competimos con otros casos, y otros problemas que mantienen sus mentes ocupadas. Para ganar en esa competencia de tal forma que nuestro caso sea el que ocupe sus mentes, debemos distinguimos del montón.

La pregunta entonces es ¿cómo logro que hablen de mi caso a la hora del almuerzo? ¿cómo logro que piensen en mi caso cuando vayan a dormir? Para lograr ello nuestros escritos deben estar muy bien focalizados en la gran idea que encierra el fondo del problema.

La pregunta sobre la gran idea, es la misma pregunta que se hace un publicista cuando tiene que resumir en una frase (una o dos palabras) porqué su producto es el mejor. Los abogados debemos hacer el mismo esfuerzo. Recuerden además que su cliente no les paga por cada página escrita. Les pagan por pensar para ganar.

Finalmente, una vez definida la gran idea, también es clave encontrar el slogan que mejor encierre nuestra posición. Será dicho slogan, si nuestra elección fue adecuada, el que hará que nuestra gran idea sea memorable.

Los publicistas suelen usar un solo slogan. En él ponen toda la fuerza de su persuasión. Lo demás en la publicidad te conduce hacia el slogan. El slogan debe ser simple, fuerte, resumir el caso, ser fácil de memorizar y graficar lo que quieres. Piensa en slogans de la publicidad que recuerdes. "Un monstruo en computación". "Donde comprar es un placer", "La chispa de la vida". "La bebida del sabor nacional". Son cortos, simples, fáciles de recordar, y te dicen cuál es el producto o servicio.

Si tienes un caso donde tu prueba principal es el propio dicho de la contraparte puedes usar "El pez por la boca muere". Repítelo hasta que todos lo recuerden. Si cuando el árbitro piensa en tu caso se le viene a la mente el slogan, habrás tenido éxito.

Otro ejemplo que vimos en un arbitraje fue el de una empresa que se quejaba de que otra le dilataba la aprobación de una obra con numerosas excusas. La abogada acuñó el slogan que el caso era "La historia sin fin". Lo repitió muchas veces y armó todos sus argumentos en base a esa idea. Consiguió su propósito de dejar la impresión que se estaban demorando demasiado en aprobar algo simple.

Ponte en el lugar del árbitro cuando recién recibe el caso. No sabe nada o sabe muy poco de él. Para él el caso es como una caverna oscura en la que va a entrar para comenzar a descubrir los hechos del caso.

Para llevarlo a la parte de la caverna que te interesa tienes que guiarlo. ¿Cuál es la mejor forma? Coloca antorchas en la caverna. No muchas. Ello lo llevará a recorrer todos los detalles y terminará perdido y alejado de donde quieres que vaya. Usa unas pocas; tres o cuatro. Las antorchas son los hechos importantes de tu caso, colocados de manera inteligente para llevarlos a la conclusión deseada. Cuanto menos mejor. Los arbitrajes no se ganan "al peso". Se ganan por la efectividad de dos o tres ideas bien articuladas.

Lo anterior tiene mucho que ver con la longitud de nuestros escritos. Para ser memorables y convincentes, nuestros escritos deben ser cortos, simples y focalizados en la gran idea. Recuerden, nuestro trabajo no es el de escribir el Laudo. Ese es trabajo de los árbitros. Démosles únicamente aquello que necesitan para fallar a nuestro favor. Nada más. Nada menos.

7.2 ¿Cómo presentar la idea de forma interesante?

Puede ser muy aburrido escribir sobre la ley, y su correcta interpretación, la jurisprudencia y doctrina relevantes. Si para quienes estamos a cargo del caso podría resultar aburrido lo anterior, imagínense qué piensan los árbitros de nuestros escritos.

Los árbitros se mueven en un mundo como el nuestro en el que todos escriben de la ley, la doctrina y la jurisprudencia. La ley entonces, por esta repetición constante, se convierte en un producto difícil de convertir en interesante para los árbitros. Es lo de todos los días.

No nos desgastemos entonces en tratar de hacer interesante lo que escribamos sobre la ley. Esa será una empresa muy difícil. Cambiemos el enfoque ¿Qué es aquello que nos atrae de los programas de televisión o películas de cine en los que se ventilan juicios, se muestra el trabajo de los abogados litigantes, y la decisión final de los jurados y jueces? Lo que nos atrae no es qué dice la ley, o la jurisprudencia aplicable al caso. Eso poco nos importa. Y rara vez, por eso mismo, las películas ponen énfasis en ello. Lo que nos atrae realmente, y define si el programa de televisión o la película fue buena o mala para nosotros, es la historia que motivó el litigio, la tragedia humana que estuvo de por medio, el sufrimiento de las personas involucradas, la construcción de los hechos a partir de la investigación aportada, la forma en que se obtuvo, procesó y presentó la evidencia, etc. Entonces, lo atractivo y persuasivo de nuestro caso, estará en los hechos, no en la ley.

Incluso los directores de películas de juicios se alejan de lo que es un verdadero juicio y casi nunca ponen a los actores a hablar de Derecho, salvo en lo estrictamente necesario. Ello es un indicador de que lo que atrae son los hechos. Ello no significa olvidar el Derecho. Sin embargo, tu tarea es poner al Derecho a servir los hechos, y no al revés. Lo que el árbitro está resolviendo es un problema fáctico, no un problema de lógica jurídica. El problema realmente importante es lo que les pasó a las partes.

Como lo explica Steven D. Stark¹⁶: *“¿Cómo hacer un escrito interesante? El camino más obvio es a través de los hechos. Por más sorprendente que pueda parecer a alumnos de primer año de derecho, la ley es casi siempre aburrida, especialmente para los jueces”*.

7.3 Estudia el producto y la industria que quieres vender

Invertir recursos en una profunda investigación legal que presentaremos al Tribunal, puede venir a un costo que no justifique el beneficio. Difícilmente nuestra investigación legal tendrá como resultado proponer al Tribunal una nueva teoría legal que resuelva el caso a nuestro favor. Lo usual es que las investigaciones legales únicamente le digan al Tribunal lo que éste ya sabe. Y argumentos legales muy sofisticados hacen que los árbitros sospechen que tengas la razón. Entonces, si bien la investigación legal es importante (hay que hacerla) recuerden que únicamente con ella, no estaremos listos para asegurar la victoria.

Hay un ejercicio interesante. Cuéntale el caso a un niño de 10 ó 12 años. Ello te forzará a encontrar los hechos realmente importantes. Allí descubrirás que hay algunas reglas legales que tendrás que explicar. Trata de convencer al niño de que tienes la razón. El niño no le hará mucho caso al derecho. Irá a la justicia del caso, irá a la realidad. El ejercicio te ayudará

¹⁶ Op. Cit. Página 67. Traducción libre del siguiente texto: *“How do you make a brief interesting? The most obvious way is through the facts. As shocking as it may seem to first year law students, the law is almost always boring, specially to judges”*.

a simplificar e identificar lo importante y, sobre todo, a descubrir si tu historia es vendible. Te sorprenderá ver que el sentido común de los niños está bastante orientado.

No pretendemos decir que argumentes como para un niño en el arbitraje. El ejercicio es solo uno de sobre simplificación para ayudarte a identificar lo realmente relevante.

Invertir tiempo en la investigación de los hechos ocurridos y la forma en que éstos serán presentados al Tribunal, es la clave que usualmente marcará la diferencia entre un caso ganador y uno perdedor.

Cualquier hecho o evidencia nueva que encontremos atraerá la atención del Tribunal y, eventualmente, podrá decidir el caso a nuestro favor. La investigación de los hechos constituye la semilla de las grandes ideas, y de los mejores argumentos. Como explica señala Steven D. Stark¹⁷ *"Cuanto más sepas de ellos, mayores serán las probabilidades de que se te ocurra una buena idea para venderlos"*

Por ejemplo, imaginemos un caso por responsabilidad civil contra los dueños de una discoteca en la que los asistentes sufrieron graves quemaduras generadas en un lamentable incendio. Será sin duda muy importante sustentar el caso amparo de las normas pertinentes del Código Civil, complementado con la doctrina relevante y eventualmente con jurisprudencia. Pero ese es solamente el punto de partida. Más importante que lo anterior, será ir al local, tomar fotos de las consecuencias del incendio, tomar fotos de las quemaduras que sufrieron los asistentes, grabar un video con su testimonio explicando lo que pasó, concentrarnos en los informes médicos que describen las tremendas consecuencias de lo ocurrido, etc. Además, si hacemos una buena investigación quizá encontremos fotos y/o filmaciones que fueron tomadas antes y durante el accidente. Ello nos daría evidencia clave para nuestro caso. Toda esta investigación ayudará a presentar nuestro caso de forma más creativa, y sobretodo más efectiva.

Recuerden siempre que la mayor capacidad de persuadir a la autoridad arbitral se encuentra en relación directamente proporcional a la mayor y mejor investigación de los hechos. En ese sentido el trabajo que hacemos los abogados se parece mucho al trabajo de los detectives privados o periodistas. Como explica Steven D. Stark¹⁸ *"Ser un buen abogado se parece mucho a ser un buen detective o periodista. Estarás siempre investigando al igual que escuchando"*

Será el resultado de esta investigación de los hechos la que nos permitirá escribir con más detalle los hechos claves de nuestro caso y con ello transmitir una historia real que tenga capacidad de persuasión. El detalle es fundamental si queremos mostrar una historia persuasiva. En palabras de Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr.¹⁹: *"(...) una historia que es rica en los detalles puede crear imágenes vivas en la mente de la audiencia. Puede con ello lograr hacer que los caracteres y los episodios de la historia adquieran vida propia"*.

No confíes totalmente en tu cliente cuando investigues los hechos. Muchas veces el cliente tiene la reacción defensiva respecto de sus propios abogados y no le cuenta toda la historia

17 Op. Cit. Página 67. Traducción libre del siguiente texto: *The more you know about them, the more you are likely to come up with a good idea for selling them"*

18 Op. Cit. Página 68. Traducción libre del siguiente texto: *"Being a good advocate is a lot like being a good detective or journalist: You're searching as much as listening"*

19 Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr. *Essential Lawyering Skills*. Second Edition. Aspen Publishers. 2003. Página 168. Traducción libre del siguiente texto: *"(...) a story that is rich in detail can create vivid images in the audience's mind. It can make the characters and episodes come alive"*

o la cuenta de una manera que le conviene. Entonces te darás con la sorpresa que algo inesperado aparece en el arbitraje y allí es demasiado tarde para mitigar los daños. Así, sin perjuicio de lo que tu cliente te diga, verifica los hechos por tu lado. Busca en Internet o pregúntale a personas entendidas, si lo que dice tu cliente es efectivamente así.

Una vez en un caso de mala práctica médica un cliente dio su propia interpretación de un tratamiento. Pero había otras. Lo hizo porque sintió que otras interpretaciones debilitaban su posición. Investigamos los tratamientos en Internet y como abogados encontramos otras interpretaciones. Cuando se las presentamos al médico antes del arbitraje reconoció el problema y ayudó a armar los argumentos de defensa en relación al problema.

VIII. SÉPTIMO INGREDIENTE – PINTA UN CUADRO CON TU PRESENTACIÓN ORAL

Así como aquello que escribimos para un Tribunal arbitral debe ser memorable, nuestras presentaciones orales ante el Tribunal deben cumplir el mismo objetivo.

¿Cuáles son las diferencias principales entre escribir el caso para el Tribunal y presentárselo oralmente? Tener claridad sobre estas diferencias es fundamental para prepararnos mejor en el uso de uno u otro medio de comunicación.

Cuando escribimos, de alguna forma tenemos ventaja. Lo que escribimos puede no ser leído o entendido en la primera oportunidad. Pero siempre el árbitro podrá volver luego a la página anterior para comprender qué quiso decir el abogado litigante. El árbitro podría estar cansado o distraído como para leer los detalles un día determinado. Pero siempre podrá volver a nuestros escritos al día siguiente. Igualmente, nuestros escritos podrán ser leídos y releídos. Esa oportunidad no la tendrás cuando presentes tu caso oralmente. La presentación de tu defensa oral exige que aproveches el único disparo del que dispones de la forma más efectiva que sea posible. Si con ese disparo no lograste captar la atención de tu audiencia, perdiste una gran oportunidad (quizá la mejor que tienes a lo largo de todo el proceso) de convencer a la autoridad de que tu historia es la más convincente. Entonces, al preparar tu presentación oral, debes ser muy consciente de que en los 10 ó 15 minutos que te conceda el Tribunal para presentar tu defensa, todo lo que digas debe ser imprescindible. Nada debe sobrar. Nada debe faltar.

De otro lado, cuando escribimos, para formarse una imagen del abogado, de su cliente, y de la historia, el Tribunal únicamente tendrá a la mano lo escrito. En esa medida la comunicación escrita deja mucho espacio para la imaginación de la autoridad. Eso es justamente lo que hacen las grandes novelas.

En cambio, cuando hacemos una presentación oral, no será solamente lo que decimos o no decimos lo que el Tribunal tendrá en cuenta para formarse una imagen de nuestro cliente, de nosotros y de nuestra historia. Durante la presentación oral, el Tribunal tendrá la ventaja (o desventaja, según como se quiera ver) de ver a través de sus propios ojos quiénes somos, ver cómo hablamos, ver cómo nos vestimos, ver cómo miramos, ver cómo nos comportamos, ver cómo titubeamos o con qué seguridad decimos las cosas etc. Todo ello, lo que digamos mientras hablamos, lo que digamos gestualmente, así como nuestros silencios, cuenta para las imágenes que se formen los árbitros de nuestro cliente, de nosotros mismos y de nuestra historia. Entonces debemos cuidar la imagen que proyectamos a través de todos estos aspectos. Si como dijimos, los árbitros deciden primero emocionalmente, la presentación oral es la parte más cargada de emociones de todo el arbitraje.

En ese sentido, por ejemplo, hacer contacto visual con los árbitros es fundamental. Si no los miras, difícilmente tu historia será creíble. No importa qué tan buenos sean tus argumentos,

o qué tan clara tu evidencia. Si no miras a los ojos al Tribunal y, por ejemplo, lees lo que preparaste, el Tribunal sentirá que no crees en lo que dices. Y si tú que eres el abogado no refleja claramente convicción en lo que dice, simplemente no tendrás la verdad. Tu historia difícilmente será la que el Tribunal escoja. Luego, el cómo te paras frente a ellos, tus movimientos, tus gestos, el volumen de tu voz, el buen uso de las pausas y debida variación de volúmenes y entonación cuando buscamos poner énfasis, todo ello aporta a darle verdad a tu historia, o a restársela. Debe existir perfecta consistencia entre lo que dices y cómo lo dices. Si dicha consistencia no existe, tu historia, simplemente, no tendrá la verdad²⁰.

De otro lado, un error muy frecuente de los abogados litigantes cuando hacen su presentación oral, es dedicar los 10 ó 15 minutos disponibles a repetir lo que ya escribieron en sus alegatos escritos y/o a repetir lo que ha escrito su contraparte. Con ello, los 15 minutos transcurren, el tiempo se acaba, y el informe oral no aportó nada nuevo (que los árbitros no pudieran haber leído). Los árbitros no citan a una Audiencia de informe oral para que les facilitemos la lectura de nuestros alegatos escritos. Créannos; ellos podrán leerlos solos. No desperdiciemos la gran oportunidad que nos ofrece un informe oral, dedicando ese tiempo a decir lo que ya está escrito. Además, dedicarnos a reiterar lo ya escrito, convierte nuestro informe oral en una presentación completamente predecible. En un informe oral, si queremos que realmente éste tenga impacto y sirva para, ojalá, inclinar la victoria a nuestro favor, debemos ser impredecibles. Debemos preparar algunas sorpresas para el Tribunal y, sobre todo, para nuestra contraparte. El objetivo es que nuestra contraparte se quede sin aliento. Su cara de sorpresa, su nerviosismo, el que comiencen a hablar entre ellos con cara de preocupación, impacta, de manera importante, en formar la opinión del Tribunal. Hay que dejarlos sin capacidad de respuesta. Y que con ello el Tribunal decida que nuestra historia es la más consistente y creíble. Si como consecuencia de la sorpresa, la contraparte dedica buena parte de su tiempo en tratar de revertir sus efectos, has reducido su capacidad de explicar su caso, y si además ha perdido la tranquilidad, mejor. Le habrás hecho daño a su defensa. Recuerda además que lo que más recordarán los árbitros son las audiencias. Ello por que no sólo es texto. Son imágenes, caras, sonidos, etc.

Entonces, si bien nuestro informe oral debe ser consistente con la línea de defensa ya trazada a lo largo del proceso (obviamente, no es posible ser sorpresivo al punto de cambiar la defensa), sin embargo debemos pensar creativamente en cómo presentar el caso de tal forma que nuestra historia aparezca como la mejor sustentada. Ser visual es una gran ventaja. Los abogados estamos mal acostumbrados a transmitir nuestros mensajes hablando. Pero una buena imagen vale más que mil palabras. El uso de fotografías, gráficos, líneas de tiempo, videos, etc, son técnicas muy efectivas para presentar de forma contundente nuestro caso, en pocos minutos. Sin embargo son técnicas muy poco usadas por los abogados litigantes. El mostrar los documentos agrandados y hacer leer al testigo o a la contraparte, en voz alta, lo que dicen y no les beneficia, es una técnica muy efectiva. Piensa creativamente en cómo usarlas. Recuerda, nos pagan para pensar.

Otro tema. Respeta a tu oponente. Recuerda que tú te diriges al Tribunal arbitral. No al abogado de la contraparte. No cometes el error de personalizar el tema, poner adjetivos al abogado de la contraparte, calificar su defensa peyorativamente, etc. El ataque es a su posición, no a él a título personal. Esas situaciones incomodan al Tribunal y lo distraen de lo realmente importante. No dejes que tu ego se convierta en tu peor enemigo. Los árbitros

20. Ser consciente de estos aspectos y aprender a utilizarlos con efectividad para una mejor presentación oral, son temas que aprendí (y sigo aprendiendo) de mi amigo Roberto Ángeles, con quien comparto el dictado del curso de Destreza Legal en la PUCP.

suelen indisponerse cuando los abogados comienzan a agredirse mutuamente y pierden de vista el real objetivo de la audiencia, cual es ayudarlos a que el Tribunal conozca qué fue lo que realmente pasó. Si eres agredido o insultado, esquivas el golpe con elegancia. No crees distracciones de ese tipo. No aportan nada, quitan tiempo, y crean un mal efecto en los árbitros. No bajas a ese terreno. Si no caes en ese juego, tu oponente habrá perdido varios puntos que tú habrás sabido capitalizar. El abogado que insulta o califica a su oponente, o incluso levanta la voz, es usualmente el abogado al que se le acabaron los argumentos. Esa es la imagen que deja el abogado sin estrategia o el abogado que improvisa²¹.

Finalmente, recuerda que para comunicarte oralmente con efectividad, primero debes saber escuchar. Mientras presentas tu caso, al mismo tiempo, debes saber escuchar al Tribunal. Tienes que saber leer sus gestos, sus movimientos, sus preguntas. Todo ello podría indicarte qué debes hacer algunos ajustes a tu presentación, poner mayor énfasis en ciertos temas, omitir otros. Los árbitros comienzan, con miradas, con caras, con gestos, con conversaciones entre ellos, a enviar mensajes antes de decirnos lo que están pensando. Si los sabes leer te adelantarás a tu oponente y tendrás capacidad de reacción. Si notas que te van a llamar la atención, corrígete antes que lo hagan ellos. Si sus gestos te indican que te estás poniendo demasiado agresivo con el testigo o con la otra parte, baja el tono y lanza una frase que indique que no piensas seguir con esa línea. Si ves que el Tribunal está aburriéndose, cambia de línea, gira el tema o busca una forma de llamar su atención. Por el contrario, si mientras tu oponente interroga a un testigo el Tribunal está aburriéndose, no objetes las preguntas ni interrumpas. No saques al Tribunal de su aburrimiento. Deja que tu oponente siga perdiendo su tiempo.

La escucha activa²² es clave para una buena comunicación con el Tribunal. Como explican bien Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr.²³ *"Escuchar significa escuchar a través de nuestros ojos, de nuestros oídos, y con el corazón (...) Escuchar incluye entender quién es la persona que habla. ¿Qué es lo que le importa como persona? ¿Cómo se ve el mundo a través de sus ojos? Si no te haces esas preguntas, nunca entenderás el significado completo detrás de las palabras (...) Muchos abogados hablan demasiado y escuchan muy poco"*.

Todo lo anterior tiene que ver con pintar un cuadro a través de tu informe oral. Tu informe oral debe ser uno que le permita al Tribunal formarse imágenes muy claras y vivas de qué es lo que está en discusión, qué pasó realmente y porqué tu historia (tu cuadro) es el más consistente y convincente. Convertirnos en pintores de cuadros demandará mucho trabajo, creatividad y experiencia. Sin embargo, el primer paso para ser diestros en el arte de pintar (verdaderos artistas) será comenzando. Como explican Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr.: *"Pintar un cuadro es una habilidad vinculada a contar historias (...) Cuando pintas un cuadro, usas palabras para crear escenas en la mente de tu audiencia. Tu audiencia requerirá de poca imaginación para ver dichas escenas, y cuanto más detalle les des, más vivas serán tus palabras, y más fácil será para tu audiencia ver las escenas"*²⁴.

21. Estas son algunas de las muchas enseñanzas y reflexiones de mi amiga la doctora Zusman con quien también comparto el dictado del curso de Destreza Legal.

22. Otra importante enseñanza de la doctora Zusman.

23. Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr. *Essential Lawyering Skills*. Second Edition. Aspen Publishers. 2003. Página 41. Traducción libre del siguiente texto: "Listening is about hearing with our eyes, our ears, and our heart (...) Listening includes figuring out the person who is speaking. What matters to her as a person? How does she see the world? If you do not ask to yourself those questions, you will not understand the full meaning behind words (...) Some lawyers talk to much and listen too little".

24. Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr. *Essential Lawyering Skills*. Second Edition. Aspen Publishers. 2003. Página 45. Traducción libre del siguiente texto: "A skill related to storytelling is painting a picture (...) When you paint a picture, you use words to create a scene in the listeners mind. The listener will have to use a little imagination to see the scene, but the more details you provide and the more vivid your words, the easier it will be for the listener to see the scene".

IX RECOMENDACIONES FINALES

Los abogados litigantes somos finalmente contadores de historias²⁵. Escribimos para contar nuestra historia y hablamos para contar nuestra historia. En todo arbitraje hay tres historias: la de cada una de las partes y la del Tribunal. Pero la única realmente importante es la del Tribunal. El éxito está en lograr que esa historia se parezca a la tuya. El fracaso está en que se parezca a la historia de la otra parte. Así de lo que se trata finalmente el proceso arbitral es de dos historias que compiten entre sí (la del demandante y la del demandado) por lograr ser aceptadas totalmente o cuando menos en parte por el Tribunal que decidirá la disputa.

Si nos percibimos como contadores de historias, seremos más conscientes de la importancia de poner énfasis en todos los ingredientes de la receta que proponemos. Ser honestos es por ello fundamental. Contador de historias no debe confundirse con manipulador de los hechos y de los argumentos. Si bien es como contar un cuento, los árbitros no quieren que les cuentes una historia de ficción. Quieren una historia real. Ser fiel a los hechos (reconociendo los que no convienen a nuestro cliente) y presentarlos de la forma mejor para sostener nuestra posición es buena parte de la clave. Es por ello que en el ejercicio de la profesión la ética de servicio resulta fundamental. Ser ético y ser un buen contador de historias no se oponen. Por el contrario, se alimentan mutuamente.

Igualmente, para contar una buena historia es fundamental escribir y hablar acerca de los hechos y las personas, y cuanto mayor detalle mejor. El detalle contribuirá a que nuestra historia sea más creíble que la de nuestro oponente. Les aseguro que las novelas que mas les han impresionado son aquellas que abundan en detalles para contar los hechos y presentar la historia. La mejor novela es aquella en la que la realidad se confunde con la ficción y la ficción deviene en prácticamente imperceptible. Esas son las novelas que realmente nos atrapan, y no nos dejan dormir hasta que hemos terminado con ellas.

Es esa la mejor forma de poner énfasis y darle realidad –consistente– a nuestra historia. Como explica muy bien Steven D. Stark, lo que tenemos que lograr es que nuestra historia adquiera realidad tangible y para ello será de gran ayuda también encontrar aquellas palabras que permitan que nuestra historia salte del texto y se convierta en una realidad visible y tangible²⁶. En el mismo sentido, Stefan K. Krieger y Richard Neumann, Jr. han escrito al respecto que *"Una o dos imágenes poderosas pueden persuadir a la autoridad que decide en formas que un argumento lógico no podría"*²⁷.

Entonces, la receta que proponemos en este trabajo trata de cómo lograr que nuestra historia gane la competencia. Quizá aplicando de modo estricto la receta que proponemos usted no ganará todos sus casos. Decirle que así será no sería honesto ni por tanto creíble. No obstante, lo que sí es seguro es que su trabajo como abogado litigante mejorará sustancialmente, usted disfrutará más de su trabajo y, en el proceso, incrementarán sus probabilidades de persuadir al Tribunal arbitral que les toque convencer. Nos vemos en la cancha.

25. Steven D. Stark. *Writing to Win*. Op. Cit. Páginas 80 – 82.

26. Op Cit. Páginas 83-88.

27. Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr. *Essential Lawyering Skills*. Second Edition. Aspen Publishers. 2003.

Página 163. Traducción libre del siguiente texto: "One or two powerful images can persuade a decision-maker in ways that a logical argument cannot"