

ACORDAR, DEBATIR Y NEGOCIAR*

Josep Aguiló Regla

Universidad de Alicante

josep.aguilo@ua.es

RESUMEN. El artículo trata de presentar en muy pocas palabras dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí. La primera cuestión es la de las conexiones que pueden trazarse entre la acción de «acordar» (tomar o alcanzar acuerdos) y la actividad de «debatir». La segunda es la presentación de la «negociación» como un «debate» entre partes que tratan de alcanzar un «acuerdo». La respuesta a la primera cuestión viene a ser el marco general en el que se inscribe la segunda; y la segunda puede verse como una ilustración de la primera.

Palabras-clave: acuerdo, pacto, decisión, negociación, debate.

Agreeing, Debating, Negotiating

ABSTRACT. The article tries to present in a nutshell two closely related questions. The first one is that of the connections that can be drawn between the action of «agreeing» (taking or reaching agreements) and the activity of «debating». The second question tries to present «negotiation» as a «debate» between parties trying to reach to an «agreement». The answer to the first question becomes the general framework in which the second is posed; and the second, can be seen as an illustration of the first.

Keywords: agreement, pact, settlement, decision, negotiation, debate.

* Fecha de recepción: 2 de marzo de 2018. Fecha de aceptación: 16 de abril de 2018.

Las tesis sostenidas en este artículo están extraídas de partes del libro de J. AGUILÓ REGLA, *Acuerdos jurídicos y debate*, México, Fontamara (Col. Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2015), 2017. Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación «Una teoría postpositivista del Derecho» (DER2017-86643-P) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

1. INTRODUCCIÓN

Este texto carece de retórica, pero no de coherencia. Es una colección de párrafos que tratan de presentar al lector dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí. La primera cuestión es la de las conexiones que pueden trazarse entre la acción de «acordar» (tomar o alcanzar acuerdos) y la actividad de «debatir». La segunda es la presentación de la «negociación» como un «debate» entre partes que tratan de alcanzar un «acuerdo». La respuesta a la primera cuestión viene a ser el marco general en el que se inscribe la segunda; y la segunda puede verse como una ilustración de la primera.

El estilo directo (casi aforístico) usado en el texto puede suponer una cierta dificultad para la comprensión del artículo; dificultad que —confío— se verá compensada por la brevedad. Para mis capacidades resulta imposible presentar más conceptos en menos palabras. A ver qué resulta.

2. ACUERDOS Y ACUERDOS JURÍDICOS

2.1. Los acuerdos son *acciones¹ institucionales*, es decir, resultados institucionales. En este contexto, hablar de «resultados» es equivalente a hablar de «acciones», porque las acciones se definen por sus resultados. Decimos que una acción es *natural* cuando el cambio que genera (el resultado que produce) tiene lugar en el mundo físico y la posibilidad de su ocurrencia es independiente de la existencia previa de algún tipo de norma (rascarse un pie, hacer una tarta, tener relaciones sexuales o matar a otro son ejemplos de acciones naturales). Por el contrario, las acciones *institucionales*, aunque tienen un «soporte» físico, son cambios en un mundo institucional creado por normas constitutivas pertenecientes a un determinado sistema normativo (prometer, bautizar, legislar, contraer matrimonio, comprar o contratar son ejemplos de acciones institucionales)². «Acordar» alude, pues, a una acción institucional que presupone un marco institucional normativo. Dicha acción institucional puede estar más o menos formalizada, pero nunca puede ser completamente amorfa; siempre tiene que tener una forma convencionalmente predeterminada.

2.2. Los acuerdos son también *acciones colectivas*. Un acuerdo presupone el concurso simultáneo de acciones individuales de diferentes sujetos, todas ellas orientadas intencionalmente a producir el resultado colectivo³. Es decir, un acuerdo presupone varios sujetos cuyas acciones individuales concurren no accidentalmente en la gene-

¹ La palabra «acuerdo» presenta una ambigüedad característica. Puede usarse para aludir al «hecho» (no la acción) de que varios sujetos compartan creencias u opiniones, lo que típicamente se llama «*estar de acuerdo*»; pero también puede usarse en un sentido que implica la idea de «acción», la acción de «*tomar o alcanzar un acuerdo*».

² La distinción entre acciones naturales y acciones institucionales está construida sobre la base de la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales. Cfr. J. SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. L. M. VALDÉS VILLANUEVA), Barcelona, Planeta-Agostini, 1994, 58 y ss.

³ Naturalmente, en términos sociales hay muchísimos «acuerdos» que no son decisiones colectivas; que tienen que ver más con un «estar de acuerdo» que con un «tomar o alcanzar un acuerdo»; se trata de «*acuerdos-hecho*» y no de «*acuerdos-acto*». Vid. la nota 1.

ración de ese resultado institucional colectivo. «Acordar consigo mismo» carece por completo de sentido; o solo lo adquiere en términos metafóricos.

2.3. Los «acuerdos» son acciones institucionales y colectivas que consisten en generar una decisión. Los acuerdos son, pues, *decisiones colectivas*.

2.4. Un *acuerdo jurídico* es un acuerdo (una decisión colectiva) reconocido como tal por un sistema jurídico⁴.

2.5. En general, los acuerdos jurídicos son el resultado de alguna de estas dos *formas*⁵ de producirlos: votar y pactar. En este sentido, votar y pactar son formas de decidir colectivamente.

2.5.1. *Votar* es una forma de producir acuerdos jurídicos. Los acuerdos que se «toman» son, por lo general, el resultado de una votación. Un conjunto de personas que forman un ente colectivo (por ejemplo, un órgano colegiado, un consejo, un comité, un tribunal, una asamblea, etc.) «*toman*» o «*adoptan*» acuerdos. Estos acuerdos pueden recibir diferentes nombres tales como «resoluciones», «disposiciones», «actos», etc. (aunque no son sinónimos perfectos). El procedimiento estándar institucionalmente previsto para «tomar» o «adoptar» acuerdos es, como digo, votar.

2.5.2. *Pactar* es otra forma de generar acuerdos. Los acuerdos que se «*alcanzan*» son el resultado de prestar e intercambiar consentimiento para generar el resultado colectivo. Es decir, hay unos sujetos que, si bien no forman un ente colectivo, sí son partes que interactúan para llegar a (o alcanzar) un acuerdo, un resultado colectivo. Los acuerdos a los que llegan (o alcanzan) las partes se denominan «contratos», «negocios jurídicos», «pactos», «convenios», «conciertos», «arreglos», etc. El procedimiento estándar institucionalmente previsto para generar este tipo de acuerdos es, repito, prestar e intercambiar consentimiento.

2.5.3. Ambas formas de generar acuerdos son combinables: se puede tanto pactar el voto como votar un pacto.

3. DECIDIR Y DELIBERAR EN EL ÁMBITO INDIVIDUAL

3.1. En el ámbito individual, hay una *conexión conceptual* entre decidir y deliberar.

3.2. *Decidir*, en el ámbito individual y natural, es una acción (mental) que consiste en cerrar un proceso deliberativo conformando de manera definitiva la intención del sujeto de realizar una determinada acción.

3.3. Por ello, las *decisiones* están indisolublemente unidas a la idea de *deliberación* (de sopesar las razones a favor y en contra de realizar una determinada acción). Sin deliberación puede haber «acción», pero no «decisión» en sentido propio; y seguir

⁴ Cuando hablamos de «acuerdos jurídicos» reaparece la ambigüedad de la palabra «acuerdo» referida en la nota 1. La expresión «acuerdo jurídico» puede usarse tanto para referirse a «decisiones colectivas» (el sentido asignado en este trabajo) como a los tópicos compartidos por los juristas, a los consensos de la dogmática jurídica, etc. (al «estar de acuerdo», a los acuerdos-hecho en torno al Derecho).

⁵ Si la acción se define por su resultado, la noción de *forma de la acción* responde a la pregunta de cómo se produce ese resultado. Naturalmente, la conexión entre la forma de la acción y el resultado varía según se trate de acciones naturales o de acciones institucionales: en las acciones naturales, la conexión es causal; en las institucionales, convencional. Cfr. D. GONZÁLEZ LAGIER, «Cómo hacer cosas con acciones», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 20, 1997.

deliberando acerca de las razones a favor y en contra de realizar una acción es señal de que todavía no se ha decidido, de que no se ha formado de manera definitiva la intención de realizar la acción en cuestión⁶.

3.4. Respecto de las *acciones naturales* (aquellas acciones en las que el cambio relevante tiene lugar en el mundo físico), la decisión (la conformación definitiva de la intención de realizar la acción) precede siempre a la ejecución de la acción que ha sido decidida.

3.5. Por el contrario, respecto de las *acciones institucionales* no hay intervalo entre la realización del acto institucional, la producción del resultado institucional y la toma institucional de la decisión. Por ejemplo, un juez individual al dictar sentencia realiza un acto, produce un resultado y toma una decisión simultáneamente⁷.

3.6. Ahora bien, la conexión entre decidir y deliberar no es meramente conceptual. Si se decide barajando información falsa, insuficiente o irrelevante, la acción decidida tiene una alta probabilidad de fracasar (en cualquiera de los sentidos posibles en que esta expresión se aplica a las acciones). Por el contrario, si se decide tras sopesar correctamente información suficiente y relevante, las probabilidades de que la acción decidida resulte exitosa son mucho más altas. Ello significa que hay una cierta relación de dependencia entre *calidad de la deliberación* y *calidad de la decisión*: deliberar correctamente incrementa las probabilidades de acertar en la decisión.

4. ACORDAR Y DEBATIR (DECIDIR Y DELIBERAR EN EL ÁMBITO COLECTIVO)

4.1. Los acuerdos, en general, y los acuerdos jurídicos, en particular, en tanto que decisiones, presuponen también un proceso deliberativo previo; y muestran, en consecuencia, la misma conexión decidir-deliberar. En otras palabras, hay también una conexión esencial entre «*acordar*» (tomar decisiones colectivas) y «*debatir*» (deliberar⁸ en forma colectiva).

4.1.1. Respecto de los acuerdos que se *toman y/o votan* la conexión entre «decidir colectivamente» (acordar) y «deliberar colectivamente» (debatir) es manifiesta. La secuencia debate-votación-acuerdo es un tópico casi universalmente compartido. Exagerando un tanto las cosas podría decirse que nos resulta prácticamente inconcebible una votación que no vaya precedida de un debate (de una deliberación colectiva).

⁶ RAZ señala cuatro características de las decisiones («completamente maduras»): *a*) decidir es formar una intención; *b*) las decisiones son siempre el resultado de una deliberación; *c*) se toman algún tiempo antes de realizar la acción, y *d*) para el agente, las decisiones son tanto razones para realizar lo decidido como para no considerar nuevas razones y argumentos, son —en este último sentido— *razones excluyentes* de la deliberación. Cfr. J. RAZ, *Razón práctica y normas* (trad. J. RUIZ MANERO), Madrid, CEC, 1991, 74 y ss.

⁷ Conviene advertir que una decisión en términos institucionales (dictar sentencia, por ejemplo) presupone siempre una decisión previa en términos naturales (en términos de estado mental). Por ejemplo, un juez individual al dictar sentencia toma una decisión institucional, pero previamente tiene que haber decidido en términos naturales (es decir, de estado mental) dictar dicha sentencia.

⁸ Como se verá inmediatamente, en el ámbito colectivo, la palabra «deliberación» resulta ambigua. Puede usarse en un sentido genérico en el que resulta casi equivalente a debate, pero también en un sentido específico que alude a un determinado tipo de debate, a uno de los modos específicos de debatir.

4.1.2. Respecto de los acuerdos que se *alcanzan* y/o *pactan* la conexión entre «decidir colectivamente» (acordar) y «deliberar en forma colectiva» (debatir) es también clara, aunque menos manifiesta. Es clara porque, bien mirado, la negociación no es nada distinto de un debate orientado a aclarar como mínimo las posibilidades de alcanzar un acuerdo entre los sujetos que negocian. Cada interlocutor trata de averiguar a través del debate negocial si los acuerdos que le resultan convenientes son posibles o no⁹. Aquí, sin embargo, la conexión es menos manifiesta por la nefasta influencia del prejuicio que afirma la separación fuerte entre «argumentar» y «negociar» (o entre «argumentación» y «negociación»)¹⁰.

4.2. Al igual que ocurría con las decisiones individuales, la conexión entre acordar (decidir colectivamente) y debatir (deliberar colectivamente) no es únicamente conceptual. La *calidad de los acuerdos*, en general, y de los acuerdos jurídicos, en particular, depende en gran medida de la *calidad de los debates* que los preceden. Esto, que nos resulta una obviedad prácticamente incuestionable respecto de las acciones y las decisiones individuales, es perfectamente trasladable a los acuerdos, a las decisiones colectivas: la «calidad» de una decisión colectiva está estrechamente vinculada a la calidad del debate (de la deliberación colectiva) que la precede.

5. SOBRE LOS MODOS DE DEBATIR¹¹

5.1. *Debatir* es argumentar en forma dialogada y, por definición, exige al menos la intervención de dos sujetos.

5.2. Los sujetos que debaten entablan una *relación social*. En función de la compatibilidad o incompatibilidad de los objetivos perseguidos por los sujetos que interac-

⁹ Cfr. J. AGUILÓ REGLA, *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Madrid, Trotta, 2015. El capítulo 3 del dicho libro está destinado a analizar la negociación como un debate y el capítulo 1 a desmontar el prejuicio de la separación fuerte entre argumentación y negociación.

¹⁰ En su versión más refinada, la tesis de la separación entre negociación y argumentación ha sido formulada por J. ELSTER y ha tenido una honda repercusión en todo el ámbito de las ciencias sociales [«Conceptual Background», en J. ELSTER, «Introduction», en J. ELSTER (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, 5 y ss.]. Este autor viene a sostener que, excluida la violencia como medio, cuando un grupo de personas tiene que tomar una decisión sobre materias que les conciernen a todos y cuando se da la circunstancia de que al principio hay poco consenso entre ellas, ese grupo de personas puede proceder de tres maneras diferentes: *argumentando*, *negociando* y *votando* (o de una combinación de ellas: argumentando y votando, negociando y votando, etc.). En mi opinión, el planteamiento de ELSTER está equivocado porque no se percata de que votar y pactar son formas de tomar decisiones colectivas, mientras que negociar y argumentar son «deliberaciones» colectivas (debates). En otras palabras, ELSTER no advirtió que pactar y votar son dos formas diferentes de tomar decisiones colectivas; que van precedidas de los respectivos y apropiados debates y que, por tanto, el esquema conceptual adecuado es el que pone de manifiesto que se debate (se argumenta) para tomar decisiones colectivas, para votar y/o para pactar.

¹¹ Los cuatro modos de debatir que se van a ver a continuación están pensados para dar cuenta de algunos aspectos de lo que generalmente se ha llamado el «contexto de descubrimiento» de los acuerdos (las decisiones colectivas). Estos cuatro modos de debatir nos tienen que permitir, supuestamente, entender mejor cómo son de hecho nuestros debates reales, por qué fracasan y cómo podemos mejorarlos a fin de incrementar las probabilidades de acertar en nuestras decisiones colectivas. En este sentido, pretenden jugar un papel más explicativo que estrictamente justificativo. Se huye, por tanto, de todos los planteamientos que sitúan el debate (el discurso) exclusivamente en el «contexto de justificación» de los acuerdos porque tienden a hacer una presentación demasiado idealizada del mismo. Se huye en particular del siguiente modo de razonar: un acuerdo es racional cuando es el resultado de un debate en el que todos los participantes han seguido las reglas ideales del discurso racional.

túan, las relaciones sociales pueden clasificarse en relaciones cooperativas y conflictivas. Esta distinción se aplica también a los debates: hay, por tanto, *debates cooperativos* y *conflictivos*.

5.3. Las relaciones sociales cooperativas y conflictivas pueden clasificarse también en *actorales* y *objetuales*. Una relación es actoral cuando la razón por la que los sujetos cooperan o entran en conflicto está relacionada esencialmente con la identidad de los sujetos. Una relación es objetual cuando la razón por la que los sujetos cooperan o entran en conflicto está separada de la identidad de los sujetos y tiene que ver con el tema u objeto de cooperación o de conflicto. Los *debates*, en tanto que relaciones sociales cooperativas o conflictivas, pueden clasificarse también en *actorales* y *temáticos* (u objetuales). Un debate es actoral cuando el foco de atención está puesto más en los sujetos que debaten que en el objeto del debate. Un debate es temático cuando el acento se pone en el objeto de debate y no tanto en los sujetos que debaten (se separa a las personas del problema que se debate).

5.4. De la combinación de las dos variables indicadas conflicto/cooperación y actoral/temático salen *cuatro modos de debatir*: 1. un debate conflictivo y actoral; 2. un debate conflictivo y temático; 3. un debate cooperativo y temático, y 4. un debate cooperativo y actoral.

5.5. A cada uno de estos modos o tipos ideales de debate se le puede asignar un nombre y adherir una metáfora explicativa: 1. *disputa* («debatir es combatir»); 2. *controversia* («debatir es competir»); 3. *deliberación* («debatir es diagnosticar»), y 4. *debate consensual o consenso* («debatir es construir») ¹².

5.5.1. La *disputa* es un debate conflictivo y actoral («debatir es combatir»).

5.5.1.1. Ejemplos de disputas son los llamados debates *erísticos*, como los enfrentamientos políticos (piénsese, por ejemplo, en un debate entre candidatos a la presidencia de un gobierno o de una república), las riñas de pareja («eres un/a...»), los careos («¡Mientes! Nunca te dije que...»), etcétera.

5.5.1.2. La relación entre los interlocutores es de conflicto, de *ganar-perder*, lo que gana un interlocutor lo pierde el otro. Como se trata de un debate actoral, cada interlocutor considera que su problema principal es el otro interlocutor. Naturalmente hay temas a debatir, pero son accesorios (son excusas para poder imponerse al otro). Es común que las disputas conlleven hostilidad entre los interlocutores.

5.5.1.3. La finalidad de las disputas es determinar cuál de los dos sujetos se impone: *¿quién se impone?* Si la disputa tiene lugar ante público, la pregunta pertinente no es qué interlocutor tenía razón, sino qué interlocutor ganó la disputa, cuál de los dos derrotó a su adversario.

5.5.1.4. En las disputas, la situación inicial es de incertidumbre respecto de quién va a conseguir imponerse, por un lado, y de certeza respecto de la rivalidad entre los interlocutores, por otro.

¹² La exposición de los modos de debatir que a continuación voy a hacer será muy esquemática. Para facilitar la comparación entre los mismos seguiré siempre un único esquema: pondré ejemplos típicos, aludiré a la relación entre los interlocutores, a la finalidad que persigue el debate, a la situación inicial en la que se encuentran los interlocutores, al tipo de racionalidad implicado, a los posibles resultados del debate y a reglas que los gobiernan. Para un desarrollo en profundidad de esta clasificación, la asignación de nombres y las metáforas asociadas, *vid.* el capítulo 2 de J. AGUILÓ REGLA, *El arte de la mediación...*, *op. cit.*

5.5.1.5. La *racionalidad* que rige las disputas es *estratégica*: las intervenciones de cada interlocutor están orientadas al propio éxito. En este sentido, no hay preguntas genuinas (se trata de preguntas-trampa) y no operan las presunciones de sinceridad y/o de veracidad.

5.5.1.6. Caben básicamente dos resultados: un interlocutor se impone al otro (uno gana y otro pierde); ningún interlocutor gana (nadie consigue imponerse).

5.5.1.7. Las *reglas* que rigen una disputa institucionalizada son *procedimentales* y *neutrales*: tratan de garantizar la igualdad de derechos entre los interlocutores y el principio de neutralidad. Es común interponer a un tercero como garantía del cumplimiento de dichas reglas.

5.5.2. La *controversia* es un debate conflictivo y temático («debatir es competir»).

5.5.2.1. Ejemplos de controversias son los debates parlamentarios (mayorías y minorías), las mesas redondas (sobre un tema controvertido), ponencia y contra-ponencia (discusión en seminario), acusación y defensa (debate en un proceso judicial), etcétera.

5.5.2.2. La relación entre los interlocutores es de conflicto, de *ganar-perder*. A diferencia de las disputas, en las controversias hay una *cuestión controvertida* y el problema está separado de las personas¹³. Cabe tanto la hostilidad como la cordialidad.

5.5.2.3. La finalidad de las controversias es determinar *qué opinión prevalece* entre diversas opiniones enfrentadas.

5.5.2.4. La situación inicial es de incertidumbre respecto de qué opinión va a prevalecer; y de certeza respecto de la actitud competitiva (y/o cerrada) que los interlocutores van a adoptar en relación con la solución al problema debatido¹⁴.

5.5.2.5. La *racionalidad* implicada es *estratégica*. Ello supone, por ejemplo, que las preguntas no son genuinas y que están orientadas a provocar la contradicción en el interlocutor.

5.5.2.6. Una controversia bien llevada tiene que permitir mostrar de manera nítida las diferencias entre las posiciones enfrentadas. Es muy común que estos debates se resuelvan remitiendo el juicio definitivo sobre la cuestión controvertida a un *tercero* ante quien se desarrolla la controversia (un juez, un árbitro, un mediador o el público que presencia la controversia).

5.5.2.7. En una controversia institucionalizada, las *reglas* son de dos tipos. Unas, *procedimentales* y *neutrales* de forma que quede garantizada la igualdad de derechos

¹³ Una forma de enfatizar las diferencias entre las disputas y las controversias es mostrar la diferente relación que mantienen con la argumentación *ad hominem*. En una controversia la argumentación *ad hominem* es falaz porque supone evadir la cuestión controvertida, mientras que en las disputas es un recurso enteramente natural.

¹⁴ Cuando en un debate objetual o temático (es decir, no actoral) se habla de conflicto y de cooperación no solo debe tenerse en cuenta el hecho de que los interlocutores tengan objetivos incompatibles (conflicto) o complementarios (cooperación), sino también la actitud *abierto* o *cerrado* con la que los sujetos se aproximan al problema (la cuestión) que es objeto de debate. Si cada interlocutor considera que el problema en cuestión tiene una respuesta *fácil* (y, en consecuencia, adopta una actitud *cerrada* en relación con el mismo), pero resulta que las respectivas respuestas son incompatibles entre sí, el debate adoptará una forma conflictiva, la de una controversia. Si, por el contrario, todos los interlocutores consideran que la cuestión es *difícil* y que no tienen una respuesta clara (y, en consecuencia, adoptan una actitud abierta), el debate en cuestión adoptará la forma cooperativa de una deliberación.

entre los interlocutores (igual que en las disputas); y otras *sustantivas*, orientas a asegurar el principio de controversia y el carácter temático del debate: que no se evada la cuestión controvertida¹⁵.

5.5.3. La *deliberación*, el *dialogo racional o crítico* es un debate cooperativo y temático («debatir es diagnosticar»).

5.5.3.1. Ejemplos de deliberación o de diálogo crítico son las sesiones clínicas («¿qué diagnóstico es el correcto?»), los debates en el interior de grupos de investigación («¿qué hipótesis se confirma?»), la discusión en el seno de un tribunal jurisdiccional («¿cuál es la decisión correcta del caso?»), o de un tribunal de oposiciones («¿qué candidato es el mejor?»), o de una comisión técnica (¿qué propuesta satisface mejor las exigencias técnicas?»), etcétera.

5.5.3.2. La relación entre los interlocutores es de cooperación (*ganar-ganar*). Es un debate temático en el que los interlocutores se enfrentan a un problema que todos consideran difícil. La conciencia de la dificultad del problema y el reconocimiento recíproco de capacidad para contribuir a la solución son los desencadenantes de la cooperación (no se delibera sobre problemas triviales ni con interlocutores zoquetes). La relación es de cordialidad; la hostilidad está fuera de lugar.

5.5.3.3. La finalidad de la deliberación es resolver un *problema difícil* o, al menos, arrojar luz sobre el mismo: ¿Qué tesis (opinión, creencia, diagnóstico, etc.) está justificada? ¿Cuál es la respuesta correcta al problema difícil?

5.5.3.4. La situación inicial es de incertidumbre respecto a si los interlocutores van a ser capaces de resolver o no el problema difícil. Ahora bien, la deliberación exige la concurrencia de dos certezas: una, respecto de la capacidad intelectual y actitud cooperativa (abierta) de los interlocutores; y, otra, respecto del valor del debate mismo. Todos los participantes en una deliberación creen que debatir cooperativamente incrementa las probabilidades de acertar en la solución del problema difícil (reconocimiento del valor epistémico de la deliberación).

5.5.3.5. La *racionalidad* implicada es *comunicativa*; está orientada al entendimiento entre los interlocutores. Aquí, en general, rigen —puede decirse— plenamente las reglas del discurso racional¹⁶. Ello supone, por ejemplo, que rigen las presunciones de sinceridad y veracidad y que las preguntas-trampa, las reservas mentales, las deformaciones, etc., están prohibidas.

5.5.3.6. Las deliberaciones pueden arrojar diferentes resultados. Uno es que todos los participantes lleguen a una solución del problema (que todos formulen un «ya lo tengo claro»). En este caso, todos habrían ganado: entraron con un problema difícil y salieron con un problema resuelto. Nótese que del hecho de que todos salgan con una solución no se sigue que para todos se trate de la misma solución. Lo importante es darse cuenta de que cuando los interlocutores se cierran (es decir, que ya

¹⁵ Piénsese, por ejemplo, en el rol del moderador en una mesa redonda sobre cualquier tema conflictivo, o en el de un juez dirigiendo el debate entre partes en el interior de un proceso judicial, etc. En todos estos casos, para jugar correctamente el rol de tercero es fundamental no solo comportarse con neutralidad en relación con los participantes, sino que además debe impedir que los debatientes evadan la cuestión controvertida que los convoca, la cuestión sometida a debate.

¹⁶ La enumeración de las reglas del discurso práctico racional más conocida en el mundo jurídico es debida a R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO), Madrid, CEC, 1989.

tienen la respuesta al problema difícil) entonces se extinguen las condiciones para la cooperación deliberativa.

5.5.3.7. Todas las *reglas*, tanto las procedimentales como las sustantivas, que rigen en las deliberaciones responden a los principios de *productividad* (el debate debe ser productivo, fructífero) y de *cooperación* (todos ganan). Dado que se trata de un debate cooperativo, el correcto desarrollo del mismo es más una cuestión de actitudes adecuadas de los interlocutores que de una correcta distribución de derechos y deberes¹⁷.

5.5.4. El *debate consensual* es un debate cooperativo y actoral («debatir es construir»).

5.5.4.1. Ejemplos típicos de debate consensual son los debates constituyentes destinados a redactar la constitución de un Estado constitucional («una constitución por consenso»), los debates en el seno de grupos de trabajo, los debates de pareja orientados a trazar planes de vida compartidos, etcétera.

5.5.4.2. La relación entre los interlocutores es de cooperación intensa. Ahora bien, no se trata solo de una relación de ganar-ganar como en la deliberación; aquí ocurre que los actores o alcanzan el consenso (y entonces *todos ganan* como en la deliberación) o no lo alcanzan (y, entonces, a diferencia de la deliberación, *todos pierden*). Ello es así por la peculiar situación de necesidad recíproca en la que se hallan los participantes. Se trata, pues, de un debate actoral porque la cooperación no es el producto de la dificultad temática sino de la identidad de los interlocutores y de su necesidad recíproca (el problema no está separado de la avenencia del interlocutor).

5.5.4.3. La situación inicial es de incertidumbre respecto a si el debate va a generar o no el consenso como resultado. Ahora bien, hay certeza respecto de tres cosas que resultan fundamentales: una, que la actitud de los participantes es cooperativa (abierta), pues con alguien cerrado es prácticamente imposible consensuar; dos, que los participantes están dispuestos a hacerse cargo de las dificultades de los otros participantes para poder construir una solución al problema; y tres, que sin la avenencia de todos los participantes no hay solución al problema.

5.5.4.4. La finalidad del debate consensual es alcanzar el consenso; construir una solución para el grupo. En el fondo, bien mirado, el debate consensual tiene un fuerte componente *comunitario*, de hacer comunidad; y trata de responder a la pregunta de cuál es la mejor respuesta para esta comunidad (para este grupo). No en vano es un debate actoral.

¹⁷ Nótese que al tratarse de un debate cooperativo el rol de los terceros pierde gran parte de su sentido. En efecto, en los debates cooperativos institucionalizados puede haber alguien que juegue un papel especial de coordinador o que ejerza de presidente del grupo de debate o algo por el estilo. Pero estos roles especiales o diferenciados no excluyen a quien los ejerce como interlocutor dentro de ese mismo debate. El coordinador de una sesión clínica es un participante más, no es un tercero neutral. El presidente de un tribunal durante la deliberación es un deliberante más, no un tercero neutral. Estos roles están vinculados con resolver problemas de coordinación y con velar para que el debate sea productivo. La ausencia de conflicto hace superflua en gran medida la figura del tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas. Además, el carácter cooperativo del debate hace innecesario también el rol de un tercero que sea testigo o que juzgue el resultado del debate. La cooperación rinde sus frutos sin necesidad de que intervengan terceros para dar testimonio del resultado del debate o para que juzguen quién o qué tesis ha ganado. Ello es así porque, en los debates cooperativos, todos están llamados a ganar.

5.5.4.5. La *racionalidad* implicada es *comunicativa*; la acción de los participantes está orientada al entendimiento.

5.5.4.6. Hay dos resultados posibles. Se alcanza el consenso: todos llegan a la solución, nadie cede nada y *todos ganan*. No se alcanza el consenso: nadie alcanza una solución y *todos pierden*. Este tipo de debate se extingue cuando decae el reconocimiento recíproco del grado de legitimidad requerido para el mismo; es decir, cuando decae el «necesario» componente actoral y comunitario del mismo.

5.5.4.7. Todas las reglas del debate consensual, tanto las procedimentales como las sustantivas, responden a los tres siguientes principios: el de *productividad* (el debate debe ser fructífero), el de *cooperación* (todos ganan) y el de *consenso* (el consenso es constitutivo de la solución del problema; y si no se alcanza, todos pierden). Dado que se trata de un debate cooperativo, el correcto desarrollo del mismo es más una cuestión de actitudes adecuadas de los interlocutores que de una correcta distribución de derechos y deberes entre ellos.

6. TRANSICIONES, FALACIAS E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DEBATES

6.1. En los debates reales es común que se produzcan *transiciones* de unos modos de debatir a otros. En ocasiones, las transiciones son asimétricas, es decir, que no todos los interlocutores transitan simultáneamente o no lo hacen en la misma dirección. En una controversia, por ejemplo, un interlocutor puede evolucionar hacia la disputa, mientras que otro lo hace hacia la deliberación.

6.2. En un debate (analizado exclusivamente en términos pragmáticos), las *falacias* son *conductas* de los interlocutores que violan alguna de las reglas que los rigen¹⁸.

6.3. Dado que cada modo de debatir tiene reglas de conducta que le son propias, puede ocurrir que lo que es falaz en el interior de un modo, no lo sea en el interior de otro.

6.4. La *institucionalización* de un debate jurídico es una cuestión de reglas, pero el mero seguimiento de sus reglas no asegura su calidad.

6.5. Las reglas de un debate institucionalizado privilegian siempre (dan prioridad a) un determinado modo de debatir; esta forma privilegiada opera como punto de partida y como centro de gravedad del referido debate. Ello no obsta para que puedan producirse transiciones hacia otros modos de debate. Privilegiar una forma de debatir no significa necesariamente bloquear las demás.

6.6. El modo de debatir privilegiado tiene mucho que ver con los criterios de legitimidad aplicables a los interlocutores.

6.6.1. Los debates jurídicos que tienen lugar entre interlocutores cuya legitimidad está vinculada a un deber de «*representación*» de intereses potencialmente conflictivos privilegian la *controversia* como forma de debate y como punto de partida de la interlocución. El debate entre partes en un proceso judicial (demandante y demandado) o el debate entre grupos políticos en un parlamento (mayorías y minorías) son

¹⁸ Sobre la noción de falacia en términos pragmáticos, *vid.* M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, 370 y ss.

paradigmáticos en este sentido. Hay, pues, una conexión fuerte entre representación, conflicto de intereses y controversia (debate conflictual y temático)¹⁹. La función social más importante que la controversia satisface no es tanto que los interlocutores se aclaren respecto del problema que debaten (no olvidemos que no estamos ante una cuestión difícil), cuanto que consigan fijar con claridad los puntos de acuerdo y de desacuerdo entre quienes participan en ese debate; es decir, precisar con claridad el contenido de la controversia (*qué les une y qué les separa*).

6.6.2. Los debates jurídicos que tienen lugar entre interlocutores cuya legitimidad está vinculada a un deber de «*independencia y de imparcialidad*»²⁰ privilegian la *deliberación* (el diálogo racional o crítico) como forma de debate y como punto de partida de la interlocución. En este sentido, hay una conexión relevante entre independencia e imparcialidad y debate cooperativo. La deliberación de un tribunal de justicia resulta paradigmática en este sentido²¹. La función social más importante que cumple una deliberación es aclarar una cuestión o problema que todos los participantes consideran difícil. De la aceptación de la dificultad de la cuestión se siguen dos cosas muy importantes: *a*) que los participantes se mantienen abiertos (si no fuera así no habrían aceptado que la cuestión es difícil, sino todo lo más que es controvertida), y *b*) que piensan que el problema tiene una solución correcta, aunque tal vez no lleguen a conocerla²².

¹⁹ En mi opinión, aunque en este contexto lo que voy a decir es una digresión, entre las causas del descrédito del debate legislativo está el *abuso* que los actores políticos hacen en sede parlamentaria de las formas actorales de debate frente a las formas temáticas. Hay, por un lado, un exceso de *disputa* frente al rival y de *consenso* en relación con el aliado y, por otro, un déficit de *controversia* y de *diálogo racional* tanto con el rival como con el aliado. El descrédito no proviene, como muchas veces se cree, del hecho de que el debate político sea conflictivo (cosa bastante natural), sino del abandono o el olvido de la noción de tema problemático: de *cuestión controvertida y de cuestión difícil*.

²⁰ En el ámbito del Estado de Derecho, la *independencia* como criterio de legitimidad se construye esencialmente en oposición a otros dos criterios de legitimidad: la *representación* y la *sujección*. En efecto, en el Estado de Derecho la legalidad de la actuación es condición necesaria para la justificación (legitimidad) de la acción de cualquier órgano público. Ahora bien, algunos tienen además un deber de *sujección* (la obediencia debida a los superiores) y otros un deber de *representación* (actuar en nombre y en favor de los representados). El deber de *independencia*, pues, se construye esencialmente en oposición a estos otros dos criterios de legitimidad: prohíbe, por un lado, someterse a personas (el actor independiente solo tiene permitido someterse a normas) y, por otro, cumplir funciones de representación de grupos y/o intereses sociales (el actor independiente tiene prohibido representar intereses propios o ajenos). Me he ocupado del deber de independencia en diversos trabajos: J. AGUILÓ REGLA, «Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad», en *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 10, 2012, 5 y ss.; «De nuevo sobre "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica"», en *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo de 2003, 43 y ss.; e «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», en *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997, 71 y ss.

²¹ En abstracto y conforme a la estructura institucional diseñada para que un tribunal colegiado delibere (debata) y decida un caso difícil lo que *debe* ocurrir es algo semejante a esto. Los magistrados entablan un diálogo racional («debatir es diagnosticar») con el fin de resolver la cuestión difícil; es decir, todos se embarcan en una tarea cooperativa de tratar de hallar la mejor respuesta posible. Si no hay acuerdo entre ellos, es decir, si no todos adhieren a la misma solución, el diseño institucional ordena transitar de «debatir es diagnosticar» (diálogo racional) a «debatir es competir» (controversia) y a decidir el caso por votación. Ello queda institucionalmente reflejado en la publicación de una «sentencia mayoritaria» y de unos «votos particulares»; es decir, los diversos participantes fijan claramente sus respectivas posiciones encontradas para que la ciudadanía y/o otros órganos jurisdiccionales superiores «juzguen» la cuestión que en origen era *difícil* y que ahora, tras el debate y la votación, ha pasado a ser *controvertida*.

²² En este punto conviene llamar la atención respecto de la polémica «*escepticismo vs. no escepticismo*» en el ámbito de la *razón práctica*, en general, y de la interpretación del Derecho, en particular. Una sesión clínica, como ejemplo de deliberación o de diálogo racional, es plausible y aceptable para todo el mundo porque se

6.6.3. Los debates institucionalizados que no asignan roles claros a los interlocutores presentan problemas de diseño. Si los participantes en un debate ignoran cuáles son los criterios de legitimidad que justifican su participación en el mismo y no tienen claro cuál es su rol (es decir, cuáles son los deberes vinculados a esos criterios de legitimidad), difícilmente podrán contribuir a la calidad (productividad o validez) del mismo²³.

7. SOBRE LA NEGOCIACIÓN

7.1. La *negociación* es un proceso (o una actividad) que involucra a varios sujetos, que está orientado(a) a alcanzar un *acuerdo* (una decisión colectiva) y cuyo contenido es un intercambio.

7.2. Las negociaciones se desarrollan a lo largo de un periodo y, en consecuencia, tienen un comienzo, un desarrollo y un final. El *desarrollo* y el *final* de las negociaciones tienen una forma relativamente clara y precisa. Ello hace que tanto uno como otro resulten fácilmente identificables. Por el contrario, el *comienzo* de las negociaciones es mucho más informe.

7.2.1. En relación con el *desarrollo* de una negociación, la cuestión está clara: la clave para identificar el nudo de una negociación radica en observar que el sentido de los movimientos de los diferentes actores (participantes) es el de alcanzar un «acuerdo» (una decisión colectiva).

trata de un conjunto de personas que enfrentan un problema teórico (un problema de conocimiento, de *incertidumbre*, respecto de la enfermedad). En este ámbito, todo el mundo acepta que puede haber casos *difíciles* que generan incertidumbre, pero nadie piensa que haya casos de *indeterminación*. Por eso, en el ámbito teórico no resulta controvertida la idea de que la deliberación («debatir es diagnosticar») tiene pleno sentido. Sin embargo, todos los *escépticos* en el ámbito de la razón práctica tienden a pensar que, en realidad, en este ámbito no hay casos de incertidumbre, sino más bien casos de indeterminación. En el ámbito de la razón práctica, los escépticos piensan que si hay convención (acuerdo), entonces no hay caso difícil; y si no hay convención entonces tampoco hay caso difícil, lo único que hay es caso *controvertido*. O, dicho en otros términos, para un escéptico la única fuente de dificultad provendrá de la controversia. Si el problema/caso está convencionalmente resuelto entonces el problema/caso no es difícil; y si el problema/caso no está convencionalmente resuelto, entonces no hay una única solución para ese caso; y, por tanto, no tiene sentido debatirla como si la hubiera. Los *escépticos* en el ámbito de la razón práctica vendrían a sostener que más allá de la convención solo hay *controversia* («debatir es competir») e *indeterminación* («no hay una única respuesta correcta»); los *no escépticos* admiten la *deliberación* («debatir es diagnosticar») y la *incertidumbre* («puede haber una respuesta correcta, aunque no la conozcamos y/o no nos pongamos de acuerdo respecto de cuál es»). Sobre el escepticismo y la distinción entre incertidumbre e indeterminación, *vid.* R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011, 88 y ss.

²³ En mi opinión, aunque lo que voy a decir nos aparta de nuestro tema, el diseño de los órganos colegiados de la universidad española ilustra perfectamente lo arriba indicado. La mayoría de los participantes en los debates de esos órganos «improvisa» en cada ocasión el rol que debe desempeñar. Se juegan alternativamente roles de representante de un colectivo universitario o de otro órgano, de asesor, de experto, de encarnación de la institución, de sabio, de portador de intereses estrictamente individuales, etc. El hecho de que muchos de los participantes en los debates no sepan qué papel están llamados a desempeñar hace que en muchas ocasiones la discusión en el interior de los «órganos universitarios» resulte particularmente «improductiva»: se trata debates carentes de interés y que difícilmente cumplen la función de mejorar las decisiones que se toman. Piénsese, por ejemplo, en los debates que tienen lugar en los claustros universitarios y en los consejos de gobierno: no son interesantes y no contribuyen a mejorar las decisiones que se toman; todo lo más, cumplen una función de legitimación muy superficial y bastante carente de sentido.

7.2.2. El final de las negociaciones también es claro. Las negociaciones *finalizan* básicamente de dos formas.

7.2.2.1. La primera forma es la *frustración* de la negociación. La negociación se acaba, se extingue, cuando alguno(s) de los participantes abandona(n) por completo el objetivo de alcanzar un acuerdo. Quien abandona dicho objetivo deja de negociar. Otra cosa es el fenómeno de la simulación tanto del interés como del desinterés en el acuerdo.

7.2.2.2. La otra forma de finalizar una negociación es *alcanzando* un acuerdo (una decisión colectiva). Ahora bien, la negociación es solo el *proceso* orientado a alcanzar un acuerdo; el acuerdo (la decisión) ya no es negociación: está fuera de la negociación.

7.3. Por lo general, se asume que hay *dos concepciones de la negociación*: la concepción posicional y la basada en principios y en las circunstancias.

7.3.1. La *concepción posicional* de la negociación parte del presupuesto de que la negociación enfrenta a dos sujetos que adoptan posiciones incompatibles entre sí, que tienen que hacerse concesiones mutuas (para aproximar las posturas) si quieren llegar a intercambiar. En consecuencia, a todo negociador se le presenta un dilema: ¿qué rol debe asumir como negociador?, ¿debe hacer aproximaciones o debe exigir concesiones? La alternativa está acuñada en términos de la oposición entre un negociador *duro* y un negociador *blando*. El siguiente cuadro, debido a FISHER, URY y PATTON, muestra las concreciones a que se enfrentan ambos tipos de negociador²⁴:

Negociador Blando	Negociador Duro
Los participantes son amigos.	Los participantes son adversarios, rivales.
El objetivo es el acuerdo.	El objetivo es la victoria.
Haga concesiones para cultivar la relación.	Exija concesiones como condición para la negociación.
Sea blando con los demás y con el problema.	Sea duro con los demás y con el problema.
Confíe en los demás.	Desconfíe de los demás.

²⁴ *Getting to Yes* es probablemente el libro de negociación más importante de las últimas décadas; y, con toda seguridad, el de más éxito (R. FISHER, W. URY y B. PATTON, *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Barcelona, Gestión 2000.com, 2002). La tesis central del libro puede resumirse de la siguiente manera: Hay una forma tradicional de negociar, la llamada «negociación posicional». La negociación posicional parte del presupuesto de que la negociación enfrenta a dos sujetos que adoptan posiciones incompatibles entre sí, que tienen que hacerse concesiones mutuas (para aproximar las posturas) si quieren llegar a intercambiar. Si la negociación se concibe así, como un conflicto de posiciones, entonces a todo negociador, a todo sujeto que se embarca en una negociación, se le presenta el dilema de qué rol debe asumir como negociador: ¿debe él hacer aproximaciones al otro o debe exigir que el otro le haga concesiones? La alternativa opone el rol del negociador en *duro* y en *blando*. El dilema es bien real. Cuántas veces ocurre que quien tiene que acudir a una mesa de negociación se pregunta a sí mismo cómo debe hacer la entrada en la reunión: sonriendo y dando los buenos días o con el rostro serio y blandiendo una mueca más próxima a un «gruñido» que a un saludo; mostrando interés por cómo se encuentra el interlocutor o exhibiendo total desinterés hacia su persona; exigiendo concesiones previas o invocando un benevolente «a ver si [con buena voluntad, por supuesto] conseguimos ponernos de acuerdo», etc. Quien se formula estas preguntas, quien baraja estas alternativas, probablemente esté asumiendo una concepción posicional de la negociación.

Negociador Blando	Negociador Duro
Modifique su posición con facilidad.	Aférrese a su posición.
Haga ofertas.	Amenace.
Descubra su mínimo aceptable.	Engañe respecto de su mínimo aceptable.
Acepte pérdidas unilaterales a fin de alcanzar un acuerdo.	Exija beneficios unilaterales como precio para el acuerdo.
Busque la única respuesta «posible»: la única que los otros aceptarán.	Busque la única respuesta «posible»: la única que usted aceptará.
Insista en el acuerdo.	Insista en su posición.
Trate de evitar una pugna de voluntades.	Trate de ganar una pugna de voluntades.
Ceda ante la presión.	Presione.

7.3.2. La *concepción* de la negociación basada en *principios* y en las *circunstancias* es un juego totalmente diferente del posicional. La característica fundamental es que los negociadores asumen el rol de resolvedores (solventadores) de problemas. El siguiente cuadro de FISHER, URY y PATTON muestra clara y secuencialmente (entrada por entrada) una alternativa al dilema anterior:

La negociación basada en principios y en las circunstancias

Los participantes son resolvedores de problemas.
El objetivo es alcanzar una solución eficiente y amigable.
Separe las personas del problema.
Sea blando (comprensivo) con los demás y duro con el problema.
Compórtese de manera que nada tenga que ver con la confianza.
Céntrese en los intereses, no en las posiciones.
Explore los intereses.
Evite tener un mínimo aceptable.
Invente opciones en beneficio mutuo.
Desarrolle opciones entre las que escoger; decida más tarde.
Insista en utilizar criterios objetivos.
Busque un acuerdo basado en estándares que sean independientes de la voluntad.
Ceda ante el principio, nunca ante la presión.

8. LA NEGOCIACIÓN COMO UN DEBATE

8.1. Si la negociación es el proceso orientado a alcanzar un acuerdo y tomamos en cuenta todo lo dicho a propósito de las relaciones entre acordar (decidir colectivamente) y debatir (deliberar colectivamente), entonces la negociación es (o puede verse) como un *debate*.

8.2. La proximidad entre negociar y debatir se percibe cuando se observa que ambas actividades implican tres cosas: *relación social* (interdependencia entre sujetos), *diálogo* (interlocución) y actores cuya conducta está orientada a (*con*)vencer a otro(s)²⁵.

8.3. Hay tres tópicos sobre la negociación que han dificultado sobremanera la aceptación de que la negociación es, en esencia, un debate. Estos tópicos no es que sean falsos, pero sí han sido exagerados y exacerbados por parte de la concepción posicional: *a*) el buen negociador, el negociador racional, es un maximizador estrictamente egoísta; *b*) la conducta negociadora racional es meramente estratégica, y *c*) en la negociación solo importan los movimientos, nunca los argumentos²⁶.

8.4. Bien entendida, la negociación es un *debate* entre partes negociadoras. En este debate cada parte trata de aclarar si los acuerdos que le resultan *convenientes* son *posibles* y si los acuerdos posibles le resultan convenientes o no. Este debate tiene, por tanto, *componentes cognitivos* (conocer las preferencias/preensiones de la contraparte) y *persuasivos* (modificar las preferencias/preensiones de la contraparte).

8.5. El paradigma del *fracaso* en una negociación lo representa la siguiente situación: la mala calidad del debate negociador impide que afloren los acuerdos posibles (los acuerdos a los que la contraparte parte hubiera prestado su consentimiento). El debate negociador bien llevado debe permitir que aflore la información necesaria para que cada parte evalúe la conveniencia o no de esos acuerdos posibles.

8.6. Como ya quedó establecido en términos generales, la calidad de un acuerdo (decisión colectiva) está estrechamente vinculada a la calidad del debate (deliberación colectiva) que lo precede. Con los acuerdos negociados ocurre exactamente igual. En general, todo el mundo piensa que un acuerdo que es producto de la pura presión psicológica ejercida por una parte negociadora sobre la otra es peor que un acuerdo que es el resultado de la adhesión por convicción y/o por conveniencia de las dos partes.

8.7. La negociación recorre necesariamente la banda *conflicto-cooperación*. La ubicación de una negociación en el dominio de la cooperación o en el del conflicto depende de la percepción que tengan los negociadores a propósito de la compatibilidad o incompatibilidad de sus respectivos objetivos.

8.8. Por eso, la negociación no es un modo diferenciado de debatir en el sentido de «un tipo ideal de debate» construido a partir de la variable conflicto/cooperación. Más bien, la negociación es el debate que tiene lugar en el marco institucional «creado»

²⁵ La proximidad entre «negociar» y «argumentar» solo se percibe con claridad si se aborda la cuestión desde perspectiva de la concepción pragmática de la argumentación; cfr. capítulo I de J. AGUILÓ REGLA, *El arte de la mediación...*, *op. cit.* Para una caracterización de las diferencias entre la concepción formal, la material y la pragmática de la argumentación, *vid.* M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 61 y ss.; y también, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, 107 y ss.

²⁶ Sobre ello, *vid.* el capítulo 3 de J. AGUILÓ REGLA, *El arte de la mediación...*, *op. cit.*

para alcanzar acuerdos (las decisiones colectivas que llamamos pactos, convenios, contratos...). En consecuencia, en una negociación caben tanto los modos conflictivos de debate (las disputas y las controversias) como los modos cooperativos (el diálogo racional y el consenso). Que quepan todas estas formas de debate no quiere decir que todas ellas sean igualmente típicas y apropiadas para alcanzar buenos resultados negociales.

8.9. En general, en la fase central de una negociación bien llevada los dos agentes se mueven entre la controversia (forma temática y conflictiva de debate) y el diálogo racional (forma temática y cooperativa de debate). El debate negocial típico (y apropiado) consiste en ir precisando los desacuerdos (controversia) y en tratar de encontrar criterios adecuados (correctos intersubjetivamente, convenientes, etc.) para superar dichos desacuerdos (diálogo racional).

8.10. Si, en lugar de fijarnos en la fase central de las negociaciones, atendemos al comienzo y al final de las mismas, es fácil observar que en muchas ocasiones la disputa y el debate consensual operan como *formas de entrada y de salida* de las negociaciones.

8.11.1. La *disputa*, al tratarse de una forma actoral de debate no resulta muy «apropiada» para alcanzar buenos acuerdos, sin embargo es muy común que esté en el origen de muchas negociaciones²⁷.

8.11.2. Lo mismo ocurre con el *debate consensual*. Dado su carácter actoral difícilmente puede ser la forma de debate adecuada para lograr un buen intercambio, pero sí opera muchas veces como entrada y salida de las negociaciones²⁸.

²⁷ Pongamos algunos ejemplos. Tras recibir una propuesta de negociación para resolver un conflicto relacionado con una disolución conyugal, una mujer dice: «Jamás negociaré con mi ex. Es un embaucador sin escrúpulos». Si se lo dijera directamente a la cara del ex, la emisión equivalente podría ser esta: «Jamás llegaré a un acuerdo contigo. Eres un embaucador sin escrúpulos». Parece claro que esta emisión encaja en el tipo de debate que hemos llamado «disputa», el que corresponde al nivel máximo de conflicto entre los interlocutores. Quien así se expresa no está situado en la zona clara de la negociación. No se corresponde con el sentido de lo que llamamos negociación. Pero ¿estamos seguros de que esta intervención carece por completo de sentido negocial? Una cosa está clara: la emisión es expresión de la percepción de que se está ante un conflicto netamente actoral, sitúa el conflicto en un plano actoral. «Si mi ex fuera otra persona, tal vez podría intentarse un acuerdo; pero tal como es él (un embaucador sin escrúpulos) no tiene sentido negociar», parece decir. Léida así, la emisión aparenta cumplir la función de excluir la negociación, pues nadie puede dejar de ser quien es. La situación es idéntica a la de un ministro del interior que dice «nunca se debe negociar con terroristas». El ministro sitúa la cuestión en un conflicto netamente actoral y parece excluir cualquier posibilidad de negociación. En ambos casos estamos ante un uso claro del lenguaje conflictual que resulta excéntrico en relación con la zona de claridad del lenguaje negocial. Pero de ahí no se sigue que no pueda hacerse una lectura negocial de ambas intervenciones. El primer ejemplo podría leerse así: «Si quieres que deje de considerarte un embaucador sin escrúpulos con el que es imposible negociar empieza haciendo una concesión; reconoce, por ejemplo, que tengo derecho a estar en la casa en la que vivo». El segundo ejemplo podría leerse de esta manera: «Si el grupo X quiere que deje de considerarlo un grupo terrorista con el que es imposible negociar que empiece haciendo una concesión relevante; por ejemplo, que abandone la vía armada». Ambas intervenciones no son debate negocial en el sentido propio de la expresión, pero tienen una extraordinaria relevancia en la *entrada* de las negociaciones. La disputa, el lenguaje de la disputa, no es propiamente debate negocial, no es negociación. No lo es de hecho, pues no resulta muy común, ni tampoco es demasiado funcional, no genera buenos resultados; pero sí juega un papel muy importante en la entrada de muchas negociaciones (los ejemplos puestos son una ilustración de ello) y también en la *salida* de bastantes negociaciones frustradas. En efecto, cuando se frustra una negociación, porque el sujeto llega a la convicción de que el acuerdo posible es inconveniente y/o de que el acuerdo conveniente es imposible, ocurre con gran frecuencia que se realiza un viaje de vuelta: se transita del lenguaje propio del conflicto objetual al lenguaje propio del conflicto actoral. «Ya sabía yo que era imposible ponerse de acuerdo con mi ex, nunca dejara de ser un embaucador sin escrúpulos» o «La tregua no fue más que una trampa, una tregua-trampa; el grupo X nunca abandonará su vocación terrorista».

²⁸ Imaginemos que el sujeto A, un profesional de prestigio, se dirige a B, otro profesional de prestigio, para proponerle la fusión de sus respectivos bufetes profesionales. A está convencido de que si llevan adelante

8.12. La alternativa trazada por FISHER, URY y PATTON a propósito de cómo negociar y que opone la «negociación posicional» a la «negociación basada en principios y en las circunstancias», encaja perfectamente con lo que se acaba de decir sobre los modos de debatir adecuados para generar buenos resultados negociales; y encaja también con lo dicho en relación con las formas de entrada y salida de las negociaciones.

8.12.1. Las características de la «negociación posicional», con su alternativa negociador «duro/blando», son perfectamente traducibles en términos de la visión del debate negocial como un *debate actoral*. El *negociador duro* es transportable a la figura del «combatiente» en una *disputa* (debate actoral y conflictivo); y el *negociador blando*, a la figura de un «benevolente» hacedor de *consensos* (debate actoral y cooperativo).

8.12.2. Simultáneamente, la concepción de los negociadores como *resolvedores de problemas* y de la negociación basada en principios y en circunstancias encaja con (es traducible en términos de) un *debate negocial temático* que se mueve entre la controversia (debate temático y conflictivo en torno a una cuestión controvertida) y el diálogo racional (debate temático y cooperativo en torno a una cuestión difícil); es decir, un debate que debe aclarar dos cuestiones: ¿qué separa a los negociadores? y ¿con qué criterios válidos cuentan para resolver dicha distancia?

9. CONCLUSIONES

1. Los «acuerdos jurídicos» son decisiones colectivas reconocidas como tales por un determinado sistema jurídico.
2. Hay dos grandes formas de producir acuerdos jurídicos: votar y pactar.
3. Hay una conexión esencial entre acordar (decidir colectivamente) y debatir (deliberar colectivamente).

la fusión propuesta, tanto él como *B* tienen «un mundo por ganar». Los primeros contactos pueden tener todas las características de un debate actoral: *A* hace la propuesta a *B* precisamente porque se trata de *B*; si no se tratara de *B*, *A* no le haría la propuesta. El debate en el que *A* y *B* van expresando una profunda unidad de fines respecto de lo que pueden llegar a construir juntos encaja dentro del tipo de debate que hemos definido como consenso. Hasta ahí *A* y *B* no están negociando, pero nadie puede negar la importancia negocial que tiene este debate previo a la *entrada* en la negociación. La percepción por parte de los actores no solo de que sus intereses son complementarios sino de que además hay una profunda unidad de fines en la construcción de algo nuevo explicará no solo el hecho de que acaben negociando, sino también la forma en que se desarrollará dicha negociación. Es decir, el debate propio del consenso y de la unidad de fines, que no es negociación en sentido preciso, juega en múltiples ocasiones un rol muy importante por cuanto constituye la puerta de *entrada* a la negociación. En nuestro ejemplo, *A* y *B* negociarán cómo se distribuyen los costes (y los futuros beneficios) de construir ese «algo nuevo» en el que ambos están interesados. ¿Qué muestra esto? Pues que para entender bien muchas negociaciones no hay que poner tanto énfasis en la idea de conflicto como hace la teoría estándar de la negociación; porque si lo hacemos dichas negociaciones quedarán fuera de nuestro marco de comprensión. En efecto, hay negociaciones que solo resultan explicables a partir de la conciencia compartida por los interlocutores de que están unidos por una profunda unidad de fines que ha quedado expresada previamente en un debate muy próximo a lo que hemos llamado consenso. Quien crea que lo que digo es una pura mistificación que piense, por ejemplo, en las capitulaciones matrimoniales: se trata de un contrato, que es producto de una negociación, en el que se distribuyen los costos y los beneficios que generará esa peculiar «unión de fines» que se conoce con el nombre de «matrimonio». Estudiar las capitulaciones matrimoniales solo desde la perspectiva del conflicto supone, en mi opinión, desenfocar por completo la cuestión.

4. La calidad de un acuerdo jurídico depende en gran medida de la calidad del debate que lo precede.

5. De la combinación de las variables conflicto/cooperación y debate actoral/debate temático salen cuatro modos de debatir: disputa (debate conflictivo y actoral), controversia (debate conflictivo y temático), deliberación o diálogo crítico (debate cooperativo y temático) y consenso (debate cooperativo y actoral).

6. Los debates institucionalizados están regulados, pero el mero seguimiento de las reglas por parte de los intervinientes no asegura la calidad del debate. La aptitud, la disposición y el trabajo de los intervinientes son ingredientes fundamentales para generar buenos debates que contribuyan a producir buenas decisiones.

7. Las reglas de un debate institucionalizado privilegian un determinado modo de debatir. Este modo de debatir opera como punto de partida y centro de gravedad del referido debate.

8. Las reglas que regulan debates jurídicos entre interlocutores cuya legitimidad está vinculada a un deber de representación de intereses potencialmente conflictivos privilegian la controversia como forma de debate.

9. Las reglas que regulan debates jurídicos entre interlocutores cuya legitimidad está vinculada a un deber de independencia, privilegian la deliberación (o diálogo crítico) como forma de debate.

10. Una negociación es un proceso que involucra a varios sujetos y que está orientado a alcanzar un acuerdo (una decisión colectiva) cuyo contenido es un intercambio.

11. Si la negociación es el proceso orientado a alcanzar un acuerdo, la negociación es (o puede verse) como un debate.

12. La proximidad entre negociar y debatir se percibe cuando se observa que ambas actividades implican tres cosas: relación social (interdependencia entre sujetos), diálogo (interlocución) y actores cuya conducta está orientada a (con)vencer a otro(s).

13. En el debate negociador cada parte trata de aclarar si los acuerdos que le resultan convenientes son posibles y si los acuerdos posibles le resultan convenientes. Este debate tiene componentes cognitivos (conocer las preferencias/preensiones de la contraparte) y persuasivos (modificar las preferencias/preensiones de la contraparte).

14. La negociación recorre necesariamente la banda conflicto/cooperación. La ubicación de una negociación en el dominio de la cooperación o en el del conflicto depende de la percepción que tengan los negociadores a propósito de la compatibilidad o incompatibilidad de sus respectivos objetivos.

15. En consecuencia, caben tanto los modos conflictivos de debate (las disputas y las controversias) como los modos cooperativos (el diálogo racional y el consenso). Que quepan todas estas formas de debate no quiere decir que todas ellas sean igualmente típicas y apropiadas para alcanzar buenos resultados negociales.

16. En general, en la fase central de una negociación bien llevada los dos agentes se mueven entre la controversia (forma temática y conflictiva de debate) y el diálogo racional (forma temática y cooperativa de debate). El debate negociador típico (y apropiado) consiste en ir precisando los desacuerdos (controversia) y en tratar de encontrar criterios adecuados (correctos intersubjetivamente, convenientes, etc.) para superar los atolladeros que la persistencia en los desacuerdos acaba generando (diálogo racional).

17. Si bien las formas actorales de debate no son «apropiadas» para alcanzar buenos acuerdos, ocurre que, en muchas negociaciones, la disputa y el consenso operan como formas de entrada y de salida de las mismas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILÓ REGLA, J., 2012: «Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción: aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad», *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 10.
- 2015: *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Madrid: Trotta.
- 2017: *Acuerdos jurídicos y debate*, México: Fontamara (Col. Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2015).
- ALEXY, R., 1989: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. ATIENZA e I. Espejo), Madrid: CEC.
- ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- DWORKIN, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- ELSTER, J., 1998: «Introduction», en J. ELSTER (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press.
- FISHER, R.; URY, W., y PATTON, B., 2002: *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Barcelona: Gestión 2000.com.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 1997: «Cómo hacer cosas con acciones», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 20.
- RAZ, J., 1991: *Razón práctica y normas* (trad. J. RUIZ MANERO), Madrid: CEC.
- SEARLE, J., 1994: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEVA), Barcelona: Planeta-Agostini.