

La Teoría del Conflicto y la importancia de su conocimiento para el ejercicio de la profesión de abogado.

En relación al objeto de estudio que planteamos en esta publicación, podemos afirmar a priori que no tendría relevancia si el conflicto no se hubiera presentado como un elemento, suceso o hecho presente en el devenir histórico de todas las sociedades en general, consideradas estas como reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.¹

Así, el ser humano como individualidad integrante a su vez de conjuntos numéricamente mayores, vive y se desarrolla, resultando connatural a su existencia por un lado las relaciones sociales que transcurren con normalidad, como aquellas que se ven afectadas en su acontecer por conflictos de diverso orden cuya resolución se vuelve un punto imprescindible de la continuidad de dicho desarrollo. El conflicto es una realidad que acompaña al hombre permanentemente, y una vez que se soluciona uno, casi en forma inmediata surge otro. Es universal, inevitable, provoca tensiones, pero muy a menudo los esfuerzos que se hacen frente a un conflicto o crisis determinan un cambio y crecimiento.

Los conflictos ocurren en todas las sociedades y esto no es necesariamente afortunado o peligroso. En algunos casos, el conflicto dentro de un grupo puede ayudar a establecer o restablecer la unidad. En efecto, se ha argumentado² que tales conflictos pueden ser positivamente funcionales para la estructura social cuando ellos

¹ Austin T. M., en "La Antropología del conflicto y los métodos de resolución de conflictos en otras culturas": en http://www.geocities.com/tomaustin_ci/ant/conflicto/antconflicto.htm: "...La antropología estudia la unidad de la especie humana en toda su diversidad cultural y desde ese punto de vista antropológico es posible percibir que si bien pueden haber una variedad de razones que den origen a conflictos de intereses en distintos pueblos de la tierra, éste es un fenómeno típico de los seres humanos en cualquier parte del mundo..."

² Barnow, Victor, 1979, "Anthropology, a General Introduction" The Dorsey Press, Illions. En el mismo sentido, Giner, Jesús en http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/conflicto_social_teorias.pdf, "Teorías del conflicto social", señala que: "...El conflicto es un aspecto básico del cambio social, ya que permite resolver divergencias de grupos o colectividades para alcanzar un nuevo modelo de integración social. El estudio del cambio social ha desarrollado esquemas y teorías basadas en el conflicto social (...) El hombre muestra ciertas características de agresividad para conseguir sus deseos, pero dicha agresividad está definida también de modo sociocultural (...) El conflicto social se caracteriza por la agresión no canalizada por ningún sistema de convenciones que sea capaz de excluir las conductas hostiles..."

conciernen metas, valores o intereses que no contradicen las presunciones básicas en que se fundan las relaciones sociales. Sin embargo, el conflicto puede ser percibido como tensionante y peligroso por los miembros de una sociedad, especialmente por los partidarios del statu quo. Es de su interés y a menudo del interés de la mayor parte de los miembros de la sociedad, resolver los conflictos y prevenir su expansión futura.

En este orden de ideas, podríamos considerar que asociar la noción de conflicto a la misma naturaleza humana, puede vincularse con el concepto de crisis³ elaborado por algunos autores, encerrando una connotación que no es necesariamente nociva o desventajosa⁴, sino que puede vislumbrarse como un presupuesto ineludible del acontecer de la vida en sociedad.

Se ha considerado que la relevancia del estudio del conflictos en diferentes áreas del conocimiento, radica en que la prioritaria intención de reducir el uso de la violencia. Al decir de Remo Entelman: “... **Las sociedades modernas prohíben el uso de la violencia a sus integrantes pero los facultan a solicitar a los jueces su aplicación (...) antes Max Weber y Kelsen describieron el derecho como un monopolio de la violencia en manos de la comunidad que delega su administración y ejercicio en los jueces...**”⁵.

El autor refiere que el ordenamiento jurídico resulta ser la más antigua de las estrategias disuasivas de prevención de conflictos y sólo uno de los métodos disponibles en la sociedad moderna para la administración y resolución de conflictos, y en tal contexto, el universo conflictual se divide en conductas prohibidas y conductas permitidas, y es, en el **amplio universo de lo permitido, en donde la Teoría del**

³ v. supra, nota 5, también Alvarez, Gladys Stella, ob. cit. nota 6, p. 53 y ss., apunta que dicho término en Occidente tiene origen griego en el término krinein que significa decidir, significando las derivaciones del término, decisión, discernimiento, así como también un punto decisivo durante el que habrá un cambio para mejorar o empeorar. Destacamos que del Diccionario de la RAE, pueden extraerse varias acepciones de la palabra, que se vinculan directa o indirectamente con la noción de conflicto que desarrollaremos, a saber: a) Cambio brusco en el curso de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el paciente b) Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales. c) Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese d) Momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes e) Juicio que se hace de algo después de haberlo examinado cuidadosamente. f) Situación dificultosa o complicada.

⁴ A contrario, Highton Elena I. – Gladys S. Alvarez, ob.cit. p. 47 y ss. v. supra, nota 8, “...Entre los beneficios del conflicto como factor de cambio pueden incluirse: El conflicto se opone a la osificación del sistema social, al ejercer una presión a favor de la innovación y de la creatividad, al impedir el curso natural del conflicto, se puede llegar a tomar una decisión prematura. Las decisiones prematuras son, naturalmente decisiones pobres. Ciertos malentendidos benignos no ayudan a los intereses de nadie, lo que ocurre cuando cada una de las partes tiene tanto miedo de contrariar al otro que ninguna expone su punto de vista para que el otro lo entienda. El conflicto es a veces necesario para alcanzar la justicia (...) no obstante la cantidad de conflicto que una sociedad puede tolerar tiene un límite, aunque se trate del tipo de conflicto más suave y productivo...”

⁵ Entelman, Remo F. “La teoría de Conflictos” Hacia un nuevo paradigma.p.23 y ss.-

Conflicto se encuentra con un área en donde los conflictos no tienen previsto el apoyo de la fuerza judicial.⁶

Así es como, sobretudo a los abogados, acostumbrados a pensar el derecho de uno frente a la obligación del otro, nos descoloca trabajar en aquellas situaciones de enfrentamiento de PRETENSIONES INCOMPATIBLES NO PROHIBIDAS (CONFLICTOS), en donde a una de las partes la “asiste el Derecho”, y a la otra de idéntica forma.⁷ Ese tipo de conflicto, no es objeto de estudio para la ciencia jurídica, ni se incluye en la formación brindada tradicionalmente en la carrera de abogacía, y aquí es cuando los abogados debemos imponernos la responsabilidad de asumir la administración de conflictos del tipo permitidos, sin limitarnos a describir la hipótesis de la acción judicial.

Hace unos años, en una ponencia⁸, afirmamos que vivimos inmersos en lo que se denomina la “cultura de la reclamación”, que ha sobresaturado el trabajo judicial hasta extremos insospechados. De ello, se sigue que un poder judicial colapsado necesita que el acceso a justicia connote no sólo la entrada al proceso judicial, sino a formas desjudicializadas con un concepto amplio de administración de justicia, que incluya los mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación.

Luego, es en tal escenario en el cual cabe preguntarnos por la misión del profesional del derecho.

⁶ Refiere Remo Entelman que la importancia de la Teoría radica en que permite la adecuada ubicación adecuada del saber jurídico en esa dimensión universal del conflicto, visto como una forma de relación que también se da en el área en que pretensiones no prohibidas confrontan con otras no compatibles con ellas pero igualmente no prohibidas.

⁷ Entelman, p.58 idem nota 5, refiere que: “...si se abandona por un momento la conceptualización jurídica que divide el universo de las conductas posibles en las categorías de prohibidas y permitidas, se encuentra uno frente a una perplejidad (...) Advertimos entonces que juristas y abogados se limitan a ocuparse de las confrontaciones normadas que se producen entre oponentes que sustentan sus pretensiones como legítimas y rechazan las del otro por ilegítimas. Tal es el caso del acreedor frente al deudor que no acepta su pretendido derecho a cobrar o del presunto usurpador frente a quien se dice ilegítimamente desposeído (...) **Muy pocos de los conflictos que a diario preocupan a los integrantes de una familia, de una sociedad o de una empresa constituyen incompatibilidades de objetivos que el sistema de derecho haya tomado a su cargo (...) Los estudiantes universitarios piden a menudo horarios determinados de clase, a los cuales ni los profesores ni la universidad están obligados y están en conflictos con quienes se los niegan. (...) El resultado nos pertenece.**”

⁸ Ponente en III Congreso Nacional de Práctica Profesional, Comisión Nro. Dos “Inclusión de Mecanismos no Judiciales en el Manejo de Conflictos”. UBA- Facultad de Derecho de la UNCPBA-Colegio de Abogados de Azul – Azul, 3 y 4 de Septiembre de 2009. Ponencia: “Los mecanismos no judiciales de manejo de conflictos como acceso a justicia: la misión del profesional del derecho”

Afirmamos a priori, que no debe perderse de vista que dicha misión debe ser analizada en su contexto, la llamada posmodernidad, entendida como transformación social que ha obligado a la revisión de los roles y funciones de todos los profesionales, sobre todo de los pertenecientes a las profesiones más tradicionales, tales como la abogacía.

En relación a este nuevo rol y contexto, hacemos propias las palabras Francisco Mancuso⁹: “Para que los abogados no se conviertan en “sacerdotes de un culto extinguido”, y acompañen y asistan efectiva y realmente, las exigencias de la época, sin dejar de mantener incólumne el destino y el alma de su profesión como es el defender los derechos fundamentales del hombre, luchar por la justicia y defender la libertad, han de saber afrontar, también, los desafíos del presente, tan lleno de novedades logradas por el desarrollo científico, y tecnológico de la humanidad, es decir – utilizando palabras de Joserrand- que el jurista acompañe a las necesidades de la época, o la época, lisa y llanamente, prescinde del jurista” .

Así es, han variado sustancialmente las circunstancias en que el abogado debe ejercer su profesión, las preocupaciones son otras, tales como la “proletarización de la profesión”, la disminución de las fuentes de trabajo, la competencia desleal, su derrumbe como “clase privilegiada”, hechos todos que imponen al profesional del derecho actual realizar una autocrítica, como punto de partida para trabajar por una necesaria rejerarquización de la profesión y coadyuvar dentro del sistema para que los justiciables concreten el acceso a justicia que referimos en anteriores párrafos.

Por lo expuesto hasta aquí, evidenciamos que convergen una cuestión fundamentales en torno a la misión del hombre de derecho, a saber: *si su formación de base permite un desempeño acorde a las características propias de los métodos no judiciales de manejo de conflictos en el área de los conflictos solucionables en mediación.*

⁹ Mancuso, Francisco, " *Ética de la Abogacía y Potestad disciplinaria*", Ed Universitaria de la Plata, 1995, p. 30 y ss

De esta manera, entendemos que la función básica del letrado en el área de manejo no judicial de conflictos, debe centrarse en el rol de “consultor”¹⁰ del cliente y negociador frente a resto de los actores del conflicto. Señala Falcón¹¹ que ante el caso, debe establecerse un camino que nos lleve a una solución a través de una secuencia, relacionando esto con la estrategia y táctica.

En el orden de la estrategia, el arte de dirigir un asunto y establecer la vía o el camino a seguir, radica la habilidad del letrado en determinar cual es el método adecuado al caso, incorporando en la evaluación -en igualdad de condiciones que el proceso judicial- a los métodos no judiciales de manejo de conflictos.

A seguido, en el plano de la táctica, como conjunto de reglas a que se ajustan a las operaciones y sistema pensado y empleado para obtener un fin, radicaría la formación del profesional del derecho en orden a lograr que el mismo sea capaz de adecuar su función dentro de la distinta dinámica de cada uno de los métodos no judiciales de manejo de conflictos, a fin de evitar que el rol de abogado-litigante dentro de un proceso no adversarial frustre las opciones de consecución de acuerdos.

Podemos decir que conocido es el viejo y anónimo adagio "es preferible un mal arreglo que un buen juicio", y afirmar que hoy el derecho y la sociedad han evolucionado y nos permiten refutar dicho enunciado, pues existen nuevas herramientas que nos permiten asegurar que no todo arreglo extrajudicial debe ser malo, como único resultado posible, sino por el contrario puede concretar a la par del proceso judicial las formas de acceso a justicia con las que cuentan los justiciables.

Creemos que para el área de conflictos descriptos supra, la mediación debe ser un sistema eficaz de solución de conflictos por su ejercicio por mediadores profesionales, por encontrarse arraigada en nuestra cultura, con el acompañamiento de letrados

¹⁰ Hemos arribado a tal conclusión en nuestra publicación: “El conflicto: diversos sistemas de resolución” Escuela Superior de Derecho de Azul, Volumen 15/2009. ISSN 1850-0722. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp> - 9k Las Dras. Highton y Gladys S. Alvarez en “Mediación para resolver conflictos”, Ed. Ad. Hoc. SRL, Bs SAS., P. 421 citando a autores como Friedman afirman que existe una nueva especialización del abogado, “patrocinio en mediación”, en tanto el abogado especialista en mediación ayuda a educar a su cliente para que tome las decisiones necesarias, pues constituye una fuente de información.

¹¹ Falcón, Enrique M. “El ejercicio de la Abogacía”, Modelos y formularios prácticos Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé 2001, p. 89 y ss.

capacitados, que puedan brindar al cliente el consentimiento informado al que nos hemos dedicado en párrafos anteriores.

Tal como afirma el Dr. Cárdenas en un artículo de su autoría¹²: *“...la mediación no es una panacea. No reemplazará, ni pretende hacerlo, a las consultas evacuadas por los abogados ni a las negociaciones asesoradas o encabezadas por ellos. No reemplazará al sistema contradictorio ni a las sentencias judiciales, aunque quizá disminuya el volumen de trabajo de los tribunales. **La mediación es uno de los recursos de la cultura de la paz.** Lo mejor que podemos hacer los abogados y los jueces es hacerlo nuestro con entusiasmo y explorar todas sus posibilidades, que son muchas...”* (el subrayado nos pertenece)

De esta manera, los métodos RAD no reemplazan ni pretenden reemplazar la labor judicial, sino se trata de instituir un sistema coordinado, anexo e intraprocesal de mediación, para utilizar este procedimiento en consideración a las circunstancias del caso particular, todo ello en aras de mejorar en forma concertada el “acceso a la justicia”, entendido como acceso a una solución justa.¹³

¹² Cárdenas, Eduardo José, “La mediación y el abogado”, en <http://www.fundacionretonio.org.ar/contenidos/articulos/art30.doc>.

¹³ En el primer Encuentro Interamericano de Disputas, realizado en Buenos Aires en Noviembre de 1993 organizado por “National Center of State Courts” de los Estados Unidos y la “Fundación Libra”, se explicó que una cosa es “acceso a la justicia” entendido como sistema judicial, y otra es “acceso a la justicia” entendida como solución justa.