

Derribando barreras conceptuales

El sistema jurídico como técnica de motivación social representa un progreso indiscutible en la organización de la sociedad estatal que, al retener y administrar centralizadamente el monopolio de la fuerza, excluye a sus miembros del uso privado de la violencia. El derecho es un sistema de normas que cumple el doble rol de disuadir conductas declaradas prohibidas y de brindar apoyo a sus miembros para resolver conflictos, poniendo a disposición de uno de los bandos conflictuantes, en determinadas situaciones, la fuerza monopolizada por la comunidad a ese efecto. Esta metodología de resolución de enfrentamientos entre los miembros de una sociedad estatal, o entre ella y algunos de sus miembros, no está sin embargo disponible en todos los enfrentamientos posibles, sino en aquellos que la comunidad selecciona sobre la base de criterios axiológicos de preferencia y mediante procedimientos establecidos a tal fin.

Pero ocurre que la existencia de un sistema jurídico, que inventaría determinados enfrentamientos cuya resolución asume y no deja librada a los particulares, crea serios condicionamientos para la comprensión del fenómeno social del conflicto. En la sociedad estatal, no sólo los científicos y profesionales del Derecho sufren el efecto inhibitor de estructuras de pensamiento que se tornan en estereotipos. A todos los miembros alcanzados por el sistema les ocurre lo mismo. La sola existencia de un sistema de normas que establece conductas sometidas a sanciones, que usualmente se

denominan ilícitas, antijurídicas o prohibidas, actúa como criterio clasificador y agrupa todas las conductas posibles en dos amplias clases o tipos: «conductas prohibidas» y «conductas permitidas». Como consecuencia de ello, se genera un inevitable estilo de pensamiento para el cual, cuando en una relación social se enfrentan dos pretensiones incompatibles, sus miembros se preguntan sobre quién «tiene razón» para el Derecho. Tratan de saber cuál de los miembros enfrentados «es titular de un derecho» y cual «está obligado». Y los destinatarios de tales interrogaciones, con iguales estructuras conceptuales, sólo tienen dos tipos de respuestas posibles.

En algunos casos, que como veremos más adelante son los menos, pueden definir que una parte tiene derecho y la otra está obligada. En esos supuestos la sociedad ha asumido el problema y ha protegido o apoyado a una de las partes pretensoras, poniendo a cargo de la otra obligaciones cuyo cumplimiento significa para aquella la obtención de su objetivo. En los demás supuestos, la respuesta del sistema, de sus teorizadores y de sus practicantes enfrenta a los conflictuantes con el inesperado fenómeno de que para cada uno de ellos es libre (no está prohibido) pretender lo que pretende. Lo cual significa que para ambos es igualmente permitido o legítimo estar en conflicto con el otro. Pero ninguna de ellas tiene apoyo o protección para obtener su objetivo, que, en esos casos, el derecho no ha privilegiado sobre el de su oponente, y que es incompatible con el suyo.

La consecuencia más grave de esa exposición del problema de los conflictos permitidos es que, cuando alguien nos enfrenta con sus pretensiones que sabemos no obligatorias para nosotros, nuestra inmediata reacción es pensar que no estamos «obligados». Mejor dicho, no estamos «jurídicamente obligados». Esto es así porque ninguna norma sanciona la acción u omisión que el otro conflictuante pretende de nosotros. Frente a esa constatación, concluimos en primer lugar que «no estamos en conflicto con él», desde que no tiene «derecho» a lo que nos pide. Y en segundo lugar, que no es, por ende, nuestro interlocutor.¹

Hemos dedicado el capítulo 1 a mostrar el fenómeno «conflicto en general» como un amplio género abarcativo de todas sus especies, una de las cuales es, desde luego, el conflicto jurídicamente normado que el sistema jurídico asume y resuelve.² Pero las estructuras mentales, los estilos de pensamiento y los estereotipos que he-

mos desarrollado desde la infancia actúan sobre nosotros cual pantallas que nos impiden ver la problemática de los conflictos no reglados por el derecho y nos tornan insensibles a una realidad en la que solemos estar en conflicto con alguien contra nuestra voluntad o sin advertirlo.³ Analizar esta problemática y despejar nuestro horizonte para poder divisar con nitidez cómo funciona nuestra vida social, es el objeto de este capítulo. Separados como estamos de los desarrollos que contienen los capítulos siguientes por una barrera conceptual, intentamos aquí una exposición que sirva de puente entre ellos y nuestra comprensión actual así condicionada.

1. El sistema jurídico como método de resolución de conflictos

Las normas jurídicas de las que se ocupan los expertos del derecho, tanto los que se limitan a estudiarlo como teóricos –que solemos llamar juristas– como aquellos que además lo practican –que llamamos abogados–, y también las técnicas sobre todo procesales que la ciencia aplicada elabora, funcionan en la vida social como instrumentos para la resolución de conflictos entre pretensiones incompatibles de dos o más sujetos. Sin embargo, ambas profesiones se han desentendido de la problemática del conflicto. Este desentendimiento está directamente vinculado con la aceptación del principio denominado *norma de clausura*. Conforme a él, todo lo que no está prohibido por las normas del sistema se considera jurídicamente permitido. La consecuencia principal de la aceptación del principio de clausura es la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado de normas que resuelve todos los enfrentamientos posibles.

Los abogados, a su vez, son educados en un arduo y largo proceso de transmisión de conocimientos, sin que tengan oportunidad de tomar conciencia de que sus vidas profesionales transcurrirán confinadas en la operación de una sola categoría de métodos de administración y resolución de conflictos. Consecuentemente, tampoco tienen la posibilidad de descubrir la existencia de otros métodos que pueden usarse para los mismos fines, reemplazando al derecho o cumpliendo su cometido allí donde aquel resulta inoperante. El conflicto no les es mostrado como objeto de estudio, ni reciben no-

ticia alguna de las disciplinas que lo tratan, pese a que el conflicto entre pretensiones jurídicas de signo opuesto (legítimas e ilegítimas) del que ellos se ocupan, sea sólo una clase— aunque no la más numerosa— de ese género.

Cuando la Teoría Pura del Derecho enuncia la norma o principio de clausura, lo que en realidad denota es que, dada la existencia de un orden jurídico con validez y vigencia en una sociedad determinada, todas las conductas posibles de los individuos que la integran quedan automáticamente clasificadas en dos grandes categorías: conductas prohibidas y conductas permitidas. Las primeras son definidas como aquellas que constituyen el hecho antecedente de la sanción en una norma. Matar al prójimo, en ciertas circunstancias, es una conducta jurídicamente prohibida⁴ si, y sólo si, en una norma del sistema una sanción está prevista como consecuencia de esa conducta.

Esto significa que la clase conductas prohibidas o sancionadas deja fuera de su ámbito a las conductas no sancionadas, que con precisión se llaman permitidas, pero a las que también se alude como conductas que alguien tiene derecho a realizar, en el sólo sentido que no le está prohibido hacerlo. Tal es el producto de aplicar el primer concepto clasificatorio de la ciencia del derecho a un universo de conductas posibles.

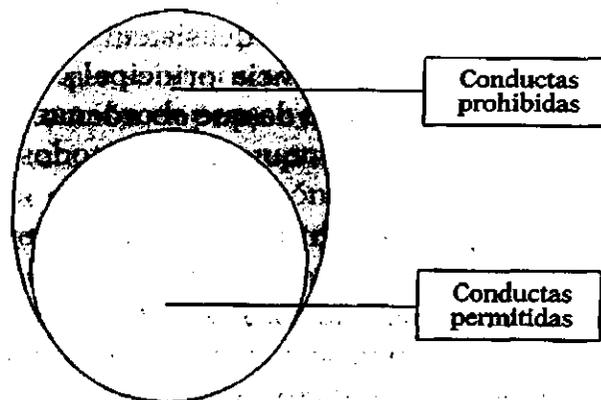


Figura 2.01. Universo de las conductas posibles en una sociedad con derecho.

Como se verá, el sector conductas prohibidas no está separado del que contiene las conductas permitidas por una línea recta sino por una curva que le permite penetrar, por así decirlo, en ese sector. Ello es así para significar que, bordeando el universo de lo permitido, donde cada actor tiene una amplia gama de recursos disponibles, para influenciar su oponente,⁵ tiene también unas cuantas prohibiciones contenidas en el sistema jurídico. Tiene prohibido, entre otras conductas, lesionar, extorsionar o amenazar a los oponentes para obtener su objetivo. Por cierto, tiene también prohibiciones de naturaleza ética, moral o religiosa, en la medida que, autónomamente, cada actor admita la vigencia otras normas no jurídicas.

A su vez, la clase conductas permitidas o no sancionadas se divide en dos subclases: conductas no obligatorias y conductas obligatorias. Y estas últimas resultan definidas como el opuesto contradictorio, en términos lógicos, de las conductas prohibidas.⁶

Desde estos primeros conceptos, el sistema permite definir otros de función clasificatoria y demarcar otras categorías de conductas, como el concepto «derecho». Sin embargo, el lector debe tomar aquí en cuenta que esa expresión tiene diversos sentidos tanto en el lenguaje jurídico como en el vulgar y que normalmente no se explicita con qué denotación se la emplea. En efecto «tener derecho» a una acción, omisión o pretensión significa, en el sentido más amplio de la expresión, que ello «no está prohibido o sancionado». Pero en otros contextos se dice de alguien que tiene derecho a 'x' si hay un 'z' que tiene la obligación correlativa. Finalmente, en algunos usos, «tener derecho» significa no sólo que otro tiene «obligación», sino que el titular del «derecho» es el único que dispone de la acción que pone en movimiento el proceso judicial en que se impondrá la sanción a quien no cumplió la obligación.⁷ Los ejemplos que siguen muestran el uso polivalente que se da a la expresión «derecho» cuando con ella se hace referencia a situaciones de conducta que se califican como tales. Tener derecho a fumar sólo quiere decir que hacerlo no está prohibido. Pero si alguien dice que tiene derecho a cobrar el monto de un mutuo,⁸ está significando que otro, el mutuario, tiene la obligación de pagar. Y esto es así porque hay una sanción prevista en la norma para el que no restituye el monto del mutuo en tiempo oportuno. Y todavía en situaciones más específicas, la misma expresión tiene un sentido más estricto. Como

cuando afirmamos que 'sólo el calumniado tiene derecho a hacer condenar al ofensor'. Aquí, derecho es sinónimo de titularidad de la acción que pone en marcha el sistema punitivo cuando se trata de delitos de acción privada (Entelman, 1983:109).

2. El amplio universo de lo permitido

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. Al mirar desde otro ángulo el área de lo permitido, descubrimos dentro de ella un número infinito de conflictos que el derecho desdénia porque se dan entre pretensiones incompatibles, pero igualmente permitidas o no sancionadas. 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. Pero subsiste un amplio espacio donde el derecho deja a los ciudadanos en libertad de confrontar, ya que no prevé proteger la pretensión de uno, poniendo a cargo del otro la obligación de satisfacerla. Es en este espacio donde se producen los conflictos entre pretensiones incompatibles pero igualmente permitidas, es decir, no prohibidas porque no están amenazadas con sanción por el ordenamiento.⁹

Toda relación social está llena de enfrentamientos producidos por la incompatibilidad de pretensiones que el sistema jurídico ha dejado en libertad de confrontación. Piénsese en la pretensión «no prohibida» de un socio minoritario de que la mayoría que controla la sociedad analice proyectos que él considera convenientes para la sociedad, en circunstancias en que atender ese pedido no es «obligatorio» para los órganos sociales. O en el esposo que está en conflicto con su cónyuge porque ella no le acompaña a presenciar partidos de fútbol, a lo cual no está «obligada» por ninguna norma. 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 to-

mado a su cargo, protegiendo a una de las partes de la relación y creando obligaciones a la otra. Los estudiantes universitarios piden a menudo horarios determinados de clase, a los cuales ni la universidad ni sus profesores están «obligados» y están en conflicto con quienes se los niegan. Los gerentes de un área de la empresa solicitan a diario a otras áreas, de igual o distinto nivel, algo que no tienen «prohibición» de pretender, ni la otra «obligación» de conceder. El departamento de ventas conflictúa con el de finanzas por mayores plazos de pago, con el fin de aumentar las operaciones y mejorar la participación de la empresa en el mercado. Pero el responsable de obtener la financiación estima que el coste del dinero no permite otorgar tales créditos a los clientes. Al sistema que la empresa constituye le interesa que la confrontación se produzca, pero siempre que se administre y se resuelva. En el mismo sentido, a la sociedad como un todo le interesa que los conflictos «permitidos» se administren con baja intensidad conflictual¹⁰ y se resuelvan pacíficamente sin alterar los vínculos dentro de los que aparecen. El derecho, como método, resulta aquí inaplicable.

Por si esto fuera poco, ocurre además que las conductas permitidas y las pretensiones no reforzadas por el derecho mediante la generación de obligaciones son muchas más que las acciones prohibidas. Esto es así porque esas conductas integran el área de la libertad jurídica que el derecho sólo invade con prohibiciones cuando la sociedad lo considera indispensable. Las pretensiones respaldadas mediante la imposición de obligaciones a otro u otros constituyen una parcialidad muy inferior a las de las expectativas que no están prohibidas, pero tampoco respaldadas: las meramente permitidas.

Finalmente, resulta que las situaciones de conflicto son excepcionales dentro de las relaciones regidas por las normas de derecho. Sencillamente porque, estadísticamente, los obligados cumplen sus obligaciones. No es aquí el lugar para analizar las causas de ese acatamiento, pero es claro que si un ordenamiento existe como tal, es decir si tiene vigencia, es porque tiene el consentimiento genérico de los súbditos, a pesar del margen de violaciones que su subsistencia como sistema soporta.¹¹ La relación entre validez y vigencia del derecho ha sido analizada con detenimiento por filósofos del derecho de la talla de Kelsen (1986), Hart (1992) y Ross (1977).

3. Derecho y violencia

He destacado ya la perplejidad que puede generar reconocer que el universo de los conflictos no se agota en el espacio que ocupan los conflictos jurídicos. Pero no es menos sorprendente la afirmación de que el sistema jurídico es un método violento y no pacífico de resolución de controversias. Violento, porque recurre al uso o a la amenaza de la fuerza.

Si recapacitamos sobre el hecho de que las definiciones de prohibido, obligatorio y permitido emanan del concepto de sanción, corresponde analizar el significado que esa expresión tiene en el lenguaje de la ciencia del derecho. Descubriremos así que la sanción, que en las normas está prevista como la consecuencia de determinada conducta (que llamamos antijurídica), es un acto que deben realizar los jueces o sus ejecutores, y cuyas múltiples variantes tienen, sin embargo, dos notas esenciales en común: (a) consisten siempre en una privación de algo valioso (libertad, vida, cosas, honores, atributos, distinciones), y (b) están siempre previstas como susceptibles de ser aplicadas con independencia de la voluntad del sancionado y aún contra ella, mediante el uso de la fuerza, por disposición del Juez, en caso de resistencia.

Ahora bien, tamaña revelación impacta, tal vez, a quienes dedican su vida al derecho porque lo perciben como un modo de asegurar la paz social. Esa percepción es, en cierto modo, correcta. El derecho de la sociedad evolucionada no es igual que el de las comunidades primitivas. En estas, la fuerza necesaria para aplicar la sanción quedaba en manos de la víctima, sus parientes o los miembros de su tribu. En la comunidad estatal, la sociedad monopoliza la fuerza y centraliza su uso en manos de órganos especializados, los jueces. Pero las amenazas que los particulares se intercambian y las que los jueces formulan cuando intiman a entregar bienes o libertad son las del simple y descarnado uso de la fuerza física. Que no lo es menos porque recibe el aristocrático nombre de *fuerza pública*.

Es correcto sostener que el derecho genera paz social cuando monopoliza la fuerza y prohíbe a los particulares usarla en forma directa. Sin embargo, las relaciones entre los miembros de la sociedad son más armónicas y pacíficas si, para resolver sus conflictos,

no recurren al uso o amenaza de la fuerza centralizada en el Juez por delegación de la comunidad. Para lo cual deben administrar y resolver buena parte de aquellos conflictos asumidos por el sistema jurídico utilizando otros métodos pacíficos, permitidos por el ordenamiento, pero no impuestos por éste.¹² Esto además del hecho fundamental –pero no rescatado por el pensamiento jurídico– de que a diario los particulares y sus abogados se encuentran frente a conflictos cuya resolución no tiene previsto el apoyo de la fuerza judicial. Y requiere recurrir al manejo de técnicas de administración y de resolución, que funcionan dentro del sistema conflictual (endógenas) o con participación de una múltiple gama de terceros (exógenas) y no tienen a su disposición la colaboración del juez y de la fuerza física que él administra.

Ocurre pues que los miembros de la sociedad regida por un orden jurídico tanto como sus teóricos, enfrentan la necesidad de analizar, comprender y saber utilizar esas otras técnicas, que no son generadas por el conocimiento jurídico sino por otras disciplinas sociales.¹³

Describir el fenómeno universal llamado conflicto, mostrar sus características y su dinámica y familiarizar al lector con los conocimientos que fundamentan y explican esas otras técnicas de administración y métodos de resolución y con su manejo práctico, es el quehacer de la Teoría de Conflictos. Las enseñanzas de esta teoría deberían permitir la 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.

4. La relación entre conflicto y derecho

Nuestra visión del ordenamiento jurídico como un método institucionalizado de administración de conflictos en sentido amplio (prevención y resolución) es a menudo rechazada por juristas y abogados, que la ven como una descalificación teórica.¹⁴

Sin embargo, desde la antigüedad, el hombre había desarrollado, sin teorizar sobre ello, diversos métodos de resolución de conflictos. Ya en la segunda mitad de este siglo, cuando comienza a in-

vestigarse seriamente sobre las características del fenómeno conflictual, con el objetivo principal de la creación de métodos pacíficos que no recurrieran a la violencia para la resolución de esos conflictos. En 1965 Galtung pudo ofrecer como resultado de sus investigaciones históricas un inventario de doce métodos –violentos y pacíficos– de resolución de conflictos: juegos de azar, ordalías, oráculos, combate sin limitaciones, guerra limitada, duelos verbales, duelos privados, debates judiciales, debates, mediación y arbitraje, tribunales y votaciones. La mención de este inventario sólo tiene aquí el interés de llamar la atención sobre los dos últimos métodos: tribunales y votaciones. Se posibilita así un análisis que contribuye a reducir la sorpresa que produce la calificación del orden jurídico como un mero método de resolución de conflictos. Basta reflexionar sobre las votaciones. Generalmente se las concibe como una forma de participación en el poder. Pero si lo pensamos más profundamente, resulta que en el conflicto por el poder o en el conflicto por cuál haya de ser el contenido de las normas que se dicten para orientar la vida social, las elecciones significan excluir la violencia como método de solución y adoptar una resolución pacífica, institucionalizada y reglamentada. De la misma manera que sorprende la afirmación de que el voto es un método de resolución de conflictos políticos entre sectores de la comunidad que no tratan de imponerse unos a los otros por la violencia, el sistema jurídico es también un método de resolución de conflictos que trata de excluir el uso de la violencia por los particulares. Sin embargo, tal exclusión no importa eliminar totalmente el uso de la violencia, porque ésta queda reservada en el estado moderno a los órganos judiciales encargados de administrar la fuerza sustraída a los particulares, en términos reglamentados por el mismo sistema.

En la comunidad primitiva, cuando no existía el ordenamiento jurídico, se supone que todas las conductas físicamente posibles competían libremente por realizarse, aunque fueran incompatibles. La Figura 2.02 ilustra esa situación, distinguiendo las conductas deseadas de las no deseadas.

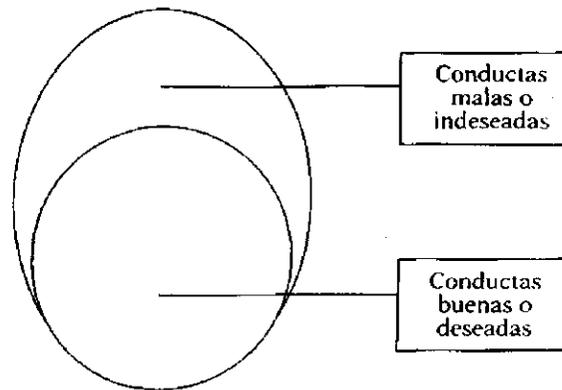


Figura 2.02. Clasificación de conductas posibles en una sociedad sin derecho.

La única manera de evitar la conducta opuesta a la deseada por un miembro de la comunidad era la persuasión o el recurso a la violencia. En el comienzo de la evolución del grupo, aparece la necesidad de excluir de él la realización de ciertas conductas, es decir, de motivar abstenciones y ejecuciones de conductas.¹⁵ Dispuesta la comunidad a motivar ciertas conductas y evitar otras, recurre primero a un sistema directo de motivación. La autoridad moral o religiosa del jefe o del brujo. Más tarde, coexistiendo con este sistema de motivación directa, desarrolla la técnica indirecta. Para evitar la conducta 'a' se amenaza a quien la realiza con una sanción. Y, lo que es lo mismo, para obtener una determinada conducta 'x' se amenaza con una sanción a quien realice la conducta contraria, es decir, la conducta 'no-x'.

Esta técnica indirecta supone la amenaza del uso de la fuerza e implica en la realidad histórica el uso concreto de la fuerza. Cuando así ocurre, cuando una norma consuetudinaria establece que el que comete incesto será sancionado con la muerte, decimos, por un lado, que ha aparecido un sistema jurídico. Y, por otro lado, que en esa comunidad la fuerza ha sido monopolizada por el grupo, como lo está en el Estado moderno. Sólo que en éste el monopolio no se ejerce por cualquier miembro del grupo en nombre de la comunidad, sino que está centralizado en los órganos especializados del Estado que, dentro del modelo de Montesquieu, llamamos Poder Judicial.¹⁶

¿Qué pasa hoy en la sociedad moderna con los conflictos y su resolución por metodologías jurídicas? El acreedor amenaza al deudor

dor con la ejecución de sus bienes. Es decir, con apoderarse –a través de una acción judicial– de sus bienes y dárselos a un tercero (venderlos) para obtener de este tercero los fondos con que cobrar su crédito. Este apoderamiento de los bienes se efectúa con recurso a la fuerza cuando ello es necesario, esto es, si el deudor no los entrega voluntariamente. El progreso consiste en que la fuerza no es utilizada por el acreedor sino solicitada a un juez, que primero sólo hace uso de la amenaza de la fuerza¹⁷ y luego recurre directamente a ella, cuando es necesario desposeer al deudor. Desde la «vendetta tribal» hasta la cárcel o la ejecución de bienes, hay sólo un proceso evolutivo. El que realiza una conducta que está prohibida –es decir, respecto de la cual se ha establecido la amenaza de una sanción– será objeto de la privación de un bien, en sentido amplio y no sólo material, de la libertad o de la vida. Ese lo hace mediante el uso, si es necesario, de violencia física; la cual no puede ser ejercida por los particulares sino sólo por un órgano competente. Este utiliza para la ejecución del acto de fuerza a un sector especializado de la comunidad, genéricamente llamado *fuerzas de seguridad*. Sin embargo, ha de destacarse que ese sistema sólo prohíbe a los particulares el uso de la fuerza pero no la amenaza de recurrir a ella, solicitando al juez su aplicación.¹⁸

Debe, no obstante, advertirse que el monopolio de la fuerza por la comunidad no significa en absoluto autorizar a los jueces para utilizar esa fuerza en favor de cualquier pretensión contra cualquier oposición. Al mismo tiempo que se establece un sistema de amenazas contenidas en normas jurídicas, se definen las metas «legítimas» al servicio de cuyo logro el sistema está dispuesto autorizar el uso de la fuerza.¹⁹ La sociedad selecciona con cautela la protección de ciertas metas que considera legítimas y que en cualquier estadio de evolución social, son siempre sólo una mínima parte de los objetivos que los seres humanos se proponen y que resultan incompatibles con los objetivos de otro.²⁰

Cuando el sistema jurídico elige los objetivos o metas que quiere privilegiar y pone a disposición de ellos la fuerza monopolizada, lo hace mediante una técnica tal que deja puntualizadas las metas ilegítimas creadas para privilegiar aquéllas otras. Por eso las ciencias jurídicas pueden hacer un inventario de obligaciones y derechos. Les basta con revisar el contenido de las normas que señalan la conducta amenazada con sanciones. El inventario de las prohibiciones

define en qué condiciones los titulares de metas «legítimas» tienen «derecho» a que el juez asista sus pretensiones con el auxilio de la fuerza.

Hemos señalado ya que, por el solo hecho de generar un inventario de conductas sancionadas (prohibidas), todas las conductas posibles restantes resultan calificadas por el sistema como conductas «permitidas». Conviene señalar aquí un problema semántico de grave incidencia en la dificultad de distinguir entre conflicto y derecho, o mejor entre conflicto permitido y conflicto resuelto por el derecho. Tanto en el discurso científico como en el lenguaje cotidiano llamamos «derecho» a esas pretensiones permitidas, mientras que en otro contexto, cuando hablamos del derecho de alguien, no nos referimos a situaciones de mera permisión o ausencia de prohibición, sino a aquéllas que son correlatos de las obligaciones que el sistema impone a otros mediante la técnica de aplicar sanción a la conducta contraria a una determinada acción u omisión, para que ésta resulte obligatoria.

Ahora bien, acostumbrados como estamos a pensar el derecho de uno frente a la obligación del otro, nos resulta difícil comprender cómo, en situaciones de enfrentamiento o confrontación de pretensiones incompatibles no prohibidas (conflictos), resulta que podemos sin embargo decir que uno tiene «derecho» frente al otro, que también tiene «derecho».²¹

Con el bagaje conceptual de una sociedad jurídicamente organizada, nos es dificultoso admitir que en el área de conductas no prohibidas tampoco existe la prohibición de «pretender» objetivos incompatibles con las pretensiones de otro. Por eso, cuando ocurre la confrontación entre pretensiones igualmente permitidas pero incompatibles, nos encontramos frente a un problema que carece de solución en el ordenamiento jurídico y en la ciencia del derecho.²²

La Teoría de Conflictos radica su quehacer en la descripción del conflicto, en el análisis de sus elementos y modos de ser, en la generación de los métodos a que da lugar la aplicación de sus conocimientos y en los desarrollos tecnológicos que realiza con auxilio multidisciplinario. Ello no sólo abarca la problemática de la resolución del conflicto, sino también la de su conducción o manejo y prevención.²³

5. «Permitido *versus* permitido»

Tenemos hasta aquí la postulación de que, en el universo de todas las confrontaciones posibles entre miembros de una sociedad, una parte, la menor, es asumida por el sistema. Este privilegia, porque las valora positivamente, algunas de las pretensiones opuestas en las confrontaciones posibles y pone a su disposición el método jurídico de resolución. Lo hace motivando al oponente a través de una amenaza de sanción susceptible de aplicarse contra su voluntad y con utilización de violencia. Nuestra postulación afirma que todas las otras confrontaciones posibles no asumidas por el sistema están permitidas, no son prohibidas y constituyen derecho en el sentido más lato de esta expresión.

Desde que es patente que el derecho no resuelve esas confrontaciones legítimas, intentamos analizarlas como un problema cotidiano de las relaciones sociales entre los miembros de una sociedad jurídicamente organizada. Nos encontramos así frente al objeto conflicto. Es claro que el método jurídico de resolución de los conflictos asumidos por la sociedad ha dado lugar en los últimos dos siglos a una vigorosa ciencia con antecedentes conceptuales muy antiguos. Y que el conflicto que se produce entre pretensiones incompatibles pero igualmente permitidas no es objeto de estudio para esa ciencia, ni integra de manera alguna las materias que contienen la formación multidisciplinaria brindada por las universidades al abogado. Sin embargo, estos son percibidos por la sociedad como los expertos a los que razonablemente debe acudir en tales situaciones. Deben advertirse los riesgos de esta situación. En la medida que los abogados no asumen la administración de ese tipo de conflictos permitidos, generan en quienes los consultan la percepción de que, en esos enfrentamientos, no tienen problema alguno. Después de todo, la respuesta usual frente a tales consultas, que se limita a informar al consultante que él no está obligado a satisfacer la pretensión de su oponente, es bastante lógica. Pero no borra por eso la calidad de requerido o reclamado, ni impide a quien consulta estar involucrado en un conflicto que su adversario puede manejar con métodos no jurídicos pero tampoco prohibidos por el derecho o por ordenamientos autónomos por él reconocidos como válidos, que le establezcan el deber de no utilizar determinados métodos o recursos de poder.²⁴

Notas

1. Resulta evidente que esto nos ocurre porque percibimos que el conflicto se agota en lo jurídico. Cuando hemos aceptado la validez de un sistema normativo autónomo de orden moral, ético, religioso o propio de una comunidad como ocurre en los ámbitos profesionales, deportivos o de negocios, y creemos que ese sistema nos impone deberes religiosos, éticos, morales o comunitarios frente al pretensor que nos reclama, reconocemos estar en conflicto pese a no tener obligación jurídica.

2. La expresión «jurídicamente normado» constituye una buena denominación para esta clase de conflictos, que no utilizamos a menudo por su extensión.

3. Encontramos a diario ejemplos de situaciones en que alguien enfrenta graves consecuencias que provienen de su incapacidad para admitir que se encuentra en conflicto con otro, fundado en su convicción de no estar obligado a lo que aquel pretende. Es paradigmático el caso de los reclamos laborales que no se fundan en un derecho de los dependientes. En el estado actual de evolución de las relaciones de trabajo, los empleadores han aprendido a tomar con seriedad y debatir con sus empleados todos sus reclamos, tengan o no obligación jurídica de satisfacerlos. Hay incluso procedimientos institucionalizados para administrar esos conflictos. Pero, a comienzo del siglo pasado, cuando no se había sancionado la ley limitativa de la duración de la jornada de trabajo, los patronos afrontaban reclamos de sus obreros, que pretendían reducir el elevado número de horas que debían trabajar cada día, de acuerdo con sus contratos. Los reclamados, tras analizar tales reclamos, deben haber arribado a la conclusión de que no estaban obligados a esa reducción de horarios. Tal conclusión los llevó seguramente a la convicción de que no estaban en conflicto con sus trabajadores. El agotamiento de estos por lo infructuoso de sus gestiones los persuadió seguramente de que algo debían hacer para concientizar a sus empleadores sobre la existencia de un conflicto. Cuando decidieron quemar un saladero, el atónito empleador debe haber entendido que uno puede estar en conflicto con otro por algo que este pretende, aún cuando no está obligado jurídicamente a satisfacer esa pretensión.

4. No lo es, en efecto, en otras. Por el contrario, está permitido matar al prójimo, como ocurre en el llamado homicidio deportivo, en que un boxeador muere por un golpe lícito de su contrincante. O aun más, matar es obligatorio para el derecho, como en el caso del verdugo que, allí donde hay pena de muerte, tiene prevista sanción por negarse a ejecutar una condena. O, en el caso del soldado, cuya sanción por no matar al enemigo cuando recibe orden de hacerlo, suele ser grave y, a veces, incluso de privación de su propia vida en un fusilamiento.

5. Sobre recursos e influencia, véase cap. 7, «El Poder de los actores».

6. Desde que una norma amenaza con sanción una conducta antes no sancionada, (plantar árboles a un metro de la línea que divide dos propiedades urbanas, por ejemplo) tal conducta pasa a integrar la clase de conductas prohibidas. Su opuesto contrario —no plantar árboles a esa distancia— ingresa a su vez

en la clase de conductas obligatorias y el vecino incorpora el derecho de que el propietario lindero no plante árboles en esa ubicación.

7. Se implica así que en el caso de esos derechos, llamados por los juristas «derechos subjetivos en sentido estricto», el titular es libre de disponerlo. Sin embargo, esa nomenclatura no aparece jamás en el uso corriente que de la expresión «derecho» hacen juristas y abogados para denotar esa particular situación.

8. Denominación técnica del préstamo de dinero.

9. He adoptado para estos conflictos la denominación genérica permitido vs. permitido que, por ser tales, no interesan a jueces, abogados ni juristas, salvo para verificar que no están prohibidos, lo cual nada aporta a su resolución.

10. Véase sobre la noción de intensidad el cap. 10.

11. En algún momento de su vida profesional, tanto el jurista como el abogado descubre que hay disputas entre quien, por un lado, pretende algo que no le está prohibido pretender y, por otro lado, alguien a quien le está permitido (no prohibido) no acceder, no facilitar o impedir. Esas disputas son lo más parecido que existe a la confrontación acreedor-deudor, usurpador-desposeído, o socio minoritario-socio mayoritario. Además, en una sociedad que forma juristas y abogados, sus miembros asumen que los numerosos enfrentamientos entre pretensiones incompatibles pero igualmente legítimas (permitidas o no prohibidas) que a diario se producen, pueden administrarse y resolverse con la misma asistencia profesional de los expertos en el sistema jurídico de resolución de conflictos que establece las zonas de lo prohibido, lo permitido y lo obligatorio. No sólo los acreedores impagos o los propietarios desposeídos recurren al abogado. También lo hace el socio minoritario cuando la mayoría de una sociedad anónima no le niega el pago de dividendos ni la información o el acceso a las asambleas, pero ni siquiera quiere analizar sus planes de desarrollo, porque no está jurídicamente obligada a ello. Aunque ese minoritario tenga permitido (no prohibido) pretenderlo y petitionarlo. Las normas jurídicas que rigen algunas relaciones sociales estables, como la familia y las sociedades y asociaciones civiles o comerciales, delimitan a menudo tres grupos de conflictos posibles: a) los que son asumidos por el derecho, como los relativos a la prestación de alimentos o a la fidelidad en el matrimonio, o a la distribución de utilidades declaradas, suministro de información o transparencia de los estados contables, en las sociedades; b) los que deja librado a las partes que integran la relación, pero que somete a un procedimiento de resolución –la votación– que abre un amplio marco para la administración autónoma del conflicto, como ocurre en las estructuras normativas de las sociedades y c) los que quedan librados a la administración autónoma sólo limitada por las prohibiciones de conductas criminales como la extorsión o la amenaza de violencia directa. En los sistemas jurídicos que reglan los conflictos de la insolvencia empresarial, las tres esferas aparecen: conflictos que las normas específicas resuelven, conflictos que se resuelven por las partes pero con técnicas regladas de votaciones y conflictos que se administran autónomamente.

Cuando los abogados y sus clientes enfrentan estas realidades, se hace patente que el método jurídico de resolución de conflictos no es aplicable a aque-

llos que se dan en el área de las confrontaciones permitidas. El observador toma así conciencia de que el conflicto con resolución prevista en normas de derecho es una parcialidad del género conflicto. Se enfrenta, pues, con una nueva región ontológica, la que genera una nueva disciplina científica.

12. Los altísimos niveles de intensidad y los efectos devastadores de las dos guerras mundiales del siglo xx convirtieron la búsqueda de métodos pacíficos de resolución de controversias en un objetivo político común a todos los Estados. Y a la investigación científica sobre el conflicto, su prevención, administración en sentido estricto y resolución, en preocupación académica de numerosas disciplinas, como señalo en la Introducción. Parece llegada la hora de que la misma preocupación sea prioritaria dentro de las sociedades estatales, tanto como objetivo político de sus gobiernos y de la sociedad civil como que-hacer fundamental de sus científicos.

13. Las universidades tienen aquí un papel fundamental que desempeñar en la formación y capacitación de profesionales idóneos.

14. Es probable que tal reacción se origine por dos causas: (a) el hecho de que el sistema jurídico fue implantado en la sociedad con el uso de un discurso estridente que recurrió a la postulación de valores de fundamentación divina o racional. Toda una concepción contemporánea de la filosofía del derecho ha llamado a ese discurso el «discurso del poder», y (b) el hecho de que el sistema jurídico se haya implantado mucho tiempo antes y de que la ciencia que hace de su estudio su objeto tenga ya existencia secular, mientras que la vocación científica por el análisis del conflicto, como problema general de una sociedad, sólo aparece en la segunda mitad de este siglo. Esa preocupación teórica sólo se desarrolló impulsada por el desenfrenado aumento de la capacidad de destrucción que exhibe el empleo de la violencia bélica como método de resolución de conflictos internacionales durante las dos grandes guerras mundiales que enlutaron el siglo xx.

15. Las investigaciones efectuadas sobre el derecho primitivo muestran históricamente al homicidio y al incesto como las primeras conductas cuya ejecución preocupa al grupo social.

16. No deben confundirse el concepto de monopolio de la fuerza con el de centralización. Cuando la comunidad primitiva adopta la técnica de motivar mediante el empleo de sanciones, ha monopolizado el uso de la fuerza. Sólo aparece la centralización cuando el uso monopolizado por la sociedad se delega a un órgano especializado dentro del programa de división del trabajo social.

17. La intimación bajo apercibimiento del uso de la fuerza.

18. Tal vez el arma más poderosa que los abogados ostentan en sus arsenales sea la de intimar a una prestación bajo amenaza de ejecución forzosa.

19. El derecho estatal contiene, además de soluciones concretas para muchos de los conflictos contenidos en la legislación, un sistema judicial que puede brindar otras soluciones no previstas en detalle dentro del marco de la ley, pero sólo dentro de los límites que la norma general deja al Juez para crear la norma individual aplicable al caso concreto. Un sistema jurídico que facultara a los jueces a resolver a su arbitrio todos los conflictos permitido vs. permitido

constituiría una habilitación al órgano para el uso arbitrario e indiscriminado de la violencia y esto no es concebible en el Estado liberal moderno.

20. Esto es así simplemente porque la vida en sociedad transcurre en un contexto de escasez de buena parte de los elementos que sus integrantes consideran necesarios para su bienestar. Y porque además esos individuos deciden sus preferencias con relación a valores ordenados en escalas que no son uniformes para todos ellos. A medida que la sociedad evoluciona, se organiza en grupos de diferentes números de miembros. Pequeñas aldeas donde la vida en común reviste formas sencillas coexisten y están intercomunicadas con grandes concentraciones humanas de alta complejidad en las que el número de confrontaciones regladas por el derecho y la cantidad de metas que éste declara legítimas y protege, aumentan. Pero al mismo tiempo la sofisticación de la vida social incrementa el número de nuevos objetivos que sus miembros se proponen, alentados por el progreso del conocimiento y de la tecnología. Ello al tiempo en que el desarrollo de las comunicaciones masivas posibilita a un mayor número de individuos una amplia información sobre un número creciente de objetivos que sus congéneres se proponen y que ellos desean imitar.

21. He ejemplificado estas situaciones en el segundo apartado de este capítulo.

22. La dificultad que los miembros de cualquier relación social tienen para reconocer que están en conflicto con alguien por algo a lo que no están obligados se funda no sólo en la falta de comprensión del rol limitado del ordenamiento jurídico, sino en los problemas semánticos a que hacemos referencia en el texto. Por ello es conveniente detener la lectura e intentar el ejercicio que a continuación se propone. El mismo consiste en: a) listar una serie de situaciones, realmente experimentadas o simplemente imaginadas, en que el lector se consideraría en conflicto con alguien, por considerar que uno de los dos tiene un derecho y el otro está jurídicamente obligado. b) listar a continuación una serie de situaciones, realmente vividas o imaginarias, en que el lector se sienta en conflicto con alguien, pero advirtiéndole que si bien le está permitido a uno de ellos pretender lo que pretende, al otro no le es obligatorio hacer u omitir nada que posibilite, facilite o satisfaga la pretensión meramente permitida o no prohibida, como ocurre cuando los estudiantes o los obreros recurren a la huelga legítima o no prohibida, para obtener objetivos que no pueden alcanzar mediante una acción judicial.

23. Puesto que la ocasión nos impide adentrarnos en esos análisis, es importante clarificar el rol que desempeñan los conocimientos aportados por la Teoría de Conflictos en la formación complementaria del abogado. Pensamos que, en primer lugar, se trata de capacitarlo para desempeñarse profesionalmente en la administración y resolución de conflictos entre pretensiones igualmente «no prohibidas» o «permitidas» que también la sociedad le requiere y para lo cual carece de herramientas en su formación de grado. Hemos dicho ya que la sociedad, acostumbrada a ver en los abogados los expertos en la resolución de las confrontaciones entre derechos y hechos antijurídicos, los perciben como los naturales operadores de aquellas otras que el sistema jurídico deja libres al manejo de los interesados, que encuentran en el ordenamiento sólo un

puñado de limitaciones jurídicas (prohibiciones) para los recursos que puede utilizar en procura de su objetivo. Pero, además, el conocimiento del fenómeno conflictual y de las técnicas para su administración permite al abogado complementar sus recursos emanados del sistema jurídico con otros que la ciencia del derecho no trata. O reemplazarlos por éstos, con adecuada ponderación sobre su eficiencia y conveniencia.

24. Véase sobre recursos de poder el cap. 7. Permanentemente nos abstenemos de utilizar determinados recursos que la ley no prohíbe para persuadir o influenciar a nuestro oponente, porque nuestros principios éticos nos lo vedan, como es el caso de amenazarlo con revelar un secreto de su vida personal que conocemos. Un adversario puede no titubear en crear a su socio un problema de abastecimiento, negándose a venderle a la sociedad que ambos integran. Pero siente prohibido por su ética el tipo de infidencia a que me refiero.