

# Competencias, destrezas y técnicas para la participación de los abogados en diversos métodos de resolución de conflictos



PROGRAMA DE FORMACIÓN  
EN ÁREAS DE VACANCIA  
DE LA **ABOGACÍA**

**2017**

**GESTIÓN, CONFLICTOS, NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN**

# **Competencias, destrezas y técnicas para la participación de los abogados en diversos métodos de resolución de conflictos.**

## **1. MÓDULO FILOSÓFICO**

### **Objetivos del módulo:**

A lo largo de este módulo, se espera que los alumnos puedan:

1. Incorporar la perspectiva de la Justicia como un servicio público.
2. Comprender la diferencia entre Derecho y Proceso Judicial.
3. Comprender la diferencia entre el caso y el conflicto

### **Índice de contenidos del módulo:**

1. ¿Qué es un conflicto?
2. ¿Qué implica afirmar que el derecho resuelve conflictos?
3. ¿Qué es un caso?
4. Resolver el caso no es resolver el conflicto
5. Recursos y actividades sugeridas

### **Carga horaria sugerida:**

El módulo 1 tiene una duración de 15 horas (reloj).

## Introducción



[Escuchar Audio INTRODUCCIÓN](#)

### 1. ¿Qué es un conflicto?

Para desarrollar la definición de conflicto que tomamos en esta materia vamos a presentar brevemente tres grupos de teorías que abordan el tema desde distintas perspectivas. Además, vamos a indagar en la narrativa, como también, en la percepción de los conflictos. Por último, vamos a presentar tres acciones a llevar a cabo frente a un conflicto.

#### 1.1 Teorías que abordan el conflicto

En líneas generales, podemos identificar tres grandes grupos de teorías que abordan lo que es el conflicto: las teorías de las propiedades de los individuos, las teorías de las estructuras sociales y las teorías de los procesos de interacción.

##### 1.1.1 *Las teorías de las propiedades de los individuos*



[\(Escuchar Audio CONFLICTO1\)](#)

Desde esta perspectiva el conflicto es entendido como la oposición de diferentes elementos psíquicos que se manifiestan externamente como síntomas o problemas de conducta. Se trata de un fenómeno intrapersonal, algo propio del ser humano, y no de la disputa, oposición o cruce en la relación entre dos o más personas. Esta noción de conflicto está asociada a la idea de estar “enfermos” y, en ese sentido, difiere de su concepción “natural” que lo concibe como un fenómeno constructivo.



Referente de este grupo es Sigmund Freud.

##### 1.1.2 *Las teorías de las estructuras sociales*



[\(Escuchar Audio CONFLICTO2\)](#)

Para este grupo de teorías el conflicto surge de la inserción de los individuos en un contexto social configurado a partir de unas determinadas estructuras. En este sentido, se plantea como una reacción frente a la manera en que se estructuran las sociedades y como una lucha por la obtención de los recursos que establecen el lugar que ocupa cada uno en la estructura social. Para estas teorías el centro está en el poder y el conflicto, entonces, es una manifestación de las luchas por el poder.



Referente de este grupo es Marx.

### 1.1.3 Las teorías de los procesos de interacción



[\(Escuchar Audio CONFLICTO3\)](#)

Para este tercer grupo de teorías el conflicto es una relación entre dos o más sujetos, cada uno de los cuales percibe que sus objetivos son total o parcialmente incompatibles con los del otro. En este sentido, el conflicto es entendido como una forma de relacionarnos con otros.

Hay dos características importantes de esta noción:

A) Sólo hay conflicto cuando hay **interdependencia**, es decir, un conflicto sólo es posible si las personas que lo tienen se necesitan unos a otros.

B) Sólo puedo tener un conflicto con otra persona cuando necesito de esa persona para conseguir algo y mi objetivo a alcanzar es **incompatible** con el de esa persona. En este caso, el poder no es importante en sí mismo sino como medio para conseguir nuestros objetivos.



Referente de este último grupo es Max Webber.

En esta materia tomamos la tercera concepción y, por lo tanto, entendemos que **el conflicto es un fenómeno interpersonal, en situación de interdependencia por objetivos incompatibles**.

Ante esta definición cabe preguntarnos: ¿son objetivos incompatibles o son objetivos percibidos como incompatibles? A continuación indagaremos en ello a través de la manera en la que hablamos de nuestros conflictos.

### 1.2 El conflicto y la percepción. La narrativa de los conflictos

Para algunos autores el conflicto es algo que está asociado a la manera en la que nosotros nos acercamos o significamos la realidad. En este sentido, cuando las personas hablamos de nuestros conflictos presentamos en nuestras narrativas elementos extensionales, propios del realismo, y elementos intensionales, característicos del constructivismo.



**Para ampliar...**

En caso de querer contextualizar en mayor profundidad se puede indagar en las dos filosofías mencionadas, el realismo y el constructivismo.

El lenguaje extensional, en general, es pensado como datos. Como ejemplo, podemos citar la frase “está lloviendo”. La característica principal de este tipo de lenguaje, y que se observa en el ejemplo citado, es que es susceptible de verdad o falsedad. Es decir, si mi afirmación lingüística condice con los fenómenos de esa realidad diríamos que es verdadera. Por el contrario, si mi afirmación no condice, diríamos que la expresión es falsa. En otras palabras, a través del lenguaje extensional describimos los datos de lo que allí afuera pasa y estamos dispuestos a aceptar la idea de que existe determinada realidad.

Lo cierto es que no todo nuestro lenguaje es extensional. Cuando hablamos también hacemos uso del lenguaje intensional a través de lo que conocemos con el nombre de relato. El relato es el lenguaje intensional presentado como si fuese lenguaje extensional. Dicho de otro modo, cuando contamos la historia de lo ocurrido como si fuese una realidad pero estamos hablando sobre la manera en la que cada uno la construye estamos haciendo uso del relato. Por ejemplo: ¿Qué es extensionalmente hablando la felicidad? ¿Qué quiere decir que alguien es feliz? No hay un fenómeno físico que describe la felicidad. No basta con el hecho de que una persona sonría o no sonría. De hecho, todos conocemos personas tristes que sonríen y personas felices que no sonríen. Sabemos que se puede llorar de alegría y también se puede llorar de tristeza. Entonces, ¿cuáles son las pautas de la realidad que nos permiten asignar la felicidad? En este ejemplo podemos ver que hay un lenguaje (el intensional) que hace referencia a una realidad social que es creada. Nosotros creamos la realidad en nuestras visiones sociales, en la manera en que nos pensamos y nos presentamos unos a otros.

En nuestra narrativa lo extensional y lo intensional se mezclan. Para algunos el conflicto está en la realidad, está en la escasez de recursos. Entonces, en un mundo sin escasez de recursos no habría conflictos. Sin embargo, tal como mencionamos al inicio de esta sección, para otros el conflicto no depende de la cantidad de recursos disponibles ni de la incompatibilidad en términos de datos, sino que depende de la percepción o de la interpretación, de un espacio que supera lo real. En estos casos, el conflicto es un fenómeno sobre el *frame*: el honor, el amor, el prestigio, etc. Es un conflicto que no está en la realidad, sino que depende de un espacio que es perceptual.

Un ejemplo claro es la distinción entre una persona que está vestida de negro (extensional) y una persona que está de luto (intensional). La diferencia entre estas afirmaciones es que en la segunda hay una cultura que actúa como *frame*/marco de referencia para traducir el dato (estar de negro) en un comportamiento con un sentido determinado (estar de luto). En la primera, en cambio, no hay una significación del dato, no se le da un sentido. El dato es bruto: hay una persona que está vestido de negro.

Otro aspecto importante para entender esta diferencia es que para un mismo dato puede haber interpretaciones diferentes. Por ejemplo, para algunas culturas estar de negro no significa estar de luto porque para estar de luto hay que estar vestido de blanco. Entonces, frente a un mismo dato lo que cambia es la percepción.



#### **Para dialogar con los alumnos...**

Imaginen que ustedes están ejerciendo profesionalmente como abogados y están frente a una pareja que se está divorciando. En una reunión en la que están participando los tres, la esposa le dice a su marido: “lo que vos proponés no es suficiente para que nuestro hijo sea feliz”.

Preguntas para el intercambio con los alumnos: ¿Cómo podemos interpretar esa frase? ¿De manera extensional o de manera intensional?

Ejes del debate para conocimiento del docente:

Si es interpretada de manera extensional, ¿qué necesito saber? Lo que necesito saber es cuánto dinero se necesita para que su hijo pueda tener cubiertas las necesidades básicas que lo hacen feliz. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la expresión “no es suficiente” no hace referencia a un dato sino que refiere a una cuestión intensional. Retomando el ejemplo imaginemos que el marido propone definir una asignación mensual de \$15.000 por mes y que, ante esta suma, su esposa considere que no es dinero suficiente. El marido responde: “Si te doy una suma mayor la vas a usar para otras cosas”.

¿Qué sucede en este caso? ¿Cuál es el debate en esta situación? En esta situación el debate deja de ser la cantidad de dinero que necesita su hijo y pasa a la discusión sobre el “uso adecuado” del dinero, lo que traslada la discusión al ámbito intensional, ¿Qué significa “uso adecuado” en lenguaje extensional?

Otro ejemplo del lenguaje intensional es que muchas personas lo que le reclaman al otro no es la suma de dinero sino su presencia. En este caso, una frase posible podría ser “pusiste todo el dinero pero vos no estabas. Entonces, nuestro hijo nunca será feliz”.

¿Cuál es el problema central de esta discusión? El problema central es que la idea de felicidad es una idea intensional y no una idea extensional.

A partir de estas dos perspectivas podemos plantear la clasificación de los grupos de conflictos desarrollada por Morton Deutsch (1977):

- A) Aquellos en los que el conflicto está en la realidad y es percibido por las partes.
- B) Aquellos en los que el conflicto no está en la realidad, pero es percibido por las partes.
- C) Aquellos en los que el conflicto está en la realidad, pero no es percibido por las partes.

A los conflictos comprendidos en el primer grupo los denominamos **conflictos reales**, mientras que los conflictos comprendidos en el segundo y tercer grupo los distinguimos con el nombre **conflictos percibidos**. Es importante tener en cuenta esta diferenciación porque trabajar con conflictos reales no es lo mismo que trabajar con conflictos percibidos. Las técnicas a implementar en cada caso son diferentes. En los siguientes módulos profundizaremos en esta diferenciación.

### 1.3 Acciones frente a un conflicto

Frente a un conflicto uno puede hacer tres cosas:

- I. trabajar para prevenir un conflicto,
- II. trabajar para gestionar un conflicto
- III. trabajar para resolver un conflicto.

**I. Trabajar para prevenir un conflicto** es evitar que el conflicto aparezca. Esto implica hacer algo hoy para prevenir que el conflicto aparezca mañana.

Pero, ¿es posible evitar que los conflictos aparezcan? Si bien la respuesta a esta pregunta ino vamos a profundizar en esta discusión, queremos mencionar que no es fácil establecer cuándo

podemos afirmar que un conflicto que iba a aparecer finalmente no apareció porque si tuvimos éxito y el conflicto no apareció deberíamos demostrar que de no haber tenido éxito el conflicto hubiese aparecido. Lo que queremos plantear en esta materia es que **existen ciertos elementos en determinados espacios que aumentan las probabilidades de que aparezcan los conflictos**. Es posible observar en una empresa, en un barrio o en la relación entre varias personas si concurren ciertas variables que son detonantes de una situación de conflicto. Por ejemplo: es más probable que dos personas de generaciones diferentes tengan un conflicto que si la relación se da entre dos personas de una misma generación.

¿Cómo se evita el conflicto? En la gran mayoría de los casos, la respuesta a esta pregunta se basa en estudios matemáticos. Por ese motivo, no vamos a centrarnos en esta cuestión.

## II. Trabajar para gestionar conflictos

A veces en los conflictos sucede que por alguna razón las personas que tienen el conflicto no están dispuestas a sentarse con el otro a resolverlo. No es que estén locos, sino que hay algo en la estructura del conflicto que hace que una de las partes o las dos no esté dispuestas a sentarse con el/la otra a resolver el conflicto que tienen.



### Para dialogar con los alumnos...

Por ejemplo, se presenta un conflicto entre un padre y un hijo porque el menor quiere que el padre le compre medialunas antes de llegar a su casa a cenar y el padre no quiere porque sabe que si lo hace luego éste no va a querer cenar al llegar a su casa. En ese caso el padre no quiere sentarse a negociar con el hijo dado que considera que él no sabe lo que le conviene. Este es un ejemplo donde tengo un conflicto y no lo puedo resolver porque la solución implica una renuncia desde el punto de vista de quién está en condiciones de comprender si corresponde o no comprar ahora las medialunas (falta de conciencia). Se trata entonces de que hay algo en la estructura del conflicto que hace que no podamos sentarnos a resolverlo.

Para explicar qué implica gestionar conflictos es necesario retomar el fenómeno de **la escalada de los conflictos**. Hay una escalada de un conflicto cuando cada uno de los sujetos involucrados va generando respuestas cada vez de mayor intensidad frente a la respuesta/reacción del otro. Por ejemplo, el primero da un golpe, y luego el otro responde con dos golpes y así sucesivamente. Las preguntas que plantearon dichos autores fueron: ¿cuándo frena la escalada? ¿Frena sola o es necesario intervenir? ¿Es posible definir un espacio en el que no sea posible que siga escalando el conflicto?

Ante esta situación aparece por primera vez la idea de la **madurez del conflicto** definido como aquel punto en el que las personas toman conciencia de que el siguiente movimiento es un paso destructivo.

Es necesario transformar la escalada del conflicto en un proceso maduro. A veces hay conflictos en donde por diferentes razones no es posible hablar de la idea de resolverlos; cuando esto

ocurre, decimos que el conflicto es inmaduro. Por el contrario, un conflicto es maduro cuando las personas que están metidas en el conflicto aceptan la posibilidad de discutir sobre su resolución. En el caso de la escalada la regla que riga para determinar la madurez es la siguiente; a mayor intensidad de la escalada menor nivel de madurez para resolver la situación conflictiva.



Un conflicto es inmaduro porque por diversas razones no están dadas las condiciones para que las personas que intervienen en la situación de conflicto acepten la posibilidad de resolverlo. En cambio, decimos que un conflicto es maduro cuando las personas involucradas en el conflicto aceptan la posibilidad de discutir sobre la resolución. La inmadurez del conflicto siempre habla de la imposibilidad de sentarse a resolverlo.

En este contexto, se denomina gestión de conflictos al conjunto de herramientas que uno tiene a disposición para lograr que el otro se siente a ver si es posible resolver el conflicto. Gestionar el conflicto es transformar un conflicto inmaduro en un conflicto maduro.

**III. Trabajar para resolver o solucionar un conflicto** implica hacer que un conflicto se termine.

¿Cómo sabemos cuándo ha terminado verdaderamente un conflicto?

Si bien teóricamente yo puede decir que un conflicto termina: o bien cuando deja de haber interdependencia o bien cuando deja de haber incompatibilidad de objetivos o bien cuando suceden las dos cosas en simultáneo. Definir cuándo termina un conflicto en la práctica es realmente mucho más complicado, principalmente, porque el tiempo de las personas no es el mismo que el tiempo de los conflictos.



#### **Para dialogar con los alumnos...**

También podemos citar el hecho que muchos autores han defendido que a lo largo de la historia sólo existió una Guerra Mundial (en adelante GM). Hubo una 1ra. GM, luego un amesetamiento o pausa en el enfrentamiento bélico armado y luego volvió a escalar el conflicto y se dió la 2da. GM. Para estos autores estas no fueron dos GM diferentes sino una misma GM con un momento de paz en el medio. ¿cómo se comprende esto?

Entre los datos que esto autores toman en cuenta para sostener esto está la respuesta a los siguientes interrogantes: ¿En qué lugar de Versalles se firmó el tratado? El lugar fue un vagón de tren. ¿Qué es lo primero que hace Hitler cuando toma París? Hitler hizo traer a París ese mismo vagón en el que años atrás se les había hecho firmar a los alemanes su rendición y sentó a los franceses a firmar su propia rendición allí como muestra de venganza.

Recordemos que Hitler fue sargento de la primera guerra mundial. Y cuando se firmó la rendición de Alemania a la 1ra. GM muchos diplomáticos ingleses dijeron que estábamos asistiendo al inicio de la 2da. GM porque las condiciones de la rendición de Alemania de la 1ra. GM eran tan brutales

contra Alemania que muchos empezaron a ver que tarde o temprano Alemania se revelaría contra ese tratado de rendición tan severo que se les hizo firmar. Y así explican por qué Hitler gana las elecciones en Alemania aludiendo al orgullo alemán perdido en París. Y es también por eso que, al conquistar París en la 2da. GM, Hitler como una hace a los franceses firmar su rendición dentro de ese mismo vagón que marcó un hito en el fin de la 1ra. GM. Estos autores sostienen que uno no puede explicar en su extensión la 2da. GM si no la conecta con la 1ra. GM.

Otro ejemplo paradigmático, fue la Guerra de los Balcanes donde se enfrentan dos etnias o pueblos: los serbios y los bosnios. Los serbios en esa guerra fusilaban a todos en la plaza pública (incluidos niños, mujeres, todo tipo de civiles). ¿por qué esta escalada del conflicto? ¿por qué esa brutalidad? Los serbios responderían a estos interrogantes diciendo que los bosnios en la 2da GM fueron quienes primero los acibillaron a los serbios. Esto dos conflictos con más de 40 años de diferencia en realidad son el mismo conflicto.

Sin embargo, la finalización de un conflicto se puede lograr de dos maneras:

1. **por disolución:** es la eliminación de uno de los elementos determinantes del conflicto. Por ejemplo: el asesinato, es decir, mato a una de las partes involucradas. En general esto funciona salvo en los casos donde el conflicto sobrevive de generación en generación. Hay familias que heredan conflictos, por ejemplo, Romeo y Julieta.
2. **por resolución:** es la superación de la interdependencia o la incompatibilidad a través de un acuerdo entre las partes involucradas.

## 2. ¿Qué implica afirmar que el derecho resuelve conflictos?

Es sabido que el Derecho es un mecanismo que el Estado utiliza para lograr resolver los conflictos de los ciudadanos. Ahora bien, ¿qué quiere decir que el Derecho sirve para resolver los conflictos?

Para explicar esto es importante volver sobre las tres acciones que definimos en el apartado anterior respecto de lo que se puede realizar con los conflictos, a saber:

- I. Prevenir
- II. Gestionar
- III. Resolver

I. Desde la perspectiva del Derecho hablamos de **PREVENIR CONFLICTOS** cuando se genera un sistema que evita la aparición de situaciones de conflicto.



### Para dialogar con los alumnos...

Preguntas para el intercambio con los alumnos: ¿es posible o no evitar que los conflictos aparezcan? ¿Es viable?

Ejes del debate para conocimiento del docente:

Si bien responder esto sería entrar en el campo de lo contrafáctico, uno podría decir que el derecho previene conflictos ¿por qué? previene porque dice por ejemplo que se si te ocurre estacionar el coche en la puerta de un garaje entonces vendrá un señor llamado juez, dictará una sentencia y tendrás una sanción. Prevenir implica que el ciudadano decide no generar el conflicto porque sé que la respuesta del sistema me va a jugar en contra.

Que el Derecho tenga la capacidad de prevenir conflictos depende de dos factores filosóficamente muy estudiados:

1. La convicción de los ciudadanos de que las normas jurídicas se aplican. Para que el derecho funcione de manera preventiva la amenaza de sanción debe impactar sobre el ciudadano.



En un país donde los ciudadanos están convencidos que el derecho no se ejecuta probablemente los conflictos aparezcan constantemente. Para ilustrar este aspecto se recomienda la referencia al libro "Un país al margen de la Ley" de Carlos Nino, 2005.

2. Del análisis costo-beneficio donde la sanción debe importar un costo mayor que el beneficio resultante del incumplimiento de la norma. si yo gano más incumpliendo la norma que el beneficio que me otorga cumplir con lo que establece la ley, pues entonces voy a incumplir. Por ejemplo, si yo puedo defraudar por 200 millones y siempre después

habrá alguien que invente una moratoria por la que voy a pagar 100 mil pesos entonces tiene más sentido el incumplimiento de la norma.



A veces este incumplimiento no es sólo una cuestión de cálculo costo-beneficio. A veces son patologías. Por ejemplo, el tema de la violencia de género es un ejemplo paradigmático de como el derecho ha fracasado como modelo de prevención. Porque un señor que va a matar a una mujer y luego se va a quitar la vida a sí mismo, no le importa mucho si el derecho lo condena a 100 o 200 años de prisión.

Por tanto, la función preventiva del Derecho tiene que ver con generar un sistema que evita la aparición de situaciones de conflictos. Y esto se logra en tanto la sanción funciona como disuasoria. El derecho a través de la disuasión y la persuasión a través de premios y castigos juega este rol preventivo frente a los conflictos.

**II. GESTIONAR CONFLICTOS:** Ya decíamos anteriormente que gestionar un conflicto implica un proceso de transformación de un conflicto inmaduro en uno maduro. Desde la perspectiva del Derecho se impone como necesario convertir esa narrativa inmadura del conflicto en una narrativa madura que haga posible que las partes se sienten a querer intentar resolver el conflicto. Ese traspaso es un traspaso de gestión. Y hay herramientas específicas para trabajar eso.



Por ejemplo, si el cliente tiene un problema de régimen de alimentos y usted como abogado/a le plantea que sería importante resolver este tema por el bien de los hijos involucrados y el cliente responde: "cómo voy a sentarme yo a resolver este tema con él si a él/ella no le importó jamás la felicidad de sus hijos con lo que ha hecho ha quedado demostrado". en ese caso el abogado no debe intentar resolver ese conflicto sin antes lograr transformar ese discurso/narrativa porque el conflicto así planteado es inmaduro. Si el abogado no corrige esa forma de ver las cosas del cliente cuando el cliente se siente en la mesa de negociación no podrá enfrentar la situación y el abogado tendrá la culpa por haber llevado al cliente a esa situación.

El derecho también intenta tener un espacio de gestión de conflictos por ejemplo cuando establece que determinadas personas están legitimadas para hacer o no hacer ciertas acciones dentro de una situación de conflicto.



Hay que ser cuidadosos con esto ya que no es lo mismo legalidad que legitimidad. Uno puede actuar de manera correcta legalmente, pero de manera ilegítima. A veces el derecho intenta posicionar a los actores para resolver el conflicto desde la legalidad. Ahora, el discurso de lo inmaduro es un discurso sobre la legitimidad. Por lo tanto, si bien el derecho tiene un sesgo gestor del conflicto lo hace desde el discurso de la legalidad y no desde el de la legitimidad.

Por ejemplo, los abogados saben que en un concurso preventivo el acreedor más importante puede no haber verificado su crédito. Por fuera del concurso es determinante para la viabilidad del acuerdo entre los acreedores y el deudor.

### III. SOLUCIONAR CONFLICTOS: ¿Qué implica desde la perspectiva del derecho?

Vimos anteriormente que hablar de solucionar un conflicto es referirse al momento en el cual un conflicto termina.

¿Qué es lo que determina que un conflicto finaliza? En la teoría para que un conflicto finaliza cuando ocurre:

- a) Que no hay interdependencia, es decir que las personas involucradas en el conflicto sienten que ya no se necesitan.
- b) Que no hay incompatibilidad, es decir que las personas sienten que sus intereses han dejado de ser incompatibles
- c) Que no hay interdependencia y no hay incompatibilidad, es decir que se dan las dos situaciones anteriores en simultáneo.

Ahora sin lugar a duda, aunque en la teoría identificar cuando un conflicto finaliza resulte algo sencillo, en la práctica definir o afirmar cuando un conflicto ha terminado es algo mucho más complejo. Esto se debe en parte a que el tiempo de los conflictos no es igual al tiempo de las personas que tienen conflictos. Los conflictos, sobre todo en las relaciones de pareja, es como que tienen una especial capacidad para volver a aparecer. No desaparecen así no más. Por ello, es muy importante cuando decimos que un conflicto ha terminado, entender bien qué estamos queriendo decir con eso. Es importante por ejemplo entender esto en el marco de una sentencia que dicta el juez cuando éste dice que con esta sentencia da por finalizado el conflicto ¿Qué es lo que finaliza allí? ¿Cuándo podemos entonces decir que una sentencia finaliza un conflicto? Para poder responder esto, la sentencia debería poder decir en qué medida se rompe la interdependencia o la incompatibilidad de objetivos en el conflicto que está resolviendo.

Nuevamente entonces debemos decir que un conflicto puede finalizar por:

1. DISOLUCIÓN (eliminación de uno de los elementos constitutivos)
2. RESOLUCIÓN (conseguir la no interdependencia o la no incompatibilidad mediante un acuerdo).

**1. Un conflicto finaliza por disolución** cuando se elimina un elemento constitutivo de ese conflicto. El asesinato por ejemplo es una buena metodología (en términos técnicos no éticos) de disolución del conflicto, salvo que éste se herede.



#### Para dialogar con los alumnos...

Caso del testamento de un famoso escritor inglés. El difunto en cuestión creo un testamento en el cual se establecía: "*Podrá distribuirse todo mi patrimonio una vez que yo haya fallecido entre mis 5 hijos como quieran con la única condición que todos deberán estar de acuerdo de todas las distribuciones que se dispongan de manera unánime*".

Los hijos contratan a un mediador para que los ayude. Se comienza trabajando en distribuir los elementos tangibles. Iba todo bien en el inicio. Cada uno iba recibiendo una parte de las utilidades empleando la estrategia de la compensación. Hasta que llegó el momento de decidir quién se quedaba con el "escritorio de papá". No había manera. La pelea entre los herederos era a muerte.

Aquí la clave estuvo en entender cuál era el verdadero conflicto. En este caso el conflicto no era por quién se lo quedaba sino por evitar que alguno de los otros se lo quede. Lo que sucedía en este caso no era que los 5 querían quedarse con el "escritorio de papá" sino que no querían que ningún hermano tuviese ese escritorio. Por lo tanto, en ese caso lo que el mediador encontró como manera para solucionar el conflicto fue proponerle a los herederos hacer una ceremonia en la cual se quemara el escritorio en el patio de la casa con el simbolismo de los recuerdos que les traía a cada uno ese escritorio de su padre.

¿Por qué? porque las cosas las queremos no por lo que valen sino por lo que simbolizan a los ojos de los demás, la pelea entre los hermanos no era por la mesa sino porque ninguno pudiese ser visto como el nuevo sucesor del poderío del padre para la administración de los negocios y las decisiones de la familia que el padre tomaba sobre ese escritorio en vida.

Aquí se logró una solución por Disolución. Se eliminó el elemento que generaba la interdependencia entre las personas en conflicto.

**2. ¿qué implica RESOLVER un conflicto desde la perspectiva del Derecho?** Esta idea encierra la constitución de un acuerdo entre las partes que logre eliminar la idea de incompatibilidad, o de interdependencia o ambas dos que provoca el conflicto que tienen. ¿En qué sentido el derecho resuelve un conflicto en estos términos? En principio, a través del empleo del proceso judicial. ¿En qué medida el proceso judicial resuelve un conflicto? Cuando las partes se ponen de acuerdo en someterse a la sentencia del juez, es decir, a partir del acuerdo de las partes al entrar en el proceso judicial, será el juez quien pretenda con su sentencia resolver el conflicto.



#### **Para dialogar con los alumnos...**

Los anglosajones tienen jueces que tienen una versatilidad para ir más allá del caso y entrar a los conflictos. Hay varios casos de jueces anglosajones sorprendentes en este sentido. Por ejemplo, hay un caso de una señora que tiene varias multas de tránsito. Entonces el juez le pregunta "¿qué pasó? ¿por qué?" y la Sra. le responde "Mire la primera multa que yo tuve fue porque mientras iba conduciendo me informaron que mi hijo había sido hospitalizado de urgencia, entonces dejé el coche donde estaba y salí a toda velocidad para el hospital. Esa fue la primera multa que me pusieron. La segunda multa que me pusieron fue cuando iba para el hospital y me avisaron que mi hijo había fallecido así que yo no me detuve a pensar dónde había dejado el coche estacionado. A partir de ahí la echaron también de su trabajo y hoy se encuentra en la calle sin nada" la Sra. empieza a relatar una sucesión de hechos desgraciados que hace que el juez piense y diga "bueno entonces vamos a discutir desde otro lugar" en este caso dar sentencia desde el caso sería terminar de hundirla en la miseria a la Sra. El juez entonces se corre del caso y le dice a la Sra. "vamos a ver cómo yo la puedo ayudar a usted. Usted vino aquí a que yo le aplicase una sanción porque el caso dice que como usted tiene multas y no las ha pagado entonces yo debo aplicar tal sentencia que estipula que yo la tengo que condenar a que pague XXX pero usted no cuenta con

ese dinero. Entonces vamos a hacerlo al revés. Vamos a ver como yo Estado le doy una mano a usted." El juez en lugar de buscar aplicar un caso, trasciende el discurso del caso y se va a ver el conflicto de la Sra. A esto le llamamos muchas veces jueces humanos porque trasciende el discurso frío de que sí la norma dice en el artículo XXX y mira el conflicto que hay detrás. En E.E.U.U. tienen jueces preparados para mirar el conflicto que las partes le traen y no sólo para escuchar el caso que las partes les traen. En nuestro país existe un proceso de codificación tan amplio que hace incluso más sencillo encontrar el caso e intervenir a partir de esa situación. En E.E.U.U. tienen jueces que entienden que la respuesta del sistema no se puede agotar en el discurso del caso. Este sistema se llama *multidoor*.

### 3. ¿Qué es un caso?

Hace algunos años dos filósofos del derecho argentinos Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin (1972) publicaron un importante libro titulado *Normative Systems*. En ese libro los mencionados autores definían a las normas como un enunciado que vincula un caso con una solución (el que matare a otro (caso), será condenado de ocho a veinticinco años de prisión (solución)). El caso para estos autores conforma el ámbito fáctico del problema. Para desarrollar su análisis Alchourron y Bulygin parten de un problema normativo que se planteó en el derecho civil argentino; el problema de la reivindicación de cosas inmuebles contra terceros poseedores. Alchourron y Bulygin presentan el problema en los siguientes términos:

*"... El problema surge cuando una persona que posee un inmueble -cuya propiedad no le pertenece- lo transfiere -a título oneroso o gratuito a un tercero. La cuestión que se plantea entonces es: ¿en qué circunstancias el propietario del inmueble puede reivindicarlo contra el tercero poseedor? O, para plantear la pregunta, en otros términos, ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble a sus propietarios y cuando le está permitido retenerlo?" (32)*

La propuesta de los autores es que la respuesta a este planteamiento debe comenzar por identificar el caso o los casos que conforman el problema. En este sentido los filósofos argentinos definen un caso como un conjunto de propiedades relevantes. Alchourron y Bulygin sostienen que la identificación de unas propiedades, y no otras, como relevantes es un proceso valorativo-contingente. Es valorativo porque para ellos la selección de ciertas propiedades o circunstancias como relevantes está vinculada a un consenso, más o menos amplio, de valores en base a los cuales se identifican ciertas circunstancias como relevantes frente a otras. Pero, es contingente porque podría no ser así; que una propiedad sea relevante depende de un proceso que puede tener resultados distintos, esto es, la identificación de propiedades relevantes diferentes, si fuese el caso que se defienden otros valores. Siempre que nuestra pregunta sea qué solución tiene un determinado sistema normativo para un concreto problema normativo, o para el conjunto de casos que conforman un problema normativo, la identificación de las propiedades relevantes deberá hacerse en relación al sistema normativo sobre el que nos estamos cuestionando. Dado que para estos autores la respuesta al problema normativo está referida a la concurrencia o no de la restitución del bien inmueble (solución) dentro del sistema normativo argentino (¿cuándo obliga

a la restitución el sistema jurídico argentino?) es, precisamente, allí donde van a estudiar las propiedades relevantes del caso.

A partir de aquí es posible identificar tres propiedades que pueden ser consideradas relevantes según el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield: la buena fe del actual poseedor (al que llamaremos adquirente) (BFA), la buena fe del poseedor anterior (enajenante) (BFE) y el título oneroso del acto de enajenación (TO). Por supuesto, como señalan los autores, para cualquier propiedad hay una doble opción: que esté presente o esté ausente. En este sentido está la propiedad relevante "Título oneroso" y su complementaria "Título gratuito", la propiedad relevante "Buena fe del adquirente" y su complementaria "Mala fe del adquirente" y, finalmente, la propiedad relevante "Buena fe del enajenante" y su complementaria "Mala fe del enajenante". A partir de la combinación de propiedades relevantes y su complementarias los autores presentan ocho casos distintos que conforman el universo de casos que hay que tener en consideración para poder dar una respuesta al problema normativo.

Caso	BFE	BFA	TO
1	+	+	+
2	-	+	+
3	+	-	+
4	-	-	+
5	+	+	-
6	-	+	-
7	+	-	-
8	-	-	-

Por supuesto, distintos casos (1,2,3,...) dentro de un mismo problema normativo (¿Cuándo se restituye?), pueden tener distintas soluciones dentro de un sistema jurídico. El desarrollo del trabajo de Alchourron y Bulygin apunta, a partir de aquí, a la idea de falta de respuesta al problema normativo por falta de solución. En este sentido, los autores desarrollarán el tema de las lagunas del derecho aportando una perspectiva hasta ese momento desconocida. Sin embargo, no es éste el aspecto que me interesa trabajar aquí. Simplemente, me interesaba incorporar las nociones de problema normativo, solución, casos, y propiedades relevantes.

La mayoría de la formación de un abogado o de un jurista, para decirlo de una manera más general, a lo largo de su carrera está vinculada con el desarrollo de la capacidad para identificar casos como paso previo para conectarlos con soluciones. La mayoría de las asignaturas que conforman el currículum de la formación de los juristas apuntan, precisamente, a este tipo de dinámica; se les enseña a identificar las propiedades que el legislador ha establecido como relevantes, se les muestra cómo se conectan cada una de ellas con el objetivo de configurar los casos y se establecen los procesos acerca de cómo y dónde se encuentran las soluciones para esta diversidad de casos. Por supuesto, la conformación de un modelo profesional tiene algunas peculiaridades más. Se analiza como diferentes autores al interpretar las normas de un sistema jurídico identifican casos diversos con soluciones distintas en relación al mismo enunciado normativo. También se les presenta durante su formación cómo, una vez disponen del caso, han de buscar el juez que dictamine una solución. Para ello se considera la presentación de la demanda, la conformación de los argumentos, la constitución de la prueba, etcétera. Pero, al final pienso que toda esta amalgama de variantes formativas tienen como germen y como marco de desarrollo la idea de un profesional a la búsqueda de un caso que le permita presentar una demanda o una denuncia con el objetivo de que un juez imponga una determinada solución.

Este recurso pedagógico, esta política pedagógica, ha producido, a mi modo de ver, algunas consecuencias negativas en la práctica profesional, en especial la forma en que los abogados se relacionan con sus clientes. Creo que estos sesgos negativos son tres: el problema de la reducción de la narrativa, el problema de la reducción de la exploración y el problema de la tergiversación del relato.

La primera consecuencia o problema que plantea este modelo de formación está vinculado a una reducción en las propiedades relevantes de la narrativa de los clientes. Dicho de otra manera los abogados, los juristas en general, están preparados para escuchar aquellas propiedades relevantes que les fueron presentadas como tales durante su formación. Por supuesto que la escucha sesgada de la narrativa de un paciente o de un cliente ocurre en, prácticamente, cualquier ámbito profesional. La faz negativa se pone de manifiesto, por un lado, cuando el profesional sólo es capaz de escuchar aquellas propiedades que nos han sido presentadas como relevantes en un contexto jurídico determinado. Y, por el otro lado, cuando la intervención del profesional requiere, como analizaré posteriormente, una escucha que vaya más allá de las propiedades jurídicamente relevantes.

Por ejemplo, supóngase que un cliente le cuenta a su abogado una historia como la siguiente:

*“Mi gran sorpresa ha sido descubrir que la casa en la que vivo y que le compré a mi amigo Juan nunca fue de él. ¡Me vendió una casa que no era suya y él lo sabía! Me engañó y yo caí en la trampa. Ni siquiera le discutí el precio. Pero, lo que más me duele es que él me engañó. Cómo me pudo hacer esto después de tanto tiempo siendo amigos”.*

Cualquier abogado frente a una narrativa como la anterior tenderá a buscar rápidamente la concurrencia o no de las propiedades relevantes del caso. Cabe recordar que lo que aquí está en

juego es la identificación del caso como un paso previo para reclamar una solución determinada al juez.

*“Hay buena fe del adquirente, Mi cliente me ha dicho que él no sabía que la casa no era de su amigo. Hay mala fe del enajenante. Mi cliente afirma que su amigo sabía que la casa no era suya. Y hay título oneroso. Mi cliente afirma que le pagó el precio que le pidió”*

Lo que probablemente nuestro profesional no escuche es que a lo largo de esta narrativa su cliente insiste sobre otra propiedad que él considera relevante; el enajenante era su amigo y se siente traicionado (¡Cómo me pudo hacer esto después de tanto tiempo siendo amigos!). El resultado de todo esto es que la narrativa que escucha el abogado no es la narrativa que cuenta el cliente. La primera versas sobre las propiedades jurídicamente relevantes del caso. La segunda sobre las propiedades relevantes del conflicto que tiene el cliente con su ex amigo Juan. Volveré posteriormente sobre las consecuencias de una narrativa reducida para la relación entre abogado y cliente.

La segunda consecuencia negativa es que el proceso exploratorio de la narrativa de su cliente por parte del profesional también queda reducido a las propiedades jurídicamente relevantes. Si lo relevante es la buena fe del adquirente, las preguntas del profesional a su cliente estarán acotadas a este tema. Por ejemplo, se verá en qué medida se concreta esa buena fe o se pensará sobre cómo se puede probar. Así que todo el proceso exploratorio estará enfocado a entender dentro de la narrativa del cliente las propiedades relevantes o, mejor dicho, las propiedades que le han sido mostradas como relevantes a lo largo de su formación y capacitación como abogado. En este sentido, sería sorprendente que un profesional hiciese otro tipo de preguntas que están relacionadas con una dinámica de trabajo que no se limita o circunscribe a un proceso judicial. Por ejemplo, desde el punto de vista de una negociación es muy importante identificar el valor de reserva que tiene un cliente. De esta manera, es necesario saber cuál es la situación en la que se encuentra en este momento (valor de statu quo) y qué le sucedería si fuese el caso que no es posible llegar a un acuerdo en el ámbito de la negociación. Así que la exploración de un negociador, sea o no abogado, apuntaría, por ejemplo, a cuestiones como dónde está viviendo ahora, qué impacto ha tenido para él la pérdida de ese dinero y cómo le afectaría la pérdida de la casa. Pero, como las circunstancias que conforman el valor de reserva no son una propiedad relevante para la respuesta al problema normativo en un contexto de proceso judicial, el abogado no cuestionará ni explorará en torno a este tema. No cuesta imaginarse qué es lo que sucede cuando se intenta buscar soluciones en los métodos alternativos en base exclusivamente a las propiedades jurídicamente relevantes de un caso. Volveré posteriormente sobre este punto.

El último de los problemas puede ser planteado en una doble versión. En la primera, lo que hace el profesional es transformar o modificar el relato de su cliente en un nuevo relato que pueda encajar en un caso que le permita acceder a un proceso judicial para que su señoría dictamine la solución buscada. Quizás un ejemplo ponga de manifiesto esta cuestión. Hace un tiempo asistí a una mediación donde una de las partes expresó la necesidad de discutir, en el contexto de un divorcio, la crianza de sus hijos. Rápidamente los abogados participantes, incluido el propio

mediador, desmenuzaron la noción de “crianza de los hijos” en dos problemas normativos el régimen de visitas y el régimen de alimentos. Se discutió en diferentes momentos, y a partir de la normativa vigente, cuáles eran las propiedades relevantes a tener en cuenta. Se estableció la viabilidad de la concurrencia de estas circunstancias jurídicas. Y, se concluyeron en diferentes soluciones que finalmente fueron acordadas. Finalizada la interacción este señor agradeció el trabajo e implicación de todos y preguntó con voz seria y compungida “¿cuándo vamos a empezar a discutir sobre la crianza de mis hijos?”. Esta visión de la formación de los abogados en términos de casos que identifican propiedades relevantes creo que, muchas veces, omite un problema importante; la traducción de las palabras de un cliente para que encajen en la definición de una propiedad relevante puede generar un remanente que queda excluido de las circunstancias señaladas. Plantear el debate sobre la crianza de los hijos en el divorcio puede no agotarse en los problemas normativos del régimen de visitas y del régimen de alimentos.

En la segunda versión el proceso transformador del relato de los clientes por parte del abogado es, si cabe, aún más dramático. Y este dramatismo aparece porque la modelación, e incluso tergiversación, del relato es internacional. Supóngase que el cliente anteriormente mencionado hubiese sostenido algo como lo siguiente:

*“Siempre sospeché que la casa no era de él. Y tengo dudas de que el supiese que la casa no era suya”.*

Una narrativa de estas características, y el profesional lo sabe, dificulta la defensa de la concurrencia de las propiedades relevantes: buena fe del adquirente y mala fe del enajenante. Obviamente, como indiqué anteriormente, la concurrencia o ausencia de una o varias de estas situaciones modifica el caso en el que se trabaja y, consecuentemente, puede conducir a una solución jurídica que no es la que se pretende obtener en el proceso judicial. Por ejemplo, si fuese el caso que se busca negar la acción de restitución (devolver el bien al verdadero titular) y en el sistema normativo al uso fuese condición necesaria para negar tal acción la concurrencia de la buena fe del adquirente, un relato como el anteriormente expresado situaría la historia del cliente en un caso al cual el sistema jurídico conecta una solución como la restitución. Así que no es sólo que el profesional escucha sólo ciertas propiedades y que estas son las única que se explorarán, ahora el problema es que se instruye al cliente para que conforme un relato que incluya dichas propiedades con el objetivo de obtener la solución que interesa. Así que frente a las sospechas manifestadas se le preguntará “Pero, ¿usted lo sabía?” Si el cliente dice “Saber, lo que se dice saber, ¡no lo sabía!” se disuadirá del uso del anterior relato y se reforzará este nuevo; “Pues eso es lo único importante, que usted no lo sabía” Lo importante es que en el relato la concurrencia de las propiedades relevantes sea indiscutida y, consecuentemente, conduzcan a la aplicación de las soluciones buscadas.

## 5. Resolver el caso no es resolver el conflicto

## 6. Recursos y actividades del módulo

### **a. Actividad sobre las propiedades relevantes**

Objetivo: Diferenciar las propiedades relevantes de un caso

Organización: Trabajo en grupos. De acuerdo a la cantidad, armar dos o cuatro grupos. Unos son deudores y otros son acreedores.

Consigna:

Identificar y fijar 5 propiedades relevantes que el acreedor o el deudor (según corresponda) le va a reclamar a la otra parte, a los efectos del contrato de préstamo.

Tiempo asignado: 5 minutos.

<b>Acreedor</b>	<b>Deudor</b>
Existencia de un contrato por escrito	Cantidad de dinero
Cantidad de dinero	Plazo para pagar
Garantía de pago	Garantía de que lo puede pagar
Tiempo (cierto) - diferencia con fecha	Interés/ cuánto tengo que pagar
Forma de devolución	Qué pasa si no lo devuelve

Ahora reflexione sobre las mismas características desde un punto de vista no jurídico. ¿Coinciden?  
¿Hay característica que usted incluiría que no son jurídicaemnte relevantes?

### **El Derecho como servicio público**



Escúchese la grabación de desarrollo de la actividad en una clase de Filosofía del Derecho

## **b. Actividad transversal al módulo:**

Indicaciones para el docente: Les proponemos que trabajen con esta actividad a lo largo de todo el módulo. Es importante presentar la consigna completa en el inicio e ir pautando fechas de entrega parciales para ir acompañando a los alumnos en el desarrollo.

Objetivos:

- Diferenciar las propiedades jurídicamente relevantes de las propiedades que no son jurídicamente relevantes en un caso pero que son esenciales en la definición y resolución del conflicto.
- Integrar los contenidos abordados a lo largo del módulo.

Consignas:

- 1) Buscar una sentencia/caso.
- 2) Buscar, identificar o crear posibles conflictos que existan detrás de la sentencia/caso. Detrás de la sentencia, ¿Qué le pasó a las personas involucradas?
- 3) Identifiquen las propiedades jurídicamente relevantes del caso/sentencia.
- 4) A partir del caso y del conflicto, responder: ¿la sentencia resuelve el caso? ¿la sentencia resuelve el conflicto? ¿hay conflictos que no quedan resueltos por la sentencia?

## **7. Bibliografía de referencia del módulo**

- **Alchourron, C. y Bulygin, E.** *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* Astrea, 1987, Buenos Aires.
- **Calvo Soler, Raúl.** *Mapeo de conflictos.* Gedisa, 2014, Barcelona
- **Elster, J.** “Strategic uses of argument” en Arrow, Mnookin, Ross, Tversky and Wilson (Ed.) *Barriers to conflict resolution,* Norton, 1995, New York.
- **Moreso J.J. y Vilajosana J.M.** *Introducción a la Teoría del Derecho.* Marcial Pons, 2004, Barcelona.
- **Morton Deutsch.** *The resolution of conflict. Constructive and destructive processes.* Yale University Press, 1977, New Haven.
- **Moore, Ch.** *El proceso de mediación.* Gránica, 1995, Buenos Aires.
- **Schelling, Th.** *La estrategia del conflicto.* Editorial Tecnos. Madrid.

## **Responsables de la elaboración del Programa de la materia y los materiales de cada módulo:**

Director: Calvo Soler, Raúl.

Colaboradores: Larsen, María Emilia y Giovannini, Marianela Irene.

Año: 2017.