

CONFLICTO, DERECHO Y MECANISMOS ALTERNATIVOS

Conflict, law and alternative dispute resolution

MARÍA DE JESÚS ILLERA SANTOS*

Universidad del Norte

RESUMEN

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos obligan al análisis de la relación entre el conflicto y el derecho. Su importancia surge cuando se analizan las conductas de los seres humanos en el ámbito de la interacción social y se trata de comprender y dar significados a sus actos, guiándonos para la interpretación y comprensión de sus actuaciones en el marco de lo social. Así conductas de tipo conflictivas, cooperativas y competitivas nos muestran diversos modos de comportamientos, pero también diversas formas a través de las cuales las personas solucionan sus conflictos, los cuales finalmente derivan en la mayoría de los casos, del sistema jurídico propio de cada país, que se caracterizan por la intervención o no, de terceros que actúan como facilitadores o decisores del conflicto. El presente artículo, resultado de una investigación doctoral, tiene como objetivo analizar cómo el Derecho define el conflicto y al mismo tiempo cómo lo regula, con el propósito de analizar la importancia de los desarrollos legales que vienen dando sobre formas diferentes al proceso judicial pero que tienen los mismos efectos jurídicos en relación a la solución del conflicto, y que en países como Colombia, resultan ser formas de administración de justicia, diferentes al proceso judicial, operadas por particulares que tienen facultad para administrar justicia de manera ocasional y transitoria. De ese modo, el Estado tiene el deber de garantizar, siempre que exista un conflicto, el que las partes pueden acceder a la justicia ordinaria pero también a los mecanismos alternativos, para solucionarlos. De ahí, que el derecho tiene como una de sus funciones más importantes, la resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVE

Conflicto, derecho, mecanismos alternativos.

ABSTRACT

Alternative dispute resolution mechanisms demand an analysis of the relationship between conflict and the Law. Its importance arises when the behaviors of human beings in the field of social interaction are analyzed and the meaning of their actions discovered, guiding us to interpret and understand their actions within the social framework. Thus, behaviors of a conflictive, cooperative and competitive type show us not only different modes of behavior but also different ways through which people solve their conflicts, in accord and framed by the legal system of each country. Different conflict styles are characterized by the intervention or not of third parties who act as facilitators or decision makers of the conflict solving. This paper aims to analyze how the Law defines the conflict while at the same time regulates it, using data from my doctoral research. It analyzes legal developments differing from the judicial process but having the same legal effects in relation to the resolution of the conflict, and in countries like Colombia, they turn out to be forms of administration of justice, separated and different from the judicial process, operated by individuals who have the power to administer justice occasionally and temporarily. In this way, the State has the duty to guarantee, whenever there is a conflict, that the parties can access both ordinary justice but also alternative mechanisms to solve them. Hence, the Law performs one of its most important functions, promoting the resolution of conflicts..

KEYWORDS

Key words: Conflict, law, alternative dispute resolution.

* María de Jesús Illera Santos, Doctora en Derecho de la Universidad de Castilla - La Mancha. Magíster en Desarrollo Social de la Universidad del Norte. Especialista en Negociación y Manejo de Conflictos de la Universidad del Norte; en Derecho laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Coordinadora académica de la Especialización y de la Maestría en Negociación y Manejo de Conflictos de la Universidad del Norte. Docente Investigadora de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Correo electrónico: millera@uninorte.edu.co.

1. Introducción

La necesidad de fortalecer el acceso a la justicia ha llevado a todos los países, desde mucho tiempo ya, a implementar y asumir nuevas formas de resolución de conflicto, articuladas la mayoría de las veces a los sistemas normativos de nuestros propios sistemas, es decir, al Derecho.

La realidad nos lleva a reconocer y tener de presente, que los seres humanos vivimos en comunidad, y para ello establecemos relaciones con nuestros congéneres, lo que genera una dinámica social basada en diferentes tipos de relaciones sociales: padres e hijos, socios de una empresa, trabajadores y empleadores, alumnos y profesores etc. *“Ellas representan una forma fundamental de organizar los datos sociales”*¹. Conceptualmente, señala Davis, comprenden normas, status y fines. Lo anterior nos indica, que las partes o los actores de dichas relaciones, establecen obligaciones, status y fines y medios recíprocos, evidenciando de esta manera los criterios que definen la vida y el comportamiento de los seres humanos en sociedad.

En la sociología, *“las relaciones sociales han sido clasificadas y analizadas en términos del género de la interacción que manifiestan. En ese orden, los géneros más importantes de interacción elegidos para su consideración han sido el conflicto, la competencia y la cooperación”*². Si los analizamos desde el ámbito del derecho y especialmente de los modos alternativos de resolución de conflicto, podemos tener una mayor comprensión para analizar la forma como las personas interactúan socialmente, como se comportan y como manifiestan sus acuerdos y desacuerdos. A su vez, nos permite también comprender y entender las razones de sus comportamientos y ello permite, mayores referencias, para plantear modos de gestionar y abordar la solución de los mismos.

Estas afirmaciones nos llevan a una primera cuestión, y es la relacionada con la forma en cómo los seres humanos resuelven los conflictos que enfrentan³. También nos conduce, a destacar la importancia del estudio del conflicto desde el derecho, no solo la regulación que hace del mismo, sino su conceptualización y relación, particularmente, desde el ámbito de los modos alternativos de resolución de conflictos, donde el operador tiene un acercamiento más directo con las partes de cara a identificar cuál es la situación conflictiva que están enfrentando y como puede él ser un mediador en la facilitación de los acuerdos. En ese orden, el conflicto resulta ser un elemento dinámico que puede sufrir cambios y ser transformado incluso por el método de resolución elegido, que en el caso de la mediación por ejemplo, el mediador puede cambiar el conflicto buscando su resolución a través de diferentes técnicas y procesos⁴.

Los géneros identificados para el análisis de la interacción social, competencia y cooperación, son los comportamientos que igualmente marcan la pauta para la determinación de las formas de solución de conflictos. Esto nos lleva a plantear una segunda cuestión, la de que estas categorías deben servir entonces, para analizar y clasificar las diversas formas de solución de conflictos existentes en la sociedad tanto formales como informales.

2. Formas de Interacción de los seres humanos

2.1. El conflicto

El conflicto se encuentra inmerso en la vida en sociedad⁵ y responde a un fenómeno universal, es decir, a *“la idea de un concepto universal, que denota un amplio universo de*

¹ DAVIS (1965), p. 142.

² DAVIS (1965), p. 143.

³ *“Parece fácil a primera vista diferenciar entre las actitudes humanas que tienden a promover procesos asociativos, y las actitudes opuestas que tienden a impedir aquellos procesos y a fomentar disociación, oposición, conflicto y lucha. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que muy frecuentemente en la realidad de la vida social en una misma persona y en relación con otra u otras se entremezclan actitudes contradictorias”* RECASENS (2010), p. 404.

⁴ MARQUES (2013), p. 193.

⁵ El estudio del conflicto exige una mirada histórica pues desde siempre ha existido; la historia nos ha mostrado la existencia y desarrollo de situaciones conflictivas desde distintas perspectivas, a partir de su existencia constante en el desarrollo de la sociedad, como producto de la interacción humana.

*enfrentamientos en el cual conviven los conceptos de guerra internacional y los de disputas conyugales, societarias o raciales, con todas las diferencias específicas que presentan precisamente, pensar a cada uno de ellos como especies de un género superior*⁶.

El estudio teórico del conflicto como un hecho social o como un comportamiento enmarcado en las relaciones sociales ha tenido un desarrollo fundamental desde la sociología. Freund, señala que *“con la constitución de la sociología en ciencia positiva, ligada a la observación y al estudio metódico de los fenómenos sociales, es cuando se produce la gran conversión a propósito del papel del conflicto en las sociedades”*⁷.

En ese orden de ideas, encontramos las teorías identificadas como teorías del conflicto y teorías de la integración⁸. Se identifican también unas teorías sociológicas⁹ que dan respuesta a la corriente sociológica del conflicto: la marxista, que nace a mediados del siglo XIX en Alemania, Francia e Inglaterra, con Marx y Engels y otros teóricos del mundo a lo largo del siglo XX, y la teoría sociológica liberal sobre el conflicto cuyo nacimiento se da en Europa y Estados Unidos a mediados del siglo XX con Ralf Dahrendorf, aunque inicialmente tuvo a Georg Simmel en Alemania en la primera parte del siglo XX. Es importante anotar entre una y otra, a teóricos como Durkheim, Weber, Parsons, Merton y Coser.

Definir el conflicto no ha sido fácil teniendo en cuenta que su existencia se desarrolla en el marco de las dinámicas sociales en que los seres humanos se encuentran inmersos. *Una realidad muy compleja, muy multidisciplinar, un campo en construcción con una gran dispersión teórica en sus fuentes*¹⁰. Con frecuencia se señala que el conflicto es inherente al ser humano y ello se justifica en la medida en que éste hace parte de una comunidad o grupo social. En este sentido, *“un conflicto solo puede nacer por la presencia del otro o de los otros”*¹¹, es decir, *“por el simple hecho de vivir, el individuo debe enfrentar ciertos problemas en la relación con los demás, e incluso con él mismo”*¹². Debe, entonces, entenderse como algo natural en el marco de las relaciones sociales propias de nuestra cotidianidad.

Se precisa entonces, que el conflicto pertenece al *“orden de las relaciones sociales”*¹³, es además *“un proceso eternamente presente en las relaciones humanas”*¹⁴. *“Si toda interacción entre los hombres es socialización, entonces, el conflicto es una forma de socialización, y de las más intensas”*¹⁵. Este puede resolverse en un plano, como cuando existe acuerdo respecto de los fines, y volver a estallar en lo referente a la cuestión de los medios.

La socialización de las diferencias a través de la comunicación entre las partes que enfrentan un conflicto permite validar si éste realmente existe. Kriesberg, ha desarrollado un trabajo sobre este aspecto, considerando la relación que se presenta entre la existencia real de una situación conflictiva y la creencia o percepción que se puede tener sobre la misma¹⁶. Para este autor el conflicto *“es una relación entre dos o más actores que perciben la incompatibilidad de sus objetivos en un escenario de interdependencia”*¹⁷. En ese sentido, importante señalar al profesor Calvo Soler quien señala el conflicto como *“la relación de interdependencia entre dos o*

⁶ ENTELMAN (2005), p. 44. El aporte del profesor Entelman radicó en mostrar que la ciencia del conflicto tiene una vocación de universalidad; en tener como objeto la explicación del conflicto en general y no las características que sólo se encuentran en cada una de sus especies. A partir del pensamiento de Max Weber, muestra la relación social como el comportamiento recíproco de dos o más individuos que orientan, comprenden y resuelven sus conductas teniendo en cuenta la de los otros, con lo que le dan sentido a sus actos. Precisa entonces, que la relación social es el género próximo dentro del cual se halla la relación social de conflicto o conflictiva.

⁷ FREUND (1995), p. 44.

⁸ Se identifican como dos tipos de teorías macro sociológicas. Ver en: FERRARI (2000), p. 17.

⁹ Las teorías sociológicas del conflicto son por excelencia teorías de sociología política ya que el tema del poder ocupa un lugar principalísimo entre sus postulados. Ver: SILVA (2008), pp. 29-43.

¹⁰ REDORTA (2007), p. 23.

¹¹ FREUND (1995), p. 21.

¹² MOLINA Y MUÑOZ (2004), p. 143.

¹³ FREUND (1995), p. 22.

¹⁴ DAVIS (1965), p. 152.

¹⁵ SIMMEL (2010), p. 17.

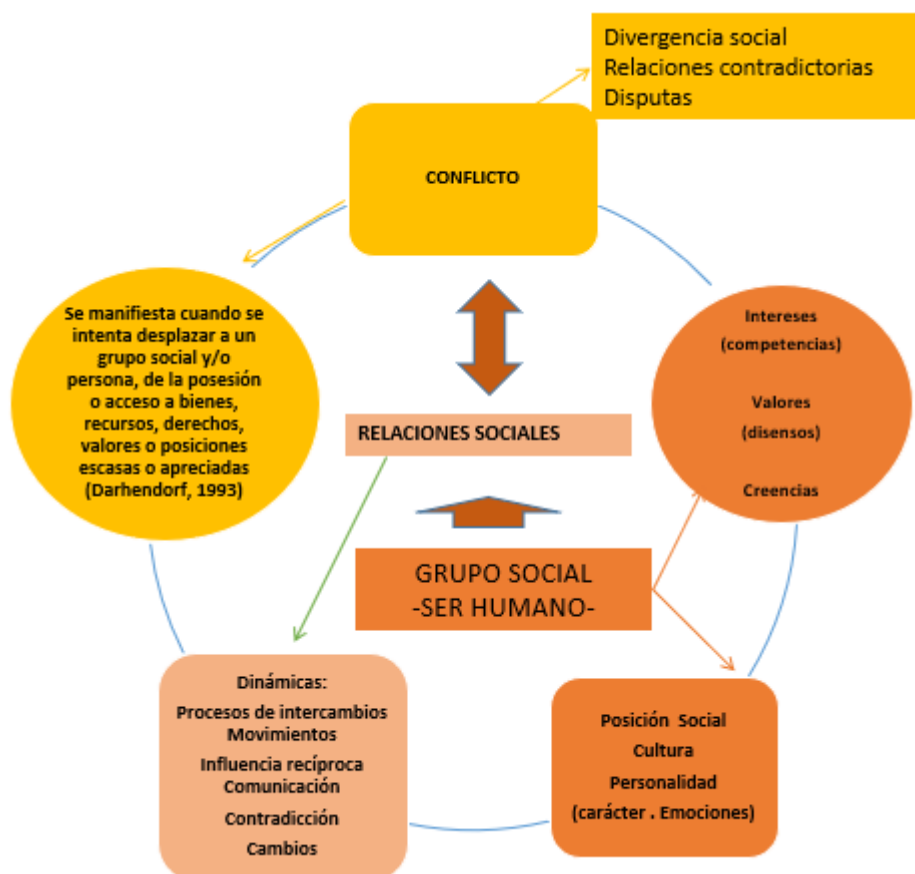
¹⁶ En su obra *Sociología de los conflictos*, presenta un cuadro de casos y/o situaciones posibles fundamentados en la existencia real de una situación conflictiva y la percepción que las partes tienen de la misma. KRIESBERG (1975).

¹⁷ KRIESBERG (1975), p. 32

más actores cada uno de los cuales o percibe que sus objetivos son incompatibles con los de los otros actores (conflicto percibido) o, no percibiéndolo, los hechos de la realidad generan dicha incompatibilidad (conflicto real)”¹⁸.

El conflicto es entonces, parte de la sociedad humana. Los seres humanos en el marco de las dinámicas presentes en las relaciones sociales que establecen como miembros de grupos o comunidades sociales, tienen la necesidad y el deber de ponerse de acuerdo, buscar consensos y convivir en paz a efecto de lograr la armonía y el equilibrio social. La satisfacción de sus necesidades o de sus intereses los enfrenta y envuelve en relaciones contradictorias, en las que es necesaria la búsqueda de escenarios para lograr acuerdos.

Figura No. 1. El conflicto visto desde la interacción social del ser humano



Fuente: Elaboración propia.

Asumiendo entonces el conflicto como una situación inherente al ser humano, lo que significa su presencia en el marco de las relaciones sociales, es decir, de la interacción humana, MOORE (1986), p.27 presenta una tipología de conflictos identificando sus causas, como se muestra en el Cuadro No. 1. En este orden, el autor citado, explica cinco causas centrales del conflicto: 1. Problemas de relaciones entre las personas; 2. Problemas de información; 3. Intereses realmente incompatibles o percibidos como tales; 4. Fuerzas estructurales y 5. Problemas de valores, con lo cual plantea un instrumento que él denomina, el Círculo del Conflicto, útil para examinar las disputas y descubrir la causa básica de una conducta conflictiva.

¹⁸ CALVO (2014), p. 41.

Cuadro No.1. Tipología del Conflicto y sus Causas

Tipo de Conflicto	Causas
Conflictos sobre los datos	<ul style="list-style-type: none"> •Carencia de información. •Información defectuosa. •Opiniones diferentes acerca de lo que es relevante. •Interpretaciones diferentes de los datos. •Diferentes procedimientos de valoración.
Conflictos de intereses	<ul style="list-style-type: none"> •Situación de competencia (percibida o real). •Intereses substantivos en conflictos. •Intereses procedimentales en conflictos. •Intereses psicológicos en conflictos.
Conflictos estructurales	<ul style="list-style-type: none"> •Patrones comportamientos o de interacción destructivos. •Desigualdad en el poder y en la autoridad. •Factores geográficos, físicos o ambientales que impiden la cooperación. •Limitaciones temporales.
Conflictos de Valores	<ul style="list-style-type: none"> •Diferencias de criterio al evaluar las ideas o los comportamientos. •Existencia de objetivos solo evaluables intrínsecamente. •Diferencias en las formas de vida, ideología y religión.
Conflictos en las relaciones	<ul style="list-style-type: none"> •Presencia de una alta intensidad emocional. •Percepciones equivocadas u opiniones estereotipadas. •Comunicación pobre o malentendidos. •Comportamientos negativos reiterado.

Fuente: Moore, 1986, pág. 27.

2.2. La competencia

En contraste con el conflicto, que en algunas ocasiones tiende a destruir o a desterrar al rival,

*“La competencia simplemente trata de superar al competidor en el logro de algún objetivo mutuamente deseable. De tal modo, es una forma modificada de la lucha. Significa que existen reglas del juego a las cuales los competidores deben adaptarse y que detrás de dichas reglas, justificándolas y sustentándolas, hay una serie de valores comunes y superiores al interés competitivo”*¹⁹. *“Se trata de una lucha indirecta. Se entremezclan la subjetividad del objetivo de las partes con la objetividad del resultado final: una unidad supra-individual”*²⁰.

Si recordamos la teoría política de Hobbes, vemos que él señala tres causas principales de discordia en la naturaleza del hombre: una de ellas es la competencia y las otras dos son la desconfianza y la gloria. *“La competencia, impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr seguridad; la tercera, para ganar reputación”*²¹.

La lectura que se debe hacer desde ese contexto social e histórico no es la concepción que hoy existe del concepto tratado. Pues una vez, que fue establecido el pacto social y se posibilitó la vía del acuerdo para evitar que la violencia conllevara a la aniquilación del otro, la competencia deja de asociarse de manera directa al daño o la agresividad. Por otra parte, podemos destacar que igualmente identifica la competencia como una forma de evidenciar una

¹⁹ DAVIS (1965), p. 158.

²⁰ SIMMEL (2010) p. 47.

²¹ HOBBS (1980), p. 102.

situación conflictiva. Los teóricos clásicos de la sociología no solo llegaron a considerar el “sistema competitivo como automático y autorregulador, sino que pensaron que explicaba todo el orden social”²².

Max Weber, señaló al referirse a la competencia, que ésta “es una relación social de tipo pacífica cuando trata de la adquisición formalmente pacífica de un poder de disposición propio sobre probabilidades deseadas también por otros”²³, incluso, sobre ella se ha intentado definir el conflicto. Es decir, “ambas situaciones conflicto y competencia son formas de lucha, sin embargo, la competencia se caracteriza por ser continua e impersonal mientras que el conflicto es intermitente y personal”²⁴.

Así planteado, debe precisarse que conflicto y competencia no significan lo mismo. “La competencia puede incluir o no la conciencia sobre la existencia del conflicto, mientras que el conflicto si la incluye”²⁵.

“Las situaciones de competencia se originan, evidentemente, bajo condiciones de escasez, es decir, en la economía, en donde la unidad, si se puede decir así, es accesible en forma descentralizada, esto es, en cualquier bien que uno puede recibir a costa de otros. Para hablar de competencia, hay que saber diferenciar sobre qué se está ejerciendo. Las personas con las que uno compete deben ser diferentes de aquellas con las que uno coopera y de aquellas con las que uno intercambia”²⁶.

La competencia como una acción enmarcada en las relaciones sociales muestra los grados de conflictividad que pudieran existir en determinados contextos sociales, pero también importante considerar, que ésta se convierte en una estrategia para la resolución de los mismos.

No se puede olvidar, que hay principios y valores comunes que no son competitivos los cuales tienen indudablemente preferencia sobre aquellos que lo son. De la relación social que exista en el grupo social se dimensionará la cantidad previsible de conflictos y de situaciones competitivas entre sus miembros. De la misma manera se visibilizará la unión e integración de los mismos.

2.3. La cooperación

El concepto de cooperación ha sido revisado desde distintas disciplinas y asociado a conceptos como altruismo²⁷ y reciprocidad²⁸. A modo de referencia, se destaca que las teorías de la evolución lo han definido a partir de las consecuencias del mismo comportamiento. Así, en la teoría darwinista se plantea la presencia en algunas especies de comportamientos sociales de

²² DAVIS (1965), p. 158.

²³ WEBER (1944), p. 37.

²⁴ KRIESBERG (1975), p. 16.

²⁵ KRIESBERG (1975), p. 32.

²⁶ LUHMANN (1984), p. 345.

²⁷ En los planteamientos de los filósofos sobre la ética y, por tanto, sobre el altruismo existen 3 posturas: 1) Que existe en los seres humanos un sentimiento natural de benevolencia, de simpatía y humanidad opuesto al propio interés, que lleva a actuar a favor de los demás y promueve la conducta altruista (Confucio, Hume, Rousseau y Schopenhauer entre otros). 2) Prescindiendo de motivaciones de carácter afectivo, resalta el papel de la razón en la base de la moralidad y, por tanto, en el comportamiento altruista. Esta posición es la defendida por Kant, para quien el fundamento de la moral es actuar de acuerdo con un imperativo racional y categórico: “yo debo obrar *sieM.P.re de tal modo que pueda querer que mi máxima se convierta en ley universal*”. Si una acción es congruente con el imperativo racional, ello es motivo suficiente para realizarla, independientemente del propio interés. Esta postura defiende que en muchas ocasiones favorecer a los demás es el desarrollo razonable y ético del comportamiento. 3) Fundamenta la moralidad en el egoísmo, en el amor propio. Este pensamiento es el de Hobbes, para quien los seres humanos son originalmente egoístas y precisan de grandes controles sociales, pues en condiciones naturales sólo buscan su propio interés, lo que llevaría a “la guerra de todos contra todos”. La preocupación por los demás, o cualquier otro comportamiento socialmente positivo, se basa en el interés propio, en los beneficios que ello pueda reportar. En resumen, existen dos tradiciones: 1. El altruismo es parte de la naturaleza humana, que las personas están motivadas, afectiva o racionalmente, para actuar a favor de los demás 2. No se puede hablar realmente de altruismo, pues la motivación última del comportamiento es el interés propio. ORTIZ (1995), p. 444.

²⁸ El origen remonta a la discusión sobre la importancia de las relaciones consanguíneas de parentesco con respecto al altruismo en los animales y en los seres humanos. Para ampliar el tema, ver la obra de DUGATKIN (2007); BERNAL (2012).

tipo altruista²⁹, ya que si poseen una base genética, deberían ser eliminados por la acción de la selección natural, tal y como Darwin la definió³⁰.

La cooperación vista como fundamento de las formas de resolución de conflictos que surgen en el marco de las relaciones sociales, se constituye en la base para que los conflictos puedan solucionarse por la vía del consenso atendiendo no solo al principio de la voluntad en buscar una solución de manera conjunta sino también a la satisfacción de los intereses personales con el concurso del otro, quien también debe querer esa misma búsqueda que le permita a él la misma satisfacción, sin desconocer que cada uno tendrá sus propias razones para ello.

Sin embargo, *“el consenso puede ser la base también para la existencia del conflicto”*³¹. *“Un grupo que coopera es el que trabaja unido para lograr lo que todos desean. Lo opuesto de la cooperación es el conflicto”*³².

La cooperación se da en la medida que haya unidad entre las dos partes, identidad en torno a sus metas y deseos y en ese orden se darán tanto la solución del conflicto como la existencia del mismo, por supuesto que, en situaciones distintas.

En este contexto, la teoría de la cooperación que se le atribuye a Robert Axelrod, se fundamenta *“en la investigación de individuos que persiguen su interés personal, sin la ayuda de una autoridad central que obligue a cada cual a cooperar con los demás”*. Afirma, que la razón de suponer que se busca el beneficio propio es que tal hipótesis *“permite examinar el difícil caso de que la cooperación no esté completamente basada en la preocupación por los demás, o en el bienestar del grupo en su conjunto”*³³.

La cooperación está fundamentada en el principio de la reciprocidad. Para ello, las partes que enfrentan un conflicto deben tener claridad sobre sus intereses y los de los demás. Superar el *estado de naturaleza* del que nos habla Hobbes, significa no solo dejar en manos de un tercero las decisiones que se puedan tomar de manera directa sino revisar el modo en que desde la cotidianidad de nuestras vidas, se enfrentan y resuelven los conflictos en un escenario no confrontativo en el cual previamente, puedan identificarse las acciones que puedan conducir al desarrollo de la cooperación en cada situación específica.

El profesor de Páramo señala que son muchas las razones para cooperar *“El propio interés racional de los individuos puede llevarles a conducirse de maneras que son colectivamente desastrosas. Para salvar esta situación las personas pueden ceder su poder en medios coercitivos, como el Estado, necesario para ejercer de modo legítimo la capacidad de violencia, o pueden llegar a la cooperación valiéndose de medios descentralizados, como el mercado”*³⁴.

Puede entonces plantearse la cooperación, como un complemento para la toma de decisiones o como una estrategia para lograr comunicar los intereses reales que pueden estar enfrentados, los cuales a través de una comunicación clara y veraz pueden llegar a satisfacerse de manera conjunta. En todo caso, la cooperación dependerá de la voluntad conjunta de construir un escenario de diálogo recíproco.

²⁹“Los biólogos evolutivos definen el altruismo en términos sólo de supervivencia y reproducción. Un comportamiento es altruista cuando aumenta la aptitud de los demás y disminuye la aptitud del actor. El reto del biólogo evolutivo es demostrar la forma en que pueden evolucionar los comportamientos de sacrificio, con independencia de cómo piensa o qué siente el individuo, si lo hace, cuando los realiza”. SOBER Y SLOAN (2000), p. 3.

³⁰“La selección natural favorece a los genes que parecen egoístas en el sentido de que beneficia a los que maximizan el número de copias que pasan a la próxima generación. En realidad, Darwin eligió la expresión gen egoísta como metáfora para subrayar el hecho de que están condenados al fracaso los genes que codifican rasgos beneficiosos para la especie en su totalidad o, incluso, para grupos de individuos que no son consanguíneos. En el curso de la evolución, esos genes están sentenciados porque no maximizan sus probabilidades de pasar copias a la generación siguiente. Sólo consiguen hacerlo los genes que son “egoístas”. DUGATKIN (2007), p. 21.

³¹ KRIESBERG (1975), p. 52.

³² DAVIS (1965), p. 160.

³³ AXELRDOD (1996), p. 18.

³⁴ La *negociación* señala el profesor de Páramo, es uno de los instrumentos idóneos del mercado. En su desarrollo teórico se han precisado un conjunto de estrategias de interacción competitiva y cooperativa. Para que pueda darse, han de presentarse tres rasgos característicos: el primero es la interdependencia, el segundo, es la percepción de un posible conflicto de intereses y el tercero, es la posibilidad de acuerdo. Ampliar en: DE PÁRAMO (1999).

En ese orden de ideas, en el marco de la interacción social se presentan relaciones sociales de diversos tipos: de cooperación, conflictivas y competitivas para enunciar las que nos interesan en el presente trabajo. *“Todo sistema social, en realidad toda situación concreta, manifestará las tres formas de manera compleja y entrelazada. No existe grupo cooperativo, por armonioso que fuere, que no contenga la simiente del conflicto contenido. No existe conflicto que no tenga alguna base oculta de avenencia. No hay competencia, por impersonal y despiadada que sea, que no pueda pretender haber hecho alguna contribución a una causa cooperativa más pródiga”*³⁵.

3. Conflicto y derecho

El estudio de la sociedad indica la necesidad del hombre de vivir en comunidad y esa es la razón por la cual la conducta social es fundamental para entender el concepto de categorías significativas tales como el conflicto, el orden, la integración, la cooperación, la competencia entre otros. Ello cobra aún más significado y nos facilita su comprensión, cuando tratamos de analizar la relación de dos conceptos: el conflicto y el derecho, enmarcados por supuesto en la dinámica de las relaciones sociales.

El derecho representa un conjunto de normas que regulan la conducta humana. Se trata de una serie de normas que rigen nuestras conductas o el comportamiento del hombre en sociedad: desde que nace hasta que muere, es decir, *“nuestra vida se desenvuelve en un mundo de normas”*³⁶.

Así, un propósito de la norma es señalar cómo deben comportarse los hombres en sociedad, no obstante que describen la conducta humana en el marco de lo social. *“La finalidad de la regla normativa no es describir el comportamiento real de sus destinatarios –esto es, de los sujetos a quienes obliga- sino prescribir u ordenar cómo deben conducirse, independientemente de que hagan o no lo que manda”*³⁷.

El profesor Carnelutti ha señalado que *“el secreto del derecho está en que los hombres no pueden vivir en el caos”*. Significa lo anterior, que el orden se plantea como una necesidad del hombre y, por ende, de la sociedad. *“El orden es tan necesario como el aire que respiran. Como la guerra se resuelve en el desorden, así el orden se resuelve en la paz. Los hombres se hacen la guerra, pero necesitan vivir en paz”*³⁸.

Aristoteles explicó en su obra *Política* la sociabilidad natural del hombre *“...la ciudad es una de las cosas naturales y el hombre es por naturaleza un animal social”*. Así mismo sostuvo, la distinción preferente de la comunidad sobre los individuos *“ningún ciudadano se pertenece así mismo, sino que todos pertenecen a la ciudad”*. Lo anterior suele asociarse, casi inevitablemente a la consideración de la *“comunidad como un cuerpo u organismo que tiene necesidades, funciones y facultades independientes y superiores a las individuales, en contraposición a toda visión atomista, o atomizada, de la sociedad como conjunto o suma de individuos que tienen derechos e intereses frente a la comunidad”*³⁹.

El hombre necesita del otro para complementar su vida, para satisfacer sus necesidades individuales de alimentación, de vivienda, de protección ante los peligros que la naturaleza misma le pueda generar. *“En ese estado de naturaleza, considerado como el primer presupuesto individualista del esquema naturalista, los individuos aparecen en él como titulares de derechos naturales, o derechos morales pero sin que gocen de una organización espontánea ni de un aparato específico destinado a protegerlo, es decir, sin una organización social ni política”*⁴⁰.

Esta falta de sociedad y de Estado, que caracteriza al *estado de naturaleza* pone de manifiesto el carácter asocial y en permanente conflicto, al menos potencial, que esta corriente

³⁵ DAVIS (1965), p. 161.

³⁶ BOBBIO (1994), p. 3.

³⁷ GARCÍA (2013), p. 41.

³⁸ CARNELUTTI (2010), p. 13.

³⁹ RUIZ (2002), p. 34.

⁴⁰ RUIZ (2002), p. 196.

atribuye a la condición humana cuando no existe un poder común. Surge entonces, el *contrato social* como una forma de consenso para vivir en sociedad y dejar el estado de naturaleza, que genera conflicto, desorden, caos y hasta guerra. Tomas Hobbes en su obra *Leviatán* plantea la necesidad de constituir un contrato social para la búsqueda de la paz renunciando a la libertad y a los derechos que se tienen en el estado de naturaleza, enajenándolos a favor de un soberano. La creación de un orden artificial frente a un orden natural que en el estado de naturaleza el hombre no es capaz de establecer.

Estos fundamentos filosóficos, justifican por qué el hombre necesita del derecho para vivir en comunidad. Se ha afirmado de manera reiterada que *“el término conflicto adquiere con los seres vivos un significado más claro en cuanto que entre ellos pueden existir diversos intereses en el desarrollo de sus potencialidades. El conflicto, es una característica principal de los seres vivos, que en su intento de perpetuarse como individuos –frente a la muerte- y como especie – frente a la extinción- pretenden utilizar en su beneficio los recursos y la energía disponible en su entorno”*⁴¹.

De esta manera y citando nuevamente a Carnelutti, es con *“la norma jurídica la forma como se establece el orden y la paz entre los hombres en procura de solucionar los conflictos de intereses”*⁴². Se afirma de modo muy generalizado, que el Derecho en términos generales, es un sistema de normas jurídicas cuyo fin es resolver los conflictos de intereses entre las personas miembros de un grupo social⁴³.

*“El Derecho no puede abstenerse de la regulación del conflicto, ha de intervenir para encauzarlo jurídicamente, vale decir, pacíficamente, porque el conflicto abierto puede provocar consecuencias demasiado devastadoras para el orden y la convivencia”*⁴⁴. Para él, el conflicto de intereses⁴⁵, existe siempre que entre dos o más personas se produzca una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas.

El análisis práctico de esta definición, muestra que evidentemente el derecho regula la convivencia humana; que el derecho entra a establecer orden en la dinámica de las relaciones sociales, en las que indistintamente, los hombres conviven. Se destaca entonces, que *“es función de todo orden social, de toda sociedad –ya que la sociedad no es sino un orden social- provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran perjudiciales a la sociedad y que realicen otros que por alguna razón considérense útiles a la misma”*⁴⁶.

En ese orden, una sociedad se fundamenta en relaciones sociales que se desarrollan en distintos escenarios, ya sean políticos, económicos, sociales, religiosos etc., de tal forma que todas integran la estructura social, y juntas le dan vida a la sociedad. Por ende, los órdenes establecidos por el hombre tienden siempre a un propósito. *“Los ordenamientos humanos asumen, en todo caso, carácter medial, ya se trate de índole técnica, ya de la naturaleza normativa. Se ordena no por ordenar, sino para conseguir a través de la ordenación, determinados objetivos”*⁴⁷.

Así, una primera dimensión y quizás la más elemental, es que el derecho regula el comportamiento o la conducta del hombre en sociedad⁴⁸ y además que tiene como una de las

⁴¹ MUÑOZ (2004), p. 146.

⁴² CARNELUTTI (2003), p. 76.

⁴³ *“La conducta humana es el objeto de la regulación establecida por las reglas del orden. De la naturaleza del obrar (del ser humano), derivan una serie de importantes consecuencias, que en buena parte condicionan la de los ordenamientos de que tratamos. En el caso de los órdenes cuya observancia no puede imponerse coactivamente, las posibilidades son sólo dos: cumplimiento o desacato”*. GARCÍA (2013), p. 43.

⁴⁴ CARNELUTTI (2003), p. 144.

⁴⁵ Los conflictos de intereses surgen según Carnelutti, de la relación que se establece como complementaria. *“El interés, lo definió, como una posición favorable a la satisfacción de una necesidad y, por tanto, como una relación entre el ente que experimenta la necesidad (hombre) y el que es apto para satisfacerla (bienes)”*. CARNELUTTI (2003), p. 48.

⁴⁶ KELSEN (1988), p. 17.

⁴⁷ GARCÍA (2013), p. 30.

⁴⁸ Señala H.L.A. Hart que la característica más general y relevante del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose, así, en obligatoria en algún sentido. Véase HART (2012).

funciones más significativas, la de solucionar los conflictos que surjan entre ellos, con una concepción de justicia y equidad. En este orden, si surge un conflicto y las partes que lo enfrentan en el marco de la relación social, no pueden solucionarlo por sí mismas procurando la satisfacción de sus propios intereses, acuden al proceso judicial para que, desde allí, un tercero ajeno a ellos (el juez), resuelva el conflicto.

El desarrollo de la sociología del derecho particularmente después de la segunda guerra mundial, propició el estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad, lo que se distinguió como *funciones sociales del derecho*⁴⁹, mientras que la ciencia del derecho se centraba en el estudio de la estructura del derecho.

Hay que tener en cuenta, afirma Atienza, *“que del mismo modo que cabe un análisis funcional del derecho no sociológico, la sociología del derecho –como la sociología en general– no se ocupa únicamente del problema de la función, sino también del de la estructura social. Ambos elementos, suelen verse como interrelacionados, aunque el acento puede ponerse en uno u otro: así el paradigma dominante en sociología ha pasado del estructuralismo funcionalista de T. Parsons al funcionalismo estructural de N. Luhmann”*⁵⁰.

Las siguientes, son de modo general funciones del derecho⁵¹: *“1) Función integradora, asociada a la idea del orden, control social y la idea de una sociedad pacífica y sin conflictos. 2) Función de resolución de conflictos, en cuanto el derecho interviene como sistema normativo para resolverlos. 3) Función de orientación social, el derecho como sistema jurídico normativo, sirve para orientar y encauzar las conductas y expectativas de cada miembro de la sociedad. 4) Función de legitimación del poder, la coactividad y la imperatividad de las normas jurídicas deriva de un poder institucionalizado jurídicamente. 5) Función distributiva, en relación a derechos y deberes. 6) Función educativa, es decir, formar buenos ciudadanos. 7) Función represiva, en su carácter punitivo y sancionador y 8) Función promocional, que refiere a esas normas jurídicas que representan algún beneficio por cumplir con las conductas conforme a esas normas”*⁵².

3.1. El conflicto regulado por el derecho

El derecho es el reflejo de la vida social. *“El derecho es algo que se produce dentro de la vida social”*⁵³ y por ello, las relaciones sociales conflictivas que se traducen en fenómenos jurídicos, por contravenir una norma, reflejan como lo señala el autor citado, un modo de manifestación de vida social, un modo de manifestación de la vida cotidiana del ser humano.

Lo anterior nos llevaría a afirmar, que al tratar de explicar qué es el derecho, indudablemente acudimos o pensamos en las relaciones sociales conflictivas, es decir, en el conflicto. Así, el derecho soluciona los conflictos que surgen entre los seres humanos, pero un tipo de conflicto: el conflicto de intereses, vale decir, el conflicto jurídico; pero también, prevé la existencia de este.

Al estar la conducta humana regulada por el derecho, esperaríamos que el ser humano tuviera cuidado de afectar jurídicamente al otro, asumiendo que *“sí por conducta entendemos el ejercicio que el hombre hace de su libertad, la eficacia de esos ordenamientos dependerá en alto grado de la forma que tal ejercicio asuma”*⁵⁴.

El derecho como sistema jurídico es un método de resolución de conflictos cuyas normas y técnicas descritas dan cuenta de una serie de pretensiones incompatibles entre dos o más sujetos. Sin embargo, en virtud de la norma de clausura, *“todo lo que no está prohibido por las normas del sistema se considera jurídicamente permitido, esto es, el ordenamiento jurídico es un*

⁴⁹ El análisis funcional del derecho, se ubica en el siglo XIX en el contexto histórico del tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho.

⁵⁰ ATIENZA (1985), p. 55

⁵¹ Puede ampliarse el tema consultando a ARNAUD Y FARIÑAS (2006).

⁵² MARTÍNEZ Y FERNÁNDEZ (1997), p. 5.

⁵³ DÍEZ PICAZO (2008), p. 5.

⁵⁴ GARCÍA (2013), p. 43.

*sistema cerrado de normas que resuelve todos los enfrentamientos posibles*⁵⁵ No obstante, afirma el profesor citado, *“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”*⁵⁶.

Lo anterior lleva a Entelman a sostener que existe 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. *“Toda relación social está llena de enfrentamientos producidos por la incompatibilidad de pretensiones que el sistema jurídico ha dejado en libertad de confrontación. El derecho aquí es inaplicable”*⁵⁷.

En ese orden de ideas, *“la existencia de conflictos dentro de la marcha de un grupo social, aunque beneficiosa en la medida en que lo dinamiza, comporta una serie de situaciones de tensión, que trastornan o pueden trastornar el normal desarrollo de la convivencia. Hay pues una cierta exigencia social de solución o, por lo menos, de ordenación de los conflictos”*⁵⁸.

De ahí que, se haya dado paso de las comunidades primitivas a la sociedad política y en ese orden, se asumiera por el Estado el deber y la autoridad para la composición de los conflictos conforme a derecho⁵⁹.

Gimeno Sendra señala que los conflictos normativos o jurídicos se resuelven por la actividad de los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio de sus competencias. *“La función primordial de los juzgados y tribunales consiste en resolver, definitivamente y mediante la aplicación del derecho, los conflictos que ante ellos se plantean”*. De esta manera explica, que el presupuesto material de la jurisdicción es el conflicto, que en razón de su naturaleza puede ser *“intersubjetivo o social”*. *“Los conflictos intersubjetivos surgen como consecuencia de la vulneración de algún derecho subjetivo, perteneciente al ámbito del derecho privado y poseen naturaleza disponible; los conflictos sociales, por el contrario, se caracterizan por la transgresión de algún bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección y se rigen por normas del derecho público, por lo que suelen ostentar naturaleza indisponible”*⁶⁰.

En consecuencia, al estudiar la jurisdicción como institución a través de la cual se resuelven las situaciones conflictivas que se presentan en un juicio, es importante considerar todos los problemas (adecuación: conflicto – norma) desde el Estado, órgano que monopoliza la función de administrar justicia.

*“El Estado, cuyo fin fundamental es el mantenimiento del orden en la sociedad, regula a tal objeto la convivencia de los coasociados estableciendo el derecho objetivo, esto es, las normas a las cuales los particulares deben, en sus relaciones sociales, deben ajustar su conducta. Los coasociados encuentran, pues, ya formulada exteriormente a ellos esta superior voluntad del Estado, que les ordena tener una cierta conducta y exige ser obedecida a toda costa”*⁶¹.

La actividad judicial existente en los diferentes Estados debe ser estudiada en su diversidad. Es decir, debe distinguirse la administración de justicia en sus modos formales y no formales tendientes a mantener el orden en la sociedad o lo que es lo mismo, a regular la conducta de sus asociados.

⁵⁵ ENTELMAN (2005), p. 55.

⁵⁶ Las primeras definidas como las conductas que constituyen el hecho antecedente de la sanción de una norma y las segundas, conductas que alguien tiene derecho a realizar, en el solo sentido que no le está prohibido hacerlo. ENTELMAN (2005).

⁵⁷ ENTELMAN (2005), p. 59.

⁵⁸ DÍEZ PICAZO (2008), p. 12.

⁵⁹ Para una revisión de las formas de organización social vistas desde su estructura social y el modo como resuelven los conflictos consultar a BERNAL (2011).

⁶⁰ GIMENO (2005), p. 17.

⁶¹ CALAMANDREI (1996), p. 115.

3.2. El conflicto definido por el derecho

El derecho actúa como medio de tratamiento de los conflictos ofreciendo o imponiendo reglas, es decir, modelos de comportamiento inherentes a la decisión que sugiere el conflicto y las modalidades en que puede ser adoptada dicha decisión⁶².

El conflicto en el marco disciplinar del derecho no se estudia como un hecho social, producto de la relación social, que el derecho entra a regular. En el derecho se hace referencia al conflicto o se acude a él como una relación social del hombre, pero con el propósito de conceptualizar la disciplina y de establecer su origen y las dimensiones de su función.

El derecho define al conflicto como una incompatibilidad de intereses o la satisfacción de una necesidad entre dos personas que, amparadas en una norma jurídica, entran en contradicción. La definición de conflicto desde el derecho, lo sitúa en un ámbito específico, es decir, lo enmarca en un tipo particular de relación social que se identifica como conflictiva.

Surge entonces una cuestión destacable y que es necesaria precisar, y es la incidencia que pudiera tener el querer proponer una definición del conflicto desde el derecho, frente a la complejidad que históricamente se ha presentado al momento de dar respuesta a la pregunta: ¿qué es el derecho?

De ese modo, en la complejidad y multiplicidad de la concepción del derecho⁶³, se le relaciona con: "1) Ciencia o disciplina científica; 2) Facultad, o potestad o prerrogativa del individuo; 3) Resultado de las fuentes formales; 4) Ideal de justicia; 5) Sistema de normas e instituciones; y 6) Producto social o cultural"⁶⁴.

Atienza señala a manera de ejemplo, tres conceptos clásicos del derecho. El de Santo Tomás: "*Derecho (ley) es ordenación de la razón, encaminada al bien común*". El de Marx: "*el derecho (y el Estado) es un instrumento de dominación de una clase sobre otra*". Y el de Kelsen: "*el derecho es un conjunto de normas coactivas*"⁶⁵.

Si bien este análisis, lo señala Atienza, para demostrar que existen diferentes perspectivas desde donde se puede abordar el estudio del derecho⁶⁶, me parece que igualmente puede servir para derivar de los mismos, el concepto de conflicto.

Del mismo modo, el análisis de la concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica, pueden indicarnos en cuál de las doctrinas metodológicas para el estudio del derecho, se pueden identificar mayores elementos para una concepción del conflicto fundada en los intereses de las partes y la importancia que ésta tiene para el abordaje del estudio de las formas alternativas como lo son la conciliación y la mediación.

De ese modo, nos acercamos a la doctrina del realismo⁶⁷. El derecho no se fundamenta en las normas, se fundamenta también con el hecho social. "*El derecho no se puede reducir al Estado sino que debe incluir a la sociedad*"⁶⁸. Así, el realismo jurídico⁶⁹ se reconoce como una doctrina filosófica que identifica al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal.

Se destaca que esta doctrina filosófica ha tenido diversas manifestaciones en diferentes países, lo que ha permitido características propias, pero con coherencia en sus fundamentos teóricos.

⁶² FERRARI (1989), p. 168.

⁶³ Para una revisión más amplia de diferentes sentidos del término Derecho véase: BONNECASE (2000), p. 2.

⁶⁴ FLOREZ (1997), p. 1004.

⁶⁵ ATIENZA (2007), p. 48.

⁶⁶ Kelsen, cómo está estructurado el Derecho; Marx incidiría sobre el problema de para qué sirve el Derecho, cuál es su función en la sociedad, y la de Santo Tomás cómo debería ser el Derecho o de cuándo un Derecho es justo.

⁶⁷ A comienzos del siglo XX, algunos autores reducen el Derecho a un fenómeno social y empírico. Los norteamericanos distinguen entre *Law in action* y *Law in the books*. Con el primero se verifica una realidad y con el segundo se aprenden conceptos. A esta escuela se la conoce como realismo conductista. Ampliar en: TORRES (2011), p. 875.

⁶⁸ FLORES, (1997), p. 1019.

⁶⁹ Conocido también como la *jurisprudencia sociológica*.

Así en Estados Unidos, la falta de sintonía entre la realidad socio-política imperante en los años 30 y la jurisprudencia eminentemente formalista del Tribunal Supremo no sólo generó una crisis profunda entre la administración Roosevelt y el citado tribunal, sino que dio lugar a la consolidación del realismo jurídico americano⁷⁰. Se consideran representantes y fundadores de esta doctrina a Benjamin Cardozo, ministro de la Suprema Corte, y Roscoe Pound, decano de la facultad de derecho de la Universidad de Harvard, quienes fundamentaron sus posturas en la vinculación del derecho a la realidad humana⁷¹.

Pound señalaba que se debía “*pensar en el derecho no como un organismo que crece a causa y por medio de alguna propiedad inherente a sí mismo, sino como un edificio, construido por los hombres para satisfacer aspiraciones humanas y continuamente reparado, restaurado, reconstruido y ampliado con el fin de venir al encuentro del crecer o del variar las aspiraciones, o también al variar los hábitos*”⁷².

El realismo jurídico americano fue una corriente de pensamiento que se caracterizó por entender que el derecho positivo no estaba formado por axiomas o normas ideales, sino que el derecho debía concebirse como un instrumento más a la hora de resolver los conflictos y para ello, debía estar inspirado en los problemas reales de la sociedad, en definitiva, amoldarse a ellos⁷³.

Es a Karl N. Llewellyn a quien se le atribuye el uso de la expresión *legal realism* por designar con ésta a un grupo de juristas americanos, los cuales, en formas y por motivos diversos habían criticado conceptos y métodos de las doctrinas jurídicas formalistas.

El punto de discusión de esta doctrina fue la necesidad de que los jueces estuvieran pendientes de las realidades sociales, que los procesos y ordenamientos jurídicos no tenían que ser rígidos ni desconocer el contexto social del momento. Pound, enfatizó en el ejercicio de la actividad judicial en relación a los intereses que se discuten en procura de la protección jurídica indistintamente si son individuales, colectivos o sociales. De este modo, la tarea del derecho debía consistir en reconocer, delimitar y proteger eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad y que pueden derivar en conflictos.

Es esta la corriente donde precisamente podemos identificar elementos para definir el conflicto en la disciplina del derecho. De la misma manera, es en esta corriente donde se enmarca el fundamento del desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Recordemos la famosa conferencia *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, conocida también como la Conferencia Pound, que tuvo como finalidad discutir y proponer soluciones a la ineficiencia del sistema judicial estadounidense.

La vida de los hombres, como seres sociables por naturaleza, es vida social. Esta condición los conduce a una convivencia permanente fundamentada en la cooperación, pero también expuesta a tensiones y contradicciones como resultado lógico de la interacción social, donde cada uno intenta la búsqueda de la satisfacción de sus recursos, encontrando muchas veces barreras y obstáculos frente a los otros, que pretenden lo mismo.

De este modo, definir el conflicto desde el derecho debe remitirnos al ámbito de las funciones del derecho, por cuanto partiendo de su esencia normativa y ordenador de la conducta humana, conlleva a prevenir y resolver los conflictos propios de la dinámica social. Es decir, no solo tiene la función de organizar o direccionar la conducta humana sino también la de señalar los modos de resolver las situaciones conflictivas que se generan por la interacción social.

El sistema normativo pretende asegurar la convivencia al regular las conductas y solucionar los conflictos que se presenten en ese marco social. Con las normas se orientan las conductas y las acciones del hombre en sociedad. Se regula la forma en la que se pueden

⁷⁰ Para ampliar el tema del Realismo jurídico americano y su relación con el origen de los ADR Véase: MACHO (2014).

⁷¹ FLORES (1997), p. 1022

⁷² FASSO (1988), p. 218.

⁷³ Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound, dos juristas que, desde antes de la consolidación del realismo jurídico como doctrina, defendían una concepción instrumental del derecho.

satisfacer sus intereses y se establecen parámetros o límites a la voluntad humana. *“El derecho aparece así, no sólo como ordenamiento de las relaciones de la vida social (ordenamiento jurídico) provenientes de la convivencia, sino también como limitación, esto es, como un sistema de límites, entre los intereses, las voluntades y las acciones, en las relaciones recíprocas que nacen de la vida social”*⁷⁴.

Es oportuno considerar en este momento, la importancia que para la disciplina del derecho debe tener la teoría del conflicto. El estudio del conflicto, por lo general, se aborda desde la sociología, no desde el derecho. Cuando estudiamos el derecho, damos por entendida la noción de conflicto. *“La teoría del derecho parte de las normas jurídicas más que de los conflictos de interés. La teoría del derecho ha profundizado sin duda en la esencia y estructura de las normas”*⁷⁵. Y tal como hemos referenciado, se hace mención al conflicto, cuando se explica el Derecho y se le señala, como un conjunto de normas e instituciones que regulan el comportamiento del hombre en sociedad y, por ende, los conflictos que entre ellos se suscitan, reglamentando las formas jurídicas de solucionarlos.

4. Derecho y Mecanismos Alternativos

Es importante anotar que en relación con la función de resolución de conflictos que tiene el derecho, ésta estuvo hasta hace poco tiempo en manos del Estado, a través de los juzgados y tribunales. Hoy en la mayoría de los países incluyendo a Colombia⁷⁶, se amplió al punto de permitir que las personas que enfrenten una situación conflictiva puedan acudir a un tercero para que los ayude a resolver el conflicto que enfrentan con los mismos efectos legales, que una sentencia judicial. El derecho no siempre da una respuesta justa en su afán de servir de ordenador de la conducta humana. La dinámica social, ha propiciado la búsqueda de nuevas alternativas que propongan un fortalecimiento de la administración justicia con figuras como las que en Colombia se conocen, como mecanismos alternativos de solución de conflictos - MASC -⁷⁷, al igual que en otros países del mundo - ADR -. En ese orden, los mecanismos alternativos de solución de conflictos se constituyeron en alternativas diferentes que tienen las personas envueltas en una controversia para solucionarla de manera directa y amigable, lo que hace que se constituyan en una opción para resolver conflictos de una manera rápida, eficiente y eficaz con plenos efectos legales⁷⁸. Se definen también como *“sistemas de resolución de conflictos que no suponen la simple dejación de un espacio o un tiempo para la composición o la superación de una controversia, sino que se trata de aquellos sistemas que surgen para la solución de conflictos en los que las partes están de acuerdo en hacer un esfuerzo para evitar la jurisdicción, pero no pueden alcanzar la solución por sí mismas, para lo cual requieren la intervención de otra persona”*⁷⁹.

Se han implementado dándole protagonismo a un nuevo operador de justicia, un particular ajeno al conflicto, que requiere de elementos teóricos que le permitan identificar el conflicto y establecer su contexto epistemológico en el ámbito del Derecho, visto precisamente desde la ley que reglamenta el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En el caso de la conciliación, por ejemplo, el conciliador es distinguido como una persona natural, idónea, que debe estar capacitada de manera específica y rigurosa para orientar el trámite conciliatorio bajo los principios de imparcialidad y neutralidad⁸⁰.

Lo anterior, permite sostener que los conflictos pueden resolverse desde el derecho, no solo a través del proceso judicial sino también a través de diversas formas y mecanismos

⁷⁴ ROCCO (1983), p. 4.

⁷⁵ DÍEZ PICAZO (2008), p. 7.

⁷⁶ Constitución Política de Colombia. Art.116. “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁷⁷ Ellas son: la conciliación en Derecho, la conciliación en equidad, la mediación, la amigable composición y el arbitramento.

⁷⁸ ILLERA (2014), p. 109.

⁷⁹ BLANCO (2009), p.21

⁸⁰ ILLERA (2010), p. 338.

alternativos en las cuales intervienen particulares (no servidores públicos) en calidad de terceros ajenos, que actúan como facilitadores y decisores del conflicto. Importante señalar, que, en todo caso, son las partes que enfrentan el conflicto, quienes deciden a qué figura acudir y en ese orden, si el tercero actuará como un facilitador (conciliador, mediador) o como un decisor (árbitro, amigable composición). En este orden de idea, la Corte Constitucional Colombiana, ha precisado que los propósitos de la administración de justicia no solo se logran con el pronunciamiento formal y definitivo de los jueces de la república, sino también acudiendo a las formas alternativas para la resolución de los conflictos⁸¹. Así, son considerados como una opción complementaria a la jurisdicción ordinaria⁸². El acceso a la justicia también puede alcanzarse por mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre estos la conciliación, los cuales pueden ser ampliados por el legislador dentro del margen de su configuración legislativa⁸³.

La historia nos muestra como la existencia de conflictos en la sociedad o en grupos sociales genera situaciones de choque, tensión, contradicciones, entre otros, que dificultan y ponen en peligro la convivencia social. Por ello, para que haya convivencia siempre ha sido necesario que los conflictos que surgen al interior de la sociedad o de los grupos sociales, sean resueltos bien sea, de común acuerdo porque las partes así lo deciden o porque haya una autoridad (atendiendo al monopolio público de la fuerza) que así lo determine.

Esto significa que *“hay una necesidad social primaria, que es la función de pacificación: que la paz sea restablecida. Y una función en cierta medida secundaria respecto de la anterior, a la que se puede llamar función satisfactiva: que la paz se restablezca encontrando una solución aceptable”*⁸⁴.

Las funciones de pacificación y de satisfacción, explica Díez Picazo, imponen la creación de lo que podemos llamar las vías de composición de los conflictos y son diferentes según que traten de cumplir predominantemente una función de pacificación, una función de satisfacción o que traten de lograr equilibradamente una y otra. *“La primera vía, es una función de satisfacción que puede llevarse a cabo mediante la utilización por las personas o grupos titulares de los intereses, de un sistema de violencia o de fuerza; la segunda, una vía de pacificación, es la de negociación y del arreglo; y la tercera, donde confluyen tanto la función de pacificación como la función de satisfacción, se produce a través de lo que puede llamarse las formas de heterocomposición del conflicto”*⁸⁵.

5. Conclusiones

El derecho se ha ocupado desde siempre de la solución de los conflictos como un sistema jurídico cuya reglamentación señala una serie de conductas que se traducen no solo en pretensiones incompatibles sino también en conflictos de intereses. Por ello, los hombres han podido de manera voluntaria y pacífica buscar escenarios de diálogos que le permitan la solución de estos, de manera más rápida y con la garantía de satisfacer sus necesidades conforme a sus intereses.

Surgen de este modo y son reglamentadas paulatinamente en los distintos países del mundo, como alternativas al sistema jurídico tradicional, formas de solución de conflictos como la conciliación y la mediación, que tienen iguales efectos jurídicos que una sentencia judicial y a los cuales, el hombre puede acceder de manera libre y en virtud del principio de su autonomía de la voluntad. Se trata de mecanismos más informales que el proceso judicial, donde el operador siendo un particular (no servidor público) asume el rol del tercero facilitador y/o decisor y tiene una relación más directa con las partes lo que hace que deba tener mayor

⁸¹ Corte Constitucional. C-037/1996

⁸² Corte Constitucional. C.893/2001

⁸³ Corte Constitucional. C-222 de 2013

⁸⁴ DÍEZ PICAZO (2008), p. 16

⁸⁵ DÍEZ PICAZO (2008), p. 17

conocimiento teórico y metodológico para la identificación y comprensión del conflicto que enfrentan las partes.

De ahí la importancia de analizar la relación del conflicto con el derecho y en ese orden, con los mecanismos alternativos de solución de conflicto. El conflicto no es definido por el derecho no obstante que su resolución es una de sus funciones más importantes. El derecho hace referencia al conflicto como una clase de relación o conducta de tipo conflictivo. Se refiere a él, con el propósito de conceptualizar la disciplina y de establecer su origen y las dimensiones de su función.

De ese modo, el Estado debe garantizar siempre que exista un conflicto, que las partes puedan acceder a la justicia formal e informal, para la solución de este, con todos los efectos legales del caso y en este sentido, como bien lo dice Ferrari, *el Derecho actúa como medio de tratamiento de los conflictos, ofreciendo o imponiendo reglas, es decir, modelos de comportamiento inherentes a la decisión que sugiere el conflicto y las modalidades en que puede ser adoptada dicha decisión.*

En el caso colombiano⁸⁶, las partes que enfrentan un conflicto tendrían en un primer momento, la opción de generar un espacio de entendimiento para propiciar un arreglo directo, es decir, la solución del conflicto estaría dada en el marco de una negociación. Si éste no funciona o las partes no tienen interés en negociar de manera directa la solución del conflicto, pueden acudir a un tercero que les ayude en la facilitación del diálogo para el logro del acuerdo, caso de la conciliación en derecho y la conciliación en equidad. Y si éste tampoco funciona, pueden entonces, acudir a un tercero para que sea éste quien solucione el conflicto con o sin sus indicaciones, pero en todo caso, con base en el sistema jurídico imperante. Es el caso del arbitraje y del amigable componedor o del Juez en el caso de la justicia ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARNAUD, ANDRÉ JEAN Y FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ (2006): *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis sociológico* (Madrid, Editorial Universidad Carlos III).
- ATIENZA, MANUEL (1985): *Introducción al Derecho* (Barcelona, Editorial Barcanova S.A).
- ATIENZA, MANUEL (2007): *El Sentido del Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel).
- AXELROD, ROBERT (1996): *La evolución de la cooperación El dilema del prisionero y la teoría de juegos* (Madrid, Editorial Alianza).
- BERNAL CRESPO, JULIA SANDRA (2011): "Moral y Derecho en la Organización Social Humana", en: Monsalve Caballero, Vladimir (Ed.), *Temas Actuales en Derecho y Ciencia Política* (Barranquilla, Editorial Uninorte), pp. 1-36.
- BONNECASE, JULIEN (2000): *Introducción al Estudio del Derecho* (Traducc. Jorge. Guerrero, Bogotá, Editorial Temis).
- BERNAL CRESPO, JULIA SANDRA (2012): "La Cooperación, Una estrategia eficiente en el origen evolutivo de nuestra especie", en: *Revista de Derecho Universidad del Norte Edición Especial* (Año 2012), pp. 100-128.
- BLANCO CARRASCO, MARTA (2009): *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica* (Madrid, Editorial Reus).
- BOBBIO, NORBERTO (1994): *Teoría General del Derecho* (Traducc. José Guerrero R., Bogotá, Editorial Temis).

⁸⁶ La Constitución Política de Colombia, expedida en 1991, estableció en su artículo 116 que los particulares pueden administrar justicia en su condición de conciliadores y de árbitros, de manera ocasional y transitoria. Estas figuras se fueron reglamentando posteriormente, por las siguientes normas: Ley 23, de 1991; Ley 446, de 1998; Ley 640, de 2001 y Ley 1563, de 2012.

- CALAMANDREI, PIERO (1996): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Traducc. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Librería El Foro), volumen I.
- CALVO SOLER, RAÚL (2014): *Mapeo de conflictos Técnica para la exploración de los conflictos* (Barcelona, Editorial Gedisa).
- CARNELUTTI, FRANCESCO (2003): *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho* (Traducc. Carlos G. Posada, Granada, Editorial Comares).
- CARNELUTTI, FRANCESCO (2010): *Cómo nace el Derecho* (Traducc. Santiago Sentís y Marino Ayerra, Bogotá, Editorial Temis).
- DAVIS, KINGSLEY (1965): *La Sociedad Humana* (Buenos Aires, Editorial Eudeba).
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN (1999): "Democracia, preferencias y negociación: el foro y el mercado", en: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* (Año 1999, Nº 2), pp. 1-20. Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/2/paramo.html> [visitado 18 de marzo de 2017].
- DIEZ PICAZO, LUIS (2008): *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (Barcelona, Editorial Ariel S.A.).
- DUGATKIN, LEE ALAN (2007): *Qué es el altruismo La búsqueda científica del origen de la generosidad* (Buenos Aires, Katz).
- ENTELMAN, REMO (2005): *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma* (Barcelona, Editorial Gedisa).
- FASSÓ, GUIDO (1988): *Historia de la Filosofía del Derecho* (Madrid, Editorial Pirámide).
- FERRARI, VINCENZO (1989): *Funciones del Derecho* (Madrid, Editorial Debate).
- FERRARI, VINCENZO (2000): *Acción jurídica y Sistema Normativo. Introducción a la Sociología del Derecho* (Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, S.L.).
- FLORES MENDOZA, IMER BENJAMIN (1997): "La Concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nº 90), pp. 1001-1036.
- FREUND, JULIEN (1995): *Sociología del Conflicto* (Madrid, Ediciones Ejército).
- HART, HERBERT (2012): *El Concepto del Derecho* (Buenos Aires, editorial Abeledo Perrot).
- HOBBS, THOMAS (1980): *Leviatán* (Madrid, Editora Nacional).
- ILLERA SANTOS, MARÍA DE JESÚS (2014): "Los Mecanismos Alternativos de solución de conflictos: una opción que complementa la actividad jurisdiccional", en: Vázquez Alfaro, Mónica (Ed.), *Temas actuales en derecho procesal y administración de justicia* (Barranquilla, Ediciones Universidad del Norte), pp. 104-138.
- ILLERA SANTOS, MARÍA DE JESÚS (2010): "La Responsabilidad del Conciliador en la solución del conflicto", en: Vladimir, Monsalve Caballero (Ed.), *La Responsabilidad Una mirada desde lo público y lo privado* (Barranquilla, Ediciones Uninorte - Ibañez), pp. 339-357.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO (2013): *Filosofía del Derecho* (México, Editorial Porrúa).
- GIMENO SENDRA, VICENTE (2005): *Introducción al Derecho Procesal* (Madrid, Editorial Colex).
- KELSEN, HANS (1988): *Teoría General del Derecho y del Estado* (Traducc. Eduardo García Mayness, México, D.F., Editorial Universidad Nacional Autónoma de México).
- KRIESBERG, LOUIS (1975): *Sociología de los conflictos* (México, Ciudad de México, Editorial Trillas).
- LUHMANN, NIKLAS (1984): *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general* (Barcelona, Editorial Anthropos).

- MACHO-GÓMEZ, CAROLINA (2014): Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión por Europa (España, Anuario de Derecho Civil).
- MARQUES CEBOLA, CÁTIA (2013): La Mediación (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- MOORE, CHRISTOPHER (1986): El Proceso de Mediación (Barcelona, Editorial Granica).
- MUÑOZ, FRANCISCO (2004): "Qué son los conflictos", en: Molina, Beatriz y Muñoz, Francisco (Eds.), Manual de Paz y Conflictos (Granada, Editorial Universidad de Granada), pp. 230-250.
- ORTÍZ, MARÍA JOSÉ (1995): "El Altruismo", en: Morales, José Francisco (Ed.), Psicología Social (Madrid, Editorial McGraw Hill), pp. 443-491.
- RECASENS SICHES, LUIS (2010): Sociología (México, Editorial Porrúa).
- REDORTA, JOSEP (2004): Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramientas de Mediación (Barcelona, Editorial Paidós).
- ROCCO, UGO (1983): Tratado de Derecho Procesal Civil II Parte General (Bogotá - Buenos Aires, Editorial Temis - Depalma).
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO (2002): Una filosofía del derecho en modelos históricos (Madrid, Editorial Trotta).
- SILVA GARCÍA, GERMAN (2008): "La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario", en: Revista Prolegómenos. Derechos y Valores (Vol. 11, Nº 22), pp. 29-43.
- SIMMEL, GEORG (2010): El Conflicto. Sociología del antagonismo (Madrid, Editorial, Sequitur).
- SOBER, ELLIOT Y SLOAN WILSON, DAVID (2000): El Comportamiento Altruista: Evolución y Psicología (Madrid, Editorial Siglo XXI de España).
- TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL (2011): Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho (Lima, Editorial Moreno S.A.).
- WEBER, MAX (1944): Economía y Sociedad (Traducc. José Medina Echavarría, México, Editorial Fondo de Cultura Económica).

JURISPRUDENCIA CITADA

- SENTENCIA C-037 de 1996, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- SENTENCIA C-893 de 2001, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Clara Inés Vargas.
- SENTENCIA C-222 de 2013, Corte Constitucional de Colombia, M.P. Maria Victoria Calle Correa

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional número 114, 4 de julio de 1991.