

LA LEY

ACTUALIDAD

Buenos Aires, Jueves 16 de agosto de 2007

Año LXXI N° 157 / ISSN 0036-1636

Opinión

Definiciones sobre el activismo de los jueces

POR WALTER F. CARNOTA

En el ámbito del Seminario "Perspectivas actuales del control de constitucionalidad", celebrado en la Universidad Católica Argentina y patrocinado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y la Fundación Konrad Adenauer, pronunció la conferencia de cierre el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Doctor Ricardo Luis Lorenzetti, quien se refirió a los "horizontes actuales del activismo judicial". El tema es muy significativo, ya que a menudo se habla de esta cuestión sin saber a ciencia cierta qué se quiere decir con esa expresión.

Luego de ser presentado por el presidente de la Asociación organizadora, Néstor Sagüés, el juez Lorenzetti explicó que la cuestión en tratamiento planteaba interesantes problemas para la lógica, la hermenéutica, la teoría constitucional y hasta al derecho ambiental, entre otros muchos campos de reflexión y de praxis.

Un primer modelo se refiere al juez como mero intérprete del legislador. La actividad parlamentaria se supone cerrada, completa y autosuficiente, en donde se pueden encontrar casi todas las respuestas. Diríamos nosotros que esta época, que se extiende desde los albores del constitucionalismo a fines del s. XVIII y se prolonga por todo el s. XIX, tiene como exponente al juez "boca de la ley" del que hablaba Montesquieu.

Encambio, los desafíos y la complejidad que presentan los siglos XX y XXI son otros, y es aquí donde sobreviene otro modelo. No en vano —recordemos— que Norberto Bobbio hablaba de la era de los jueces. La realidad es más dinámica y complicada que su teatralización

parlamentaria o congresional, con su "déficit de representación" a cuestas, nos dice Lorenzetti. El juez debe descodificar una serie de significados variados, oriundos de una diversidad de fuentes ("bloqueo de constitucionalidad": Constitución, tratados internacionales de derechos humanos), produciendo incluso una tensión en la división de poderes.

Allí, el Presidente del más Alto Tribunal centró su análisis en el activismo en defensa de los derechos fundamentales, cuyo "contenido mínimo" debe ser afianzado. Los de primera generación, como se sabe, irrogan obligaciones negativas, pero los de segunda (centralmente, los sociales) establecen facultades que conllevan para el Estado deberes de hacer o de dar. En esta línea, refirió el caso "Quiñones" en materia alimentaria. También expresó que en algunas de esas hipótesis la Corte ha entablado (como acontece muy seguido en Europa, agregamos) (1) un "diálogo de poderes" ("Verbitsky" sobre cárceles, "Badaro" acerca de jubilaciones, etc.), intercambio institucional que se ha continuado en "Massa" (pesificación) y recientemente en "Rosza", con motivo de los jueces federales subrogantes.

Un interesante supuesto se verifica en el área de los bienes colectivos. En este campo, Lorenzetti relató las experiencias comparadas del Río Ganges en la India y del fallo "Massachusetts c. EPA" de la Corte Suprema de los Estados Unidos (2). En nuestro país, se comenzó, desde junio de 2006, una serie de importantes precedentes ambientales con los sucesivos fallos en autos "Beatriz Mendoza". Otros bienes colectivos, como la intimidad, han generado una disidencia de este magistrado ("Mujeres por la Vida"), acerca de la legitimación activa de una

Conflicto, normación y crisis. Análisis multidisciplinario

POR ATILIO GONZÁLEZ

I. Introducción al Tema

La observación crítica de la realidad social contemporánea, nacional y extranjera, posibilita objetivar, cada vez más y con mayor frecuencia, un alarmante incremento de la conflictividad judicial; informada ésta, a nuestro entender, por un doble orden de connotaciones negativas fundamentales y sin desmedro de cualesquiera otras que pudieran existir, a saber:

a. El Conflicto genera, en ese preciso marco contextual, un efecto manifiestamente "propagador" que empece a su solución rápida, definitiva y apropiada; a la vez que profundiza, lenta e inexorablemente, la crisis del sistema judicial.

b. La Normación positiva vigente —sustancial y procesal—, generalmente traduce en el orden nacional inepticia para brindar al conflicto pronta y adecuada solución; quizá debido, en buena medida, a la insuficiente infraestructura judicial del Estado y a la desmesurada actividad legisferante de éste, siempre presto a reformar, incluso, leyes de reforma en vertiginoso ritmo (denominadas, indistintamente, reformas "cosméticas" o "parches"), que comúnmente desatiende el tejido social al cual se encuentra destinada: "Una aproximación al análisis de este fenómeno, explica Badeni, revela que, tanto en gobernantes como en gobernador, existe un afán por regular normativamente casi todos los aspectos de la vida social con disposiciones específicas que técnicamente no se compadecen con las regulaciones genéricas que puedan existir. Se incurre en el error de creer que todo problema social se resuelve mediante la sanción de una norma, sin verificar previamente su razonabilidad, viabilidad y sustento de legitimidad que pueda obtener de la ciudadanía. Son normas destinadas al desuso" (1).

La doctrina destaca, en tal sentido, que "la pretensión de asepsia pregonada por el positivismo ha demostrado su patética ineficacia a la hora de enfrentarse a situaciones que, no por novedosas, dejan de poner al descubierto la incapacidad de los sistemas normativos de resolver los "conflictos" que la Humanidad debe seguir sorteando en su tránsito evolutivo" (2).

Como hipótesis de trabajo y contribución para su estudio, nos proponemos efectuar un somero análisis doctrinal tentativamente or-

denado a esclarecer algunos de los múltiples aspectos concernientes a la compleja etiología del fenómeno señalado, desde una perspectiva multidisciplinaria.

Empero, consideramos menester inexcusable previo, delimitar el concepto de "conflicto" (3) y remarcar algunos de sus rasgos más salientes, en compendiada síntesis; que hacer que cumpliremos *ut infra* II.

Tesitura compatible con cierta corriente "jusefilosófica" —recordemos que "la doctrina de Derecho ha de ser tomada de las entrañas de la filosofía" (4), según la cual el "fenómeno jurídico primario" es, antes que cualquier otra cosa, el "conflicto de intereses", mientras que la normación constituye el "fenómeno jurídico secundario", en tanto procedimiento, conformado por reglas o directrices, específicamente ordenado a la solución del conflicto (5).

Cabe adunar a lo expresado, antes de proseguir el análisis del tema de fondo que centra nuestra atención, que la filosofía del Derecho "no es una materia para adorno exclusivo en ciertas solemnidades académicas: El procesalista hace ciencia Procesal y resuelve cuestiones procesales por sí mismo, científicamente, pero la "Filosofía del Derecho" le ofrece una magnífica brújula de orientación, que no le resuelve sus cuestiones científicas, pero sí le ayudará en su científica tarea" (6).

En genere, "la relación entre la filosofía y la ciencia es de índole histórica: la filosofía ha sido y seguirá siendo la madre de las ciencias, por ser aquella disciplina que se ocupa de la formación de los problemas, luego tomados por la ciencia para solucionarlos" (7).

Consustanciado con la idea expuesta en el antepenúltimo párrafo antecedente, que instala al "conflicto" como "fenómeno jurídico primario", doctrina de inobjetable autoridad, conceptúa que el conflicto puede provocar los disvalores siguientes:

- "La afectación de un derecho subjetivo;
- La alteración de los esquemas de poder en la sociedad, en tanto se ven afectadas las normas jurídicas que constituyen una de las bases de su estructura;
- La alteración de la paz social, pues el sujeto afectado puede pretender hacerse justicia por

(Continúa en pág. 2) ►

NOTAS

(1) Ver, p.ej., FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, "La justicia constitucional europea ante el s. XXI", Madrid, Tecnos, 2007, en especial capítulo VII ("Sentencias").

(2) Sentencia del 2 de abril de 2007.

NOTAS

(1) BADENI, Gregorio, "Cuando el fin de la ley se pierde en el tiempo", La Nación, 1-07-07 (D. del A.).

(2) MARTINEZ, Alejandro Patricio, "Problemática de la interpretación judicial", en "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", Año XVIII, N° 41/2, Julio-Dic. 2006, p. 274, D. del A.

(3) GONZALEZ, Atilio C., "Estudios de Derecho Procesal", v. IV, Ed. Ad-Hoc, 1994, p. 63 y sig. jurisp. y doct. allí cit. MONROY GALVEZ, Juan,

"Introducción al proceso civil" (I) Ed. Temis 1996, ps. 190 y sig.

(4) CICERON, "Las Leyes", 1, 5, 17.

(5) DIEZ PICAZO, L. "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, ps. 7, 10 y 26.

(6) IBAÑEZ DE ALDECOA, Alfonso, "Meditaciones sobre la Cientificidad Dogmática del Derecho Procesal", Ed. Arayu, Bs. As., 1954, ps. 9 y 14.

(7) FERRATER MORA, op. cit., p. 47

LA LEY online Capacitaciones Telefónicas

Comuníquese con nosotros y nos contactaremos para comenzar con la CAPACITACIÓN ONLINE en el momento que usted desee.

Sin cargo adicional.

Contacto: (011) 4381-1244
laley.capacitaciones@thomson.com

www.laleyonline.com.ar

Definiciones...

(Viene de pág. 1) ►

organización no gubernamental para cuestionar políticas públicas que afectan la privacidad.

Finalmente, el Presidente del cimiento Tribunal resaltó, con cita de auto-

res como Kant y Alexy, la necesidad de apuntalar valores como la tolerancia, el pluralismo y la división de poderes (reconocer al activismo en defensa de los derechos no implica de ningún modo establecer el “gobierno

de los jueces”). Destacó, en fin y a lo largo de su disertación, los aportes del experimentalismo, del institucionalismo y del consecuencialismo.

Por nuestra parte, celebramos —desde la óptica de la calidad institucional— la trascendencia de encuentros como el que reseñamos, en donde la comunidad académica tiene oportunidad para conversar con ope-

radores del sistema (incluso, en este caso, con preguntas y respuestas libres). Esta práctica, muy común en democracias más consolidadas, no era habitual entre nosotros.

Coincidimos con las conclusiones del Ier Encuentro Nacional de Jueces del año pasado, en orden a la importancia que los aspectos comunicacionales tienen hoy en día para la

judicatura. Los jueces deben explicar sus decisiones a la sociedad, cada vez más ávida de información fehaciente en la dura construcción por sus derechos y garantías.

Dialogar, en este caso con el colectivo de los constitucionalistas, ha sido un vívido ejemplo de esos nuevos vientos en la justicia federal argentina. ♦

Conflicto, normación...

(Viene de pág. 1) ►

mano propia o la sociedad puede perder confianza en el sistema de prestación de la tutela jurisdiccional o, incluso, del propio sistema de poder político” (8).

Inherente contrapartida de lo cual es la necesidad, perentoria e insoslayable, de que el “conflicto” encuentre permanente, oportuna y eficaz solución; para conjurar el riesgo eventual, pero inminente y cierto, de que el Hombre se constituya en la víctima irredenta de una conflictividad descontrolada. Fenómeno éste de características sui generis que ya comenzó a mostrar sus garras en nuestra sociedad.

Enseña Di Iorio (9) que “existe la necesidad individual, política y social de solventar el conflicto, ya que al desaparecer o neutralizarse éste:

a. Se otorga satisfacción al sujeto afectado en su derecho;

b. se restaura el orden jurídico violado;

c. se evita la alteración de la paz social”.

El análisis de estos conceptos será retomado y profundizado ut infra, especialmente párrs. III y IV, a los que remitimos.

II. El conflicto

1. El conflicto es conceptualizable desde puntos de vista diversos y puede existir en la realidad social por causas y con contenidos distintos: moral, religioso, filosófico, político, jurídico, etc. (10), según sitúe su mira el investigador; aunque, como supuesto teórico, hemos de acotar nuestro análisis y explicar dicha noción desde tres perspectivas diferentes, aunque interrelacionables entre sí: a. su acepción común; b. su sentido psicológico; y c. su concepto jurídico;

por más que todas las disciplinas han contribuido, mediante la investigación, a determinar las características esenciales del conflicto (11).

a) Aceptación común

Según su acepción corriente, la voz “conflicto” equivale a “lo más recio de un combate” (12), siendo sinónimo de los vocablos: colisión, choque, lucha, antagonismo, hostilidad, pelea, batalla, combate y conflagración; y antónimo de la palabra paz (13); dato cognoscitivo éste de muy particular significación y perfectamente concordable con su sentido jurídico: El proceso contencioso o jurisdiccional, naturalmente ordenado a resolver conflictos es, precisamente, un instrumento de “paz social conjuntiva” —expresión felizmente acuñada por Carnelutti—, quien considera además que tal podría ser la última ratio del Derecho Procesal (14).

b. Sentido psicológico

Desde una perspectiva psicológica, absolutamente trascendente en tanto la psicología es la ciencia objetiva de la conducta (15), la coexistencia de conductas contradictorias, incompatibles entre sí, configura el conflicto; el que es cíclico —nace, se desarrolla y muere—, “connatural a la existencia misma del hombre y tanto puede significar un elemento propulsor en el desarrollo del individuo, cuanto conformar una situación patológica” (16).

Así entendido, el conflicto es siempre lucha, oposición o colisión de conductas (o comportamientos) (17); habiendo sido incorporado el vocablo conducta a la psicología desde otros campos del conocimiento; a saber: la química, para dar cuenta de la actividad de una materia; la biología, para referir manifestaciones de la célula como sustancia viva; la zoopsicología, ordenada exponer cuan-

to concierne a las reacciones de la especie animal; y la psicología humana, aplicable a todas las reacciones externas del hombre. En ese preciso orden taxativo (18).

Adviértase que, según su etimología, la palabra conducta proviene del vocablo latino “conducere” que significa “llevar”, “conducir”, o “guiar” (19), sentido perfectamente ensamblable con su acepción psicológica, pues todas las manifestaciones comprendidas en el término “conducta” mentan acciones conducidas o guiadas por algo que está ubicado fuera de aquéllas e instalado en un plano promitente: la mente humana (20).

c. Conceptualización jurídica

En su conceptualización jurídica, se denomina “conflicto intersubjetivo de intereses” al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca del mismo bien de la vida en el plano de la realidad social” (21); connotación que tipifica el carácter dialéctico del Derecho, en tanto “supone siempre dos partes enfrentadas con títulos relativamente opuestos” (vid, infra V): “La experiencia jurídica es, aunque no exclusivamente, también experiencia de conflictos” (22).

El conflicto aparece así como un “choque o colisión de intereses” —constituidos éstos por todo aquello que el hombre desea lograr o impedir que acontezca (23)—; y no tan sólo de conductas, como lo interpreta la psicología, en razón de que ciertos planos del comportamiento humano resultan indiferentes para el Derecho, y éste únicamente los aprehende y los regula en la medida en que aparecen jurídicamente relevantes desde el punto de vista social (24). De acuerdo con la concepción egológica del Derecho, éste es específicamente regulador de la conducta del hombre en sociedad (25).

De ahí que el proceso judicial sea concebible racionalmente como un medio pacífico de debate dialéctico

para lograr la solución de los “conflictos de intereses”, cuya razón de ser se instala en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima imperante en una sociedad determinada (26).

Como se infiere de lo expresado el conflicto, “fenómeno jurídico primario”, es la “idea eje” de la estructura jurisdiccional del Estado propia de todo régimen político democrático.

2. Conflicto y Conducta

A partir de las nociones expuestas precedentemente, es dable vislumbrar la existencia de una perfecta correspondencia biunívoca entre conducta humana y conflicto; en tanto éste aparece configurado, ingenerre, como un “choque o colisión de conductas”, según predica la psicología; y, específicamente en lo jurídico, se tipifica cual una “colisión de intereses”; sin dejar de ser también, en su estructura eidética esencial, un choque de conductas; pues la conducta es “el objeto material primario del fenómeno jurídico” (27).

Trasladada esta noción al Derecho material —conjunto de normas reguladoras de la conducta del hombre en sociedad según predica la “teoría egológica”—, y al Derecho Procesal en particular —cuyo objeto específico de conocimiento, el “proceso contencioso o jurisdiccional”, es un instrumento concebido por la dogmática como un fenómeno de manifestación de conductas (28), en el que el Derecho vive y actúa (29)—, la noción de conflicto adquiere un relieve marcado e inequívoco.

Procede aclarar que, con posterioridad a su formulación, Carnelutti rectificó tal concepción de su autoría y señaló que “sostener que el Derecho no vive sino en el proceso constituye, sin duda, una exageración, pues la legislación no representa más que una parte y no la principal del Derecho; lo que hay en él de más vivo, de más humano, de más problemático y, por ello mismo, de más atrayente es, en verdad, el juicio” (30).

III. El “factum turbativum” en la sociedad actual. Incremento de la conflictividad

1. Doctrina germana seguidora de la “teoría de la pretensión de protección del Derecho”, predica que mientras el Derecho esté cumplido —*id est*, no esté violado por transgresión ninguna—, no se necesita de la protección jurídica: el *factum turbativum* (la transgresión), es el presupuesto inexorablemente fundante de la acción, siempre que “la transgresión asuma una pretensión de modificación del estado existente” (31).

Es que las hipótesis de conflicto nacen, rigurosamente consideradas, “en el plano concreto de las conductas contingentes; es decir, es una posibilidad de hecho, como consecuencia de la violación del Derecho y del orden que le es anejo” (32).

2. Desde su mirador específico, la psicología de la conducta considera que “el conflicto es consustancial a la vida misma y tanto significa un elemento propulsor en el desarrollo del individuo, como puede llegar a constituir una situación patológica”, (33); como lo señalamos ut supra, II. 1, b).

Desarrolla Bleger la noción expuesta destacando que “lo ideal no es la ausencia de conflictos, porque ellos constituyen la contradicción en la unidad de la conducta y, por tanto, su fermento dialéctico de cambio y transformación; lo que importa es el destino de los conflictos y la posibilidad de resolverlos, o sobrellevarlos” (34).

Llegamos así, precisamente, a lo que consideramos la médula de nuestra tarea monográfica: si el “conflicto” es, según secuela regular concebida por la psicología, cíclico —nace, se desarrolla y muere—, trasvasada esa misma noción psicológica al plano jurídico en general y al procesal en particular, interpretemos que el ideario de todo sistema normativo (“fenómeno jurídico secundario”), debe propender, necesariamente, a brindar al “conflicto” (“fenómeno jurídico

NOTAS

(8) DI IORIO, Alfredo J., “Las variables que condicionan la evolución de las instituciones procesales”, ED, 12-11-04, p. 1 (D. del A.).

(9) Op. cit., p. cit. (D. del A.)

(10) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 24, párr. 2. Con relación a las causas del conflicto, ver Gimeno Sendra, José V., “Fundamentos del Derecho Procesal” (Jurisdicción, acción y proceso), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1981, p. 21. I.

(11) Desde todas las disciplinas y los enfoques, se ha contribuido investigando determinadas características esenciales del conflicto (psicología, sociología, antropología, matemática, abogacía, etc.) (WILDE, Zulema D. y GAI-

BROIS, L.M., “Qué es la mediación”, Abeledo-Perrot, 1994, p. 38.

(12) “Diccionario de la Real Academia Española”, Madrid, 1984, t. 1, p. 358, col. 1.

(13) “Diccionario de Sinónimos, Antónimos y Parónimos”, Ruy Díaz, 1985, p. 171.

(14) CARNELUTTI, Francisco “Sistema de Derecho Procesal Civil”, I - 38, Bs. As. (trad. de Sentís Melendo y A. Zamora).

(15) BLEGER, José, “Psicología de la Conducta”, Paidós (México), 1989, ps. 24 y 26, quien se refiere a la “conducta” como el tema central de la psicología.

(16) BLEGER, José, op. cit. p. 149.

(17) SENTIS MELENDO no admite la sinonimia entre ambos vocablos (Falcón, Enrique, “Código Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 1983, t. 2, 157.

(18) BLEGER, José, op. cit. p. 23.

(19) RAZQUIN, José A. “Manual de latín jurídico”, Ed. Depalma, 1993, p. 198, Col. 2a., in fine.

(20) BLEGER, José, op. cit., p. 23.

(21) ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 14.

(22) LAMAS, Adolfo Félix, “La experiencia jurídica”, Bs. As., 1991, p. 383, c.

(23) Los “intereses” constituyen todo aquello que la parte desee lograr o im-

pedir que acontezca (Wilde et alter, op. cit., p. 41).

(24) BETI, Emilio, “Teoría general del Negocio Jurídico”, Madrid, 1959, ps. 93 y sig.

(25) COSSIO, Carlos, “La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad”, Bs. As., 2ª ed. 1964.

(26) ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 23, párr. 1.

(27) LAMAS, op. cit., p. 356, párr. II.

(28) FURNO, Carlo, “Teoría de la prueba legal”, Revista de Derecho Privado, 1954, p. 59.

(29) CARNELUTTI, Francisco, “La prueba legal”, Depalma 1982 (prólogo).

(30) CARNELUTTI, Francisco, “Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal Argentino”, La Ley, t. 51, p. 1123, año 1948.

(31) WACH, Adolfo, “La pretensión de declaración”, Ed. Ejea, 1962, ps. 81, 83 y sig. en “Breviarios de Derecho”, Colección dirigida por S. S. Melendo (D. del A.).

(32) LAMAS, Félix Adolfo, “La experiencia jurídica”. “Instituto de Estudios Filosóficos”, Santo Tomás de Aquino; Bs. As., 1991, ps. 441 y 527.

(33) BLEGER, José, “Psicología de la conducta”, Ed. Paidós, 1989, Cap. XII, p. 149.

(34) BLEGER, José, op. cit. p. cit. (D. del A.)

co primario”), una solución adecuada que lo extinga —o “neutralice”, como expresa Di Iorio— (35) pero no a su mantenimiento *ad infinitum* sin ser dirimido según los modos jurídicamente previstos al expresado efecto (vid. infra, V).

Con relación a ello, traemos a colación el pensamiento de Perfecto Andrés Ibáñez, Juez del Tribunal Supremo de España (36), quien explica que: “tradicionalmente, el aparato judicial incidía sobre el conflicto para componerlo o reprimirlo” (37).

Empero, según ese mismo autor, “hoy el propio palacio de justicia se ha hecho permeable al conflicto y ha terminado siendo un ámbito conflictual en sí mismo”. “A su vez, la conflictividad social, en un mundo como el actual, particularmente fluido, cambiante y abierto a lo imprevisible, han adquirido una indudable dimensión de instancia explícitamente reguladora ante la insuficiencia y parquedad del dato normativo” (38).

Aunque el Juez Ibáñez adocina para un contexto socio-político ajeno al nuestro, sus palabras devienen también aplicables a éste, en tanto analiza con aguda reflexión: “Resulta así bastante claro que tales nuevos ingredientes han alumbrado una nueva situación, pero lo cierto es que no ha decaído el nivel del conflicto; por el contrario, se mantiene y evoluciona en términos incluso crecientes. Sin embargo, en términos que son otros términos. Porque se le han añadido nuevos ingredientes” (39).

Ese acrecentamiento de la conflictividad provoca, a nuestro entender el “efecto propagador” mencionado inicialmente (párr. I), en la medida que, paulatinamente, va construyendo sobre la sociedad una “atmósfera transgresora” cuyo común denominador es la “mimesis” —voz de origen helénica que significa “imitación”— y psicológicamente funciona de acuerdo con el siguiente esquema mental: “si gran número de contribuyentes deja de pagar sus impuestos (y “no pasa nada”) por qué debo pagarlos yo?”. Y así sucede con una multiplicidad de situaciones, análogos o similares, cuya enumeración devendría ociosa en la presente oportunidad, que van generando un “encadenamiento conflictual”, indeterminable y grave, en razón de los disvalores que traduce, culminantes en crisis.

La locución “total no pasa nada”, de uso muy arraigado en la jerga idiomática popular vernácula, refleja con elocuencia la convicción del ciudadano de que el Estado pone invariablemente de manifiesto una actitud pasiva ordenada a no hacer efectivo procedimiento ninguno para superar los “conflictos”, que se suceden así en inacabable secuencia.

Hasta que sobreviene, como un “brote patológico” (40), la crisis con

todas sus implicancias conocidas, cuando el fenómeno ya ha colapsado.

IV. Modos de dirimir el conflicto. Concepciones clásica y moderna

1. Todo “conflicto intersubjetivo de intereses” resulta dirimible, por principio, por intermedio de los siguientes procedimientos, según concepción clásica (41), a saber:

a) La Autotutela (autodefensa o autoayuda), legalmente autorizada sólo en casos muy excepcionales; en la que predomina el empleo de la coacción; paradigma de lo cual es el art. 2470 del Cód. Civil: “el hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde...” (D. del A.).

b) La autocomposición directa, mediante el uso de la razón, siendo distinguibles a ese respecto, de acuerdo con el número de voluntades concurrentes, modos unilaterales (vg. al allanamiento), y bilaterales (vg. la transacción).

c) La heterocomposición, por conducto de la autoridad (42) de un tercero imparcial; siendo diferenciables, según la naturaleza del órgano ante el cual eventualmente tramite el instrumento destinado a resolver el conflicto (43), y sendas variables:

c.1) El proceso privado (arbitraje), y

c.2) El proceso judicial; que, como dijéramos, constituye por antonomasia “el medio pacífico de debate dialéctico —vid. infra VI—, para lograr la solución de los “conflictos intersubjetivos de intereses”, cuya específica razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima de una determinada sociedad” (44).

De ahí que el “proceso” judicial, como instrumento, cumple una doble función, según la óptica desde la que se lo enfoque (45).

a) Desde el ángulo del justiciable, es un instrumento destinado a solventar el “conflicto de intereses” afirmado en la “pretensión material”.

b) Desde la perspectiva del Estado, es un instrumento al servicio de la actividad jurisdiccional de éste; ordenado, precisamente, a dirimir “conflictos” de intereses.

En dicho contexto, la sentencia definitiva exhibe la connotación distintiva —como acto normal de conclusión y la manifestación más viva de la soberanía del Estado (46)— de ser el estadio del “proceso contencioso o jurisdiccional” específicamente con-

traído a resolver conflictos intersubjetivos de intereses. (47).

Aun cuando también resulta racionalmente concebible que el conflicto sea dirimido sin que en el proceso sobrevenga el dictado de una sentencia; tales, los “supuestos alternativos de su solución”, cuales son la autocomposición, el arbitraje o la mediación (48).

2. Con un criterio actual enumera Di Iorio, como modos de dirimir el conflicto, los siguientes (49).

a) La autotutela: justicia por mano propia, que es la más antigua.

b) La autocomposición: es la composición del conflicto de común acuerdo por ambas partes.

c) Jurisdiccional: es la realizada por el Estado mediante actos de poder ejercitados por órganos especialmente afectados a esa función (el juez).

Señala el autor mencionado que, además, “en la evolución de la sociedad se puede advertir que en términos generales estas tres etapas se han configurado cronológicamente, partiendo de los conflictos dirimidos privadamente hasta una justicia tutelada por el Estado. Ello, sin perjuicio de que en la actualidad, la antigua actividad de solventar litigios por un tercero imparcial de carácter privado en calidad de árbitro, vuelva a ser impulsada”.

V. La “dialéctica” del derecho y del proceso. Fundamentación filosófica

1. Tal como lo explicitamos ut supra, IV, el “proceso contencioso judicial” —paradigma al cual acotamos nuestro cometido—, constituye por antonomasia el medio pacífico de “debate dialéctico” para lograr la solución de los “conflictos de intereses”.

La dogmática jusfilosófica explica que, entre las denominadas “aporias empíricas del Derecho” figura, precisamente, cuanto concierne a la dialéctica del Derecho, tornándose “necesario, antes, investigar cuáles son los sentidos según los cuales puede decirse que el Derecho es dialéctico” (50).

Respecto de lo cual procede poner de resalto, en primer término, que la voz “aporía” significa problema o dificultad; y literalmente equivale a “camino sin salida” (51).

Etimológicamente, tiene su origen en el vocablo griego “poros”, que quiere decir camino o pasaje y de allí deriva la palabra “aporos”, significante de un “pasaje difícil o empantanado”, del que, a su vez, viene “aporía”, “como dificultad de un ‘pasaje’ del pensamiento en su discurrir” (52).

Sentado lo expuesto, cabe considerar in genere, que “el Derecho es dialéctico” en un triple sentido:

a) En tanto y en cuanto en su propia noción está incluida la tensión entre dos contrarios: en ella se da la contradicción entre justo e injusto, legal e ilegal, etc.

b) Desde el punto de vista metodológico, el Derecho es también dialéctico en razón de ser “un modo silogístico de argumentar cuya conclusión es meramente probable”: como interpreta el tomismo, “en los negocios humanos no puede haber una probanza demostrativa e infalible, sino que basta alguna probabilidad conjeturable”.

Expresado de otro modo: El Derecho es “una técnica del pensamiento que busca dar respuestas razonablemente justas a los problemas de la vida jurídica” (53).

c) En tercer lugar, el “Derecho es dialéctico en cuanto supone dos partes enfrentadas con títulos relativamente opuestos: la experiencia jurídica es, aunque no exclusivamente, también experiencia de conflictos”; como lo puntualizamos ut supra, II, I, c.

Concordante con la idea expuesta, Ferrater Mora explica que “lo mismo que en el ‘diálogo’, en la dialéctica existen dos razones o posiciones entre las cuales se establece una confrontación” (54).

Y concluye expresando que “la dialéctica es, en suma, lo que hace posible el despliegue y, por consiguiente, la maduración y realización de la realidad” (55).

Tal vez parezca obvio enfatizar que el “proceso contencioso judicial”, objeto específico del conocimiento del “Derecho Procesal” —Capítulo integrante del “Derecho” como universo normativo—, también se encuentra informado por la naturaleza “dialéctica” precedentemente explicada, en tanto se asienta en el “principio de bilateralidad del contradictorio” entre dos partes enfrentadas o contrapuestas y divididas por causa del “conflicto de intereses” cuya solución pretenden por conducto de aquél.

VI. Disvalores irrogados por causa del conflicto no dirimido. Paradigma actual

Cual fue explicado en el párr. I, in fine, el conflicto es por excelencia el “fenómeno jurídico primario”; mientras que la normación constituye el “fenómeno jurídico secundario” en tanto procedimiento específicamente ordenado a la solución de aquél.

Desde su perfil jurídico, el conflicto de intereses supone la coexistencia de una pretensión y de una resis-

tencia a ésta, acerca del mismo bien de la vida; lo que tipifica el carácter dialéctico del Derecho y del Proceso contencioso; en tanto concepto que supone siempre la presencia de dos partes contrapuestas o enfrentadas.

Precisamente, entre los diversos modos de dirimir el conflicto (párr. V), el “proceso contencioso judicial” constituye, por antonomasia, el “método pacífico de debate dialéctico para lograr la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses” (ver, nota 44).

Recalamos una vez más que, desde la perspectiva que se lo examine, el “conflicto” es dinámico y cíclico: nace, se desarrolla y muere; y, aunque conatural a la vida misma del ser humano, lo ideal no es —como enseña Bleger desde el plano psicológico—, la “ausencia de conflictos: lo que importa es el destino de los conflictos y la posibilidad de resolverlos o sobre llevarlos”.

Síguese de lo expresado que, si el conflicto es dinámico y cíclico —exhibe génesis, desarrollo y extinción—, volcada esa misma noción psicológica al plano jurídico en general y al procesal en particular, el ideario de todo sistema normativo (fenómeno jurídico secundario) debe propender, indeclinablemente, a solucionar el “conflicto” (fenómeno jurídico primario), en pos de su extinción, y no a su mantenimiento *ad aeternum* sin ser dirimido, ni a su solventación parcial o defectuosa.

Sila insuficiencia y/o ineficacia del orden normativo no logra concretar el prototipo señalado, la acumulación de conflictos sin resolver, o resueltos parcial o defectuosamente, fatalmente desembocará en una crisis judicial, colapsará el sistema orgánico y provocará el quiebre institucional de la “paz con justicia”, razón última del Derecho (vid. supra, I, “in fine”).

Lo expresado halla sustento material en la más descarnada realidad existencial contemporánea, nacional y foránea; vale decir, no constituye un supuesto meramente teórico, ni de orden puramente local.

“En la hora presente, pareciera haberse agotado la reforma procesal, concebida como modificación del Código Procesal, dicho esto en el sentido de que no parece una vía que proponga soluciones efectivas al problema judicial. En realidad, el problema tal vez no sea procesal sino judicial, por lo que tendrá que encararse una efectiva reforma judicial” (56).

Y como “para muestra basta un botón”, procede poner de resalto que, en nuestro país, durante el año 2006,

(Continúa en pág. 4) ►

NOTAS

(35) Vid. supra, I, in fine.

(36) Al tiempo de ser redactado este trabajo, el Dr. Ibáñez se encontraba en nuestro país como asistente al I Congreso Federal de Justicia Penal (La Nación, 30-5-07, ps. 1 y 15).

(37) IBAÑEZ, Perfecto Andrés, “Justicia/Conflicto”, Ed. Tecnos, Madrid 1988, p. 11 (D. del A.).

(38) IBAÑEZ, P.A., op. cit., ps. 12 y 52 (D. del A.).

(39) IBAÑEZ, P., op. cit., p. 52.

(40) Expresión acuñada por Cossio, dentro campo jurídico-procesal.

(41) ALVARADO VELLOSO, Adolfo “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 19.

(42) La autoridad (auctoritas, en el Derecho Romano), es definible como el saber o la verdad socialmente reconocidas, el prestigio, la superioridad moral o la dignidad social de la magistratura (GIMENO SENDRA, op. cit., p. 33, B).

(43) PALACIO, Lino, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 1967, t. I, p. 306.

(44) ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 19, párr. 3.

(45) GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, “Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal”, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, Año 1970, N° 3.

(46) LASCANO, David, “Proyecto de Código de Procedimientos”, Ed. Universidad Nacional de La Plata, Facul-

tad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1935, p. 45.

(47) RODRIGUEZ AGUILERA, Cesario, “La sentencia”, Bosch, 1974, p. 56, párr. 15.

(48) ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 15, párr. 2.

(49) DI IORIO, A.J., op. et p. cit.

(50) LAMAS, op. cit., ps. 381 y sig.; cuya enseñanza reproducimos (D. del A.).

(51) FERRATER MORA, op. cit., p. 97, (D. del A.).

(52) LAMAS, op. cit., p. 384 (D. del A.).

(53) T. VIEHWEG, “Tópica y Jurisprudencia”, cit. por Lamas, op. cit., p. 382.

(54) FERRATER MORA, op. cit., p. 97 (D. del A.).

(55) FERRATER MORA, op. cit. p. 99 (D. del A.).

(56) DI IORIO, Alfredo J., op. cit., 2a. parte, ED, 24-11-04, p. 5.

LA LEY

ACTUALIDAD

4 Buenos Aires, jueves 16 de agosto de 2007

Conflicto, normación...

(Viene de pág. 3) ▶

sobre un total de 895 magistrados de la justicia nacional y federal, 170 son subrogantes (20%) (57); y, promediando ya este año 2007, la crisis judicial agravada trasciende a los aspectos siguientes:

- se encuentran acéfalos el 20% de los Juzgados;

- el sistema de selección de jueces se encuentra paralizado;

- el Consejo de la Magistratura resolvió no convocar nuevos concursos hasta que se defina quiénes serán los jurados y con qué criterio se implementarán las calificaciones;

- desde la asunción del gobierno actual renunciaron 172 jueces;

- de esos 172 jueces renunciados, 157 juzgados de todo el país, acéfalos, están a cargo de "jueces subrogantes".

- a fin de mayo de 2007, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de los "jueces subrogantes"—temperamento que compartimos—, y prohibió nuevas designaciones de ese tipo; pero, para evitar un colapso, permitió que los ya designados prosigan un año más en el desempeño de sus cargos, y dispuso que las sentencias que pronuncien tengan validez y no puedan ser tachadas de nulidad (58); solución que brinda un amplio marco de discutibilidad.

Ese sólo paradigma posee entidad suficiente para justificar per se una reforma legislativa, urgente e integral; ordenada, fundamentalmente, a poner punto final a los innumerables conflictos de intereses contenidos en las "pretensiones" que se debaten en las miríadas de "procesos contenciosos" que penden de resolución definitiva en los Tribunales del país.

El respeto al justiciable y el postulado constitucional de "afianzar la justicia", ameritan por igual la adopción inmediata del temperamento propugnado, para evitar que, en un futuro no muy lejano, las generaciones que nos sucedan, y nosotros mismos, tengamos que lamentar el menoscabo grave e irreversible de ese valor supremo que es la "paz social con justicia", como actualmente sucede en vastas regiones del planeta.

VII. Colofón

Conteste con el temperamento expuesto, la CSJN, a través de innu-

meros pronunciamientos, interpreta con ponderado criterio que "la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal previsto en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de afianzar la justicia enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional" (59).

Desde este humilde foro bregamos en favor de que tan lúcida concepción no quede "suspendida en las esferas abstractas del pensamiento", sino que encuentre tangible y plena concreción por conducto de una reforma legislativa, inmediata y equilibrada, que posibilite al justiciable obtener una rápida y eficaz solución a los "conflictos de intereses" que los aqueja.

Pero, eso sí, "con la cabeza en la tierra y sin divagaciones etéreas" (60). El Estado, al viabilizar mediante una infraestructura normativa adecuada, dirimir definitivamente el conflicto de intereses que divide a las partes del "proceso", restablece la paz habida entre éstos con anterioridad al desencadenamiento de la crisis: paz, como antónimo o antítesis del conflicto.

El proceso, un "instrumento dialéctico" de "paz social con justicia y genuino subrogado de la guerra"—según el sabio filosofar de Carnelutti—, concreta un ideario connatural a la existencia misma, al procurar evitar, expresado con las propias palabras de aquél, "que los hombres, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos, traten de despedazarse como lobos".

VIII. Bibliografía

Martínez, Alejandro Patricio, "Problemática de la interpretación judicial"; en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", año XVIII, N° 41/2; jul-dic 2006.

González, Atilio C. "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ad-Hoc, 1994, v. IV.

Cicerón, "Las Leyes", 1, 5, 17.

Diez Picazo, L. "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona.

Ibáñez de Aldecoa, Alfonso, "Meditaciones sobre la Cientificidad Dogmática del Derecho Procesal", Ed. Arayu, Bs.As., 1954.

Di Iorio, Alfredo J., "Las variables que condicionan la evolución de las instituciones procesales"; Ed. Ejemplar del 23-11-04, p. 1 (1ª parte).

Id. id., ED, ejemplar del 24-11-04, p. 5 (2a. parte).

Alvarado Velloso, Adolfo "Introducción al Estudio del Derecho Procesal", Rubinzal-Culzoni, 1992.

Gimeno Senra, Gimeno V, "Fundamentos del Derecho Procesal", Ed. Civitas, Madrid, 1981.

Wilde, Zulema D. y Gaibrois, L. M., "Qué es la mediación", Ed. Perrot 1994.

Carnelutti, Francisco "Sistema de Derecho Procesal Civil", Bs.As., 1944 (Trad. por S. Melendo y Zamora).

Bleger, José, "Psicología de la Conducta", Paidós, México, 1989.

Falcón, Enrique M. "Código Procesal Civil", Abeledo Perrot, 1983.

Razquin, José A. "Manual de Latín Jurídico", Ed. Depalma, 1983.

Beti, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Madrid, 1959.

Cossio, Carlos "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad", Bs. As., 2ª ed., 1964.

Lamas, Adolfo Félix "La experiencia jurídica", "Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino", Bs. As., 1991.

Furno, Carlo, "Teoría de la Prueba Legal", Revista de Derecho Privado, 1954.

Carnelutti, Francisco, "La prueba legal", Depalma, 1982.

Carnelutti, Francisco, "Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal Argentino", La Ley, t. 51/48, p. 1123.

Wach, Adolfo, "La pretensión de declaración", Ed. Ejea, 1962.

Ibáñez, Perfecto Andrés, "Justicia/Conflicto", Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, 1967.

Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo, "Una nueva reflexión, acerca del concepto de Derecho Procesal"; en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", Año 1970, N° 3.

Lascano, David, "Proyecto de Código de Procedimientos", Ed. Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", 1935.

Rodríguez Aguilera, Cesáreo, "La Sentencia", Ed. Bosch, 1974.

Ferrater Mora, José, "Diccionario de Filosofía Abreviado", Ed. De Bolsillo 2007, Bs. As.

"Diccionario de la Real Academia Española", Madrid, 1984.

"Diccionario de Sinónimos, Antónimos y Parónimos", Ruy Díaz, 1985.

"Diccionario de la Lengua Española", Ed. Espasa 2001, Madrid.

Berizonce, Roberto O., "Nulidades absolutas por defectuosa o irregular constitución del tribunal (a propósito del régimen de subrogancias de magistrados)"; en "Revista de Derecho Procesal", 2007-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 31.

Badeni, Gregorio, "Jueces naturales y seguridad jurídica", LALEY, 2005-B, 335 y sig.

Badeni, Gregorio, "Cuando el finde la ley se pierde en el tiempo"; La Nación, 01-07-07 (D. del A.). ♦

Noticias

Jornadas Sudamericanas de Derecho Comercial

Director: Dr. Raúl A. Etcheverry.

Coordinadora: Dra. Alejandra N. Tevez

Organiza: Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Departamento de Posgrado).

Lugar: Salón Rojo de la Facultad de Derecho

Fecha: 27, 28 y 29 de agosto de 2007.

Horario: 16 a 20 hs.

Acto de apertura: lunes 27 de agosto, con palabras de bienvenida a cargo del Decano Dr. Atilio Aníbal Alterini.

Por primera vez en Argentina se realizará el encuentro académico que concentrará a prestigiosos profesionales que expondrán sobre los temas más actuales del derecho mercantil de la región.

Programa

Lunes 27 de agosto

16 horas - Apertura de las Jornadas: Prof. Raúl Aníbal Etcheverry

16:15 a 16:45 horas - Prof. Arcelia Quintana "Formas empresariales en México".

16:45 a 17:15 horas - Prof. Teresita Rodríguez Mascardi "Naturaleza de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas frente a terceros. Jurisprudencia reciente en Uruguay."

17:15 a 17:45 horas - Prof. Héctor Alegría. "Principios del derecho concursal"

17.45 a 18.30 - Preguntas y opiniones

18.30 a 19 horas - Prof. Joao Alves "Relaciones de consumo y empresas"

19 horas - Palabras de bienvenida del Decano de la Facultad de Derecho (UBA), Profesor Atilio A. Alterini.

Moderadora: Prof. Liliana Araldi

Cóctel de bienvenida

Martes 28 de agosto

16 horas - Prof. Ramiro Moreno Valdivieso "Gobierno corporativo, los Códigos del Buen gobierno y su utilidad".

16.30 horas - Prof. Ulises Montoya "Derecho de los accionistas individuales en la sociedad anónima"

17 horas - Prof. Pedro A. Batista Martins "Ley brasileña de arbitraje (los puntos polémicos). Arbitraje societario."

17.30 horas - Prof. Carlos Soto. "Inversiones y arbitraje".

18 horas - Prof. José Moreno Rodríguez "Problemas de la lex mercatoria y el arbitraje".

18.30 horas - Profesor Luis Eugenio Ubilla Grande "La nueva S.A. de Chile y el arbitraje".

19 horas - Prof. José Gabriel Assis de Almeida. "Aspectos actuales del Derecho de empresa en Brasil: Reforma del régimen de sociedades, la falencia y la recuperación de empresas"

19.30 horas - Preguntas y opiniones

Moderador: Prof. Osvaldo Chomer

Miércoles 29 de agosto

16 horas - Prof. Julio Salas Sánchez. "Los convenios societarios y parasocietarios en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad".

16.30 horas - Prof. Jorge Oviedo Alban "Reforma a la constitución de sociedades en el derecho comercial colombiano."

17.00 horas - Prof. Osvaldo Lagos Villareal. "La nueva sociedad anónima de Chile".

Prof. Eugenio Xavier de Mello "Normas recientes sobre grupos económicos y societarios y sobre participación de una sociedad en otra en el derecho uruguayo".

18 horas - Prof. Darío Laguado Monsalve. "Responsabilidad de las sociedades"

18.30 horas - Prof. Daniel Echaiz. "Bases para el Derecho Comercial Deportivo: hacia la juridización del deporte".

19.00 horas - Prof. Roberto Moreno "El arbitraje de equidad".

19.30 horas - Preguntas y opiniones

20.00 horas - Palabras de despedida: Prof. Alejandra Tevez (Coordinadora de la Maestría)

Moderadora: Prof. Graciela Junqueira.

Inscripción y asistencia libre y no arancelada para público y profesionales en general.

Informes: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Av. Figueroa Alcorta 2263, Departamento de Posgrado 2º piso, Tel.: 54(011) 4809-5606/7/9 o por mail a: maestríadelosnegocios@derecho.uba.ar

NOTAS

(57) Infobae, 18-09-06, ps. 1, 4 y 5.

(58) La Nación, 18-06-07, ps. 1 y 8; BERIZONCE, Roberto O., "Nulidades absolutas por defectuosa o irregular constitución del tribunal (a propósito del régimen de subrogancias de magistrados)"; "Revista de Derecho Procesal", 2007-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 31;

BADENI, Gregorio, "Jueces naturales y seguridad jurídica", LA LEY, 2005-B, 335 y sig.

(59) Fallos 300:1102; 315:1779, etc., voto del Dr. Fayt (D. del A.).

(60) IBÁÑEZ DE ALDECOA, op. cit., p. 145.