

## UNA AFIRMACION O UNA INTERROGANTE

Cuando se me invitó a este simposio se deslizó un comentario, "El Derecho está de moda", a lo cual contesté, siempre está de moda como el hombre mismo. Así por ejemplo los derechos humanos son propios de los seres humanos, antes de estar previstos, regulados en textos jurídicos, ya existían en forma verbal y es que las declaraciones nacionales, regionales o internacionales, las constituciones declaran pero no crean los derechos humanos. Con relación a un país el sistema internacional es subsidiario de la acción estatal, aparece cuando éste ha fallado. Es de verse entonces la gran importancia que adquiere un sistema de justicia eficaz e independiente de los demás poderes del Estado para amparar los derechos en el ámbito interno y la protección de las personas.

Decir que el derecho es opinable no es nada nuevo y por ello se han escrito toneladas de papel para definirlo. Según el punto de vista desde el que sea considerado, individualista o sociológico o intentar una definición desde un punto de vista ecléctico, depende de la apreciación subjetiva que se efectúe, de los diferentes criterios filosóficos, políticos, sociales. Atiende a la época y países en que se formularon las definiciones. Referente al relativismo se amplía aún más la elección de otros puntos de referencia: las condiciones históricas, la raza, etc. En definitiva obedece a determinadas culturas y es de interés señalar que como decía Vaz Ferreira la cultura no se enseña, se respira.

Es incuestionable el hecho de que el Derecho es opinable. En general para todas las corrientes de pensamiento el Derecho tiene por objeto posibilitar el cumplimiento de los fines humanos, tanto si se considera que los derechos individuales deben prevalecer sobre los colectivos como si se considera que los colectivos tienen primacía sobre los demás. Si las normas de convivencia se consideran que deben estar basadas en normas rectoras de la conducta humana conforme los principios de lo justo y de lo injusto se está en el ámbito del Derecho Natural, pero si se considera la necesidad de establecer un conjunto de normas que rijan la convivencia, se atiende al Derecho Positivo.

Si se mira hacia los fines y funciones del Derecho podría decirse que representa una garantía de las condiciones de vida de la sociedad, del hombre en sociedad. Su función principal es dirimir conflictos con arreglo a las normas establecidas y de obligatorio cumplimiento. De ese Derecho objetivo se desprende un Derecho subjetivo referido a la facultad de las personas físicas o jurídicas para realizar determinados actos y para que otras personas no le impidan realizar lo que la Ley no prohíbe.

Si se habla de Derecho positivo surge de inmediato el poder de coacción del Estado, Kant ha dicho que el Derecho es coactivo en sí mismo. Este es otro tema político porque renombrados autores entre ellos Jellinek sostienen que la coercibilidad no es indispensable al Derecho.

La opinión mayoritaria radica en sostener que si bien no es el Derecho en sí mismo garantiza su efectividad.

El Derecho está íntimamente ligado a la moral. Cuando el hombre actúa en la esfera externa en relación con los demás actúa el Estado pero en la esfera interna que atañe solo al individuo allí actúa la moral y ambos reposan en principios éticos, y estos son diferentes en el espacio y tiempo, así temas de divorcio, poligamia, matrimonio entre seres de igual o diferente sexo, aborto, etc. Son temas que en algunos países se admite, en otros se rechaza, en otros se ha abierto la polémica.

Volviendo a los derechos humanos hay temas de larga deliberación. En el diario El País de ayer bajo el título "Hoy importa Protagonismo Judicial" es de destaque lo que se expresa: "Momentos difíciles para Fiscales y Magistrados referente a la Ley de Caducidad. El país no ha podido conseguir que la ley haya cumplido su propósito para pacificarlo definitivamente. El mismo pueblo se ha contradicho abiertamente y se ha desatado la guerra en los estrados judiciales. Estos deben asegurar su inmunibilidad a los actores políticos. Así surge los grandes jueces. Es la primera gran garantía que debe ofrecer una democracia."

Los puntos de vista son diferentes, la opinión pública cada vez pesa más, se hace oír, presiona más, la sociedad reclama más. Así asoma con claridad el criterio bergsoniano: La realidad de la vida es algo dinámico, un impulso vital o élan vital. Este impulso determina una evolución en el tiempo y esta evolución es creadora. El Derecho va adaptándose a las necesidades de los hombres moldeándose en las costumbres. El derecho lo vive el hombre y lo vive en todos los actos de su existencia, es producto de generaciones. Así como la vida del hombre apunta hacia el destino, el derecho apunta hacia los valores. Hasta la Ley se acompaña con los ciclos de la vida del hombre. La Ley nace como voluntad, vive como norma y muere por derogación. Su validez depende de las condiciones o necesidades que a su vez inciden en el aspecto ético y moral.

Lo que ayer se reclamaba hoy se vive para pedir su derogación.

La realidad de la vida, los hechos y los casos que se presentan se reflejan en el conflicto de intereses.

Cuando un derecho es vulnerado, atacado, violado, aparece la acción. A todo derecho corresponde una acción que es una forma de ejercicio del Derecho mismo para guiarlo en el camino judicial. La acción es la garantía del Derecho. Se encuentra en un estado pasivo y se pone en movimiento desde que el derecho es desconocido. Yhering ha dicho que la acción es para el derecho lo que la cáscara o envoltura es al fruto. La acción es el medio de obtener justicia de la autoridad correspondiente que debe proteger el derecho individual. Con palabras de Pescatore es la facultad de pedir a la autoridad judicial el reconocimiento y la ejecución de un derecho. La acción atrae la coacción para amparar un derecho violado. Cuando se protege el derecho del individuo también se protege el derecho objetivo. Alguien ha dicho que "La relación que existe entre el derecho objetivo y el subjetivo, o abstracto y concreto se asemeja a la circulación de la sangre que parte del corazón y a él vuelve".

La demanda es el medio de ejercitar esa facultad, es un acto de procedimiento que da nacimiento a la instancia, a la discusión ante el juez y hasta la sentencia definitiva.

Surge así la necesidad de un sistema nacional de justicia fuerte, independiente de los poderes del Estado, debe presentarse ajustado a las necesidades y exigencias de la sociedad a la que sirve. El cambio continuo se impone para modernizar los sistemas de justicia para adaptarlos a la complejidad y a la celeridad de la vida social actual.

Tres principios fundamentales se distinguen en la actividad del Poder Judicial, independencia, autoridad, responsabilidad. La independencia es una garantía indispensable para que pueda cumplir sus fines. Los jueces son independientes. Si se suprimiera el principio de independencia y autoridad las sentencias serían vanas e ilusorias. La jurisdicción es la actividad propia del Poder Judicial. En su origen significa decir el Derecho, declararlo en nombre del Estado o en nombre de la Justicia del Estado. Así lo expresa el Maestro Eduardo J. Couture cuyos conceptos se seguirán en estas expresiones tomando como guía su obra Procedimiento.

No es solo la actividad de decir el derecho también es la de mandar cumplir lo que se ha resuelto. Esa actividad se cumple dentro de la competencia asignada. La competencia es la medida de la jurisdicción o sea la forma como se distribuye la potestad jurisdiccional entre los jueces. Es competente para entender en los asuntos que le atribuye la Ley pero es incompetente para entender en todos los demás.

El Estado realiza la función de resolver conflictos de intereses (función jurisdiccional) y por medio del proceso. El proceso funciona a iniciativa de parte. Ese poder de reclamar la tutela jurisdiccional se denomina acción. Para poner en marcha el proceso se requiere una demanda. Quien ejercita el poder tendrá que dar una respuesta que es la sentencia. Así en el nacimiento del proceso encontramos la demanda en la preclusión la sentencia.

"La sentencia es la decisión del Juez sobre la causa o punto que se controvierte ante él" esa es una definición legal. El juicio es una contienda sometida a la resolución del juez que dicta sentencia decidiendo el conflicto.

La sentencia interesa al Estado, a las partes ya la sociedad. Para el orden jurídico no hay otra decisión con relación a ese conflicto que no sea la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Desde el punto de vista de las partes la sentencia decide inequívocamente los derechos, declara quien tiene razón y quien no la tiene y adjudica a cada uno lo que es suyo. La sentencia puede ser impugnada y suspende la jurisdicción del juez inferior, impidiendo la ejecución de la sentencia. El recurso tiene una consecuencia paralizadora. Si la sentencia no ha sido apelada tiene su efecto máximo. El efecto natural de la sentencia ejecutoriada es la cosa juzgada.

Tiene la característica de fijar un estado del derecho incommovible en tiempo y espacio.

El efecto de la sentencia ejecutoriada es el máximo efecto concebible en el Derecho porque tiene la condición de irrevocabilidad y de perennidad.

En los efectos de la sentencia se destaca su condición provisoria de relativa ineficacia cuando ha sido apelada y su condición de máxima eficacia cuando ha pasado en autoridad de cosa juzgada. La sentencia tiene efecto de inmutabilidad y de autoridad.

Las partes están sometidas a la sentencia y a la cosa juzgada y si llegaron a ese grado de firmeza y de definitividad que la Ley establece es porque litigaron. La cosa juzgada no obliga a todos, sólo en casos de excepción la sentencia proyecta sus efectos hacia terceros. Es decir al lado de la regla general que expresa que la sentencia solo ejerce efectos entre partes, está la excepción para aquellas situaciones en las cuales la sentencia, por disposición expresa de la Ley surte efectos con relación a terceros.

La regla si admite excepciones no es absoluta.

Se dice que la cosa juzgada es formal cuando produce sus consecuencias en relación con el proceso en que ha sido emitida, pero que no impide su revisión en otro distinto, como sucede en los procedimientos ejecutivos. El juicio ejecutivo es sumario. Se presenta el acreedor y sin oír al deudor se traba embargo. Las excepciones son limitadas. Es por ello que la Ley ordena que se siga el juicio ordinario posterior para dar tiempo al obligado a que se defienda y pruebe lo conducente a su derecho.

Es de preguntarse con Lagarmilla si la cosa juzgada que tiene por fundamento esencial la clausura perpetua de un debate judicial, "no se minaría por su base el instituto, si al cabo de un tiempo pudiera renovarse la contienda?". Lo que se permite discutir nuevamente son cuestiones no comprendidas en la cosa juzgada, existen cuestiones lógicamente antecedentes o pertenecientes a las relaciones jurídicas que no se presentan en la vida en forma aislada. Son cuestiones que la moderna doctrina ha llamado prejudiciales las que pueden ser motivo de discusión y si pueden decidirse de manera contraria es porque son cuestiones que no han quedado comprendidas en la cosa juzgada.

También la cosa juzgada constituye una de las excepciones que el demandado puede oponer a la acción ejercida por el actor dentro de determinados requisitos. Se discute en un nuevo proceso y puede convertirse en una frontera del derecho.

Cuando se advierte que la sentencia ha sido objeto de un error, ¿Que hacer?. Muy poco porque el Derecho Civil no permite la revisión de ese proceso. Sólo excepcionalmente. Entonces no es una afirmación absoluta.

El derecho nace no para ser impuesto sino para ser cumplido espontáneamente porque si esta nota no se da en la sociedad el Estado se destruiría. "¿Que sería por ejemplo que todos los contribuyentes fueran llamados en juicio a pagar sus impuestos?. O que todos los padres fueran llamados a servir una pensión alimenticia a sus hijos o si todos los conductores se les retiraran los vehículos o la libreta de conducir por violar las ordenanzas de tránsito.?"

Decía Protgoras "El hombre es la medida de todas las cosas".

La diversidad de seres humanos lleva a las diferentes situaciones jurídicas. Couture en su obra "El arte y el Derecho" y otras meditaciones pone el ejemplo de una persona enemiga de otra que busca hacerle la vida insoportable promoviendo un proceso. Si es injusta su pretensión habrá una sentencia definitiva que rechazar y lo condenar al pago de todos los gastos del juicio. Pero si para su obstinación nada le importa el dinero ni el tiempo acudir a los

tribunales y promover de nuevo el mismo proceso. La víctima invocar la excepción de cosa juzgada y ganar el demandado mediante una sentencia pasada en cosa juzgada que declare procedente la excepción, y aún así podrá seguir litigando, aunque condenado. Algunas legislaciones y no todas han instituido para tales situaciones el delito de fraude procesal. En estos casos como en tanto otros se pone de manifiesto la necesidad de cambio de las normas necesarias para modernizar los sistemas de justicia para ponerlo en sintonía con la complejidad y la celeridad de la vida social actual en continuo cambio y movimiento.

Para Newton y sus seguidores el movimiento y el reposo eran absolutos y mensurables. Einstein demostró que el movimiento y el reposo son relativos, son medidos en forma diferente por observadores diferentes y ello atañe al tiempo. Para Einstein espacio y tiempo están unidos en un fluir continuo.

Es opinión generalizada que ante el Derecho y la Justicia hay que tener paciencia. En conceptos trasladables Einstein decía que la única actitud apropiada es la de tener paciencia, y resignación basadas en el buen humor, y en cierta indiferencia sobre la importancia de la continuación de la propia existencia.

Las soluciones a los conflictos no se encuentran solo en el cambio de normas, en la modernización de un sistema de justicia se requiere cambio de mentalidad de operadores y usuarios. Radica en la educación e información. Decía Einstein "Nosotros los científicos no podremos cambiar los espíritus de otros hombres por medio de mecanismos, sino cambiando nuestro propio espíritu y hablando con valentía".

En su obra "El mundo tal como lo veo" y "Sobre la época más reciente de mi vida" se advierte un aborrecimiento a la brutalidad que vibra en los párrafos de su "Decadencia Moral". Escribió en 1937 "debemos reconocer con horror que los pilares de la existencia civilizada del hombre han perdido su firmeza. Naciones que otrora ocuparan elevado rango se inclinan hoy ante tiranos que abiertamente sostienen que: "El Derecho es lo que nos conviene"

Agrega que se echa de menos la reacción elemental contra la injusticia, esa reacción que a grandes rasgos representa la única protección del hombre contra una regresión al estado de barbarie.... Rehusemos aceptar un compromiso fatal. No rehuyamos el combate cuando es inevitable para mantener el Derecho y la dignidad del hombre.

Para concluir un pensamiento del maestro uruguayo Eduardo Couture: "TEN FE EN EL DERECHO, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la JUSTICIA, como destino normal del derecho, en la PAZ, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo TEN FE EN LA LIBERTAD SIN LA CUAL NO HAY DERECHO, JUSTICIA NI PAZ".

Dra. Nancy Bernotti.