

## **f1EL CONFLICTO Y EL LITIGIO:FORMAS DE SOLUCIÓN**

### **Jornadas preparatorias del XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL**

#### **TEMA GENERAL DEL CONGRESO**

#### ***"El conflicto jurídico y sus soluciones en el siglo XXI"***

**Córdoba, 18 de mayo de 2017**

Efraín I. Quevedo Mendoza

Director

#### **Palabras preliminares-**

Celebro la decisión de la Asociación Argentina de Derecho Procesal de proponer el conflicto y sus vías de solución, como tema general de este Congreso Nacional. Considero que es un acierto de sus directivos, dirigir la atención del procesalismo argentino hacia lo que es la realidad social, la materia sobre la que gira toda la actividad procesal, y en cuyo seno se manifiesta la necesidad de componer los enfrentamientos que afectan la armonía social y ponen en peligro la paz entre los miembros del grupo, y a cuya satisfacción proyecta sus efectos el proceso judicial para que impere el orden jurídico.

La ciencia jurídica y particularmente, la que se ha ocupado del proceso judicial, no ha tenido como preocupación central la debida comprensión de la realidad social que es objeto del proceso judicial, haciendo foco, fundamentalmente, en las conductas a través de las que se desenvuelve el procedimiento y en la regulación legal de sus formas y de los poderes y deberes que las motorizan<sup>1</sup>.

Sin embargo, el análisis de la fuente y estructura del enfrentamiento de intereses que genera la necesidad del proceso judicial, contribuye, en no escasa medida, a comprender la trama de intereses que se

---

<sup>1</sup> Desde una perspectiva amplia del conflicto social, se ha destacado que "Las normas jurídicas...y también las técnicas sobre todo procesales que la ciencia aplicada elabora, funcionan en la vida social como instrumentos para la resolución de conflictos entre pretensiones incompatibles de dos o más sujetos. Sin embargo, ambas profesiones se han desentendido de la problemática del conflicto" (ENTELMAN, Remo F., TEORÍA DE CONFLICTOS, Ed. Gedisa, Barcelona, 2009, pág. 55). No han faltado voces que, en el campo de la ciencia procesal, han puesto de manifiesto "la necesidad de encontrar una, doble y suficiente, base de la que haya de ser definición exacta del proceso; una base, de un lado, sociológica, que proporcione el dato social a que el proceso determinadamente está vinculado; una base, de otro lado, jurídica que, recogiendo este material sociológico, aclare el tratamiento peculiar que el derecho le proporciona" (GUASP, Jaime, ESTUDIOS PROCESALES, Ed. Cívitas SA., Madrid, 1996, pág. 581).

desenvuelven en el proceso judicial y los modos en que esos intereses se promueven o detienen, según el valor que les confiere el legislador.

Precisamente, la vinculación que propone el temario del próximo Congreso Nacional, entre tipos de conflicto de interés y vías de solución, es demostrativo de la medida en que la estructura del conflicto que es objeto de tratamiento impone especiales exigencias a las formas que debe adoptar cada vía de solución, como condición para que aquella garantice su eficacia.

Consecuentemente, se impone el análisis de la especie de conflicto que es objeto del proceso judicial con el propósito de establecer cuáles son los métodos con aptitud para su exacta localización, adecuado tratamiento y debido diseño de la solución que se ajuste al ordenamiento jurídico estatal, tarea que ha adquirido particular urgencia frente al fuerte impulso que han recibido en nuestra época los denominados "medios alternativos de resolución de conflictos", aun en el terreno legislativo.

## **I.- Noción previa: el interés:-**

### **1º. Concepto:-**

La función básica, esencial o primigenia, del derecho es la solución de conflictos de intereses<sup>2</sup>, de donde resulta que, si el conflicto no es otra cosa que un enfrentamiento entre dos intereses, la idea de interés es central para la comprensión acabada de esa función sin lo cual no es posible comprender la del proceso.

Interés, en el plano de la realidad social, equivale a "importar", en su etimología latina<sup>3</sup>, y representa una cierta relación de conveniencia en la que una persona confiere "importancia" a un bien valioso, en razón de apreciar en él aptitud para la satisfacción de una necesidad suya, de carácter material o espiritual. Esa relación puede objetivarse cuando se califica la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad, individual o colectiva, considerada en abstracto<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup>RECASENS SICHES, Luís, TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, 6º ed., Ed. Porrúa SA., México, 1978, pág. 226. Para el autor el "interés" es "la demanda o deseo que los seres humanos tratan de satisfacer, bien individualmente, o bien a través de grupos o asociaciones, bien en sus relaciones con los demás"; como se ve, parte de una concepción subjetiva del interés, que, como se verá en el texto, no compartimos.

<sup>3</sup>Del lat. *interesse* 'importar'..

<sup>4</sup> La Real Academia Española asigna al sustantivo "interés" el significado de "valor de algo".(véase, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario).

El **interés**, en el terreno jurídico, adquiere ese significado objetivo, debiendo, para nosotros, entenderse, en la órbita del derecho, como *la posición de un sujeto o de un grupo de sujetos, favorable al goce de un bien apto para la satisfacción de una necesidad suya, individual o grupal.*

En nuestro concepto, el interés, en el campo de las relaciones jurídicas, regidas por una regla heterónoma, es **una posición, no un juicio**, lo que no nos lleva a desconocer que aquélla puede estar determinada por éste -y normalmente lo está-, pero en las relaciones sociales y particularmente, en las que se encuentran regidas por el derecho -las relaciones externas entre dos miembros de un grupo social-, es la regla jurídica la que, como consecuencia de un juicio objetivo de valor, acerca de la importancia que cabe asignar a los bienes sobre los que pueden converger diversos intereses, individuales o sociales, y la ponderación de las diversas formas en que aquellos pueden servir a la satisfacción de éstos, dispone cuáles intereses merecen la protección del orden jurídico, por encima del valor que el sujeto asigne al bien con el que se satisface ese interés<sup>5</sup>.

Una consideración puramente subjetiva del interés jurídico ha contribuido en gran medida a obscurecer, tanto como en otros ámbitos de las ciencias sociales<sup>6</sup>, los límites de la ciencia procesal y a desviar su atención de aristas trascendentes del proceso judicial, como son los intereses que motorizan y dinamizan la actividad de los sujetos procesales, reduciéndola a su mera objetividad.

---

<sup>5</sup>La filosofía egológica del derecho, desde su particular perspectiva –diferente a la empleada en el texto-, llega a una conclusión análoga, enseñando que la materia social sobre la que recae el derecho, su “objeto pleno y efectivo”, “es la conducta humana en “interferencia intersubjetiva”, interferencias éstas que “están en el ser de la conducta misma, exhibiéndose de por sí...No dependen de la perspectiva del sujeto cognoscente, sino que son parte de lo que el dato exhibe por sí mismo, de tal manera que su constitución es objetiva, porque están constituidas por y en la existencia del dato” (COSSIO, Carlos, LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO Y EL CONCEPTO JURÍDICO DE LIBERTAD, 2° ed., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964, pág. 302 . La misma idea, desde una mirada diferente, se expresa diciendo que “el Derecho puede darse como objeto o término de referencia de...fenómenos psicológicos: el entendimiento piensa el derecho; hay emociones de satisfacción incitadas por la contemplación del Derecho triunfante...Pero la esencia del Derecho no la hallamos escudriñando esos procesos psicológicos...El Derecho no es un especial mecanismo psíquico, sino que es un objeto que puede ser contenido de mecanismos psíquicos” (RECASENS SICHES, Ob. cit. pág. 56).

<sup>6</sup>En el campo de los conflictos de intereses, a los que nos referiremos más adelante, mirados en perspectiva sociológica, se ha advertido que “Las bases objetivas del conflicto deben separarse claramente de los elementos subjetivos. El no hacerlo así lleva a explicaciones en exceso psicológicas, que no pueden responder plenamente a la estructura del conflicto o a las situaciones que lo originan...Aunque a menudo vayan asociados, los conflictos y los sentimientos hostiles son, de hecho, fenómenos diferentes” (COSER, Lewis A., voz “*Conflictos*”, Aspectos Sociales, en Enciclopedia Internacionales de las Relaciones Sociales, v. 3, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, pág. 17).

La perspectiva subjetiva del interés es la que se asume en el campo de los medios de solución de conflictos sociales e interestatales y que, en el ámbito jurídico, se proyecta, como “sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos”<sup>7</sup>, que constituyen vías de solución de esta especie particular de enfrentamiento de intereses y transitan fuera del proceso judicial. En ese ámbito se ha considerado a los “intereses” como “sentimientos de las personas acerca de lo que es básicamente deseable, por lo que tienden a estar en el centro de los pensamientos y la acción de las personas, formando el núcleo de muchas de sus actitudes, metas e intenciones”<sup>8</sup>.

## 2º. Modos en que se relacionan los intereses en la dinámica social:-

Conviene dirigir ahora nuestra atención a la relación entre los intereses humanos, que tiene lugar con motivo de la espesa trama de los vínculos que se tejen en el devenir social. Esa relación puede ser de **indiferencia** o de **interdependencia**, según que dos o más intereses no tengan contacto alguno entre sí o bien guarden algún **vínculo**, que puede ser, a su vez, de **solidaridad** o de **enfrentamiento**<sup>9</sup>.

La indiferencia entre intereses es ajena al derecho, por lo que debemos focalizar nuestro análisis en la interdependencia de intereses.

Cuando los intereses vinculados pertenecen a una **misma persona** (*interferencia subjetiva*, según COSSIO), la solidaridad o el enfrentamiento entre aquellos se resuelve en el fuero interno del agente<sup>10</sup>, satisfaciendo el interés instrumental para alcanzar la satisfacción del interés final, en el primer caso, o satisfaciendo aquél al que se asigna mayor valor a costa del que se pondera como de menor valor<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Es la denominación que utiliza Enrique M. FALCÓN, en la obra que lleva, precisamente, el título de SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLVER CONFLICTOS JURÍDICOS, Ed. Rubinzal – Culzoni, Bs. As. . santa Fe, 2012.

<sup>8</sup> HIGHTON, Elena I. y ALVAREZ Gladys S., MEDIACIÓN PARA RESOLVER CONFLICTOS, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1995, pág. 43.

<sup>9</sup> La perspectiva sociológica permite observar que “La paz y la pugna, el conflicto y el orden son correlativos. Tanto la consolidación como la ruptura de lo establecido constituyen parte de la dialéctica de la vida social” (COSER, Lewis A., voz “Conflicto”, Aspectos Sociales, en Enciclopedia..., cit., pág. 19).

<sup>10</sup> Enseñaba COSSIO que “las acciones humanas tienen dos modos, y no más que dos, de interferir entre sí: el modo subjetivo y el modo intersubjetivo. La interferencia es subjetiva cuando la libertad del hacer se comprende conjugada con el omitir de la misma persona” (Ob. cit., págs. 302 y 303).

<sup>11</sup> NORTH, apunta que el “conflicto interno o perplejidad” se verifica “cuando determinados valores incompatibles o que se excluyen recíprocamente, se presentan bajo la forma de una actual o potencial elección o decisión”; agregando que “En el ser humano individual la distinción entre el conflicto interno y el externo o social parece relativamente clara: el primero supone una confrontación en el plazo personal

La situación se agrava manifiestamente cuando de la relación entre intereses de una misma persona pasamos a ocuparnos del **vínculo entre intereses de personas o grupos de personas, diferentes**<sup>12</sup>. Aquí la solidaridad y el enfrentamiento generan fenómenos sociológicos distintos u opuestos<sup>13</sup>.

La vinculación entre dos o más intereses de personas distintas, es de **solidaridad** cuando la necesidad de uno no puede ser satisfecha si no se satisface, también, la necesidad de otro, lo que origina el **fenómeno social de la agregación o acumulación de intereses**. Este fenómeno se proyecta socialmente en la formación de grupos de personas, reducidos o amplios, reunidas alrededor de una necesidad común e impulsadas por el imperativo de perseguir la común satisfacción de aquella necesidad. El Estado es la organización máxima de una sociedad, que gestiona los intereses solidarios de toda la comunidad.

Para que el *enfrentamiento* entre dos intereses pertenecientes a dos sujetos adquiera significación jurídica es necesario que ambos recaigan sobre un mismo bien, de modo que la satisfacción de uno de ellos excluya la satisfacción del otro, aparece así una **colisión o conflicto**, que **constituye la causa misma del derecho**<sup>14</sup> –no del *proceso*, como sostiene una parte importante de la doctrina procesalista<sup>15</sup>–, cuya finalidad esencial y prístina, reiteramos, radica en la solución de conflictos sociales de esa especie.

---

ante una difícil elección entre valores incompatibles, mientras que el segundo se refiere a una incompatibilidad entre ese individuo y otro individuo o grupo” (op. cit., pág. 12)

<sup>12</sup> Apuntaba COSSIO que se verifica una interferencia “intersubjetiva cuando la libertad del hacer se comprende conjugada con el impedir de otra persona”, agregando, más adelante, que “a la *misma acción* se la ve socialmente, es decir; como siendo un hacer conjunto o compartido de quien lo ejecuta y de quien participa en esto por permitir o impedir que se ejecute, de modo que ahora el sujeto actuante es siempre un nosotros” (Ob. cit., págs. 302 y 303).

<sup>13</sup>“Resulta ahora evidente que todas las relaciones humanas pueden considerarse entrecruzadas por dos procesos estrechamente relacionados: el conflictivo y el integrador. Estos dos tipos de interacción aparecen tan pronto como dos o más individuos entran en contacto...” y “pueden escoger entre constituir una relación primordialmente conflictiva o fundamentalmente integradora (es decir, de cooperación, apoyo o acuerdo)” (NORTH, op. cit., pág. 12)

<sup>14</sup> Señala ENTELMAN que la “visión del ordenamiento jurídico como un método institucionalizado de administración de conflictos en sentido amplio (prevención y resolución) es a menudo rechazada por juristas y abogados, que la ven como una descalificación teórica”, reacción que obedece, según el autor, junto a otra causa, al “hecho de que el sistema jurídico se haya implantado mucho tiempo antes y de que la ciencia que hace de su estudio su objeto tenga existencia secular, mientras que la vocación científica por el análisis del conflicto, como problema general de una sociedad, solo aparece en la segunda mitad” del siglo XX (Ob. cit., pág. 61 y nota n! 14).

<sup>15</sup> Véase, GUASP, Ob. cit., págs. 570 a 576.

Todo conflicto de intereses, para tener carácter jurídico, debe estar integrado por **dos sujetos**: titular de uno de los intereses enfrentados; y titular de un interés opuesto al primero; y **un bien** apto para la satisfacción de ambos intereses.

Los intereses se encuentran en una relación de contraste, de oposición, de exclusión mutua; mientras el bien resulta insuficiente para la satisfacción de ambos intereses<sup>16</sup>.

La contraposición se verifica, objetivando la idea de interés, entre posiciones<sup>17</sup> contradictorias frente a un bien, único, cuya particular y limitada utilidad es la causa de la contraposición de aquellas.

## II. Los modos de componer el conflicto de intereses:

Este enfrentamiento de intereses puede ser el origen de un acto de guerra entre los titulares de los intereses enfrentados tanto como la ocasión de un acto de justicia, de conveniencia o de caridad.

**a) El modo autocompositivo: responde al interés subjetivo de los contendientes:-**

En efecto, el **sentido de justicia** de los contendientes, que, normalmente se encuentra impreso en el espíritu humano, puede llevar a superar el conflicto dando a cada uno lo suyo *-sum cuique tribuere-*. Asimismo, el **espíritu caritativo** de alguno o ambos de los sujetos enfrentados puede conducir a otorgar preeminencia al interés perteneciente al sujeto más débil con el propósito de contribuir a morigerar su debilidad. Hasta una **valoración puramente economicista** puede conducir a la superación del conflicto, si los contendientes evalúan más costoso el enfrentamiento que la solución pacífica proveniente de un renunciamiento mutuo o del renunciamiento de uno de ellos, que considere, unilateralmente, que la carga económica será menor cediendo que llevando adelante el enfrentamiento de intereses.

Siendo que los llamados "**sistemas alternativos de resolución de conflictos**", frente a conflictos de carácter jurídico, recurren a incentivar en los sujetos enfrentados aquellas especies de

<sup>16</sup> Desde los comienzos de su fructífera labor jurídica, decía CARNELUTTI que "la lógica del conflicto...estriba en que *los sujetos son dos*, mientras que *el objeto es uno solo*...considerado como el objeto mismo de los intereses en pugna, en el sentido de que cada uno de éstos tenga el mismo objeto que el otro" (SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, T. I, trad. Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Ed. UTHEA, Bs. As., 1944, pags. 38 Y 39).

<sup>17</sup> "Conductas en interferencia intersubjetiva", en el recordado lenguaje de COSSIO.

valoraciones, morales o económicas, como vía para la superación de las diferencias<sup>18</sup>, entendemos que no se trata de métodos jurídicos sino de otro orden, puesto que el objetivo de alcanzar la justicia, aun la plasmada, objetivamente, en el orden jurídico, ocupa un plano secundario o accesorio y cuando logran que los contendientes ajusten sus conductas a lo que les impone la norma jurídica, su **resultados puramente práctico**<sup>19</sup> y consiste, **enaliviar la sobre carga del Poder Judicial y de allí el legítimo interés del Estado en promover estas vías de solución de conflictos.**

Estos sistemas alternativos a la justicia estatal, persiguen una composición de los intereses contrapuestos, según la satisfacción, moral o económica e incluso jurídica, que **convenga al interés subjetivo de los contendientes**<sup>20</sup>, por encima del interés objetivado en el ordenamiento jurídico del Estado.

Conviene destacar aquí que en todos estos casos “la composición de los conflictos se logra sin necesidad del Derecho”, sino por obra, en unos casos, “de una *valoración* moral”, es decir por “la fuerza de su espíritu”, y en otros, por una valoración “económica”, localizada, fuera de la órbita interna de los sujetos enfrentados, en factores externos a la subjetividad de éstos<sup>21</sup>. En similar sentido, se ha dicho que “la

---

<sup>18</sup> Con carácter general, se destaca, en orden al rol del mediador, que “aun cuando el proceso –se entiende: de mediación- fuera el más formal, el mediador no debe lograr un clima similar al de un tribunal de justicia, sino crear una atmósfera adecuada para la negociación y para motivar en las partes una intención favorable a la resolución del conflicto” (HIGTON y ÁLVAREZ, Ob. cit., pág. 228). En esa misma dirección, pero con la mirada en el objeto de la mediación, se afirma que “la pureza de un conflicto depende del conjunto total de las relaciones entre las partes y de la posibilidad que haya de dividir las cuestiones en conflicto en elementos más pequeños”, de allí que se considere que “Es básico, al comenzar el análisis del conflicto, requerir la mayor información posible sobre la totalidad de las relaciones entre las partes, e intensificar el análisis de los intereses que cada una de ellas puede tener, incompatibles o en común con la otra, en áreas que parecieran totalmente ajenas a la cuestión en conflicto. Ello le permitirá ensanchar el conflicto , agregando otros temas, es decir, formulando otros reclamos adicionales o intentar dividir el objetivo de modo que existan posibilidades de intercambio entre metas diversas” (ENTEELMAN, Ob. cit., pág. 114 y nota n°6).

<sup>19</sup> El efecto jurídico previsto en el artículo 30, ley 26589, queda dentro de los poderes del órgano jurisdiccional del Estado.

<sup>20</sup> Hace notar Enrique FALCÓN que “en la mediación la idea es que se resuelva el conflicto y dejarlo atrás, obteniendo un resultado en el que prime la mejor solución posible a nuestros intereses. No importa la verdad sino la paz. Aparece como una técnica para obtener una satisfacción mutua entre las partes”, aunque a veces “las partes aceptan la solución por factores externos más allá de sus propios deseos y de la actuación del mediador” (Ob. cit., pág. 37). HIGHTON y ÁLVAREZ, destacan, entre las características más salientes de los “*Métodos no adversariales*” de resolución de disputas, el hecho de que “La decisión a la que arriban las partes resuelve el problema de conformidad a sus propios intereses, sin importar la solución jurídica o los precedentes judiciales” (Ob. cit., pág. 96).

<sup>21</sup> Véase, CARNELUTTI, Ob. cit., págs. 17 y 18.

mediación no serviría para tutelar derechos sino para llevar a cabo un acuerdo entre intereses no calificados jurídicamente<sup>22</sup>.

En orden a lo expuesto, repárese que nuestra ley 26589 no exige alegaciones de hecho y derecho en el "acta de mediación" (artículo 3) ni fundamentación alguna en el "acta" final, en la que solo deben constar los "términos" del acuerdo (artículo 26), adquiriendo éste fuerza ejecutiva aun sin homologación judicial<sup>23</sup>.

Preciso es aclarar que en la doctrina se hacen oír voces que discrepan con esta absoluta prescindencia de límites jurídicos en el ámbito de los medios alternativos de solución de conflictos. En esa dirección se ha enfatizado que "en el campo jurídico...son importantes las normas jurídicas vigentes, que son las que permiten establecer los marcos posibles de actuación", calificándose de "garrafal" al "error" que cometen aquellos que propician "olvidarse del Derecho cuando se negocia", habida cuenta que, se afirma, "el Derecho es un factor de peso en la balanza de las decisiones, que es imposible ignorar"<sup>24</sup>.

La localización del orden jurídico solo como límite dentro del cual puede alcanzarse la satisfacción, puramente subjetiva y personal, de intereses tutelados por las normas jurídicas que rigen el conflicto, mantiene la mediación fuera del derecho, como medio de tutelar, integral y rigurosamente, intereses que han sido calificados como valiosos por los órganos designados, democráticamente, para cumplir dicho cometido.

Por nuestra parte, compartimos la idea de que "si se quiere que la mediación sea un método aceptable para resolver las controversias que tienen que ver con el derecho, es necesario que en ella no se pierda de vista que se trata -precisamente- de derechos y no de meros intereses de hecho no calificados", sin que pueda "olvidarse el hecho de que la mediación debe ser una forma -alternativa si se quiere- de tutela de los derechos a través del alcance de un acuerdo equitativo, y no de anulación de derechos por alcanzar un acuerdo cualquiera"<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> TARUFFO, Michele, PROCESO Y DERECHO, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Bs. As., 2009, pág. 117.

<sup>23</sup> FALCÓN, hace notar que "la mediación no valorativa prescinde del juez o del sistema administrativo para la homologación dándole al acuerdo el carácter de sentencia libre para su ejecución en caso de incumplimiento. Y tal es el sistema de la ley nacional 24573 y de su reforma mediante la ley 26589" (Ob. cit., pág. 150); criterio que se vio reforzado, agrega el autor, con la modificación del inc. 4°, artículo 500, CPCCN (*ibídem*, pág. 264).

<sup>24</sup> FALCÓN, Ob. cit., págs. 105 y 107.

<sup>25</sup> TARUFFO, Ob. cit., pág. 150.



En esa línea de pensamiento, apreciamos acertada la crítica a la ley 24573, en cuanto autoriza la ejecución del acuerdo sin necesidad de homologación judicial<sup>26</sup>.

**b) El modo legal: interés en dirimir el conflicto según una valoración objetiva de los intereses contrapuestos:-**

Todas estas vías –posibles- de superación del conflicto intersubjetivo de intereses, dependiendo de la condición personal de los sujetos enfrentados o bien, de la habilidad del tercero que concurre a encontrar la fórmula compositiva, no garantizan la disolución de este factor de amenaza de disgregación del grupo y por lo tanto, de alarma social.

El riesgo de subsistencia de los conflictos intersubjetivos de intereses y la amenaza de disgregación del grupo social que de allí deriva, ha generado en las primitivas organizaciones sociales, desde su propia formación, un **interés** -público- en **componer tales conflictos**, que se erige así en la "*causa (eficiente) del Derecho*"<sup>27</sup>, como **sistema de reglas que tiendena satisfacer dicho interés en la composición pacífica de los enfrentamientos entre componentes del grupo social, originado en la necesidad de mantener su cohesión y subsistencia**<sup>28</sup>.

La definitiva organización del Estado y la asunción por éste del **monopolio de la función de componer los conflictos intersubjetivos de intereses, prohibiendo la defensa privada**, derivó en el afianzamiento del **interés (público)** en que **los conflictos intersubjetivos de intereses se solucionen según una fórmula racional y objetivamente justa de superación, no dependiente de la libertad de apreciación de las partes enfrentadas**<sup>29</sup>.

Los **Estados modernos** asumen la función de satisfacer ese interés público, en la composición racional de los conflictos intersubjetivos de

<sup>26</sup> Véase, FALCÓN, Ob. cit., pág. 264.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, Ob. cit., págs. 17 y 18.

<sup>28</sup> "Es así que en su propio interés los hombres se sienten impulsados a encontrar un medio que elimine la solución violenta de los conflictos de intereses, en cuanto tal solución pugna con la paz social, que es el interés colectivo supremo. En realidad, puesto que únicamente mediante la vida en sociedad pueden los hombres satisfacer gran parte de sus necesidades, y puesto que la guerra entre ellos disgrega la sociedad, la composición (solución pacífica) de los conflictos se convierte en interés colectivo (público), al cual podríamos dar, para distinguirlo de los intereses en conflicto (*internos*), de interés *externo*. En el radica la *causa del Derecho*" (CARNELITTI, SISTEMA...cit., pág. 18).

<sup>29</sup>Véase la cita de (ENDEMAN, transcrita en nota n° 14.

intereses, mediante el dictado de “mandatos abstractos y generales, dirigidos, de manera indeterminada, a todos aquellos que en el futuro puedan encontrarse en una situación de hecho formulada anticipadamente, en hipótesis”<sup>30</sup>. Este fenómeno se designa, en el ámbito de la ciencia jurídica, bajo el rótulo de “**principio de legalidad**”, enunciado en la mayoría de las Constituciones estatales<sup>31</sup>, el que opera, frente a un concreto conflicto intersubjetivo de intereses, transformándolo en una **relación jurídica**, entendida como una forma de componer o resolver el conflicto por una norma jurídica, subordinando el interés considerado de menor valor social a la satisfacción del que se pondera más valioso para el bien común, mediante la amenaza de una sanción para el caso de que las conductas no se ajusten a la relación deóntica impuesta.

El *principio de legalidad* viene a modelar con mayor precisión ese interés público en la composición de los conflictos intersubjetivos de intereses, puesto que **al simple interés en la paz social** se agrega el de que ella **se alcance según el modo en que cada sociedad determinada estime “ineludible para sus fines”**<sup>32</sup>.

La norma jurídica, que compone, en hipótesis, un conflicto de intereses típico, tiene fuerza de mandato<sup>33</sup> para todos aquellos sujetos que en la vida de relación se encuentren en una situación que corresponda a la que, en abstracto, prevé dicha norma. En tales condiciones, la orden normativa se hace concreta y opera como causa ejemplar y eficiente<sup>34</sup> de la conducta de los sujetos comprendidos en su ámbito personal, induciéndolos a imprimir a aquella una determinada dirección, que es la ordenada por la norma<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup>CALAMANDREI, Ob. cit., pág. 117.

<sup>31</sup>En la Constitución argentina se encuentra enunciado en los artículos 18 y 19.

<sup>32</sup>RECASENS SICHES, Ob. cit., pág. 222.

<sup>33</sup>“...promesa de actuación de la sanción en el caso de que un hecho corresponda a la hipótesis”, de donde deriva “el carácter imperativo del derecho, puesto que éste se resuelve en el mandato; el carácter normativo no basta para descubrir su esencia” (CARNELUTTI, Francisco, DERECHO Y PROCESO, trad. Sentí Melendo, Ed. EJEA, Bs. As., 1971, págs. 15 y 16)

<sup>34</sup>Para las nociones de causa ejemplar y eficiente, véase MASSINI CORREAS, Ob. cit., págs. 52 a 55.

<sup>35</sup> Puede comprobarse en este punto, la necesidad, puesta de manifiesto en el apartado 1º del capítulo I, de configurar el interés, como elemento material del conflicto jurídico, prescindiendo de la subjetividad que caracteriza su estructura psicológica. Para ello, conviene atender al modo en que influye la causalidad normativa –descrita en el texto, en el apartado anterior– en la conducta humana, haciéndolo “por mediación del motivo”, el que “ejerce su causalidad motora sobre la conducta, con la particularidad, en el caso de las normas jurídicas, de que esa motivación puede ser moralmente virtuosa o innoble, elevada o ruin, ya que, en virtud de la objetividad de la conducta jurídica, no interesa primordialmente la intención con que el agente la realice” (MASSINI CORREAS, Ob. cit., pág. 55).

La referida causalidad normativa, en el orden práctico, difiere de la que se verifica en el orden físico o natural, habida cuenta que aquella es "una específica *causalidad*, que denominamos *eficiente moral* –o moción intimativa– por derivar de la atracción de bien social, a que apunta la norma, conocida por el entendimiento, que obra, precisamente, cuando es categórica, vinculando la voluntad a la posición de una concreta conducta"<sup>36</sup>.

Siendo la **libertad** una cualidad esencial de la voluntad vinculada, resulta evidente que "en tanto el derecho nace y crece en cuanto **al mandato del que manda responde la obediencia del que es mandado**"<sup>37</sup>.

c) *El modo judicial: interés en la composición de los litigios:-*

La **obediencia del mandado**, si bien, normalmente, se verifica en la realidad de la vida social –y la actuación del derecho pasa desapercibida para el común de la gente–, puede faltar –no solo por deliberada **desobediencia**, sino por dificultades en la valoración de las conductas observadas frente a la norma o a causa de obstáculos en la interpretación del precepto legal y su aplicación en concreto–, en cuyo caso el mandato queda insatisfecho, no alcanzando a componer el conflicto según la valoración social realizada por el legislador.

Esta **falta de observancia del mandato legal** no genera, todavía, alarma social, mientras los intereses en conflicto no sean causa de una conducta positiva de sus titulares que transforme el choque de intereses en choque de actividades.

El mero **conflicto de intereses**, mientras permanezca **latente**<sup>38</sup>, sin exteriorizarse por los interesados, aún sin alcanzar la composición prevista en el orden jurídico, puede desembocar en resultados previstos y queridos por el sistema legal. Piénsese en los efectos jurídicos que se reconocen a la prescripción<sup>39</sup>, tanto adquisitiva<sup>40</sup> como extintiva<sup>41</sup> y a la caducidad<sup>42</sup>, que tienen como presupuesto la

<sup>36</sup>MASSINI CORREAS, Ob. cit., pág. 54, con cita de Joaquín Ferrer Arellano.

<sup>37</sup>CARNELUTTI, Francisco, DERECHO...cit., pág. 15.

<sup>38</sup> "Es cuando el conflicto puede quedar subyacente, sin entrar en la etapa controversial, que es a la que se refieren generalmente los autores cuando hablan de conflicto" y que "si debe solucionarse definitivamente, aparecen otras acciones" (FALCÓN, Ob. cit., pág. 20).

<sup>39</sup> Libro Sexto, Título I, CCyC -artículos 3947 y siguientes del Código Civil derogado-.

<sup>40</sup> Artículos 2565 y siguientes, CCyCN -artículos 3999 y siguientes, del Código Civil derogado-.

<sup>41</sup> Artículos 2554 y siguientes, CCyCN -artículos 4017 y siguientes del Código Civil derogado-.

<sup>42</sup> Artículos 2566 a 2572, CCyCN.

pasividad del titular de un derecho real o de un derecho creditorio, ante el conflicto de intereses típico ya surgido y del que, las normas jurídicas, hacen nacer poderes, que coloca a disposición del interés protegido, y deberes, que vinculan la voluntad del titular del interés subordinado.

En los casos en que el **conflicto** alcance a un **interés público**, se asegura la realización de la conducta dirigida a su satisfacción mediante la imposición a órganos, especializados o no, de un deber de obrar en protección del interés protegido en el ordenamiento jurídico<sup>43</sup>.

A la inversa, el orden jurídico impone una cierta actividad al titular del interés protegido para que se alcancen determinados efectos jurídicos, que, de otro modo, no se producirán. Es el caso, entre muchos otros, de la exigibilidad del crédito y la mora del deudor<sup>44</sup> o la suspensión de la prescripción<sup>45</sup>.

En definitiva, las consideraciones precedentes demuestran, según nuestro criterio, que el **simple conflicto intersubjetivo de intereses**, se encuentre, o no, normativamente prevista -en abstracto- su composición, permanece como un fenómeno generador de efectos *jurídicos concretos, pero sin consecuencias ulteriores y por lo tanto, sin* que aparezca, todavía, la necesidad de una actividad que, fuera de la referida **causalidad normativa** que proyectan las normas que integran el orden jurídico estatal, sea capaz de alcanzar, por encima de la voluntad de las partes, la composición del conflicto según la fórmula enunciada por la norma legal<sup>46</sup>.

### III.- El litigio.

#### 1º. Concepto:-

---

<sup>43</sup>Ministerio Fiscal -ver, artículos 71, Código Penal, 69, 181, 188, 195 y 196, Código Procesal Penal de la Nación, y 6º, 60, 130, 131, 132 y siguientes, Código Procesal Penal de Santiago del Estero; Ministerio Público de Menores e Incapaces -ver, artículo 33, inc. d, Código Civil y Comercial de la Nación-; Fiscal de Estado -ver, artículo 162, Constitución de Santiago del Estero y Decreto Ley 7543/69 -to. Decreto 969/87 y leyes modificatorias-.

<sup>44</sup> Artículo 887, CCyCN -artículos 509, 2º párrafo, y 513, Código Civil derogado-

<sup>45</sup> Artículos 2539 a 2543, CCyCN-artículo 3986, 2º párrafo, Código Civil derogado-

<sup>46</sup>En su última gran obra sistemática de derecho procesal, reflexionaba CARNELUTTI diciendo que "...el simple conflicto de intereses...en sí, no tiene nada de patológico o de patógeno. Por el contrario, es una situación netamente fisiológica; del conflicto puede desprenderse, en verdad, un delito lo mismo que una obra de caridad. El conflicto de intereses es un ambiente, en el cual puede manifestarse tanto el egoísmo como altruismo. El germen del delito no es pues, el conflicto de intereses, sino el conflicto de acciones" (DERECHO Y PROCESO, cit., pág. 61). Se ocupan de una "visión positiva del conflicto", HIGHTON y ÁLVAREZ, en Ob. cit., págs. 46 a 49.

Aquella necesidad se muestra descarnadamente cuando el *conflicto* intersubjetivo se transforma en *litigio*.

Para que tenga lugar tal metamorfosis del conflicto de intereses es menester que a éste se le agregue algo más, a saber:-

\* que uno de los interesados actúe para que su interés asuma la posición que le asigna el orden jurídico frente a su contrario, puesto que, como vimos, la quietud del titular puede dejar al derecho inerme, por caducidad o prescripción o renuncia; y

\* que el titular del interés opuesto actúe en sentido contrario, resistiéndose a observar la conducta prescripta por la norma, negando su concurso para colocar al titular del interés opuesto en la posición que le asigna dicha norma, habida cuenta que su pasividad puede derivar en la consolidación de la posición asumida, de hecho, por el portador del interés opuesto.

Al enfrentamiento de intereses se agrega el enfrentamiento de las actividades y allí tenemos algo más que un conflicto, estamos en presencia de un *litigio*, según la denominación que adoptó, desde los comienzos de su fructífera producción jurídica, Francisco Carnelutti<sup>47</sup>, cuya comprensión es indispensable para entender el fenómeno intersubjetivo que se erige en la causa, no ya del derecho, sino del proceso judicial.

## **2º. Elementos:-**

El conflicto devenido en litigio, se integra, como especie conflictual, con elementos subjetivos y objetivos, pero, con estructura completamente diversa: los elementos subjetivos son, ahora, no solo titulares de intereses contrapuestos sino protagonistas de actividades encontradas, las que se han denominado *pretensión y resistencia*; los elementos objetivos, no se limitan al bien sobre el que recaen los intereses en conflicto sino que se extienden a las *razones* que pueden invocarse para demostrar la tutela que el orden jurídico confiere a cada una de las actividades contrapuestas.

---

<sup>47</sup> “La figura de la relación jurídica y correlativamente, las de obligación y derecho, no agotan la fenomenología de la composición de los conflictos de intereses mediante el Derecho. Hay en efecto, otros modos de ser del conflicto, que precisa tener en cuenta. En general, la relación jurídica es un concepto *estático*, en cuanto representa el conflicto desde el punto de vista de la *coordinación de la voluntad de los interesados*. Pero el conflicto puede y debe ser considerado también desde el punto de vista *dinámico*”, desde el cual se percibe el momento en que “el conflicto de intereses se convierte en *litigio*” (SISTEMA..., cit., pág. 44).

Se define el litigio, por lo tanto, como **un conflicto de intereses calificado por una pretensión y una resistencia**, siendo el **primero** su arista **material** y las **segundas**, su arista **formal**.

Analizaremos, brevemente, esta estructura.

**a) La actividad que dispara el litigio:-**

Se denomina **pretensión** a la actividad que, proveniente de cualesquiera de los sujetos en conflicto, promueve la transformación de éste en litigio, en razón de contener una declaración de voluntad que exige el sometimiento del interés ajeno a la satisfacción del propio.

Advierto que la pretensión no siempre proviene del sujeto titular del interés al que el ordenamiento jurídico concede superioridad o prevalencia, pudiendo originarse en el sujeto del interés sometido, por la norma jurídica, a la satisfacción de aquél; como cuando el deudor pretende la declaración de haber satisfecho la deuda o la declaración de la prescripción del crédito. No conviene, por tanto, identificar pretensión con actividad en favor del interés al que la norma jurídica asigna la calidad de subordinante.

La **pretensión**, en el plano jurídico, supone la imposibilidad que los interesados subordinen su conducta al mandato legal, cualquiera sea la causa de su impotencia: desobediencia deliberada, desacuerdo en la valoración de los hechos o incomprensión del precepto legal, o imposición por el orden jurídico de la intervención del órgano judicial para que determinados intereses –normalmente públicos o colectivos– obtengan satisfacción<sup>48</sup>.

La noción de pretensión, es utilizada por Bernhard WINDSCHEID en su famosa polémica con Theodor MÜLLER<sup>49</sup>, pero no fue motivo central de preocupación científica, hasta que Francisco CARNELUTTI la puso como tema trascendente, al lado de la acción<sup>50</sup>, y logró percibir, luego de reflexionar largamente sobre la esencia del instituto, que la pretensión se resuelve en una simple exigencia, que puede ir acompañada o no, de razones, fácticas y jurídicas, y aún en este último caso, es susceptible de obtener satisfacción<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup>Esto es lo que ocurre en los casos de declaración de incapacidad (artículo 32, CCyCN); nulidad de matrimonio (artículos 424 y 425, CCyCN); divorcio (artículo 435, inc. c, CCyCN); filiación (artículos 582 a 593, CCyCN) y muchos otros. También, en la aplicación de una pena (artículo 18, Constitución Nacional).

<sup>49</sup>Véase, POLÉMICA SOBRE LA "ACTIO", trad. Tomás A. Banzhaf, Ed. EJE, Bs. As., 1974.

<sup>50</sup>Decía el autor citado en el texto que "Desde que me dediqué a estudiar el proceso se me presentó la necesidad de separar la pretensión del derecho..." (DERECHO Y...cit., pág. 61, nota 27).

<sup>51</sup>Es necesario, según las enseñanzas del notable jurista italiano, "separar la pretensión del derecho" pues "de otro modo no se podría admitir una pretensión no fundada", destacando, con la humildad que

La pretensión, cuando va acompañada de razones, de hecho y de derecho, en las que se apoya la exigencia al titular del interés subordinado de prestación de la conducta impuesta por el ordenamiento jurídico, puede llamarse "*razonada*", es decir, apoyada en razones; si esas razones son suficientes para demostrar la tutela que el orden jurídico confiere a la exigencia exteriorizada, la pretensión puede llamarse "*fundada*", si no son suficientes, la calificación será de "*infundada*".

Pero, cuando la pretensión se limita a la mera exigencia, sin expresar razones que demuestren la tutela de la que está revestida, la pretensión es "*no razonada*", es decir, no apoyada en razones.

En el plano jurídico, la *pretensión no razonada* –desprovista de razones- tiene aptitud para producir particulares efectos previstos expresamente por el orden jurídico<sup>52</sup>, el cual, por otro lado, exige, en ocasiones, que el titular de un derecho haga valer su pretensión en el plano extraprocesal para mantener con vida la particular tutela que el orden jurídico dispensa a su interés<sup>53</sup>.

Enrolados en esta última posición, sostenemos que la pretensión se limita a la pura exigencia de subordinación de un interés a otro, respecto de un bien. Cuando ella va acompañada de razones, de hecho y de derecho, dirigidas a demostrar que el orden jurídico le reconoce protección, resulta *razonada*, aunque puede, por un error de apreciación, estar *infundada*, en virtud que su fundamento es erróneo; de lo contrario estará *fundada* y se impondrá su tutela por los órganos del Estado.

#### **b) La actividad que hace nacer el litigio:-**

Para que surja un litigio es preciso que a la pretensión se oponga una **resistencia**, habida cuenta que la falta de reacción del sujeto pasivo

---

caracteriza a los sabios, que él confundió "la pretensión con la *afirmación* del derecho (*Lezioni di dirittoprocesso civile*, II, cit., pág. 272) ya que no había advertido que se puede dar no solo la pretensión *infundada* sino la pretensión *no razonada* (*quianominor leo*); por eso en el *Sistema di dirittoprocesso civile*, I, cit., pág. 40, la pretensión ha sido definida como "exigencia de la subordinación del interés ajeno al propio"; así no solo la pretensión se separa del derecho, sino, también de la *razón* (*raggione*); la razón (*ratio petendi*) es precisamente lo que vincula la pretensión al derecho" (DERECHO Y..., cit, págs.. 61 y 62, nota nº 27).

<sup>52</sup> El derecho a revocar, rescindir unilateralmente el contrato o resolverlo, "se ejerce mediante comunicación a la otra parte" (artículo 1078, inc. a, CCyCN) y en los casos "de la resolución por cláusula resolutoria implícita", se exige que "el acreedor emplaze al deudor bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato" (art. 1088, inc. c), CCyCN).

<sup>53</sup> "El curso de la prescripción se suspende, por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor. Esta suspensión sólo tiene efecto durante seis meses o el menor término que pudiese corresponder a la prescripción de la acción" (artículo 2541, CCyCN).

de aquella puede derivar en la consolidación del pretensor como titular de un derecho sobre el bien pretendido<sup>54</sup>. La resistencia es, entonces, el obstáculo que puede oponer, el titular del interés subordinado, a la satisfacción de la pretensión, negando someterse a la exigencia respectiva e incluso, manteniendo una actitud pasiva ante el ejercicio de la pretensión.

Esta resistencia, igual que la pretensión, puede ser razonada o no razonada y la primera fundada o infundada. A diferencia de ella, puede consistir en una simple omisión, frente a la exigencia de subordinación a un interés ajeno.

Conviene hacer presente que no siempre es necesaria una conducta, activa u omisiva, del sujeto contra el cual se dirige la pretensión para que el conflicto se transforme en litigio, que haga necesaria la intervención del órgano judicial. En todos aquellos casos en que el orden jurídico exige que un particular precepto legal se aplique solo con la intervención del órgano judicial, que verifique los presupuestos a los que una norma jurídica condiciona la aplicación del precepto<sup>55</sup>, la resistencia solo adquiere eficacia cuando se proyecta en el proceso judicial, como defensa de fondo.

La resistencia, como la pretensión, se compone, según el concepto precedente, de dos elementos esenciales: subjetivo, uno y objetivo, el otro. El primero se integra con el sujeto resistente: contra el que se dirige la pretensión y opone a ella la negativa a satisfacerla. El segundo tiene duplicidad de elementos: manifestación de voluntad – expresa o tácita- del resistente -negándose a subordinar su interés al del pretensor- y objeto -bien sobre el que debe tener satisfacción el interés protegido por la norma jurídica y respecto del que el resistente niega su concurso-.

### c) Definición:-

Queda perfeccionado de tal forma lo que hemos denominado “litigio” y que se define como *un conflicto de intereses calificado por la pretensión y la resistencia*; en donde el **conflicto** es su elemento

---

<sup>54</sup> “La prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley” (artículo 1897, CCyCNI). En el plano de la teoría general del derecho, CARNELUTTI ha extendido el significado restringido que el vocablo *posesión* tiene en el ámbito del derecho positivo –especialmente, en la rama civil-, hasta alcanzar toda hipótesis en que “*por iniciativa de uno de los sujetos se hace prevalecer uno de los intereses en conflicto, y por la tolerancia del otro sujeto, queda sin satisfacer el otro interés*” (TEORÍA GENERAL...ci., pág. 33).

<sup>55</sup> Artículos 18, Constitución Nacional, 79, Código Penal; 23 y 32 (capacidad restringida e incapacidad) y 435, incs. b) y c), CCyCN. (disolución del matrimonio).



**material** y la **pretensión**, seguida de la **resistencia**, integran su elemento **formal**<sup>56</sup>.

**d) El litigio como causa del proceso:-**

El conflicto de intereses devenido en litigio constituye la *causa* eficiente del proceso; ello es así, en razón de que “cuando el conflicto esté regulado por el Derecho, el litigio paraliza su arreglo”. Podría decirse, entonces, que **el litigio es refractario a la acción del Derecho**, y cuando el conflicto se presenta con tales caracteres, hace falta un remedio ulterior para obtener su composición, habida cuenta que, cuando el orden jurídico se muestra insuficiente para lograr que sus destinatarios adecuen su conducta a la regla ordenada, **“se trata de integrarlo con un dispositivo ulterior, apto para ponerle remedio...ese algo es lo que llamamos proceso”**<sup>57</sup>.

Separado el conflicto del litigio y localizados ambos en el campo que le es propio, el primero como la causa del orden jurídico estatal y el segundo como la causa del proceso judicial, es posible identificar la situación en que deben encontrarse los intereses calificados por el ordenamiento jurídico estatal para necesitar de la tutela jurisdiccional, y cuál aquella que autoriza a emplear métodos alternativos que contribuyan a poner de manifiesto la efectiva situación de imposibilidad de superar el enfrentamiento intersubjetivo, con la finalidad –práctica- de evitar que se ponga en funcionamiento, innecesariamente, el costoso mecanismo de dicha tutela jurisdiccional.

La existencia de un litigio se identifica con la situación de hecho que genera la necesidad de la intervención de la justicia estatal –o arbitral- para pronunciarse sobre la legitimidad de una pretensión resistida y para el caso de declararse fundada, contar con el respaldo de la fuerza

---

<sup>56</sup>CARNELUTTI, SISTEMA..., cit., págs. 47 a 48. En la misma dirección, sostiene Jaime GUASP que por “conflicto”, en el ámbito del proceso judicial, debe entenderse “una colisión de actividades entre los diversos miembros de la colectividad, es decir como una incompatibilidad exteriorizada entre varias actitudes dinámicas de las partes...un contraste entre puros estados de actividad...un contraste entre acaecimientos que se oponen entre sí...”, concluyendo en que “La colisión de pretensiones (en sentido sociológico), o mejor, de una pretensión con una resistencia, serviría así para calificar específicamente el fenómeno procesal” (Ob. cit. págs. 573 y 574).

<sup>57</sup>La misma idea, pero desde la perspectiva del sujeto de derecho, se expresa diciendo que “cuando se habla de “derechos” (no de “derecho” en singular, lo cual crearía problemas diferentes pero tal vez menos complicados) se hace referencia, comúnmente, a posiciones subjetivas reconocidas y tuteladas por el Derecho y que se suponen existentes en sujetos singulares, en grupos de sujetos o en todos los ciudadanos. En el caso de violación o de no satisfacción de estas situaciones jurídicas, se configura , además, la posibilidad de una tutela puntual, completa y rigurosa, en sede jurisdiccional, en caso de ser necesario...” lo que “implica que el ordenamiento pone a disposición varios instrumentos sustantivos y procesales, es decir, todos los medios de protección necesarios para defender y ejecutar completamente esa situación subjetiva” (TARUFFO, Ob. cit., págs. 139 y 140).

pública para alcanzar la satisfacción del interés declarado legítimo, es decir, tutelado por el orden jurídico.

En otros términos, la necesidad de acudir a un órgano judicial para que se pronuncie acerca de la legitimidad de una pretensión y ponga la fuerza del Estado al servicio de la satisfacción de ella, es necesario un "litigio", no basta un simple "conflicto", excepto en aquellos casos en que el orden jurídico imponga la intervención del juez para componer un enfrentamiento de intereses a los que se asigna una importancia singular, razón por la que sustrae su composición de la libre voluntad de los interesados<sup>58</sup>.

En síntesis, en todo **proceso judicial** se desenvuelven **tres tipos de interés**: dos o más, **intereses en litigio**, de naturaleza material, regidos por normas de derecho sustancial; dos o más, **intereses en obrar**, que motorizan el desenvolvimiento del proceso y tienen carácter instrumental y por tanto, naturaleza procesal; y un **interés en dirimir el litigio**, de naturaleza procesal y de carácter eminentemente público.

Los primeros son variables, ya que pueden ser privados, colectivos, difusos o públicos; los dos restantes son de carácter público –uno porque es causa del proceso y motor de su desenvolvimiento y el otro porque su titular es el Estado-.

**e) Las consecuencias de la falta de distinción entre conflicto de intereses y litigio:-**

La desatención de esta distinción, entre conflicto jurídico y litigio, ha conducido a incluir en el ámbito del derecho procesal todos los medios de resolver conflictos, hipertrofiándose su contenido<sup>59</sup>.

Según la opinión que acabamos de fundamentar, quedan fuera del ámbito de aquella disciplina jurídica, no solo por el método que emplean para procesar y componer el enfrentamiento de intereses sino, también, por el fin que persiguen, procurando, que el litigio se disuelva sin consideración a la jerarquización de los intereses prevista

---

<sup>58</sup>Casos en que el litigio debe plantearse, por imposición legal, ante la justicia estatal.

<sup>59</sup>En tal sentido se ha dicho que "si entendemos el Derecho Procesal como conjunto de sistemas para la solución de conflictos jurídicos dentro de un ámbito determinado, veremos que comprende todos los pasos que se quieran dar en la solución del conflicto jurídico, con independencia de que haga base en uno o en otros según el ángulo que se quiera adoptar con fines de política legislativa, de soluciones sociales, etcétera", reconociéndose como "aspectos de un mismo fenómeno procesal", "tanto el uso de la fuerza como la autocomposición o la heterocomposición"; véase, también, HIGHTON y ÁLVAREZ, Ob. cit., págs. 26 a 28.

en el orden jurídico estatal, todos los medios de autocomposición de los conflictos.

Siendo la finalidad prístina y exclusiva del proceso judicial la composición de los litigios –no de simples conflictos de intereses– según el orden jurídico, el objeto de la ciencia procesal queda reducido al método estrictamente procesal de resolverlos.

Casi es innecesario aclarar que esa distinción no encierra un desconocimiento de la complementariedad que media entre ambas especies de tratamiento de los conflictos de orden jurídico; por el contrario, participamos de la idea de que la cuestión básica radica en “determinar cuáles son las condiciones que hace utilizable la mediación como técnica de resolución de las controversias sobre derechos”<sup>60</sup>.

Esas condiciones deben buscarse, según nuestro particular punto de vista, además de en las cualidades del tercero que asiste a las partes y en la estructura del procedimiento de mediación<sup>61</sup>, en el objeto y en la finalidad de éstos.

Conforme al análisis precedente, el **objeto** de los medios alternativos de solución de conflictos jurídicos, debe localizarse en aquellos que amenazan con transformarse en litigio o que han alcanzado ese estado conflictual, y su tratamiento debe **orientarse** a determinar la efectiva necesidad de la intervención de la justicia estatal para establecer la legitimidad de la pretensión o de la resistencia, o en otros términos, identificar la existencia de un real interés en obrar que imponga a las partes la necesidad de acceder a la jurisdicción para alcanzar la composición de los intereses que prevé el ordenamiento jurídico estatal.

---

<sup>60</sup> TARUFFO, Ob. cit., pág. 148).

<sup>61</sup> Según lo que aconseja TARUFFO (Ob. cit., págs. 148, 149 y 150).