

**FALLO SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES, 29/10/2003**

**“Padovani de Marchan, Graciela P.”**

**NOTAS A FALLO**

**“LOS JUECES, LA INTERPRETACIÓN Y LAS CARPAS IDEOLÓGICAS”<sup>1</sup>**

**Por Augusto M. Morello**

**SUMARIO:**

I. El objeto de la controversia.- II. El voto dirimente.- III. El ingreso a la carpa ideológica.- IV. Terminación

**“LA IDEOLOGÍA DE LOS JUECES Y EL CASO CONCRETO.  
Por alusiones, pido la palabra”<sup>2</sup>**

**Por Juan Montero Aroca**

**SUMARIO:**

1. Petición de intervención con interés legítimo.- 2. Del realismo ideológico... - 3. ...a la imposición del pensamiento único.- 4. Repensar las bases ideológicas.- 5. Un asunto aparentemente baladí sobre cosa juzgada y ejecución.

---

<sup>1</sup> Publicado el 18/02/2004 en Lexis-Nexis – Jurisprudencia Argentina - JA 2004 -Tomo I - Fascículo N°7.-

<sup>2</sup> Publicado el 05/05/2004 en Lexis-Nexis – Jurisprudencia Argentina - JA 2004 -Tomo II - Fascículo N°5.-

## **SUP. CORTE BS. AS., 29/10/2003 - PADOVANI DE MARCHAN, GRACIELA P.**

Buenos Aires, octubre 29 de 2003.-

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

El Dr. Negri dijo:

1. La Cámara a quo, en lo que interesa destacar, revocó la sentencia de fs. 466/68 vta. que había desestimado los reproches de la parte demandada y, en consecuencia, estableció que en la sentencia de fs. 338/345 vta. modificada a fs. 383/389 vta., en cuanto a la tasa de intereses, se había fijado la tasa pasiva, ordenando por ello en la instancia de origen reformularse la liquidación.

2. Contra este pronunciamiento la actora interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando absurdo y violación de los arts. 17, 18 y 19 CN<sup>1</sup>. y 9 Const. prov<sup>2</sup>.

3. Opino como el subprocurador general que el recurso merece acogida.

a) En efecto, a mi juicio era en la alzada, al modificar en la etapa de ejecución de sentencia la tasa de interés a aplicar al monto de la condena, cuando ese punto era ya inmutable, por cuanto había sido establecido expresamente en la sentencia de primera instancia de fs. 338/345 vta. que la tasa aplicable era la activa y no había sido objeto de agravio por la demandada, la que pese a apelar el fallo no lo discutió; por ende, el pronunciamiento de la alzada (fs. 389) que había revocado sólo la forma de distribución de los rubros indemnizatorios del fallo de origen no modificó la tasa de interés fijada por el a quo.

Por lo demás, la parte demandada contra el pronunciamiento referido interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y tampoco allí se agravio de la tasa impuesta en la sentencia.

Esta Corte a fs. 424/30 rechazó el recurso extraordinario interpuesto, adquiriendo por ende firmeza el fallo apelado.

b) Es recién en la etapa de ejecución de sentencia, luego de haber practicado la parte actora la liquidación según el interés a la tasa activa -repito-, cuando la demandada impugna el decisorio sosteniendo que debe aplicarse la tasa pasiva.

La sentencia de fs. 466/68 vta. rechaza la oposición sosteniendo sustancialmente que la liquidación practicada resultaba acorde con las pautas establecidas por sentencia, resultando precluida su revisión en esa etapa del proceso.

La demandada apela dicha decisión (ver fs. 482/89 vta.).

c) En lo que interesa destacar, la Cámara concluyó "...que la redacción de la sentencia ha provocado dificultades que han generado el error excusable de la parte interesada, que no formuló agravios al respecto al apelar la sentencia recaída en autos...".

---

<sup>1</sup> LA 1995-A-26

<sup>2</sup> LA 1994-C-3809

Juzgo que ello no ha sido así, como quedara evidenciado ut supra: la demandada no apeló respecto de la tasa activa fijada por la sentencia en ninguna de las oportunidades procesales que tuvo, adquiriendo en consecuencia firmeza lo decidido.

De manera que, so pretexto de que no se debe contrariar la doctrina de la Corte, no pudo la alzada válidamente alterar -como lo hizo- el principio de la cosa juzgada.

Ello así, porque -repito- la sentencia que fijara la tasa activa pudo haber sido cuestionada oportunamente por la demandada y no lo hizo, cesando para ella la posibilidad de revisar lo resuelto en la etapa de ejecución de sentencia, momento en el cual ya había perdido inexorablemente la posibilidad de reeditar tal pretensión. Es que la preclusión opera como un impedimento o una imposibilidad de reeditar las cuestiones que ya han sido objeto de tratamiento y resolución anterior; la facultad procesal no usada se extingue.

Tiene dicho reiteradamente esta Corte que la firmeza de los actos procesales es, en efecto, una necesidad jurídica que justifica su validez, no obstante los vicios que pudieran presentar (causas Ac. 34675, sent. del 5/9/1986 en AyS 1986-III-94; Ac. 47714, sent. del 13/10/1992 en AyS 1992-III-684; Ac. 52906, sent. del 19/12/1995 en AyS 1995-IV-670), y también que la preclusión procesal es un instituto que garantiza uno de los principios que debe privar en toda causa judicial, esto es, la seguridad, y consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para su ejercicio (causa Ac. 73412, sent. del 22/11/2000, entre muchas).

También ha resuelto esta Corte que no pueden ser atendidos los agravios dirigidos a procedimientos que quedaron cerrados por la preclusión (causa Ac. 34407, sent. del 3/12/1985 en AyS 1985-III-594; Ac. 68000, sent. del 24/11/1999).

Los motivos de seguridad jurídica, economía procesal y necesidad de evitar sentencias contradictorias que dan fundamento a la institución de la cosa juzgada no son absolutos y deben ceder frente al deber de afirmar otros valores jurídicos de raigambre constitucional. La cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales, por lo que no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquellas que hayan sido precedidas de un proceso contradictorio y en el cual el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba (causa Ac. 52263, sent. del 21/11/1995 en AyS 1995-IV-340); esto último es lo acontecido en la especie.

Juzgo que la Cámara a quo al establecer un interés y una tasa distintos del fijado para el cálculo de la indemnización alteró los principios de la cosa juzgada, ya que modificó aspectos sustanciales de la sentencia toda vez que cambió su contenido económico.

Y sabido es que actúa con menoscabo de los límites de su propia competencia y de las garantías de la propiedad y la defensa en juicio (arts. 17 y 18 CN., 242, 266, 272 -su doctrina- y concc. CPCC.<sup>3</sup>) la Cámara que examina un aspecto del fallo de primera instancia que, por consentimiento del único legitimado para impugnarlo, había pasado en autoridad de cosa juzgada (causa Ac. 43080, sent. del 18/9/1990 en AyS 1990-III-367).

---

<sup>3</sup> t.o. 1981, LA 1981-B-1472

4. Si lo que dejo expuesto es compartido, de conformidad con lo dictaminado por el subprocurador general, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario traído, revocándose la sentencia impugnada y manteniéndose la dictada en primera instancia. Costas a la demandada (arts. 289 y 68 CPCC.).

Voto por la afirmativa.

Los Dres. De Lázzari, Pettigiani y Salas, por los mismos fundamentos del Dr. Negri, votaron también por la afirmativa.

Sobre la misma cuestión planteada el Dr. Roncoroni dijo:

Un mínimo de realismo judicial -al que no tenemos por qué cerrarnos los magistrados- y una lectura en ese contexto histórico en que cobrara vida la fórmula y las citas jurisprudenciales a que acudiera la sentencia de fs. 338/345 vta. para fijar la tasa de interés aplicable al monto de la condena ("montos a los que se adicionará desde el 4/5/1991 a su efectivo pago el interés que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a 30 días vigentes en sus distintos períodos de aplicación [conf. Ac. Sup. Corte Bs. As. 43448 y 43858 del 21/5/1991..."] nos han de indicar, palmariamente y "a ojos vista", que dicha fórmula o cliché tipeada por copistas (o magistrados) que desde antaño habían internalizado el vocablo operaciones de "descuento" ha sido falseada inconscientemente, al pervivir en su seno tal vocablo en vez de la voz "depósito", que es la que correspondía a la doctrina legal de esta Corte que se cita en su abono. Hasta la misma estructuración de la frase se corresponde con el modo expresivo que cobrara dicha doctrina legal en aquellos primeros pronunciamientos de esta Corte que siguieron a la sanción de la ley 23928<sup>4</sup>.

Y si esto es así, si la estructura formal y las citas se corresponden totalmente con esos pronunciamientos, una interpretación sistemática de la fórmula estampada en la sentencia (armonizando su estructura, su sentido y sus citas), que nos permita leerla en su historia y en medio de las circunstancias jurisprudenciales y económicas en que se dictara dicha sentencia, no puede menos que permitirnos descubrir ese error o falseamiento inconsciente ya señalado, el que pasa más seguido de lo que se cree en la vida de los tribunales. Esto es claramente sabido en las instancias ordinarias, y el recurso de aclaratoria sabe dar remedio a tales errores.

No es éste nuestro caso. Máxime cuando la jueza de primera instancia en oportunidad de resolver la impugnación a la liquidación dice que repasando su fallo anterior advierte que la tasa de interés referida resulta ser la activa, para agregar que "al no haberse recibido en esta parcela el oportuno ataque de la parte interesada... resulta precluida su revisión en esta etapa del proceso" (fs. 467 vta.).

Pero -en mi opinión- tal tipo de errores "escriturarios", en el que la falla del cliché y su falta de correspondencia con la doctrina que cita dejan de alguna manera embozado o disfrazado un tipo de tasa por otro, no hacen instancia ni cosa juzgada y pueden ser modificados si son advertidos, como en el caso, al momento de practicarse la liquidación respectiva. Mas aún, conscientes de que el error material se refleja en un aspecto sustancial de la decisión, no tenemos dudas de que la jueza de la causa bien podría haberlo solucionado por la vía de una aclaratoria "torcida" (ver Oteiza, Eduardo, "El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios", LL 1992-A-705) o por una revocatoria in extremis (ver Peyrano, Jorge W.; "Estado de la doc-

---

<sup>4</sup> LA 1991-A-100

trina judicial en la reposición in extremis", Revista de Derecho Procesal n. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 61 y ss.).

Si nuestra Carta Magna Nacional nos impone afianzar la justicia y la provincial nos impele a una tutela judicial continua y efectiva de los derechos, no creo que tal yerro y la injusticia que del mismo se deriva (clara expresión de ello es la diferencia que surge de las liquidaciones de fs. 439 y 443, que al mes de diciembre de 1999 aco- plaban a un capital de \$ 210.000 en concepto de intereses una suma de \$ 424.389 - tasa activa- o una de \$ 169.764 -tasa pasiva-) no deban remediarse.

Por ello, persuadido como lo estoy de que aquel grosero error material de copia o, para mejor decir, aquel inconsciente pero palmario yerro expresivo era y es suscep- tible de ser saneado en la deseada búsqueda de la verdad jurídica objetiva y de un eficaz y sano servicio de justicia (Preámbulo de la Constitución Nacional y art. 15 Const. prov. Bs. As.) y que una vez planteado su remedio el mismo fue denegado por la jueza de primera instancia, para pasar a ser revisada y revocada la decisión aquella por la providencia de la Cámara de Apelaciones que llega a través del recur- so extraordinario en tratamiento a esta Corte -cuestión ésta que no tiene firmeza-, propicio confirmar el decisorio de dicho tribunal (arts. cits. y 279 y concs. CPCC.).

Voto por la negativa.

Sobre la cuestión planteada el Dr. Hitters dijo:

En mi opinión, el embate no debe prosperar.

1) Para una mejor comprensión del caso cabe recordar que en la sentencia de pri- mera instancia se estableció "el interés que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a 30 días vigentes en sus distintos períodos de aplicación", invocándose como fundamento de tal decisión la doctrina (sobre tasa "pasiva") que emana de los fallos dictados por esta Corte en las causas Ac. 43448 y 43858, sentencias del 21/5/1991 (ver fs. 344 vta. y 345 vta.). Ese punto no fue cues- tionado por la accionada en su expresión de agravios (ver fs. 364/369).

En etapa de liquidación la accionante practicó la propia, aplicando al capital de con- dena la tasa de interés activa del Banco de la Provincia de Buenos Aires (ver fs. 439).

Posteriormente se produjo la oposición del municipio demandado, postulando que se compute en el sub discussio la tasa "pasiva" de la entidad bancaria oficial.

En la instancia de origen se dispuso rechazar la impugnación de la liquidación decla- rando que en autos operaba la tasa "activa" (ver fs. 466/468).

La Cámara revocó tal decisorio estableciendo que la sentencia de fs. 338/345 vta., modificada a fs. 383/389 vta., fijó la tasa "pasiva".

La diferencia que surge entre la aplicación de una u otra escala ha sido claramente cuantificada por mi distinguido colega Dr. Roncoroni en su voto, con cuyos linea- mientos sustanciales coincido, y que cambia sustancialmente el monto final del plei- to.

2) Entiendo, entonces, que en el sub examine nos encontramos frente a lo que Car- nelutti denomina "defectos de expresión", tales como los de copia o cálculo, aunque en verdad el concepto es realmente abarcador o difuso, ya que dentro de este ámbi- to pueden entrar un sinnúmero de déficits o equivocaciones del fallador.

Estos pseudovicios, que más bien constituyen meras equivocaciones, de ninguna manera pueden asimilarse a los llamados errores in iudicando, pues no se trata de fallas en el razonamiento del magistrado ni en la fijación de los hechos, ni en la aplicación del derecho.

Al margen de la fórmula que finalmente se consignó en la sentencia de fs. 338/345 vta. para referirse a la tasa de interés aplicable, surge indisputable que los fundamentos esgrimidos a los fines de su justificación refieren a la conocida como "pasiva", y no a la "activa".

Aclaro que con tal solución no se rescinde ni se sustituye el decisorio de origen (conforme Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad.: Alacalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Ed. UTEHA., vol. III, p. 619), el que permanece inalterado en lo que resulta sustancial.

Por otra parte, considero que no ha operado aquí el instituto de la preclusión, pues, como bien se advierte en el fallo de Cámara, "la redacción de la sentencia ha provocado el error excusable de la parte interesada que no formuló agravios al respecto al apelar la sentencia recaída en autos" (ver fs. 507). Y en tales condiciones no puede sostenerse que ha sido consentida.

En síntesis, nos encontramos frente a un caso excepcional que permite dispensar a la accionada por no haber ejercido anteriormente -como habitualmente debió hacerlo- otras vías para corregir el fallo (conf. arts. 36 ap. 3, 166 ap. 2 y concs. CPCC.). Se trata de un "error material" del fallo -que le causa un serio agravio económico al quejoso- y que si bien debió ser atacado por otro carril, la confusa redacción de la sentencia no permitió detectar el vicio en tiempo idóneo.

Voto por la negativa.

Los Dres. Genoud y Kogan, por los mismos fundamentos del Dr. Roncoroni, votaron también por la negativa.

Sobre la cuestión planteada el Dr. Domínguez dijo:

Es mi opinión que el recurso debe prosperar. Aduno, sólo a mayor abundamiento a los fundamentos brindados por el Dr. Negri, las siguientes consideraciones.

1. Al haber concluido el proceso de conocimiento se determina el ámbito de competencia de la alzada a las cuestiones propias de la etapa de ejecución, entre las cuales se excluyen las pautas establecidas en la sentencia para fijar los intereses sobre el monto indemnizatorio, circunstancia consentida por las partes.

Así, en el pronunciamiento impugnado la Cámara alteró sustancialmente cuestiones pasadas en autoridad de cosa juzgada sin razón alguna, al no haber acontecido, en el caso, una de las excepciones que permitan su revisión.

Al ser revisada -por la Cámara de Apelaciones- una cuestión ajena a su jurisdicción -por haber sido consentida por las partes- generó una situación incompatible con el debido proceso, al violentar, en mi criterio, el principio non bis in idem.

Los efectos de la cosa juzgada impiden que se dicte una nueva decisión -efecto negativo o de exclusión- o, en su defecto, originan en el juzgador el deber de ajustarse a lo ya decidido -efecto positivo o prejudicial- (conf. Montero Aroca, Juan, en "Derecho Jurisdiccional", t. II-Proceso Civil, 1989, Ed. Bosch, p. 438).

Lo expuesto se encuentra enlazado con los alcances que nuestro sistema constitucional les otorga a las facultades del juez.

2. No albergó dudas sobre que nuestro sistema de enjuiciamiento descansa sobre los principios políticos del republicanismo, muy lejos del perfil de juez de los regímenes totalitarios.

El aspecto de las facultades del juzgador se encuentra estrechamente vinculado al modelo de juez. Juan Montero Aroca en su obra "Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" (2001, Ed. Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia, 2001) refiere claramente esta problemática y lo que significa otorgarle amplios poderes al juez, más allá de lo actuado por las partes. Así, cita que la ordenanza procesal civil austríaca obra de Klein, que no puede dejar de representar la ideología base del reaccionario Imperio austro-húngaro de finales del siglo XIX, y con todo ello se acaba de comprobar que las referencias a la verdad material o el aumento de los poderes del juez respecto de la prueba se asientan en un maremagnum de ideas políticas aparentemente contradictorias pero que acaban por ubicarse todas ellas en una concepción antiliberal o, si se prefiere, propiciadora de los poderes del Estado y, en el último caso, totalitarista.

Siguiendo al último de los autores citados, claramente podemos concluir que otorgando mayor poder al juez menor es la libertad de los ciudadanos, en franca contradicción con nuestro régimen constitucional y sistema de enjuiciamiento.

Ejemplo de lo expuesto emerge en forma palmaria en los distintos procesos históricos-políticos, ya que al detentar el poder un régimen totalitario se impone un sistema de enjuiciamiento donde se le otorguen mayores poderes al juez.

Siguiendo a Capelletti (en "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", 1972), en su resumen de las influencias del devenir ideológico en el proceso expresa que un proceso socialista se caracteriza especialmente porque, reflejando siempre intereses de orden público y no meramente privados, entiende que no puede dejarse el proceso mismo a la merced de los acuerdos, o del descuido o de la ignorancia o también de la desigualdad dialéctica de las partes (conf. Montero Aroca, ob. cit., p. 308).

En los sistemas socialistas el proceso se concibe en un instrumento para el bienestar social, y dentro de esta concepción el juez asume un cometido de guía y de propulsión procesal, no solamente técnica y formal sino también material; desde el mismo inicio del proceso se asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, buscando con ellas la verdad para que al final la victoria sea de la parte que tiene razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de su mayor fuerza económica o por la mayor habilidad de su defensor. Se acaba de este modo - se dice- con la vieja concepción del juez neutral, que era algo puramente formal.

En el fondo se trata de convertir al proceso civil en algo parecido a la jurisdicción voluntaria, en la que el juez asume una función no jurisdiccional sino de tutela de los particulares, a los cuales se los considera poco menos que menores o incapacitados. Baste con recordar que esto era lo pretendido por Baumbach, magistrado nazi en 1938, por Menger, el apóstol del socialismo jurídico a finales del siglo XIX, y por autores comunistas de todo el siglo XX, los cuales auspiciaron la desaparición de las varias clases de procesos, sobre todo el penal y el civil, para acabar en una única manera de actuar el derecho en el caso concreto: de oficio por el juez (conf. Montero Aroca, ob. cit., nota final 41).

Otro claro ejemplo es la Italia fascista. El 16/10/1939 (el año XVII después de la marcha sobre Roma) Grandí, ministro de justicia italiano, se dirigió a la Comisión de las Cámaras Legisladoras diciendo: "El juez es el órgano al que el Estado confía la

función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a las más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora" (conf. Montero Aroca, ob. cit. p. 332).

El cambio del punto de vista jurídico desarrollado por el juez puede llegar a entenderse como indefensión de las partes; si éstas no han podido conocer ni alegar en torno al mismo, la "tercera opinión", la del juez, necesariamente debe ponerse en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de rebatir. Lo que entra en juego entonces no es el objeto del proceso sino el derecho de defensa (conf. Montero Aroca en "Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal", de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Costa Rica, 18 al 20/10/2000, Ed. Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, San José, Costa Rica, p. 325).

El debido proceso constitucional impide, en mi opinión, que el juez -en el caso, la Cámara- se pronuncie sobre cuestiones ya debatidas y decididas y que por la actividad de las partes -o su inactividad- hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

3. Una sentencia puede reputarse como arbitraria, entre otras circunstancias, cuando pretenda dejar sin efecto decisiones anteriores firmes (conf. Alvarado Velloso, Adolfo en "El debido proceso de la garantía constitucional", 2000, Ed. Zeus, p. 296).

Sostengo que aquella vocación observada en los jueces, que en nombre de solidarizarse con el más débil, con el mal defendido, con aquel que tiene la "razón" pero que no alcanzó a demostrarla, ha sido influencia del movimiento denominado en la sociología judicial como solidarismo o decisionismo, gracias al cual se ingresa en un terreno muy peligroso al entrometerse en cuestiones que le son ajenas -por caso, cuestión pasada en autoridad de cosa juzgada-, no cumpliendo en consecuencia con la tarea propiamente judicial: en esencia, la de otorgar justicia conmutativa. Esta postura llevó a alterar el orden de lógico del proceso, violando el derecho de audiencia con las denominadas medidas autosatisfactivas; a invertir las reglas de la prueba con las llamadas cargas probatorias dinámicas, y, sin más, esta corriente logró una suerte de gobierno de los jueces al "frenar el aumento de trenes" -diario "Ámbito Financiero" del 4/2/1999-, "Ecologistas van a la justicia para que el gobierno ejecute una obra" -diario "La Capital" de Rosario del 18/7/1998-, "Un juez anuló sanciones a una alumna cordobesa" -diario "La Capital" de Rosario del 16/12/1999-.

En mi criterio optar por esta corriente procesal representa un desgobierno, al inmiscuirse en asuntos propios de la competencia constitucional de los demás poderes del Estado, muy ajenos al control judicial de razonabilidad o arbitrariedad (conf. Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., ps. 220/222).

Estas deformaciones en la actividad jurisdiccional han sido la fragua en donde se inmolaron las garantías constitucionales de los Estados democráticos de derecho, prometedoras de un debido proceso judicial, incompatible con el modelo de proceso inquisitivo o pseudoinquisitivo o decisionista (conf. Benabentos, Omar, en "Formulación de una teoría general unitaria del Derecho Procesal Penal", 2001, Ed. Temis, Colombia, p. 33).



Por vulnerar el debido proceso conforme a la Constitución es que me encuentro vedado en el presente a ingresar a revisar una cuestión fenecida por la inactividad en tiempo oportuno de una de las partes.

4. Al mutar el órgano jurisdiccional las reglas de juego necesariamente desbalancea la igualdad que debe mediar entre las partes.

Bien sirve como ejemplo la obra de Lewis Carrol "Alicia en el País de las Maravillas", ya que desde la inteligente ironía del autor se definen las características que conforman un verdadero proceso según la Constitución.

Esta pieza de literatura, materia de lectura de las ciencias exactas, pone en evidencia que algo puede ser lógico pero no razonable y que de un razonamiento correcto puede llegarse a una conclusión absurda si se parte de una premisa equivocada; también se aborda la temática -entre otras muchas- sobre el sentido axiológico de justicia.

Al ser llamada Alicia como testigo -en el juicio seguido a la Sota por el robo de las tortitas hechas por la Reina de Corazones- dijo el Rey de Corazones, quien oficiaba de juez:

"Regla cuarenta y dos. Todas las personas que tengan más de una milla de altura deben abandonar la sala del tribunal.

Las miradas se volvieron sobre Alicia.

-Yo no tengo una milla de altura -dijo.

-Sí, tienes -replicó el rey.

-Casi dos -añadió la reina.

-De todos modos, no me voy -manifestó Alicia con energía-; además, ésa no es una regla verdadera. Acaba de inventarla usted.

-Es la más antigua de todo el libro.

-En ese caso debería ser la número uno.

El rey se puso pálido y cerró el cuaderno rápidamente.

-Piensen su veredicto -dijo a los jurados, con voz baja y temblorosa".

Lejos de actuar como el Rey de Corazones, mal puedo avalar la decisión de la Cámara, quien al volver sobre una cuestión juzgada impone nuevas pautas procesales a la actora, quien con su impugnación pretende -tal como lo realizara Alicia en el párrafo transcrito- que no le cambien las reglas de la contienda.

5. Para Adolfo Alvarado Velloso, vale aquí recordarlo, uno de los cinco principios básicos que rigen al proceso para sostener el esquema constitucional es el de imparcialidad del juzgador, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia) (conf. Alvarado Velloso, Adolfo, "Introducción al estudio del Derecho Procesal, Primera Parte", 2000, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Claramente, desde la óptica del proceso garantista plasmada por Omar Benabentos, el sofisma de las "dos verdades", sostenida por los propulsores del decisionismo al contraponer la "verdad formal" con la "verdad real", ha sido superada desde la teoría única del proceso, proclamando constitucionalizar el proceso, donde el juez ya no se vea "obligado" a buscar la "verdad real", sino compelido a respetar el equilibrio procesal, la garantía del juicio previo, la igualdad de las partes y la neutralidad procesal (conf. ob. cit., p. 189).

Esta cuestión fue prevista desde antaño; así, desde la Ley de Partidas -anterior a la Inquisición española-, donde se brindó la importancia que para el juez tenía el "conocer la verdad" de lo que estaba a punto de sentenciar, pero ya en esa época se respetaba el paradigma de enjuiciamiento, cual era dos discutiendo ante un tercero imparcial, que duró largos siglos. Así, en la Ley XI del Fuero Real de España se normaba: "Verdad es cosa que los juzgadores deben captar en los pleitos por sobre todas las otras cosas del mundo. Por ende, cuando las partes contienden sobre algún pleito de juicio, los juzgadores deben ser acuciosos en tratar de saber la verdad por cuantas maneras pudieren. Primero, por el conocimiento que de ella tengan el demandador y el demandado y luego por preguntas que los jueces hagan a las partes en razón de lo que ellas contienden. Y por juramentos (regulados con prolijo esmero). Y si con esto no se logra la verdad deben recibir los testigos que le presenten las partes...".

Volver a la omnipotencia jurisdiccional sería no saber interpretar los avatares históricos del derecho procesal, recayendo en fórmulas "efectistas", violando garantías del debido proceso.

A su vez, desde el aspecto constitucional asume cada vez mayor preponderancia la figura del juez imparcial afirmada por la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>5</sup> en su art. 8.1, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>6</sup> en su art. 14.1; pensar en contrario comprometerá -indefectiblemente- la imparcialidad del sentenciante y la debida igualdad de las partes, quebrantando los preceptos constitucionales de audiencia, bilateralidad y contradicción.

Si partimos de la base de que la estructura de todo proceso contiene a dos sujetos debatiendo pacífica y dialécticamente ante un tercero que habrá de resolver el litigio -consecuentemente-, no habrá proceso cuando ese tercero (juez) se coloca al lado de uno de los interesados para enfrentar al otro, ya que el juez pierde entonces la objetividad propia de su imparcialidad.

Las premisas expuestas han sido desvirtuadas en el pronunciamiento atacado, asistiendo razón al impugnante sobre la existencia de un exceso en la jurisdicción y de arbitrariedad al afectarse un derecho incorporado a su patrimonio.

Voto por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el subprocurador general y por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario traído, revocándose la sentencia impugnada y manteniéndose la dictada en primera instancia. Costas a la

---

<sup>5</sup> LA 1994-B-1615

<sup>6</sup> LA 1994-B-1639.

demandada (arts. 68 y 289 CPCC.). Notifíquese y devuélvase.- Héctor Negri.- Eduardo N. de Lázzari.- Eduardo J. Pettigiani.- Juan M. Salas.- Federico G. J. Domínguez.- En disidencia: Francisco H. Roncoroni.- Juan C. Hitters.- Luis E. Genoud.- Hilda Kogan. (Sec.: Adolfo A. Bravo Almonacid).

# LOS JUECES, LA INTERPRETACIÓN Y LAS CARPAS IDEOLÓGICAS

Por Augusto M. Morello

## SUMARIO:

I. El objeto de la controversia.- II. El voto dirimente.- III. El ingreso a la carpa ideológica.- IV. Terminación

## I. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Una incidencia que discurre sobre cuál es la tasa del interés -pasiva o activa- que procede en uno de los rubros que integran la condena arribó a la casación de la provincia de Buenos Aires, en fase de ejecución, y generó una divisoria en la dirección del pronunciamiento: cuatro ministros, luego del examen del trámite del litigio, arribaron a la conclusión de que ese objeto ya había sido juzgado, que mediaba preclusión por ausencia de oportuno control de la demandada y que, por ende, no era susceptible de volver a considerarse. La cosa juzgada había cerrado el caso, también en el objeto descripto. El otro bloque, de igual número de magistrados, entendió, en cambio, que la lectura correcta de la decisión que fijó el concepto de intereses indicaba que hacía referencia a la tasa pasiva porque la mención en ese aspecto era la que remitía a "los depósitos" y no a "los descubiertos bancarios".

El presidente del Tribunal de Casación Penal al integrar de forma automática el alto cuerpo desempató, haciendo mayoría con el voto de los cuatro ministros que entendieron que aun cuando la cosa juzgada, ontológicamente, no reviste notas absolutas si valores superiores aconsejan su revisión, ello, sin embargo, no será así estimando si el vencido tuvo sustancial oportunidad de audiencia y prueba, lo que por omisión o negligencia declinó; es lo que había acontecido en la especie.

El voto ponente del Dr. Negri se apoyó en un tejido argumental clásico y consolidado que se abastece en la preclusión y en la cosa juzgada, doctrina que en sus grandes líneas coincide con la elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, sin embargo, y aun de oficio, corrige y reconduce a parámetros equitativos liquidaciones confiscatorias o cifras (por caso, de honorarios) que han salido de madre y tipifican, por desproporción intolerable, un despojo o gravísima lesión patrimonial<sup>1</sup>.

Hasta aquí un desemboque opinable pero previsible en cuanto a las dos líneas que terminan por razonarse en ambos enfoques.

## II. EL VOTO DIRIMENTE

Al terciar el voto dirimente, que coincidió con el eje argumental que había propuesto inicialmente el Dr. Negri, se articula una sorpresiva (e innecesaria) motivación de fuertes tintes ideológicos, al reputar que el comportamiento de un juez, director del proceso, que se inclina en situaciones extremas a favor de la revisión, y con ello en auxilio de una de las partes (la accionada en el caso), dibuja un activismo que le hace perder su atributo más significativo: la independencia. Se agrega, en el vuelo de una de las interpretaciones del derecho comparado europeo de los siglos XIX y XX, que si el juez va más allá de las partes se viste como un poderoso brazo largo del Estado que recorta las libertades, ingre-

---

<sup>1</sup> Ver Morello, Augusto M. y colaboradores, "Liquidaciones judiciales", 2000, Ed. Platense, p. 100 y ss. Acerca de lo segundo Corte Sup., in re "Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera", 20/3/2003, JA del 27/8/2003, p. 18. Ver las anotaciones de Arazi, Roland, "El vicio de error como causal de revisión de la cosa juzgada", p. 24 y de Morello, Augusto M. y Grillo Ciochini, Pablo, "La licuación de un sueño de \$ 52.000.000", p. 28.

sando en la espera propia y reservada a los litigantes. A partir de esa premisa, desde Klein (Austria, 1895) hasta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española (n. 1/2000), quienes postulan esa visión del proceso civil moderno lo equiparan al proceso penal, y un tufillo -de colores fascistas, socialistas (comunistas), autoritarios, antiliberales y, en resumen, totalitarios- desvirtúa el enclave constitucional, republicano y democrático al que debe subordinarse la litigación argentina o americana (o, mejor, todas), a la sombra de nuestra Ley Fundamental y al Pacto de San José de Costa Rica.

### III. EL INGRESO A LA CARPA IDEOLÓGICA

Según se enfatiza en ese voto decisivo, quienes adhieren a un fermentador activismo (responsable y con límites) se apartan del "bien", en lo procesal; y, juzgados con patrones fundamentalistas, abandonan su plataforma básica, al desplazarse hacia "el mal", ubicándose en un concepto o posición antiliberal y no garantista, en la que el juez asume no sólo la dirección técnica y formalismo también material, buscando con ellas la verdad para que al final la victoria sea de la parte "que tiene razón" aunque ello lleve a la indefensión, a "la tercera opinión": la del juez, no obstante se sustancie correctamente observando las exigencias del proceso justo.

Una comunidad de estudiosos de una disciplina, o los integrantes de un órgano judicial colegiado (el máximo de una provincia), deben observar reglas y estilos que para ser fecundos se ajusten a las pautas respetuosas del debate y exposición y defensa de los respectivos puntos de vista, que preserven la opinión de los otros y sin agravios o interesadas, torcidas o forzadas afiliaciones, alojen a los demás en un arbitrario cuadrante. Procurar, entre todos, convencer al otro con verdades y buena lógica y arribar así a una civilizada y docente definición. ¿Qué derecho tienen unos de descalificar la opinión discordante, colgándoles a quienes las sostienen el sambenito de que sus defensores son "totalitarios o antiliberales"? Estimular a esa división no es hacer ciencia ni contribuye a motivar adecuadamente las sentencias. Transplantar demodé polémicas desarrolladas en algunas naciones de Europa en el contexto de los siglos XIX y XX, que no se involucran con nuestra formación y fidelidades democráticas, y en modo alguno pueden nublar la clara posición republicana del contrincante, es una metodología que resta objetividad, contaminándola de componentes destructivos.

Además, importará preguntarse: ¿por qué cualquier circunstancia no congruente con lo que está delimitado como contenido del debate o de la litis sea utilizado para compeler y, agarrotantemente, asumir el recurrente tema que se le fuerza a pujar, pese a que no es lógico?

La sorprendente fundamentación que sobreviene en un último voto, que se expide por escrito y no se discute coloquialmente en un acuerdo formal, traduce desmesura y parcializadas apreciaciones con gratuita adjudicación de posiciones a los que están en discrepancia con un anclaje ideológico que no es, por cierto, el paradigma de quienes oficiaran de jueces en el caso. Tampoco legitima a discernir pretensos casilleros ideológicos a quienes postulaban una interpretación finalista o teleológica que estimaban más justa en sus resultados (tan opuestos, porque de aplicarse la tasa activa, el rubro de intereses asciende a \$ 424.389 o, en cambio, a tasa pasiva, a \$ 169.764). Censurable actitud que tergiversa, asimismo, el pensamiento y valiente prédica opuesta de un ilustre jurista de nuestro tiempo tan lúcido y vanguardista como es Mauro Cappelletti.

Desde esta perspectiva, que irrumpió belicosa en la estructuración del fallo, queremos puntualizar estas prietas reflexiones:

a) Ese afán -el de los Dres. Roncoroni e Hitters, que al cabo es el de la totalidad de los integrantes de la entrañable casación de Buenos Aires- radicó en lo más trascendente de la misión de los jueces, que es hacer justicia, y así lo visualizaron en el caso, por sus particularidades y consecuencias finales. En un campo difícil que no se deja atrapar por visiones absorbentes, rígidas y dogmáticas y que conlleva más faena que la que posee la respuesta clásica y formal, la del derecho de profesores, porque "los activistas" -prudentes- se adscriben a una cultura que debe concretar fines o metas justas, creativas y no prescindente de las demandas de la realidad. Por eso, sin ofender a los demás operadores, no dudaron en manifestarse en libertad dentro de la gran obra que involucra a la Justicia y al Derecho: interpretar el objeto queriendo el progreso moral y equitativo de la solución. Y con ellos tradujeron lo más significativo del liberalismo, ferviente a una hermenéutica dinámica en lo justo (Recasens Siches)<sup>2</sup>.

b) Si absolutismo y liberalismo son dos respuestas antagónicas a las mismas preguntas sobre los límites del poder, lo cierto es que reconducir un caso, como el que nos concita, en nada menoscaba -como también sucede en la justicia de protección o acompañamiento- a la independencia ni afecta su imparcialidad; es que el juez -dentro de la órbita del proceso justo-<sup>3</sup> no se deja llevar por la eventual conducta de las partes, renuente a arribar a resultados que su idea de la justicia no consiente<sup>4</sup>.

Acataron, en un examen atento y profundo de las singularidades del litigio y para evitar una exageración en la cuantía de la condena, incompatible con los deberes del Poder Judicial y vinculándose con los principios constitucionales (derecho de propiedad, seguridad jurídica no formal, sino en el núcleo de las cosas en contienda) y observando las reglas del debido proceso, sin desnaturalizar el espíritu que ha sancionado el régimen legal vigente, utilizaron el criterio más aconsejable, aquel que atiende a las consecuencias (valiosas, útiles) que se sigan de la interpretación<sup>5</sup>.

#### IV. TERMINACIÓN

1. ¿Vale la pena introducir la disputa ideológica, pretendiendo que el que no piense como yo no es sino un autoritario y antiliberal?<sup>6</sup>. Dividir la comunidad de estudiosos y políticos del proceso, adjudicarles una antojadiza línea de pensamiento o ideológica, a través de una afirmación caprichosa, en miras todo ello de querer que el juez deba ser pasivo, neutral, llevado a puerto por la circunstancial habilidad de los abogados de parte y santificar lo que la verdad jurídica objetiva desmiente es contradecir, en sus términos, lo que aparentemente se sostiene<sup>7</sup>.

No cerremos los esfuerzos -serios, equilibrados, severamente razonados y controlados por los abogados de parte- para mejorar a la justicia en concreto, a sus garantías y eficiencia, con resultados justos y efectivos en cada controversia; las lecturas creativas de

---

<sup>2</sup> Ortega y Gasset, José, "Escritos políticos. La conservación de la cultura, obras completas", t. X, Madrid, Ed. Revista de Occidente, p. 45.

<sup>3</sup> Conf. Comoglio, Luigi P. y Morello, Augusto M., "Bases constitucionales mínimas de proceso justo para América Latina", ED del 6/10/2003, p. 4.

<sup>4</sup> Supra, citas de nota 1.

<sup>5</sup> Corte Sup., Fallos 323:1406, entre muchos otros. Ver desarrollos argumentales en Corte Sup., "Sagra S.R.L.", 25/9/1997, DJ 1998-II-812, consid. 6º.

<sup>6</sup> ¿Por qué no evitar peleas ideológicas enojosas que son fruto no pocas veces de malentendidos que no son propios de intelectuales responsables? (Bobbio, Norberto, "La duda y la elección", 1998, Barcelona, Ed. Paidós, ps. 94 y 95. Léase el cap. 6º "Grandeza y decadencia de la ideología europea", ps. 137/153).

<sup>7</sup> Conf. Verde, Giovanni, "La ideologie del processo in un recente saggio", Rivista di Diritto Processuale, 2002, Ed. Cedam, ps. 676/687, n. 3.

los jueces sin la presión de prejuicios o slogans que deforman el sano propósito de no homologar la injusticia<sup>8</sup>.

2. ¿No es acaso y por cierto más elegante discutir sin agraviar?<sup>9</sup>.

3. Pensamos que los justiciables de la provincia de Buenos Aires, atentos y vigilantes para mantener, consolidar y acrecentar los contenidos del Estado de Derecho, en la Suprema Corte de Justicia, cuentan con un probado escudero que sabe preservar la vigencia de las libertades y garantías jurisdiccionales, aunque medien discrepancias entre sus integrantes en el modo de interpretar y aplicar el Derecho.

4. La hermenéutica de la que se valieron en sus votos los Dres. Roncoroni e Hitters no se aparta en forma alguna de los mecanismos y metas reservadas -constitucionalmente- a la faena interpretativa de los jueces en consonancia con los deberes y responsabilidades a los que han de ajustarse, sin lesionar las garantías que prescriben los Estados democráticos de Derecho. Han actuado con el espíritu, inteligencia y límites que condicionan su delicada función. Sin posturas paralizantes o inmovilistas ampliaron, con razonabilidad, los criterios que nos acercan raudamente hacia el Estado de justicia.

5. Si lo anterior es comprensible, ¿para qué inyectar a la compleja labor judicial carpas ideológicas y pretendidos encasillamientos de "buenos" y "malos" actores de la teoría y en la definición de las controversias, ingredientes que desvían el rumbo del control externo y necesario del material técnico en análisis: un concepto político (el de la cosa juzgada) que no es la panacea legitimadora del abuso o la exorbitancia y que por sí solo no da derechos al vencedor?

6. Y al concluir: cambiando así la metodología y de libreto, ¿podrán cohabitar sin crispaciones y tolerablemente, lo que requiere un debate constructivo, si lo que se propone en su lugar es un falso sendero que no nos llevará al país jurídico de las maravillas? No lo creemos.

---

<sup>8</sup> Conf. Ciapriano, Franco, "Il processo civile tra vecchie ideologia y nuovi slogan", Rivista di Diritto Processuale, 2003, Ed. Cedam, ps. 455/466, en especial parágs. 6 a 9.

<sup>9</sup> Un inolvidable camarista platense, el Dr. Fernando Legón, gustaba recordar que "no por calzar manoplas el ruido trae razones".

# LA IDEOLOGÍA DE LOS JUECES Y EL CASO CONCRETO

## Por alusiones, pido la palabra

Por Juan Montero Aroca\*

### SUMARIO:

1. Petición de intervención con interés legítimo.- 2. Del realismo ideológico... - 3. ...a la imposición del pensamiento único.- 4. Repensar las bases ideológicas.- 5. Un asunto aparentemente baladí sobre cosa juzgada y ejecución.

### 1. PETICIÓN DE INTERVENCIÓN CON INTERÉS LEGÍTIMO

He leído en estos días de marzo, para mi festivos pues durante ellos Valencia planta y quema sus fallas, la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires 29/10/2003, con el voto dirimente del Dr. Federico Domínguez, presidente del Tribunal de Casación Penal, y con la nota del Dr. Augusto M. Morello y, a pesar de no querer continuar con una polémica que se desarrolla en otro ámbito y de pretender integrarme por unos días en la fiesta, me estoy viendo en la necesidad de tomar la palabra (en este caso, escrita) simplemente para contestar a las alusiones. Podría decirse que renuementemente me veo forzado a intervenir en un proceso iniciado entre otras partes atendido mi interés manifiesto en un debate en el que, por un lado, soy citado directamente (en el voto del Dr. Domínguez) y, por otro, se me elude con un muy significativo silencio (en la nota del Dr. Morello).

Por medio de esta intervención persigo, por tanto, un fin muy limitado y no entraré ahora en el tema de fondo que se está debatiendo en otro terreno. En efecto, el 20 de octubre de 2000, y en San José, Costa Rica, pronuncié la conferencia de clausura de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad, y en ella intenté ofrecer un esbozo de la concepción política de lo que debe ser el proceso civil<sup>1</sup>. A continuación, tomando como base el texto anterior y desarrollándolo, publiqué un pequeño libro (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001), con el que quise poner de manifiesto, primero, cuáles eran las bases ideológicas de la Ley española y, luego, cuál era mi pensamiento sobre las ideologías que habían ido conformando las regulaciones del proceso civil en el siglo XX<sup>2</sup>.

Una suma de circunstancias, que no es ahora del caso reseñar ahora, condujo a que ese libro fuera traducido al italiano y publicado en Italia, con el sello de Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, y con el título *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, y precedido de una *prefazione* redactada por el prof. Franco Cipriani. El libro se presentó en el curso de un Seminario Internacional celebrado en Roma, los días 16 a 18 de mayo de 2002<sup>3</sup>, y en el Palazzo Santacroce<sup>4</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. España.

<sup>1</sup> Puede verse en el Tomo II de *Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal. XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, s. d (pero 2000) y s. l. (pero San José, Costa Rica), pp. 285-350 con el título: "Conferencia. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad. Juan Montero Aroca". Con este mismo título se publicó después en DERECHO. PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, núm. 53, pp. 583-668.

<sup>2</sup> Antes y con carácter más general había publicado *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant, 2000, incluyendo también el proceso penal.

<sup>3</sup> Se trató del VII Seminario Internacional sobre "Formazione e caratteri del sistema giuridico latino americano e problemi del processo civile" organizado por el Centro di Studi Giuridici Latino-Americani y la cátedra



Muy poco después el prof. Verde publicó un artículo titulado *Le ideologie del processo in un recente saggio*<sup>5</sup> de comentario de mi libro y de la *prefazione* de Cipriani, manifestando conformidades y desacuerdos<sup>6</sup>, pero en síntesis reiterando la concepción llamada “social” del proceso civil. Casi simultáneamente le dieron respuesta Cipriani<sup>7</sup> y Monteleone<sup>8</sup>. En España puede verse la larga recensión de Ignacio Díez-Picazo<sup>9</sup> y el resumen de parte de la controversia que hace Picó i Junoy<sup>10</sup>. Por fin, en Portugal se ha hecho eco del debate Correia de Mendonça poniendo de manifiesto el origen autoritario de la orientación procesal civil portuguesa<sup>11</sup>.

La polémica ha continuado y está a punto de aparecer en la Rivista di Diritto Processuale mi contestación a las manifestaciones anteriores con el título *Il processo civile «sociale» come strumento di «giustizia» autoritaria*. Así las cosas, no me ocuparé aquí y ahora del fondo de la polémica, la cual se ha iniciado en un campo en el que debe seguir sin distracciones en incidentes menores. Quien desee seguir los términos del debate ya conoce a donde debe dirigirse.

Mi intervención en estos momentos y lugar, y en cuanto titular de un interés legítimo, no responde a la existencia misma de la polémica, pues me parece evidente que todas las personas, sean jueces, autores, profesores o comentaristas, deben ejercer con responsabilidad sus libertades de pensamiento y de expresión. Esta mi intervención se basa en la inquietud personal y en la preocupación política que ha suscitado en mi ánimo los términos a que el Dr. Morello ha llevado un debate hasta entonces planteado y conducido con toda corrección humana e intelectual, pues su toma de posición es un ejemplo manifiesto de lo que es pensamiento único, excluyente de lo distinto y marginador del discrepante.

En lo que sigue, pues, sin atender al fondo de la polémica, me centraré sólo en dejar constancia de mi desasosiego personal y científico porque mi trabajo, que ha dado a la

---

de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Roma Tor Vergara, con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Italo-Latino Americano y de la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani. Da noticia del mismo TISCINI en la Rivista di Diritto Processuale, 2002, 3, pp. 955-956.

<sup>4</sup> La presentación se hizo en la tarde el día 17 de mayo, con el beneplácito de los profesores Bruno Sassani, ordinario en Tor Vergara, y Sandro Schipani, secretario general del Centro di Studi Giuridici Latino-Americani, con la mesa presidida por el prof. Giovanni Verde, entonces vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura, y ahora ordinario di diritto processuale civile de la Universidad de Roma.

<sup>5</sup> Giovanni Verde en Rivista di Diritto Processuale, 2002, 3, pp. 676-687.

<sup>6</sup> Quiero y debo dejar constancia expresa de mi reconocimiento al prof. Verde por la atención prestada a un pequeño libro mío traducido a su lengua. Los desacuerdos son normales en quienes nos ocupamos con verdadero interés, no diré con pasión, por una materia; la exteriorización de discrepancias se hizo por él se hace ahora por mí, no ya sólo desde el respeto, sino desde el afecto entre colegas.

<sup>7</sup> Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en Rivista di Diritto Processuale, 2003, 2, pp. 455-466.

<sup>8</sup> Monteleone, Girolamo, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni de un “revisionista”*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2003, 2, pp. 575-582. Es ordinario de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Palermo y autor de un conocido manual *Diritto processuale civile*, 3.ª edición, Padova, CEDAM, 2002.

<sup>9</sup> Díez-Picazo, Ignacio, *Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español*, en Tribunales de Justicia, 2003, 5, pp. 37-46.

<sup>10</sup> Picó i Junoy, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*, en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66.

<sup>11</sup> Correia de Mendonça, Luís, *Direito Processual Civil. As origens* en José Alberto dos Reis, Lisboa, 2002.

impresión 250 publicaciones de las cuales 66 son libros<sup>12</sup>, se haya convertido en motivo de descalificaciones tan llamativas. Naturalmente no se trata únicamente de mi persona y de mi trabajo, pero que cada uno hable por sí mismo, pues no asumiré representaciones que no me han sido conferidas en instrumento público.

## **2. DEL REALISMO IDEOLÓGICO...**

El caso fue que ante la necesidad de dirimir un empate en la Corte Suprema de Buenos Aires el Dr. Domínguez no se limitó a sumar su voto a una u otra de las opiniones expresadas por los ministros divididos por mitad, sino que se adentró en el terreno de las facultades del juez en el sistema constitucional argentino, distinguiendo entre el juez propio de los principios políticos del republicanismo y el perfil del juez de los regímenes totalitarios. La distinción es en esos términos nacional argentina, pero puede internacionalizarse distinguiendo entre el juez liberal y garantista y el juez autoritario y activista; con otras palabras puede atenderse al proceso, bien como instrumento de garantía del ciudadano en la tutela de sus derechos, bien como instrumento del juez para realizar la "justicia".

Es posible que a algún lector de la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires pueda parecerle de entrada que un recurso sobre un asunto relativo a la tasa de interés, activa o pasiva, no era para tanto debate teórico, aunque se tratara de unos cientos de miles de dólares, y que la motivación del voto dirimente del Dr. Federico Domínguez fuera excesiva. Con todo debería reconocerse al Presidente, que entra a desempatar con su voto, un mérito evidente.

El Dr. Domínguez ha comprendido y deja constancia expresa en su voto de que detrás de asuntos aparentemente banales se encuentran muchas veces cuestiones de gran trascendencia, tanto sobre la manera de entender la misión del Derecho en un Estado Democrático, como sobre la función judicial de tutela de la libertad de sus ciudadanos expresada en los derechos que el Ordenamiento les reconoce y en las obligaciones que les impone y, por fin, sobre el papel del proceso como instrumento de garantía de las partes que piden esa tutela. Los problemas jurídicos no son siempre tan exclusivamente técnicos como algunos quieren hacernos creer y no cabe dejarse engañar por los que pueden querer pretender que las verdaderas cuestiones pasen desapercibidas. En el recurso concreto que se decide en la sentencia y con el voto dirimente no se trataba únicamente de si se pagaban unos intereses u otros, dada una determinada manera de aplicar las normas del caso, sino de algo más profundo, pues lo que estaba en juego era nada menos que la manera como un juez debe entender su función.

Correlativamente con lo anterior debe concluirse que era razonable que el voto dirimente tenía que llegar algo más allá de las consideraciones que pueden calificarse de estrictamente técnicas. No se trata de que la motivación sea sorpresiva (recuérdese de que la sorpresa, como el escándalo entre mayores de edad, está en los ojos de quien mira, no en quien hace lo que estima correcto) e innecesaria (pues no hay nada más necesario que llamar a las cosas por su nombre), pero sí podría sostenerse que existe en esa motivación algo que podría calificarse de exceso de celo, lo que se refleja en la extensión y en las citas. Posiblemente lo mismo podría haberse dicho de manera más breve y desde luego no eran imprescindibles todas las citas, por lo menos las referidas a algunas de mis obras.

---

<sup>12</sup> El cómputo lo estoy haciendo sobre obras publicadas con formato de libro, pues si me refiriera a volúmenes debía contar más de cien, dado que algunas de esas obras tienen varios tomos y bastantes han sido objeto de más de una edición (por ejemplo una obra de tres volúmenes está en la duodécima edición).

En cualquier caso lo destacado del voto dirimente es que su motivación puede incardinarse en lo que debe llamarse, por fin, realismo ideológico, consistente en poner de manifiesto que ni siquiera en asuntos como los de cómputo de intereses deben olvidarse las cuestiones ideológicas.

### **3. ...A LA IMPOSICIÓN DEL PENSAMIENTO ÚNICO**

Con la argumentación expresada por el Dr. Domínguez en su voto dirimente, y con la implícita en las citas que hace, puede estarse o no de acuerdo. No es esta la cuestión, pues allá cada uno en el ejercicio de su libertad de pensamiento y de expresión. Como he indicado antes lo que suscita mi inquietud intelectual y mi preocupación política, y me lleva apresuradamente a escribir estas pocas líneas, es la pretensión expresa e implícita en la nota del Dr. Morello de que nadie puede hacer público un pensamiento contrario al suyo y de que quien ose pensar de modo distinto al que él cree correcto debe permanecer en el silencio.

La nota del Dr. Morello debe leerse desde dos perspectivas, una concreta referida al voto del Dr. Domínguez y otra general atinente a los estudiosos y a sus conferencias o publicaciones. A cada uno en su ámbito el Dr. Morello les reprocha básicamente lo mismo, pero permítaseme que esté a lo que me afecta, que es al ámbito de la comunidad de estudiosos.

Según el Dr. Morello el esfuerzo intelectual realizado por varias personas en los últimos tiempos para llegar a comprender las raíces ideológicas de buena parte de la legislación y de la doctrina del siglo XIX sobre la función del juez y sobre el sentido el proceso debería quedar en el silencio por cuanto ese esfuerzo puede entenderse, y así lo hace él, bien como un elemento de división de la comunidad de estudiosos y políticos del proceso, bien como un incumplimiento de las reglas y estilos de debate, exposición y defensa de puntos de vista, bien como una manera de agraviar, descalificar, hacer imputaciones torcidas de afiliaciones políticas.

Para el ilustre profesor y abogado resulta que plantear el debate ideológico entre una postura liberal y garantista y otra autoritaria y publicista sobre la manera de entender, desde luego el proceso y el Derecho Procesal, pero también la función del juez en una sociedad democrática, es algo que puede dividir a la comunidad de estudiosos y políticos del proceso, y ante ese riesgo lo mejor es que quien pretendiera opinar de modo contrario a lo que él estima adecuado, serio y equilibrado debe permanecer en silencio. Naturalmente él puede exponer su opinión, y la misma parece que expresa necesariamente la de la comunidad de estudiosos y políticos, por cuanto él obviamente los representa, pero los demás no deberíamos hacerlo por los riesgos de perturbar la paz del pensamiento quieto y tranquilo.

Además de perturbadores de las tranquilas aguas del lago del pensamiento correcto y de la paz de los congresos, resulta que quienes expresamos nuestra opinión de que en los últimos cien años se ha asistido en el mundo a dos maneras opuestas de entender la función judicial, una liberal y otra autoritaria, resulta que agraviamos y descalificamos puesto que osamos llamar totalitarios y antiliberales a quien han expresado sus opiniones con contenidos determinados. No se trata ya sólo de que debemos callar porque somos perturbadores; es que, además, somos destructores, causamos agravio, descalificamos, crispamos, tergiversamos el pensamiento de otras personas, imputamos torcidas o forzadas afiliaciones, etc.

Desde ahí algunos podemos estar muy próximos al infierno en la vida futura, pero desde luego parece que deberíamos quedar en el destierro en la vida presente. Por lo menos

quien esto escribe debe estar ya en el camino del olvido, puesto que el Dr. Morello no se digna citarme ni una sola vez de modo directo, a pesar de que las referencias indirectas son constantes, por ejemplo cuando cita dos artículos de revista italianos (Verde y Cipriani) que son parte del debate suscitado por la traducción al italiano del libro mío antes señalado. Más aún, las alusiones a los incumplidores de las reglas y estilos que deben observarse en un órgano judicial colegiado han de entenderse referidas al Dr. Domínguez, pero cuando habla de la inobservancia de las reglas y estilos de la comunidad de estudiosos de una disciplina me temo que se está refiriendo entre otros a mi, aunque mis apellidos no se escriban.

Conforme al talante del Dr. Morello el que otras personas, ejercitando la libertad de expresión y trabajando durante muchos años en una disciplina jurídica, como acreditan las publicaciones, se atrevan a disentir de lo que él viene predicando, nos convierte en una especie de réprobos de la sociedad por cuanto nos atrevemos a disentir de la que él estima su mayoría. El introducir una disputa ideológica es, por lo visto, algo reprochable. El colmo llega cuando, atribuyéndose él de modo evidente la función de repartidor de patentes de bondad intelectual, de prosapia política y el papel de guía y mentor de la comunidad de estudiosos, nos acaba imputando que dividimos a ésta en buenos (los liberales) y malos (los autoritarios), cuando nos hemos puesto simplemente a pensar por cuenta propia y a hacer a los demás partícipes del resultando de nuestro pensamiento.

#### **4. REPENSAR LAS BASES IDEOLÓGICAS**

Las ideologías dominantes a lo largo del siglo XX se han caracterizado por el predominio de lo público sobre lo privado, lo que ha llevado al sacrificio de la libertad y de la responsabilidad individuales a otros valores, como la seguridad o la igualdad, y hemos vivido todos tan inmersos en esas concepciones que nos ha llegado a parecer natural lo que a una mente liberal le hubiera parecido absurdo. El esfuerzo que algunos estamos haciendo en los últimos tiempos radica simplemente en advertir que las concepciones autoritarias (fascistas o socialistas, pues entre ellas no hay diferencias sustanciales) han impregnado de tal forma el tejido social que corremos el riesgo de que, enterradas en el archivo de la historia esas concepciones de modo formal, manifestaciones de las mismas sobrevivan simplemente porque no hemos advertido cuál es su origen.

En mis participaciones orales en congresos y en mis escritos he pretendido dejar constancia de que existen básicamente dos modelos o concepciones políticas de juez y de proceso. Uno, el que es propio de un Estado liberal, en el que predomina el individuo sobre lo colectivo y la libertad sobre otros valores o principios, y otro, que caracteriza a los Estados autoritarios de variado signo, en el que se quiere hacer prevalecer lo colectivo sobre lo individual, sacrificando parcelas de libertad, cuando no toda ella, en aras de otros principios o valores como la seguridad o la igualdad. El paso siguiente consiste en reconocer que se trata de modelos que no se corresponden normalmente (sí en ocasiones, como los Estados fascistas o socialistas) con Estados concretos, sino más bien con tendencias más o menos acusadas en las que existen amplios terrenos de términos más o menos medios.

En el Derecho Procesal en concreto uno de los aspectos de ese repensar lo que hasta ahora era obvio consiste en advertir que la llamada publicización del proceso civil tiene su raíz ideológica (sin perjuicio de algún más remoto antecedente) en el autoritarismo, primero, socialista (la misión del juez soviético en el descubrimiento de la verdad y el proceso como jurisdicción voluntaria) y, luego, fascista (el juez como director del proceso y el respeto a la función del Estado y a la justicia social fascista).

Esta semilla de idea a desarrollar nos parece algunos, y me parece a mi algo evidente. Y no comprendo como el hecho de exponerla en congresos y publicaciones puede llegar a despertar las iras de personas que parecerían necesitadas de reflexión propia. Naturalmente en este repensar las raíces ideológicas de la publicización del proceso no existe, ni intento de dividir comunidad alguna de estudiosos o políticos del proceso, ni ánimo de incumplir reglas o estilos de debate, ni intento de agraviar o descalificar a quienes siguen su propio camino. Si alguien se siente imputado de afiliaciones políticas del signo que fuere es problema suyo, que él debe resolver pues por mi parte no hay deseo alguno de ir poniendo etiquetas.

## **5. UN ASUNTO APARENTEMENTE BALADÍ SOBRE COSA JUZGADA Y EJECUCIÓN**

Descendiendo de lo abstracto a lo concreto el recurso decidido por la Corte Suprema de Buenos Aires con el voto dirimente del Dr. Domínguez puede ser un buen ejemplo para entender los términos del debate sobre la función del juez y el papel del proceso.

En un proceso declarativo se dicta sentencia de primera instancia en la que se condena al demandado a pagar una cantidad de dinero y, al mismo tiempo, existe un pronunciamiento determinado sobre interés; el contenido de ese pronunciamiento es lo de menos, pues basta con saber que ese pronunciamiento existe. Contra la sentencia se interpone recurso por el condenado, pero en el recurso no se cuestiona el pronunciamiento de los intereses y el caso es que al final del proceso de declaración el pronunciamiento en cuestión se convierte en firme y queda cubierto por la cosa juzgada.

Puesta en marcha la ejecución de la sentencia y en concreto el pronunciamiento sobre los intereses se puso en discusión el sentido de ese pronunciamiento llegando la Cámara de apelación a entender que podía alterar el sentido de la sentencia ejecutada, por cuanto la misma era contraria a la doctrina de la Corte. Contra esa sentencia de la Cámara, que modifica el sentido del pronunciamiento que se está ejecutando, se alza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, y en la Corte Suprema se dividen sus ministros, pues mientras una mitad sostiene que debe estarse a lo establecido en la sentencia pasada en cosa juzgada, alegando la existencia de preclusión, con lo que no puede modificarse la misma, la otra mitad de ministros se inclina por la modificación, atendiendo a lo que llama justicia material del caso.

Naturalmente no voy a criticar una sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires. Quiero atender sólo a la nota del Dr. Morello y destacar la distinta manera de entender el papel del juez y el sentido del proceso conforme a las dos concepciones que estamos manejando:

a) Para la concepción liberal y garantista al pronunciamiento sobre intereses se ha llegado después de un proceso con todas las garantías en el que las partes han podido ejercitar con plenitud los derechos propios de la defensa en juicio. Ese pronunciamiento queda cubierto por la cosa juzgada y, además, del mismo nace el derecho de la parte a la sentencia se ejecute en sus propios términos, derecho que forma parte del derecho de rango constitucional a la tutela judicial efectiva, pues nadie puede variar el sentido de una sentencia después de que la misma adquiere la fuerza de cosa juzgada. Se entra de esta manera en el terreno de las garantías de las partes ante la jurisdicción.

b) Para la concepción que opuesta, la cosa juzgada es un concepto político que no es la panacea legitimadora del abuso o de la exorbitancia y por sí solo no da derechos al vencedor en el proceso de declaración, de modo que los jueces, si estiman que el pronunciamiento con cosa juzgada sobre intereses es contrario a su idea de justicia, no deben dejarse atrapar por visiones dogmáticas o rígidas, sino que deben atender a la realidad

pudiendo alcanzar metas justas y creativas. Por ello los jueces deben cambiar el sentido del pronunciamiento sobre intereses pues así se corresponde con los criterios que nos acercan raudamente hacia el Estado de justicia.

Los términos del debate se reflejan muy precisamente en estas dos opiniones. Mientras para el Dr. Domínguez su misión como juez consiste en garantizar a un ciudadano lo que obtuvo después de un proceso, de modo que su derecho constitucional a la ejecución de la sentencia en sus propios términos debe garantizarse, para el Dr. Morello el proceso de declaración anterior puede quedar vacío de contenido pues llegada la hora de la ejecución, y atendiendo a la opinión subjetiva de lo que un juez entienda como justicia, puede desconocerse la cosa juzgada u el derecho del ciudadano vencedor a que la sentencia se ejecute en sus propios términos.

Sin agravios, sin torcidas o interesadas afiliaciones políticas, sin descalificación alguna, sin sambenitos totalitarios o antiliberales, sin estimular división alguna entre estudiosos, sin trasplantar polémicas de algunas naciones de Europa, sin introducir elementos destructivos, sin nada de eso, mi opinión concuerda con la del Dr. Domínguez y como él hubiera votado de integrar el mismo órgano judicial colegiado.