

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 CN¹. y 9 Const. prov².

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

¹ LA 1995-A-26

² LA 1994-C-3809

parte interesada, que no formuló agravios al respecto al apelar la sentencia recaída en autos..."

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 conchs. CPCC.³) 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).

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 23928⁴.

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

³ t.o. 1981, LA 1981-B-1472

⁴ LA 1991-A-100

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 doctrina 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 acoplaban 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 susceptible 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 recurso extraordinario en tratamiento a esta Corte -cuestión ésta que no tiene firmeza-, propicio confirmar el decisorio de dicho tribunal (arts. cit. y 279 y concls. 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 primera 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 cuestionado 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 condena 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 declarando 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 lineamientos sustanciales coincido, y que cambia sustancialmente el monto final del pleito.

2) Entiendo, entonces, que en el sub examine nos encontramos frente a lo que Carnelutti 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 ámbito 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 conchs. 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 transcripto- 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 Humanos⁵ en su art. 8.1, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ 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 demandada (arts. 68 y 289 CPCC.). Notifíquese y devuélvase.- Héctor Negri.- Eduardo N. de Lázzari.- Eduardo J. Pettigiani.- Juan M. Salas.- Federico G. J.

⁵ LA 1994-B-1615

⁶ LA 1994-B-1639.

Domínguez.- En disidencia: Francisco H. Roncoroni.- Juan C. Hitters.- Luis E. Genoud.-
Hilda Kogan. (Sec.: Adolfo A. Bravo Almonacid).