



## La doctrina del recurso indiferente Por Gustavo Germán Rapalini

### I.- INTRODUCCIÓN: RECURSOS EXTRAORDINARIOS: ADECUADA ELECCIÓN DEL CARRIL (PRINCIPIO DE UNICIDAD)

Sabido es que la ley procesal establece ciertas formalidades respecto de los actos que integran el trámite judicial. Estas formas están determinadas en pos de la salvaguarda de los derechos de defensa y debido proceso de todas las partes involucradas<sup>1</sup>.

Pues bien, en materia de actos procesales de impugnación, el principio de legalidad tiene incidencia decisiva en las áreas del objeto y de la causa de los recursos; sobremanera, en el terreno de los recursos extraordinarios. El legislador establece qué tipos de resoluciones son susceptibles de ser atacadas mediante cada uno de los recursos y en virtud de qué errores resulta admisible la impugnación<sup>2</sup>.

En consecuencia, la precisión técnica en materia recursiva no es un puro preciosismo lingüístico sino eje fundamental del funcionamiento de todo el sistema procesal. Y esto es así, si realmente se aspira a que todo el litigar sea algo más que un arte o la sumatoria de habilidades personales, siempre generadoras de enorme arbitrariedad<sup>3</sup>.

### II.- DOCTRINA DEL RECURSO INDIFERENTE: BREVE ANÁLISIS

Se denomina teoría del recurso indiferente (*Sowohl als auch Theorie*)<sup>4</sup> o también recurso paralelo, a aquél que, sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso; o que siéndolo se han omitido elementos formales, produce no obstante los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva que el recurso correctamente articulado<sup>5</sup>.

La vertiente en estudio encuentra su cimentación principal en la ley de enjuiciamiento civil alemana<sup>6</sup>. La Z.P.O. alemana, como su similar austríaca, legislan el recurso de casación aunque en puridad de verdad en el sistema germánico el instituto no es denominado propiamente "casación", sino "revisión"<sup>7</sup>.

Allí, en materia de admisibilidad de los medios de impugnación existe el principio de beneficio (*Meinstbünstigungsprinzip*) o teoría del recurso indiferente (*Sowohl Auch Theorie*)<sup>8</sup>. De este modo, un embate es procedente e idóneo si puede ser admitido en relación con determinada resolución, si es clara la naturaleza de ésta y del correspondiente medio impugnativo (regla general)<sup>9</sup>.

No se trata -en rigor de verdad- de un arquetipo de recurso como perteneciente (junto a otros) a un menú de opciones al servicio del justiciable, sino de una pauta de interpretación -*principio de beneficio*- a los efectos de conferir admisibilidad a una pieza recursiva que no goza de todos los elementos que debería portar, a los efectos del fin que pretende<sup>10</sup>.

Es decir, que si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que se ha pronunciado una que no debió dictarse (por ej., se ha emitido una sentencia definitiva en lugar de una incidental o de un auto, o al contrario; o una sentencia ordinaria en vez de una contumacial, o viceversa), hay que resolverlas en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del "mayor favor"). Léase: el recurso es admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva) como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva)<sup>11</sup>.

### III.- ¿RECEPCIÓN VERNÁCULA DEL INSTITUTO?

No existen muchas voces que se hayan pronunciado en torno a este instituto, lo que quizás derive -en rigor de verdad- en una tácita toma de posición acerca de su improcedencia en nuestro derecho positivo<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: "Exceso ritual manifiesto y búsqueda de la verdad jurídica objetiva: ¿un proceso sin formas?"; eDial.com - DC1B2B; 26/8/2013.  
<sup>2</sup> TESSONE, ALBERTO J.: "Recursos extraordinarios - Inaplicabilidad de ley o doctrina legal", p. 52. Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, año 2000.  
<sup>3</sup> ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: "Introducción al estudio del Derecho Procesal", p. 247. Tercera Parte. Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe 2008.  
<sup>4</sup> Naturalmente, ambos institutos no son literalmente idénticos en la conversión de un idioma a otro. Desde este análisis raso, "recurso indiferente" sería *Tägliche Ressourcen* en idioma alemán.  
<sup>5</sup> FALCÓN; ENRIQUE M.: "El recurso indiferente"; LL-1975-B, p. 1139; idem: FALCÓN, ENRIQUE M.: "El recurso indiferente", p. 286; en "Tratado de los Recursos", Tº I (libro homenaje al Prof. Adolfo Rivas); Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe 2013.  
<sup>6</sup> Sin embargo, Falcón entiende que su origen se encuentra en el Derecho Romano (FALCÓN; ENRIQUE M.: "El recurso..." cit., p. 1141).  
<sup>7</sup> HITTERS, JUAN C.: "La casación civil en Alemania. Sus rasgos definidores"; JA 1982-II-762.  
<sup>8</sup> PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: "Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo"; p. 118 y ss.; Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2006. En el texto original, el autor utiliza el vocablo "procedencia", aunque en puridad de verdad sería "admisibilidad" el valladar a sortear.  
<sup>9</sup> PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS...cit.  
<sup>10</sup> RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: "Recurso indiferente" y sistema recursivo en el procedimiento administrativo argentino: ¿vínculo parental?"; Citar: eDial.com - DC1E1A, año 2014.  
<sup>11</sup> GOLDSCHMIDT, JAMES: "Derecho procesal civil", p. 402. Traducción de la segunda edición alemana, y del código procesal civil alemán, incluido como apéndice por LEONARDO PRIETO CASTRO; con adiciones sobre la doctrina y la legislación española por NICETO ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO. Editorial LABOR, S. A., Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Rio de Janeiro 1956.  
<sup>12</sup> RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: "Recurso indiferente" y sistema recursivo en el procedimiento..." cit.

Entre quienes sí lo han hecho, merecen recordarse (al menos en lo que aquí interesa; y utilizando un notable cuota de simplificación): A) quienes entienden que a partir de la doctrina sentada en el *leading case* “Yapur”<sup>13</sup> se ha consagrado el recurso indiferente<sup>14</sup> en el procedimiento civil; B) quienes si bien reconoce que no existe ni el CPCCN, ni en los códigos provinciales, una disposición expresa relacionada con este tipo de recurso, entiende que existen otro tipo de disposiciones y principios jurídicos aplicables; entre ellos, recuerda que en el procedimiento administrativo nacional, el decreto 1759/72, art. 81, acoge expresamente el recurso indiferente<sup>15</sup>; C) por último, posición más restringida, quienes entienden ubicar dentro de las potestades ordenatorias e instructorias de los jueces, una válvula de escape para la aplicación de esta herramienta.

El tercero de los supuestos contiene una tergiversación tal de los alcances del sistema dispositivo mismo, al menos en lo que a la etapa recursiva refiere, cuestión que excede en demasía el presente; solo nos permitiremos referir que ello que insalvablemente socaba y destruye al fundamento como tal.

En cuanto al segundo de los supuestos, ambos bloques jurídicos (el procesal civil, y el administrativo) encuentran su razón de ser en finalidades bien distintas, a partir de principios y sistemas antagónicos; y si bien comparten puntos de conexión como ramas de un mismo tronco, en modo alguno existe identidad genética. Tales conclusiones repercuten sensiblemente en la interrelación que se pretenda efectuar entre los mismos, desde que sus estructuras se apoyan en diversos sistemas, reglas y principios que en muchos casos se repelen. Y el aspecto recursivo en modo alguno escapa a tales consecuencias<sup>16</sup>.

En cuanto al precedente *Yapur*, nos permitimos discrepar con tal postura, por cuanto razonar de ese modo trastoca sensiblemente el formato y esencia del recurso indiferente tal cual se encuentra establecido en su origen; en segundo término, dicho precedente apoya su tésis en términos como “verdad” y “justicia”, cuando como ya señalaba con claridad Hart<sup>17</sup> hace medio siglo atrás, tales términos son utilizados por juristas con frecuencia para ensalzar o censurar<sup>18</sup>, no obstante su palmaria indeterminación; y en tercer término, por cuanto tal precedente fue un resolutorio excepcional y aislado de la CSJN, lo cual no permitirá razonablemente ver allí el germen de la herramienta recursiva germánica<sup>19</sup>.

#### IV.- COLOFÓN

Todo lo cual, nos permite concluir que no solo “no” nos encontramos frente al desembarco de tal instituto en nuestro sistema procesal civil (no solo considerando su esencial original, sino tampoco la sensible mutación que se intenta darle), sino que tampoco se vislumbra un estándar o patrón que avizore que ello podría ocurrir a la brevedad.

Y ello entendemos resulta sano, por cuanto postular la lisa y llana terminación de las formas en materia recursiva y reemplazar todo el andamiaje impugnativo con la doctrina en estudio, afectaría groseramente el derecho de defensa en juicio de los particulares<sup>20</sup>, contrariamente a lo que se comúnmente se sostiene<sup>21</sup>; máxime si no se sigue el patrón original del instituto, ni se postula crear seriamente uno propio.

Lamentablemente nuestra historia está plagada de ejemplos de trasplantes irresponsables de institutos que en sus países de origen pudieron haber sido virtuosos, pero que insertos en nuestro sistema y en contacto con nuestra idiosincrasia, fracasaron<sup>22</sup>. Auguramos no sea esta la suerte que deba correr el instituto en estudio.-

<sup>13</sup> CSJN, in re “Yapur Elvío c/Caja de Previsión y Seg. Médico”, (332:1616); sentencia del 28/7/2009.

<sup>14</sup> BERIZONCE, ROBERTO O.: “El principio de legalidad formal bajo el prisma de la constitución normatizada”; Los Principios Procesales, p. 114 Librería Editora Platense, La Plata 2001.

<sup>15</sup> FALCÓN, ENRIQUE M.: “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, T° VII, p. 90 y 91, y nota al pie “N° 73”. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

<sup>16</sup> RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: “Recurso indiferente” y sistema recursivo...” cit. En particular, si se recuerda que principios tales como el informalismo (o formalismo atenuado para el administrado), el impulso de oficio, la ausencia de jurisdicción propiamente dicha y el laxo tratamiento a los requisitos en cuanto a la impugnación, resulta pilares del procedimiento administrativo, a la vez que se erigen como institutos francamente contradictorios con el sistema dispositivo y principio de instrumentalidad de las formas imperante en la ley de enjuiciamiento civil actual.

<sup>17</sup> HART, H. L. A.: “The Concept of Law” (el concepto de derecho”; p. 196. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1977.

<sup>18</sup> RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: “Exceso ritual manifiesto y búsqueda de la verdad jurídica objetiva: ¿un proceso sin formas?”; eDial.com - DC1B2B, Publicado el 26/08/2013.

<sup>19</sup> Párrafo aparte nos merecen los argumentos que la Corte Federal hace suyos del dictamen del procurador para fallar sobre el fondo; ya que (amen de la indeterminación semántica de vocablos como “justicia del caso” y “verdad jurídica objetiva”, la mayoría de los argumentos que allí se ensayan se encuentran al borde de caer en las aguas de una sentencia con fundamentación aparente o vacía de contenido real; o lo que es peor, si tal fuera realmente el temperamento de la Corte Federal, la herramienta del certiorari debería haber desaparecido –tal y como se encuentra hoy articulada- hace ya tiempo.

<sup>20</sup> ALVARADO VELLOSO, ADOLFO...cit., p. 247.

<sup>21</sup> RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: “Correcta elección del carril impugnativo y doctrina del recurso indiferente: la S.C.J.B.A. confirma su doctrina legal (no tan “indiferente”). Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; año 11 (2014), no. 44.

<sup>22</sup> No creemos ser innovadores en esto, sino todo lo contrario. Proponemos algo tanto sencillo como utilizar mecanismos propios de otras ciencias. Piénsese, v.gr., que para un médico que debe llevar a cabo un trasplante (o inserto), a los efectos de trasladar órganos, tejidos o células de una persona a otra, resulta “básico” analizar, en forma previa, la repugnancia o no (compatibilidad) del órgano a insertar con el organismo humano receptor. Salvando las diferencias, algo idéntico y con similar profesionalismo, deberíamos hacer legisladores y juristas.