



Autor: Buenos Aires (provincia). Suprema Corte de Justicia

## Título: Doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires II

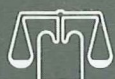
Buenos Aires (provincia). Suprema Corte de Justicia (2007). Doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires II. Buenos Aires, Argentina : La Ley, Instituto de Estudios Judiciales

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a [repositorio@scba.gov.ar](mailto:repositorio@scba.gov.ar)



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5



Instituto de  
Estudios  
Judiciales  
PODER JUDICIAL



DOCTRINA LEGAL  
DE LA SUPREMA CORTE  
DE JUSTICIA  
DE LA PROVINCIA  
DE BUENOS AIRES | II

*Instituto de Estudios Judiciales  
Seminario Noviembre 2006*

2)

LA LEY



DOCTRINA LEGAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA  
DE LA PROVINCIA  
DE BUENOS AIRES II





DOCTRINA LEGAL DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA  
DE LA PROVINCIA  
DE BUENOS AIRES II



PABLO FEDERICO BOIX  
ARIEL BONOMI  
LEANDRO J. GIANNINI  
PAULA GORSO  
MARIANO LASARTE  
R. DANIEL MARTÍNEZ ASTORINO  
MARCELA A. MARTÍNEZ  
MARÍA SILVIA MORELLO DE RAMÍREZ  
HOMERO MIGUEL VILLAFANE

**LA LEY**

Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires  
Doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de  
Buenos Aires. - 1a ed. -  
La Plata : Instituto de Estudios Judiciales de la Provincia de Buenos Aires,  
2007.

192 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-24040-0-0

1. Doctrina Judicial. I. Título  
CDD 348.04

Fecha de catalogación: 02/11/2007

Copyright © 2007 by La Ley S.A.  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Impreso en la Argentina

***Printed in Argentina***

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del Autor

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced or transmitted  
in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher and the author

I.S.B.N. 978-987-24040-0-0

## PRÓLOGO

Durante el segundo semestre de 2006, el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires organizó el seminario sobre "Doctrina Legal" del máximo tribunal provincial, en el marco de las actividades de capacitación que lleva adelante.

En aquella oportunidad, los Relatores que cumplen funciones en las distintas voca-  
lías, expusieron acerca de los criterios desarrollados por la Suprema Corte en las diver-  
sas ramas del derecho.

Con la publicación de los resultados de aquellas disertaciones, la Suprema Corte pone al alcance de magistrados, funcionarios, abogados y estudiantes de derecho los más recientes aportes de la doctrina legal, resaltando la trascendencia que reviste la difusión de novedosos criterios jurisprudenciales en el marco del debate democrático.

Para concluir estas breves líneas, debe señalarse que esta tarea no hubiera podido desarrollarse sin contar con la colaboración de los Relatores de los Ministros de la Suprema Corte y funcionarios y empleados del Instituto de Estudios Judiciales como con el compromiso de la Editorial La Ley que, en definitiva, posibilita que las páginas que siguen lleguen a los operadores jurídicos.

HILDA KOGAN  
Ministra  
Suprema Corte de Justicia  
de la Provincia de Buenos Aires





# INDICE

Pág.

## CONFLICTO DE PODERES (Sobre la base de la Jurisprudencia de la SCBA) Pablo Federico Boix

I. Prolegómenos .....	1
II. Concepto .....	1
III. Sistematización de conflictos .....	3
IV. Palabras finales .....	13

## LEYES 25.882 Y 25.886 Ariel Bonomi

Ley 25.882 – Ley penal más benigna (arts. 2 CP; 9 CADH; 15 PDCyP) - Doble instancia .....	15
Interpretación anterior a la ley 25.886 .....	16
Art. 166 inc. 2º CP - Ley 25.882 - Ley penal más benigna (art. 2º, C.P.) .....	16
Reforma penal y cuestiones de política criminal .....	18
Ley vigente al momento del hecho del proceso. Ultraactividad. Art. 166 inc. 2º párr. 3º (según ley 25.882) o art. 164, ambos del C.P. ....	18
Art. 166 inc. 2º CP - Texto anterior a la ley 25.882 más benigno (Art. 2º, C.P.; 9 CADH; 15 PIDCyP) .....	19
Aptitud demostrada por la producción de disparos .....	19
Aptitud no significa ofensividad .....	20
Ley 25.886 y art. 2º del CP. ....	23
Leyes 25.886 y 25.990. Interpretación conforme principio establecido por el art. 2º del CP. ....	24
Enlace e incidencia de las exigencias del delito de robo con armas (ley 25.882) y el de portación. ....	25
Ley anterior no es más benigna: .....	26

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE NULIDAD EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (La doctrina de la Suprema Corte sobre algunos de sus aspectos técnicos) Leandro J. Giannini

I. Introducción .....	33
II. Encuadre normativo. El llamado "certiorari" .....	34

	Pág.
III. Admisibilidad (remisión). Suficiencia técnica. ....	37
1) Admisibilidad (remisión) .....	37
2) Suficiencia técnica .....	38
IV. Causales de procedencia .....	43
1. Omisión de cuestiones esenciales .....	43
2. Ausencia de mayoría .....	53
3. Falta de acuerdo y voto individual. ....	57
4. Ausencia de fundamentación normativa .....	60
V. Trámite (remisión). Resolución. Reenvío .....	63
VI. Palabras finales .....	67

ALCANCE DE ALGUNAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LOS ÚLTIMOS  
FALLOS DE LA SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
Paula Gorsd

A. Garantías en la ejecución de la pena. Igualdad y derecho al recurso .....	69
B. Inconstitucionalidad del artículo 24 del Código Penal en cuanto al modo de computar la prisión preventiva correspondiente a la pena de reclusión .....	74
C. Prisión perpetua y declaración de reincidencia .....	79
D. Autoincriminación y aborto .....	81

ACTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL SCBA  
Mariano Lasarte

I. Introducción .....	89
II. Robo con homicidio .....	90
III. El Problema de la Tentativa en los delitos previstos en los arts. 166 inc. 1 y 165 del Cód. Penal .....	96

APROXIMACIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA ANULACIÓN DE OFICIO DE LAS SENTENCIAS EN LA  
JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
(Con especial referencia a las causas penales)  
R. Daniel Martínez Astorino

A.- Introducción .....	101
B.- Aspectos generales .....	101
I.- Concepto .....	101
II.- La estimulación recursiva necesaria .....	102
III.- La vía recursiva idónea .....	103
IV.- Causales o motivos de nulidad de oficio .....	105
a.- La imposibilidad de deducir el recurso de inaplicabilidad de ley .....	105
a.1. Concepto .....	105
a.2. Fallos relacionados .....	105
a.2.1. Causa P. 70.816, sent. del 18/XII/2002 .....	105
a.2.2. Causa P. 71.670, sent. del 12/III/2003. ....	106
b.- La obstaculización del conocimiento del asunto por parte del Tribunal. ..	107
b.1. Concepto .....	107
b.2. Fallos relacionados .....	107
b.2.1. Causa P. 82.084, sent. del 9/X/2003. ....	107

	Pág.
b.2.2. Causa P. 79.417, sent. del 10/IX/2003. ....	107
b.2.3. Causa P. 83.050, sent. del 10/IX/2003. ....	107
b.2.4. Causa P. 73.834, sent. del 21/IV/2004. ....	108
b.2.5. Causa P. 79.099, sent. del 12/V/2004. ....	108
c.- Las situaciones de incompatibilidad con el debido proceso .....	108
c.1. Concepto .....	108
c.2. Supuestos .....	109
c.2.1. Las formas imperativas .....	109
c.2.2. Ausencia de acuerdo y voto individual de los Jueces .....	109
c.2.3. Incumplimiento de los arts. 330 y 442 del C.P.P (t.o. por ley 2589 y sus modificaciones) .....	109
c.2.3. El incumplimiento al art. 263 inc. 5º del C.P.P. —según ley 3589 y sus modif.—. ....	110
c.3. Los vicios lógicos del pronunciamiento. ....	111
c.3.1. P. 61.631, sent. del 5/III/2003. ....	111
c.3.2. P. 70.252, sent. del 8/IX/2004. ....	111
c.3.3. P. 64.534, sent. del 21/V/2003. ....	111
c.3.4. P. 74.236, sent. del 8/XI/2006. ....	112
c.4. Afectaciones al debido proceso y al derecho a la defensa en juicio. ....	112
c.4.1. P. 78.173, sent. del 24/IX/2003. ....	112
c.4.2. P. 69663, sent. del 18/II/2004. ....	112
c.4.3. P. 83.032, sent. del 30/XI/2005. ....	112
V.- Algunas conclusiones .....	112

NOTAS SOBRE LA LEY 25.990 EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA  
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
Marcela A. Martínez

I. Introducción .....	115
II. La declaración de la prescripción en el ámbito de la instancia extraordinaria ....	116
1. Decisión “de oficio” .....	116
2. Prescripción en el ámbito de la revisión extraordinaria .....	118
III. De una fórmula abierta a un sistema de “numerus clausus” .....	122
a) Citación a indagatoria .....	123
b) Citación a juicio o acto procesal equivalente .....	124
IV. Los actos procesales interruptores del curso de la prescripción en la ley de menores .....	124
V. La causal de interrupción “por la comisión de otro delito” .....	125
VI. Suspensión del curso de la prescripción .....	126
VII. El instituto de la prescripción en supuestos de “pluralidad de delitos” .....	128
VIII. Reflexiones finales .....	129

DERECHO DE FAMILIA  
MEDIDAS DE RESGUARDO  
María Silvia Morello de Ramírez

I. Presentación .....	131
II. Mandato constitucional preventivo (Ac. 98.260, sent. 12-VII-2006). ....	131

	Pág.
III. Violencia Familiar (Ac. C 99.204, sent. 20-IX-2006). .....	138
IV. Conclusión .....	140

COMPETENCIA MATERIAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA  
DE BUENOS AIRES  
Homero Miguel Villafañe

I. Introducción .....	141
II. Bases constitucionales .....	141
a. Norma estructural .....	141
b. Otras normas constitucionales que influyen en la determinación de la competencia contencioso administrativa .....	144
c. Primeras precisiones .....	145
III. El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 12.008 —texto según ley 13.101— .....	145

# CONFLICTO DE PODERES

(SOBRE LA BASE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SCBA) (\*)

**Pablo Federico Boix**

## I. Prolegómenos

Este instituto fue formalizado en la Constitución provincial del 1873 y en ocasión de la incorporación de la de Buenos Aires a la Nación.

Es precisamente allí cuando se adopta, también, la modalidad de atribuciones específicas del Superior Tribunal.

Una particular mirada a ese dispositivo permite observar la materialización de un completo sistema de juzgamiento, con competencias originarias y exclusivas (art. 157).

En efecto, el dispositivo determina la acción originaria de inconstitucionalidad (inc. 1º). En esencia toca la confrontación por parte interesada de una norma y previsiones constitucionales. Es decir, el cuestionamiento de un sujeto a una norma provincial.

Seguidamente, el que ocupa a estos pensamientos, se abordan dos supuestos distintos en cuestiones de competencia (inc. 2º). Ello ocurre entre poderes públicos provinciales y entre órganos jurisdiccionales.

La hipótesis que fue prevista a continuación rodeaba el debate entre el particular y el Estado provincial. El denominado contencioso administrativo (inc. 3º).

Finalmente se estableció la instancia extraordinaria en controversias entre particulares (inc. 4º) y en cuyo contexto se cuestionaban, también, las sentencias judiciales.

En resumen y genéricamente hablando, el sistema mencionado aborda los supuestos de los ciudadanos frente a la ley, frente a la administración o frente a una sentencia y el de los poderes públicos entre sí. La reforma de 1994 eliminó de la competencia originaria uno de estos eventos, la relación del particular frente a la administración (art. 166 ap. 5º, Const. Prov.).

## II. Concepto

La expresión "causas de competencia" se identifica con la idea de "conflicto" (ampliamente pues involucra también a los suscitados en el gobierno municipal) y como se indicara, aparece en la Constitución provincial de 1873 a modo de reacción al artículo 97 de la Constitución Nacional.

---

(\*) Nota: La virtud de este trabajo consiste —tal vez— en animarse a sistematizar con un criterio pedagógico, distintos estudios realizados por la Secretaría del Tribunal, y en dónde se analizan los diversos esquemas de inconvenientes entre autoridades públicas provinciales.)

Allí se facultaba a la Corte Suprema de Justicia a dirimir estos litigios generados entre autoridades públicas provinciales. Es así, como se intentó —además— por este carril, instrumentar una forma de solucionar los inconvenientes en el ámbito local a fin de preservar la forma republicana de gobierno y evitar así la intervención federal.

Establecer con precisión una definición o un concepto resulta difícil por la variedad de situaciones que se presentan. A ese problema se añade la ausencia —al menos mayoritaria— del tratamiento de este tema por parte de la doctrina.

Sin embargo la jurisprudencia centenaria de la S.C.B.A. brinda algunos elementos que permiten circunscribir el tema.

Así, expresó que “causas de competencia [consiste en los] conflictos nacidos sobre el alcance de las atribuciones constitucionales en cada uno de los poderes subordinados al régimen federal y son esas causas de competencia, y en esos conflictos a los que ha sido llamada la Corte a decidir (Ac. y Sent. 1º Serie, T. X, pág 5; Serie 20, T. VI, pág. 401).

Es, entonces, el desacuerdo entre los poderes públicos.

En estos casos —en el sentido propio de la expresión (B 58.653 “Municipalidad de Trenque Lauquen”, res. 2-XII-1997)—, la S.C.B.A. no actúa como un tribunal ordinario sino como Tribunal Constitucional (B.59.150, res. 19-V-1998), es decir no lo hace como parte del Poder Judicial sino como juzgador creado por la Constitución expresamente para resolver la desavenencia entre Poderes Públicos (Ac. y Sent., Serie 14ª, T. VII, pág. 11; Serie 3ª, T. I, pág. 13).

Este tipo de situaciones (art. 161 inc. 2 Const. Prov.) provienen del roce de facultades que a cada uno de los poderes públicos atribuye la ley fundamental, que es también la única aplicable par a la solución del caso. Están comprometidos principios institucionales, la Carta Local controvertida y parte de los poderes que componen el gobierno del Estado, fuera del ejercicio de sus funciones propias; lo que ocasionaría una perturbación general y hasta podría afectar la tranquilidad y existencia misma de la Provincia.

En Ac. y Sent., Serie 3ª, T. I., pág. 155, se hace alusión a que de los debates Constitucionales de 1873, aunque incompletos, que el proyecto originario establecía un Tribunal de constitucionalidad y no solamente resolvía los conflictos de la ley o competencia entre Poderes Públicos, sino también, los conflictos que tuviesen los tribunales ordinarios, pues este Tribunal no pertenecía al orden regular de los Tribunales que deciden causas.

Y se añadió que “Tal es esta atribución que se da a la Suprema Corte, porque ella viene a estar investida de esa facultad para establecer la constitucionalidad de los procedimientos.[...], no obra como parte del Poder Judicial, sino como un Tribunal Constitucional creado expresamente para el objeto de resolver los conflictos entre poderes”.

Este tribunal es el único encargado de interpretar la Constitución y de dirimir esa controversia, aun cuando confronte alguna autoridad con la Corte misma (Ac. y Sent. Serie 3ª, T. II, pág. 52).

El conflicto se refiere a las atribuciones constitucionales o bien a las legales propias o inherentes a la función constitucionalmente asignada.

Para que se configure la situación de conflicto no sólo es necesario que uno de los poderes se arrogue el ejercicio de una atribución que le corresponde a otro poder sino que basta el desconocimiento o la acción del otro que impida o trabe el ejercicio de la función que le asigna la Constitución (Ac. y Sent., Serie 20, T. VI, pág. 401; Serie 14ª, T. VII, pág. 408).

Entonces, como primera síntesis de lo llevado hasta aquí, se producirá el “conflicto”:

a. Cuando un poder invada las atribuciones exclusivas de otro. No lo será en las concurrentes.

b. Cuando colisionen dos poderes y cada uno reclame para sí el ejercicio de una atribución, es decir la disputa.

c. Cuando un poder desconozca la acción del otro impidiendo o dificultando el ejercicio de la función constitucional o legalmente asignada.

### III. Sistematización de conflictos

Nítidamente pueden diferenciarse cuatro supuestos de conflictos de atribuciones:

1. El art. 161 inc. 2º de la Constitución provincial, asigna a la esfera originaria de la Corte y de manera exclusiva las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia.

2. El segundo esquema lo brinda el artículo 196 de la misma Constitución al fijar que los conflictos internos entre los departamentos ejecutivo y deliberativo, sea que se produzcan en el seno del Concejo Deliberante serán juzgados por la S.C.B.A.

3. La parte final del artículo 196 determina una situación variada. El conflicto de los departamentos que integran el gobierno municipal con otros municipios o bien con otras autoridades de la Provincia.

4. Existe en el ámbito local la asimilación de esta figura a la destitución o suspensión de Intendentes o Concejales. Es lo que denominaré, el sancionatorio municipal, que fija el art. 263 bis de la L.O.M.

5. Existió brevemente un supuesto de conflicto que tramitó bajo estas reglas y que fue creado en el artículo 78 de la Ley 10.589. Estaba reservado para las situaciones de los consejeros escolares frente a las decisiones de la Dirección General de Escuelas y Cultura. En la causa B.54.045 “Lanfranconi”, res. del 29-X-1991, la S.C.B.A. entendió que a través de una norma de carácter legislativo se ampliaban sus competencias constitucionales y toda vez que no involucraban ni a un poder de la Provincia o a un municipio no constituía uno de los supuestos que abordamos anteriormente. Resta agregar que dicha directiva fue derogada posteriormente.

1. Los conflictos previstos en el art. 161 inc. 2º Const. Prov.

Como se expresó la nota esencial que distingue este tipo de proceso involucra a los poderes públicos locales.

De tal modo, esquemáticamente, los roles procesales que se pueden percibir desde la clasificación constitucional, tiene por sujetos activos y pasivos a los órganos que titularizan el gobierno provincial.

Por lo tanto se puede avanzar sobre los conflictos entre (\*):

a. Poder Ejecutivo y Poder Judicial

---

(\*) Nota: Se excluyen de la clasificación, por obvias razones, los conflictos interadministrativos —P.E./P.E.—, y los conflictos de competencia entre órganos del Poder Judicial —P.J./P.J.—.

b. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo

c. Poder Legislativo y Poder Judicial

d. Poder Legislativo entre sí.

Dos breves digresiones.

Conviene advertir, antes de profundizar en la temática, que excepto en el caso en que ambas Cámaras Legislativas confronten sus atribuciones, el “conflicto” —por llamarlo de alguna manera— se suscita exclusivamente entre los cuerpos que integran el Gobierno provincial.

En efecto, la causa B.59.150 “Dr. León Carlos Arslanian —Ministro de Justicia y Seguridad—” versó sobre la presentación del funcionario referido, a través de la cual promovía una contienda de este linaje en virtud del pedido de secuestro de la totalidad de los legajos que la Dirección de Inteligencia de la Policía provincial había conformado sobre un empresario determinado. La orden había sido impartida por el titular de un Juzgado Federal.

En esa oportunidad el Tribunal predicó que la situación le resultaba ajena a su competencia, pues carecía de atribuciones para conocer y decidir a su respecto dado que el art. 161 inc. 2 de la Const. Prov. no involucraba a autoridades nacionales o de otras provincias. En igual sentido se puede consultar la causa B.58.936 “Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 19 de La Plata”, res. del 24-II-1998.

También es prudente dejar a salvo, como una suerte de confirmación de la regla, el supuesto suscitado en la causa B.55.900 “Convención Reformadora”, res. del 7-VII-1994. Al votarse el reglamento interno de funcionamiento de ese Cuerpo, los convencionales que quedaron en minoría interpusieron, ante un Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, una acción de amparo en cuyo marco se dictó una medida cautelar suspensiva e innovativa a la vez. Notificada de la decisión, la Presidencia de la Convención, promovió la acción en tratamiento, en el entendimiento de que un órgano jurisdiccional avasallaba sus atribuciones privativas.

Entonces el debate se planteaba entre el Poder Judicial y la Convención Reformadora Constituyente, cuyo carácter de poder público provincial no aparecía con sobrada ortodoxia.

La S.C.B.A., al respecto, estimó que no se advertía de qué modo podría sostenerse que el Poder que tenía la atribución de reformar la Carta Local, no estaba incluido en la definición de poder público, puesto que titularizaba una competencia específica derivada de la propia Constitución, la cual le daba origen.

Consecuentemente le fue reconocida autoridad para reclamar por este andarivel procesal.

De este modo, pude extraerse además que el concepto de “Poder” a los fines de considerarlo como parte de una causa de competencia no está circunscripto a los tradicionales tres propios de la forma republicana de gobierno. Deberá ser entendido como autoridades o representantes del poder que tengan atribuciones o funciones no sólo constitucionales sino también legales.

Así se presenta la situación, no sólo con la colisión de atribuciones de los poderes públicos, sino también en los casos de distintos órganos o autoridades del Ejecutivo.

Aclarado entonces se puede abordar una primera categoría de supuestos:

a.1. Poder Ejecutivo y Poder Judicial.



Entre un sinnúmero de situaciones, habré de destacar algunas de las más ilustrativas.

a.1.1. En la causa B.68.185 “Consejo de la Magistratura contra Juzgado Contencioso Administrativo Nº 1 de La Plata”, res. del 6 de abril de 2005, el accionante —concurante desplazado en el procedimiento del Consejo—, intentó ante un Juzgado de Primera Instancia una acción pretendiendo una medida cautelar autónoma o anticipada, la que fue receptada por el magistrado interviniente. Llegada a conocimiento del organismo accionado, planteó la situación ante la S.C.B.A. denunciando la invasión de atribuciones privativas derivadas del despacho cautelar.

En tales condiciones, la situación de conflicto que aprehendía el inciso 2º del citado artículo 161 y suscitaba la competencia originaria del Tribunal no se hallaba configurada en ese instante, pues —según lo resuelto en casos análogos (causas B-62.362, res. de 7-III-01; B-62.269, res. de 14-III-01 y, en especial, B-67.894, res. de 23-VI-04)—, la actuación del órgano jurisdiccional emplazado, pronunciada a título cautelar, pertenecía a un proceso que se encontraba en trámite y, como tal, se hallaba sujeta a las resultas del ejercicio de la función jurisdiccional y las instancias revisoras —en orden a su impugnación o a la solicitud de levantamiento o modificación— previstas en las normas procesales aplicables.

Varias lecturas subyacen en el decisorio, mas la que al acápite ocupa es la relacionada con la presentación del Consejo de la Magistratura, habilitado para promocionar este pleito y frente a un órgano del Poder Judicial.

a.1.2. El ejemplo siguiente surge de la causa B.68.316 “Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires contra Juzgado en lo Contencioso Administrativo nº 1 de La Plata”, res. del 29 de julio de 2005. Allí la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires había resuelto comunicar al Tribunal la existencia de una cuestión de competencia entre ella y el citado órgano jurisdiccional, a raíz de una medida cautelar de contenido positivo dictada por éste, consistente en que oficializara una determinada lista de precandidatos para que participase en las elecciones internas.

La S.C.B.A. dejó establecido que el cauce previsto por el artículo 161 inciso 2º de la Constitución de la Provincia era el adecuado para el tratamiento de una cuestión como la que, por su conducto, la Junta Electoral sometía a su conocimiento y decisión.

a.1.3. En la causa B.62.269 “Fiscal de Estado sobre Denuncia conflicto de poderes en autos: Provincia de Buenos Aires c/Malinovsky Alberto R. s/autorización judicial”, res. del 14-3-2001, la Cámara actuante denegó el permiso para que la Dirección de Hidráulica llevara a cabo acciones para restituir un cauce de agua. Se denunció la interferencia de atribuciones en tanto se desconocía el poder de policía de la repartición estatal para mantener la incolumidad del sistema hídrico. La Corte Local, si bien rechazó la articulación, reconoció la aptitud del Fiscal del Estado para constituirse como promotor de este tipo de litigios.

a.1.4. El debate de los autos B.59.816 “Ministerio de Justicia y Seguridad contra Poder Judicial (Jdo. Garantías nro. 2 La Plata”, res. del 16-II-1999, culminó —por mayoría de opiniones— por el rechazo formal de la presentación. El debate discurría a raíz del planteamiento en el Juzgado citado de una acción de Hábeas Corpus deducida por el Defensor Oficial a favor del cupo de detenidos en una seccional policial. Al acoger el pedimento, el magistrado actuante dictó medidas que debía cumplir la autoridad requerida. En dicha ocasión el funcionario ejecutivo planteó la cuestión ante la S.C.B.A. denunciando la invasión de atribuciones.

Si bien, como se adelantara, la causa culminó formalmente, no fue desconocida la idoneidad ministerial para iniciar la presentación.

## a.2. Poder Judicial y Poder Ejecutivo.

El presente apartado si bien demuestra un esquema similar al anterior, permite incorporar otros ejemplos, imbricando los roles procesales y ante un supuesto diferencial (ver. Ac. y Sent. Serie 14ª, T III, pág. 408; Serie 3ª, T. II, pág. 52).

a.2.1. La causa B.53.062 "Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 3 del Departamento Judicial San Nicolás contra Poder Ejecutivo (Registro de la Propiedad) en autos: Etchebarne Juan P.", res. del 27-XI-1990, se promovió en ocasión de la denegatoria del Director del Registro en cuestión a inscribir una declaratoria de herederos —y cesión de acciones y derechos hereditarios— ordenada por el magistrado que entendía en el sucesorio. El juzgador, luego de acreditar documentalmente el desconocimiento de su autoridad, efectuó la correspondiente presentación ante el Superior Tribunal.

Se sostuvo, al resolverse, que existía conflicto de poderes cuando la autoridad dependiente del Poder Ejecutivo se arrogaba las facultades del Juez oficiante al denegar la orden impartida.

La primera lectura del caso, exhibe a un órgano jurisdiccional iniciando la cuestión de competencia. La restante, es que el conflicto se promueve no ya por invasión de atribuciones sino por el desconocimiento de las mismas.

a.2.2. En los autos B.68.102, "Tribunal de Menores n° 3 de Mar del Plata contra Ministerio de Desarrollo Humano y Trabajo", sent. del 30 de marzo de 2005, se debatía un supuesto similar al tratado anteriormente: el desconocimiento de la autoridad de un magistrado, que había ordenado el alojamiento de un menor en una entidad especializada. La resolución determinó que los funcionarios de la requerida no habían ignorado la aptitud de la Jueza actuante sino que habían procedido a dar trámite a la solicitud formulada. Y, si bien se advertía una demora en el cumplimiento de esa manda judicial, no se apreciaba que la misma hubiese sido voluntaria.

Nuevamente se aprecia a un órgano jurisdiccional promoviendo el conflicto y reclamando el cumplimiento de una orden judicial. Similares consideraciones pueden encontrarse en B.66.705 "Tribunal de Menores N° 1 de Necochea contra Poder Ejecutivo", entre otros.

## b. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo

Este segundo ítem involucra, como se verá el conflicto del Poder Ejecutivo o alguno de sus órganos con la Legislatura provincial o alguna de las Cámaras que la componen.

b.1. La causa B.67.594 "Gobernador Provincia de Buenos Aires", sent. del 25 de febrero de 2004, fue iniciada por el titular del Poder Ejecutivo solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 13.131, pues incorporaba al presupuesto un gasto no previsto en el ejercicio pertinente y no fue sancionada a partir de una iniciativa suya, con lo cual se transgredía lo dispuesto en el artículo 103 inc. 2º de la Constitución de la Provincia.

El primer punto que debió resolver el Tribunal fue acerca de la idoneidad de esta vía para cuestionar constitucionalmente. La S.C.B.A. consideró que no había obstáculo alguno para que en este trámite se decidiese dicha cuestión.

Aclaró además que ello no implicaba aseverar que esta vía pudiese convertirse en el carril ordinario de revisión de la constitucionalidad de las normas estatales y aquella declaración debía ser consecuencia e indispensable reflejo de lo que corresponda decidir acerca de la contienda de atribuciones entre los poderes públicos.

Por lo demás sostuvo el Tribunal que en la ejecución de esa ley no pudo estar contemplado en el presupuesto vigente por la simple razón de que fue aprobado con anterioridad a la sanción de aquélla. Importando entonces una nueva erogación no prevista en el cálculo de gastos, sólo podía sancionarse a instancias del Gobernador, lo que no ocurrió.

En este sentido y con el mismo fin ilustrativo pueden consultarse las causas B.66.093 "Gobernador" res. del 10-XII-03 y B.68.331 "Gobernador", res. del 14-IX-2005

b.2. En la causa caratulada B.60.622 "Rossi, Jorge Omar (Pte. Inst. Prov. Lot. Cas.) contra Comisión Investigadora Cámara de Diputados", sent. 3 de noviembre de 1999, permite constatar el aserto intentado.

En efecto en este debate confrontaron el Presidente del Instituto Provincial de Lotería y Casinos por un lado, en tanto que por el restante se encontraba una Comisión Especial Investigadora creada en el ámbito de la Cámara de Diputados, al considerar invadidas sus atribuciones toda vez que la mencionada en último término había sido creada en violación a las disposiciones aplicables y dotada de atribuciones que excedían las marcadas por la Ley 4650.

Allí se confirió legitimación activa al Presidente del antedicho organismo, pues el resguardo constitucional alcanzaba a cubrir a quienes actuaban como representantes de órganos autárquicos, integrantes del Poder Ejecutivo provincial, que detentaban representación legal, dotados de la libertad de administración suficiente conforme a los objetivos perseguidos mediante su creación.

En lo que resta analizar, se entendió que la Carta Local confería a ambas Cámaras de la Legislatura la atribución de crear "comisiones de su seno", previendo expresamente que éstas podrían pedir a la administración los "informes que crean convenientes", de modo tal que una impugnación dirigida contra la constitución de una de estas "comisiones" no podría válidamente fundarse en la falta de competencia de alguna de las Cámaras para su creación. Se añadió que las cuestiones vinculadas con la regularidad o irregularidad de la constitución de estas comisiones, desde que eran parte del cuerpo deliberativo en cuyo ámbito habían sido creadas, debían ser objeto de evaluación y consideración por ese mismo cuerpo.

En definitiva fue reconocida autoridad a ambas partes —Presidente de un ente autárquico y Comisión Especial— para promover y ser requerida en este tipo de contienda.

#### c. Poder Legislativo y Poder Legislativo

Un recordado fallo histórico (Ac. y Sent. 1ª Serie, T. X, pág. 13/14, causa DCLI), suministra elementos útiles para categorizar la figura. Concretamente se puede leer: "La misma Legislatura se dirigió en 1878 á esta Corte reconociendo su jurisdicción en la cuestión de competencia, surgida entre ambas Cámaras, sobre el derecho á iniciar presupuestos; y si bien surgió alguna duda que se dispó ante la consideración de que cada Cámara representa el Poder en sus atribuciones exclusivas, ninguna asomó en los Poderes Legislativo y Judicial, respecto á la jurisdicción, en nombre de la cual se decidió el caso y se acató el fallo".

En Ac. y Sent. Serie 4ª, T. IV. Pág. 548, puede advertirse esa misma línea intelectual. Allí debatían ambas Cámaras Legislativas, debido a que la Cámara de Diputados había resuelto desestimar con dos tercios de los votos, la sanción del Senado respecto de determinadas partidas del Presupuesto, porque no obstante la comunicación enviada en que se hacía saber la insistencia de la última mencionada —con modificaciones introducidas por unanimidad de votos—, no se había obtenido tal unanimidad según los informes que poseía la restante, y que el Senado apartándose de su Reglamento,

había reconsiderado ese asunto después de terminado. En definitiva se cuestionaba el procedimiento para la sanción de la ley en cuestión.

Tomando el dictamen del Procurador General, se expresó que la cuestión quedaba comprendida en la expresión constitucional, pues habiéndose apartado la Cámara de Diputados del procedimiento para la formación de leyes hacía imposible el cumplimiento de la sanción legislativa.

Más categórico fue el fallo del 24 de agosto de 1885 (Ac. y Sent., Serie 3ª, T. I, pág. 151) en cuyo marco la S.C.B.A. declaró que cuando un desacuerdo o conflicto de las dos ramas del Poder Legislativo, comprometía la constitucionalidad del procedimiento en la formación de una ley, dicho conflicto caía bajo la jurisdicción del "Tribunal Constitucional creado para resolverlo: la Suprema Corte de Justicia" (sic).

#### d. Poder Legislativo y Poder Judicial

Acerca de esta particular configuración de la contienda no se registran —al menos en esta investigación— antecedentes decididos por el Tribunal.

Es probable que tal escasez obedezca a las razones que se encuentran en los diarios de sesiones de los debates constitucionales de la Constitución de 1873.

Allí, se descartaba este tipo de cuestiones de competencia debido a que la S.C.B.A. estaba facultada a declarar la inconstitucionalidad de la ley (Diario de Sesiones, T. II, pág. 1112).

Sin embargo, y abusando de la especulación, el dispositivo de condena dado en la causa B.64.474 "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Amparo", sent. del 19-III-2003, pudo haber sido el comienzo del planteamiento de este tipo de situaciones, que insisto, no ocurrió.

Sucintamente, en el marco de la anunciada acción de amparo, el Tribunal condenó —entre otros dispositivos— a que la Cámara de Senadores se expidiese sobre los pliegos de candidatos a jueces en lo Contencioso Administrativo, y si, por cualquier circunstancia, no efectuase dicho examen en los tiempos previstos, la Suprema Corte, a petición de parte interesada, procedería a la ejecución de la sentencia en la manera que resultase idónea.

Si bien podía interpretarse como una lógica consecuencia del art. 163 de la Const. Prov., no lo es menos que el Tribunal advertía acerca de movilizar una atribución privativa de la Cámara Legislativa mencionada. De allí la posible pugna institucional.

#### 2. Los conflictos previstos en la primera parte del art. 196 de la Const. Prov.

Esencialmente se componen de los conflictos internos entre los departamentos ejecutivo y deliberativo y también los que se produzcan en el seno del Concejo. Sólo resta agregar que el art. 263 del decreto-ley 6769/58 dispone que en caso de conflictos con la Nación u otras Provincias, serán comunicados al Poder Ejecutivo, detalle que impide el planteamiento del pleito respecto de autoridades ajenas a las provinciales.

##### a. Los conflictos Internos

El esquema resulta similar al abordado para los Poderes Públicos provinciales, a excepción —claro está— en lo que atiende al Poder Judicial.

Ambos departamentos del gobierno municipal controvierten sus atribuciones derivadas de la L.O.M.

En la misma inteligencia destacada y con la sola finalidad ejemplificativa, pueden destacarse los siguientes pronunciamientos:

a.1. En autos B.68.552, "Intendente Municipal de Lincoln contra Concejo Deliberante de Lincoln", sent. del 22 de noviembre de 2006, el titular del departamento ejecutivo alegaba que la modificación introducida por el Departamento Deliberativo al Presupuesto General de Gastos para el período en curso, había invadido su zona de reserva en materia de fijación del sueldo básico del agente municipal.

La sentencia determinó que el legislador había colocado en manos del Intendente la facultad de determinar y conformar la remuneración de los agentes municipales, razón por la cual hizo lugar al conflicto y anuló la ordenanza impugnada.

Similar configuración de contienda puede hallarse en B.64.183, "Intendente Municipal de Morón", res. del 21-VIII-2002 y B.67.596, "Intendente Municipal de General San Martín", sent. del 7-VII-2004.

a.2. En la causa B.68.130, "Intendente Municipal de Coronel Rosales", sent. del 8-II-2006 fue iniciada con motivo de la sanción la ordenanza, sancionada por el Departamento Deliberativo de Coronel Rosales, por medio de la cual se concedió el derecho de uso y ocupación de un inmueble de propiedad municipal a un grupo de entidades gremiales.

El núcleo de la situación de conflicto radicaba en determinar si la facultad de conferir ese derecho a un conjunto de entidades con asiento en el distrito, pertenecía al Departamento Ejecutivo o al Departamento Deliberativo.

En el caso, toda vez que el acto impugnado había sido dictado por la autoridad designada por el ordenamiento jurídico para su emisión, el conflicto de poderes fue rechazado, condición que —se dejó en claro— no enervaba la utilización de otras vías procesales para el planteamiento de los vicios de legalidad que se alegaban por el Departamento Ejecutivo en su presentación inicial.

Otros ejemplos de este tipo de debates pueden hallarse en las causas B.64.627 "Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Olavarría", res. del 4-XII-2002 en donde el Intendente pretendía construir un predio público y el Concejo se opuso por considerar suya esa atribución y B.64.183 "Intendente Municipal de Morón", res. del 21-VIII-2002, en donde el Departamento Ejecutivo había habilitado una feria irregularmente, y ante la inacción del Intendente, el Deliberativo su clausura.

#### b. Conflictos en el seno del Concejo Deliberante.

Se caracterizan estos planteamientos de contienda por involucrar la dinámica propia del Concejo y constituyen un supuesto independiente del procedimiento sancionatorio de concejales, como también se verá seguidamente.

Históricamente la S.C.B.A. había obstado la posibilidad de presentar este tipo de conflictos, en general, impulsados por las minorías que habían perdido la votación en el recinto (B.65.525 "Bloque de Concejales de la U.C.R. del Partido de Necochea", res. 23-IV-2003).

De tal modo las resoluciones susceptibles de cuestionarse en este marco sólo eran aquellas por medio de las cuales se destituía o suspendía preventivamente a algún concejal.

Ese criterio fue dejado atrás, pues se advirtió que, además de los supuestos especiales que contempla el artículo 263 bis de la L.O.M., existía la posibilidad de aprehender otras alternativas ocurridas en el seno del Concejo Deliberante, siempre que se encon-

trase configurada la situación de contienda de atribuciones y se encontrasen agotados los mecanismos locales para superarlo.

Sobre esa base, en la causa B.64.165, "Salgado", res. del 14-VIII-02, se decidió que, al no advertirse la existencia de alguna disputa acerca de las atribuciones constitucionales o legales de los sujetos involucrados ni que lo actuado por la mayoría del Concejo en ese supuesto alterase, obstruyese o impidiese el funcionamiento del cuerpo o de la Municipalidad, el planteo debía ser rechazado.

Se precisó, también, en la causa B.64.990, "Mathiu", res. del 11-VI-03, que en cuanto concierne a la elección y designación de las autoridades del Departamento Deliberativo —cuestión que tradicionalmente había sido raleada del ámbito de la Corte— la misma era de carácter excepcional y sólo podía justificarse cuando se suscitara una situación conflictiva que afectase el normal funcionamiento del cuerpo y no podía ser superada en ese ámbito.

Similar situación se presentó en la causa B.68.300 "Fernández", res. del 10-VIII-2005; B.68.343, "Anselmino", sent. del 20-IX-2006; B.68.190, "Roberto, Carlos y ots. contra Concejo Deliberante Vicente López", sent. 18-IV-2007.

Sin perjuicio de ello, se aclaró en autos B.68.946 "Dewey Rebeca" que no era misión del Tribunal controlar, por la específica vía de la contienda municipal, cómo se conducía la labor deliberativa de los entes locales en los términos de su reglamentación interna, sino sólo ante una extrema situación de transgresión normativa.

### 3. Los conflictos previstos en la parte final del art. 196 de la Const. Prov.

Del mismo modo, este capítulo involucra dos supuestos distintos. El de las municipalidades entre sí y a éstas con alguno de los poderes públicos provinciales.

#### a. Las Municipalidades entre sí

El caso arquetípico de esta particular contienda puede encontrarse en Ac. y Sent. 1960, V, pág. 500. Allí se trató de una comuna que intentaba efectivizar ciertas tasas municipales sobre territorios que habían pasado por Ley a otro Partido.

En los autos B.63.420 "Municipalidad de Rivadavia", res. del 24-IV-2002, la accionante promovió el conflicto peticionando se ordenase a la Municipalidad de Trenque Lauquen y a la Dirección de Saneamiento y Obras Hidráulicas del M.O.S.P. la no construcción de un canal derivador del Río V a un complejo lacunar ubicado en ese territorio.

Involucraba el problema de las inundaciones en la Provincia de Buenos Aires y se denunciaba el riesgo de dicha afectación a raíz de las obras señaladas. Ello tenía como antecedente una acción de amparo iniciada por la Comuna de Trenque Lauquen contra la Dirección provincial mencionada.

El Tribunal señaló que este tipo de disputas debía revestir la efectiva contienda entre dos o más órganos en torno a determinada atribución o competencia que cada uno entiende le corresponde y no las situaciones conflictivas que el ejercicio incuestionado de las mismas pudiese generar.

En el caso referido, se desestimó formalmente el conflicto al no revelarse la infracción a las competencias propias de la Comuna iniciadora, pues las obras se realizaban en territorio y con anuencia del restante municipio.

Situaciones análogas pueden hallarse en B.62.826 "Municipalidad de Rivadavia", res. del 12-IX-2001; B.58.030, "Municipalidad de Florencio Varela", res. 1-IV-1997 y B.52.159 "Municipalidad de Tigre", res. 9-IV-1991.

### b. Las Municipalidades con otras autoridades de la Provincia.

Aquí se encuentran los escenarios en donde las comunas reclaman para sí sus atribuciones surgidas de la Carta Local y de la L.O.M., frente a la acción provincial.

En líneas generales se encuentra también regulado en el art. 261 del decreto-ley 6769/58 en donde se estipula que los conflictos a que se refiere el artículo 196 de la Constitución deben ser comunicados a la Suprema Corte, la cual dispondrá que se suspenda la ejecución de las disposiciones controvertidas y la sustanciación del juicio.

Si bien la aplicación de este dispositivo para regular el debate entre una autoridad municipal y otra provincial puede cuestionarse seriamente —ya que fácilmente admite otro tipo de intelección (pues sometería a la Provincia de Buenos Aires a un pleito conducido por la Carta Municipal, y en definitiva se resolverá el fondo del asunto por aplicación de la Constitución o legislación provincial y no de la L.O.M.)—, no lo es menos que en ocasiones el Tribunal así lo ha invocado (B.63.337 cit. res. del 31-X-2001).

La diferencia indicada no es menor, sobre todo por los petitorios cautelares que en la legislación municipal están determinados de forma —prácticamente— automática, por oposición al régimen de los arts. 230, 689 y 690 del C.P.C.C.

El bosquejo, se multiplica en este punto, pues involucra indistintamente a los departamentos municipales y a los poderes públicos de la Provincia.

Veamos.

#### b.1. Municipalidad y Poder Ejecutivo

En autos B.63.337 “Municipalidad de la Costa contra Ministerio de Trabajo”, res. del 19-II-2002, la iniciadora denunció quebrantadas sus atribuciones ante la incompetencias de la repartición de la Provincia para solucionar conflictos individuales o colectivos con el personal municipal. Cuestionó también la ley 12.604 mod. ley 12.355 que incorporó al ámbito de la cartera requerida la intervención en dichos supuestos.

La presentación fue desestimada formalmente por involucrar la impugnación constitucional de la ley mencionada, que con aquella composición del Tribunal, resultaba vedada, añadiendo que no son conflictos aquellos que tienen vía de solución administrativa o judicial por vías jurídicas existentes o que son el resultado del ejercicio de atribuciones propias conferidas por el legislador.

La causa B.60.444 “Intendente Municipal de Vicente López contra Provincia de Buenos Aires”, res. del 26-X-1999, implicaba el reproche al Ejecutivo provincial en cuanto había convocado a un concurso integral de proyectos para la concesión privada del puerto de Olivos, enclavado en ese partido.

Es decir ambas autoridades reclamaban para sí la competencia para administrar y realizar obras sobre los predios referidos.

Finalmente la presentación no tuvo acogida en tanto la actividad provincial tenía cobertura con la Ley 11.206 y además existían distintos pleitos pendientes entre ambas partes.

El expediente B.57.000 “Municipalidad de Bahía Blanca contra Tribunal de Cuentas”, res. del 9-IV-1996, se tornó abstracta. Sin embargo es interesante destacar el dictamen —anterior a dicha circunstancia— de la Procuración General de la S.C.B.A. (20-III-1996). La comuna había planteado una acción declarativa ante la justicia ordinaria con el objeto de establecer cuál era la norma aplicable por las autoridades municipales en materia de pago de salarios ante la concesión de licencias gremiales, pues las disposi-

ciones de su Estatuto para el Personal se oponían a la circular nro. 353 del Organismo provincial. Allí se produjo la cuestión de competencia —entre órganos judiciales, y no las que ocupan a este trabajo—, por lo que se radicó en la instancia originaria de la S.C.B.A. El despacho de la Presidencia del 20-XII-1995, tuvo por configurada la situación de disputa de atribuciones.

Como se indicara, el mentado dictamen entendió que debía primar la potestad del Tribunal de Cuentas, aconsejando desestimar el conflicto planteado.

Los autos B.64.471 "Municipalidad de Mercedes contra Poder Ejecutivo sobre acción de amparo", res. 11-IX-2002, fueron iniciados ante un Tribunal de la Justicia Civil y Comercial con la finalidad de impedir que las autoridades provinciales construyesen en un predio donado por el Estado Nacional, un establecimiento carcelario. Se alegó como propia la facultad de ordenar su propio territorio y el emprendimiento infraccionaba la Ordenanza respectiva. Planteada la cuestión de competencia —al igual que en el caso anterior— la S.C.B.A. expresó que la Carta Local le había confiado de manera originaria y exclusiva la autoridad para dirimir este tipo de problemas, por lo que tomó para sí la causa.

Conjuntamente, la Fiscalía de Estado había promovido un conflicto de poderes al respecto —B.64.519, "Fiscal de Estado contra Municipalidad de Mercedes. Conflicto de poderes"— el que se tornó abstracto ante la modificación por parte del Concejo Deliberante de la Ordenanza de Zonificación urbana.

#### b.2. Municipalidad y Poder Legislativo

Pienso que esta hipótesis de contienda, resulta de muy difícil conformación.

En efecto, como se dijera, las atribuciones que los municipios reclaman como propias —generalmente— surgen del decreto-ley 6967/58.

Tal como sostuviera el Tribunal en la causa I.1.583 "Municipalidad de Bahía Blanca", sent. 8-VII-1997 y en I.2.132 "Carrefour", sent. del 14-IV-2004 las facultades de los municipios en su condición de personas jurídicas públicas se hallan determinadas no sólo por el constituyente sino también por el legislador, pudiendo serles atribuidas en forma exclusiva o en concurrencia con otros entes territoriales o servicios estatales, como propias o delegadas por el Estado provincial.

He allí —y sin perjuicio concerniente a la autonomía municipal— la imposibilidad, al menos actual, de que la situación pueda concretarse.

#### b.3. Municipalidad y Poder Judicial.

El presente ítem resulta habitual, puesto que distintos ámbitos municipales colisionan con órganos jurisdiccionales.

b.3.1. En la causa B.61.230 "Juzgado Municipal de Faltas de Coronel Suárez contra Juzgado de Paz Letrado de Coronel Suárez", res. del 18-IV-2000, la S.C.B.A. declaró que si el conflicto queda entablado entre un órgano administrativo de una municipalidad —Juzgado de Faltas— y otro judicial de la Provincia —Juzgado de Paz Letrado—, el supuesto subsume con claridad en los denominados conflictos externos municipales.

b.3.2. Los autos B.65.108 "Intendente Municipal", sent. 8-IX-2004, se suscitó a raíz de las actuaciones que tramitaron ante un Juzgado Correccional con motivo de la comprobación, por parte de inspectores de la Municipalidad, de infracciones a la ley 11.825. Los agentes de la comuna, luego de comprobada la falta, clausuraron preventivamente un local en el que indebidamente se expendían bebidas alcohólicas y elevaron las actuaciones al Juez de Faltas, quien, a su vez, las giró al Juzgado en lo Correccional N° 2 de San Isidro.



Al dictarse sentencia, el magistrado realizó una serie de consideraciones acerca de la designación de quienes habían instruido las actuaciones, detalle que motivó la presentación del titular del Departamento Ejecutivo.

La S.C.B.A. expresó que existía en el caso materia propia de un conflicto, puesto que la orden dirigida al Intendente Municipal de San Isidro que contenía la sentencia era considerada por este funcionario una extralimitación del magistrado que afectaba su esfera de atribuciones, planteándose de tal modo una cuestión que encuadra claramente en el tipo de controversia que prevé la norma constitucional como conflicto de una municipalidad con otra autoridad de la Provincia.

Análogas consideraciones pueden encontrarse en B.68.252, sent. del 24-VIII-2005; B.68.260, sent. del 24-VIII-2005 y B.68.522, sent. del 14-VI-2006.

#### 4. Los conflictos sancionatorios del art. 263 bis del decreto-ley 6769/58.

El presente capítulo involucra un sinnúmero de alternativas cuyo tratamiento excede largamente el cometido de estos párrafos. Por ello sólo se brindarán algunas pautas caracterizantes de este particular esquema.

Del modo anticipado se asimiló, históricamente, este tipo de situación previstas en la L.O.M. —en donde se investigan y sancionan conductas tanto de intendentes como de concejales— a las contenidas en la manda constitucional (v. referencia anterior a la causa B.64.165 “Salgado”, cit.).

Tal inteligencia rodea la idea que el artículo 196 de la Constitución de la Provincia atribuye el conocimiento de los conflictos internos de las municipalidades, producidos entre los departamentos ejecutivo y deliberativo o en el seno de este último. Tal expresión, entonces, jugará un doble papel: el primero define el conflicto de atribuciones o institucional, en tanto que el restante es útil para involucrar al procedimiento sancionatorio de funcionarios.

En ese sentido el Tribunal admitió su competencia en esta materia —reglada en la Ley Orgánica de las Municipalidades—, que otorga la facultad de plantearlo al Intendente suspendido o destituido en el ejercicio de su cargo y admitió la promoción de esta vía en los casos de separación de concejales.

Por el contrario no será conflicto si la separación no obedece a alguna de las dos sanciones mencionadas (B.55.170 “Alsinet” 15-V-1993), en cambio, sí lo será en el caso de que la baja del concejal tenga como fundamento la existencia de una inhabilidad con motivo de lo dispuesto por el art. 14 del la L.O.M. (causa B. 55.762 “González”, res. 23-VIII-94; B.68.800 “Trama”, res. 4-VIII-2006).

El procedimiento en tratamiento se halla delineado por trámites específicos (arts. 247 a 255 y 264 decreto-ley cit.).

Al solo efecto de advertir la variada gama de situaciones que se plantean por este andarivel procesal y que van desde el cuestionamiento a la creación y constitución de las Comisiones Investigadoras hasta el debate de los elementos tenidos en cuenta por el Concejo para imponer la sanción. Al efecto, pueden consultarse las causas B.66.457 “Ostoich”, res. del 10-IX-03, B.68.087 “Lutteral”, sent. 30-XI-2005, B.68.114 “Aguirre”, res. 9-III-2005; B.68.751 “Lopez”, res. 12-VII-2006; B.69.033 “Regueiro”, res. 21-II-2007; B.68.946 “Dewey”, res. 7-III-2007.

#### IV. Palabras finales

Más allá del mérito que pudiera corresponderle a estos párrafos, se ha podido brindar una sistemática demostrativa de la variedad de hipótesis que este tipo de

debates puede presentar, sus modalidades y presupuestos esenciales de admisibilidad.

En cada uno de ellos —mas no sea de forma negativa— la S.C.B.A., ha acudido a precisar los términos de la contienda.

No queda más que esperar que el esquema propuesto cumpla su finalidad.

## LEYES 25.882 Y 25.886

Ariel Bonomi

En el transcurso del año 2004 se han sancionado a nivel nacional, entre otras, dos leyes que tienen, por su contenido, implicancias en un alto porcentaje de los casos que se resuelven en el ámbito de la extensa provincia de Buenos Aires, tales la 25.882 y 25.886.

Tanto una como otra han modificado artículos de la ley sustantiva. La primera, lo ha hecho con relación al inc. 2º del art. 166. Por su parte la segunda, lo hizo en orden al texto del art. 189 bis.

El criterio que se va abordar en el presente se vincula con la Doctrina Legal que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha venido delineando como consecuencia de la aplicación de las mencionadas reformas legislativas.

Es decir, se habrá de realizar el repaso de un número determinado de decisiones que —sin ánimo de abordar todo el continente de casos posibles— fueron realizadas en virtud de la aplicación de las reformas llevadas a cabo por las aludidas leyes 25.882 y 25.886, todo ello como consecuencia de la hermenéutica realizada.

Hecha la aclaración precedente, por obvia que parezca, corresponde adentrarnos en el análisis de los supuestos que condujeron a esta Corte a resolver del modo en que lo hizo, y de esta manera llegar a delinear lo que a la fecha constituye la mentada Doctrina. Legal.

### LEY 25.882

**LEY 25.882 – Ley penal más benigna (arts. 2 CP; 9 CADH; 15 PDCyP) - Doble instancia**

También corresponde señalar que a diferencia de lo que sucedió con las leyes 24.271 y 25.087, la Corte decidió evaluar y no reenviar a la instancia de origen la incidencia que en los casos que se presentaban ante ella, tienen las leyes 25.882 y 25.886 (1).

---

(1) Conviene recordar lo resuelto previamente por este Tribunal en el sentido de que “pudiendo corresponder en el caso la aplicación del art. 2º del Código Penal lo que —contrariamente a lo resuelto en los precedentes P. 32.795, P. 34.954, P. 32.566, P. 32.862, P. 33.936, entre otros— resulta competencia de los tribunales ordinarios, corresponde así hacérselo saber al tribunal de origen a los efectos que hubiere lugar (ver P. 55.382, res. del 27-XII-96; entre muchas otras)” (P. 29-IV-1997). En este sentido se puede decir que el parecer adoptado con relación a estas dos leyes involucradas ha significado un retorno a un criterio ya acuñado en forma pretérita por la Corte local. En ese sentido se había sostenido que “[e]n la instancia extraordinaria abierta por el recurso de inaplicabilidad de ley debe aplicarse de oficio la ley 23.077, que resulta más favorable al procesado al disminuir la escala para el delito previsto en el art. 163 inc. 2 del C.P., a fin de brindar operatividad a la expresión ‘de pleno derecho’ contenida en el art. 2 del C.P.” (P. 33.936, cit.).

Haciendo eco de aquella posición el doctor Genoud, señaló que la puesta en vigencia de la ley 25.882 modificatoria del art. 166 inc. 2º del Código Penal conduce a plantearme si se puede lograr una razonable certeza sobre cuál es la ley más benigna sin violar la doble instancia.

Quizá desde la perspectiva de la posición subjetiva se concluya que hallándose acreditado que el desapoderamiento fue cometido con arma, ello baste a los fines de la aplicación de la calificante del art. 166 inc. 2º del Código Penal vigente al momento del hecho (5 a 15 años), y que por imperio de la ley 25.882 que exige la prueba de la aptitud el suceso deba ser encuadrado en el párrafo 3º del nuevo inc. 2º de la citada norma (pena de 3 a 10 años).

Aquí precisamente, alude el mencionado Ministro, es donde me pregunto: ¿No podría argumentar la defensa que debería calificarse como robo simple porque la figura intermedia (3 a 10 años) no existía al momento del hecho (pena de 1 a 6 años) sosteniendo que la ley actual definió la posición objetiva?

O bien ¿No podría el Ministerio Público Fiscal, entendida la doble instancia en sentido amplio, sostener que la prueba testimonial abastece la acreditación requerida en el ap. 2º del inc. 2º del art. 166 del Código Penal en relación al ap. 3º **contrario sensu** (de 6 años y 8 meses a 20 años) y que, en consecuencia, la ley más benigna sería la aplicada (de 5 a 15 años)?

Entonces, más allá de la posición que se adopte, ¿puede esta Corte definir en única instancia qué es lo más benigno sin debate?

Estoy persuadido, pues, que si la benignidad no resulta en forma evidente debe girarse el expediente a la instancia originaria para garantizar el doble conforme.

Tal convencimiento no es motivado por una posición personalista ni menos aun utilitarista, responde a lo que en similares acontecimientos ha resuelto este Tribunal (v.g. ante la puesta en vigencia de las leyes 24.721 y 25.087) en cuanto a que resulta competencia de los tribunales ordinarios la aplicación del art. 2º del Código Penal (conf. P. 52.285, sent. del 8-VII-1997; P. 61.169, resol. del 17-VIII-1999, reg. 930, folio 284; P. 64.369, resol. del 13-IX-2000, reg. 280, folio 484; entre muchos otros) (P. 70.963, sent. del 1-XII-2004; P. 73.253, sent. del 11-X-2005).

#### **Interpretación anterior a la ley 25.886**

Se ha sostenido inveteradamente que para encuadrar un hecho en la figura del robo con armas conforme la redacción anterior a la ley 25.882 era suficiente acreditar el supuesto que esa norma describía, esto es, que el robo se había cometido con armas. Si el arma a su vez estaba en condiciones de ser disparada en el momento en que fue usada, no era cuestión relevante a los fines de la aplicación de la figura agravada (Doct. P. 68.263 del 2-X-2002, pub. en "D.J.J.B.A.", 163-159 y P. 62.205, sent. del 29-XII-2003, e/o; conf. por todos P. 87.165, sent. del 20-IX-2006).

#### **Art. 166 inc. 2º CP - Ley 25.882 - Ley penal más benigna (art. 2º, C.P.)**

En este supuesto la Cámara descartó la aplicación de la agravante del art. 166 inc. 2º por no haberse demostrado la aptitud para el disparo y consecuente ofensividad del instrumento empleado. Recurrió el Fiscal.

Así, se resolvió que la ley 25.882 (B.O. 26-IV-2004) ha reformado el art. 166 inc. 2º del Código Penal, debiendo este Superior Tribunal apartarse de la doctrina legal elaborada durante la vigencia de la ley anterior. Es que, abierta la competencia de esta Corte a través del recurso extraordinario analizado, corresponde aplicar de oficio la ley 25.882,

que al modificar el art. 166 inc. 2º del Código Penal, resulta más benigna para el procesado (art. 2º, Código Penal).

En efecto, el robo con armas ha quedado escindido en cuatro figuras distintas, sea que se cometa con armas, que se cometa con armas de fuego, con arma cuya idoneidad no puede acreditarse por ningún medio y que se cometa con una de utilería.

Aunque también puede decirse que por el sistema de penas que impone se escindió en 3 categorías. Que se cometa con armas, que éstas sean de fuego; y el robo que se comete con armas del tipo del párrafo 3, éstas son las que no se puede determinar por ningún medio la idoneidad y las de utilería.

En este caso el a quo —en rigor— reconoció el carácter de arma del objeto blandido y que el motivo de desestimación de la agravante en realidad se basó en la falta de acreditación de su ofensividad la misma no fue secuestrada y por ende no fue peritada. De manera que si se utilizó un arma, el hecho debe ser encuadrado en el párrafo 3º del citado inc. 2º del art. 166 del Código Penal (cfr. ley 25.882), pues no existe prueba alguna sobre la aptitud.

La nueva redacción de la norma bajo análisis ha deslindado los supuestos en que el robo se agrava en razón de verse facilitada su perpetración por la intimidación que provoca en la víctima el empleo de un arma de fuego no apta o de un objeto con apariencia de serlo, de aquellos otros en que la razón de la agravante radica en el mayor peligro al que se vería expuesta la víctima al ser intimidada con un arma apta para producir disparos (P. 70.963, sent. del 1-XII-2004).

En el mismo precedente se dijo que habiendo en el *sub lite* prueba del empleo de arma, mas no de su ofensividad, debe aplicarse —por su mayor benignidad— el nuevo texto del art. 166 inc. 2º párrafo 3º del Código Penal, ley 25.882 (B.O. 26-IV-2004) (arts. 2 del C. Penal; 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Ello es así, porque frente a la *interpretación* que del texto anterior se realizaba —v.gr. conforme la doctrina de esta Corte en P. 45.458, sent. 22-IV-1997; P. 59.812, sent. del 2-V-2002; P. 68.263, sent. del 2-X-2002; entre otros— y el nuevo art. 166 inc. 2º párrafo tercero del Código Penal (ley 25.882), resulta claro que el texto actual es más beneficioso, pues permite meridianamente frente a casos en que no se ha podido determinar la aptitud ofensiva del elemento arma, imponer una pena que oscila ente los 3 y 10 años de prisión o reclusión, mientras que la hermenéutica efectuada en la anterior concepción —cfr. los precedentes señalados— si se acreditaba que en el hecho se utilizó un arma, ello bastaba para imponer una pena de entre 5 y 15 años.

Por lo cual, si se tuvo por acreditado el empleo de arma, pero al no existir prueba sobre la aptitud, al no haberse producido el secuestro de ella, ni tampoco haber sido utilizada en un sentido que permitiese conocerla, no resulta plausible tener por comprobada su idoneidad. De modo tal, que a la luz de la materialidad ilícita acreditada corresponde subsumir el presente evento ilícito en los parámetros del nuevo art. 166 inc. 2º párrafo tercero del Código Penal (ley cit.), por resultar el mismo más favorable al imputado de conformidad con lo normado por el principio de mayor benignidad antes referido (cfr. P. 87.799, sent. del 10-XI-2004; P. 70.963 y P. 67.329, sents. del 1-XII-2004; P. 82.858 y P. 74.936, sents. del 21-XII-2005; P. 76.097, sent. del 6-VII-2005; P. 76.739, sent. del 31-VIII-2005; P. 70.662, sent. del 7-IX-2005; P. 89.488, sent. del 12-X-2005; P. 74.428 y P. 84.260, sent. del 26-X-2005; P. 77.535, sent. del 14-XII-2005; P. 64.689, sent. del 8-II-2006; P. 73.375, sent. del 15-II-2006; P. 65.477, sent. del 8-III-2006, P. 71.364, sent. del 9-VIII-2006; P. 76.007, P. 81.764 y 94.176, sent. del 20-XII-2006; P. 85.676 y P. 93.574, sent. del 27-XII-2006; P. 74.560, sent. 30-V-2007; P. 88.512, sent. 4-VIII-2007; P. 77.493, sent. 11-VII-2007 entre muchas otras).

### Reforma penal y cuestiones de política criminal

En este orden de ideas se destacó que, sin entrar a juzgar la conveniencia ni oportunidad de la reforma, como así tampoco su constitucionalidad, se señaló respecto de la mentada modificación que trajo aparejada la reforma que:

Paradójicamente la reforma legislativa que en forma aparente eleva la pena con relación al texto anteriormente vigente cuando el robo se comete con arma de fuego (art. 166 inc. 2º párrafo 2º), al distinguir entre arma de fuego apta o no apta para el disparo y arma de utilería, considerando la aptitud en función de que la misma de algún modo pueda tenerse por acreditada, obtiene un efecto parcialmente inverso al que se ha pretendido lograr.

No existiendo en principio otra forma de acreditar la aptitud del arma de fuego que no sea la de apreciar su funcionamiento a través de los sentidos —esto es, producir el disparo— en el momento del hecho, o de su peritación cuando existiera la posibilidad de su secuestro (en tanto la misma se encuentre cargada con proyectiles idóneos) y esto siempre que ello ocurra durante la producción del robo o posteriormente, pero en forma inmediata sin solución de continuidad —presuponiendo obviamente que se desarrolló de conformidad con las pautas establecidas en el art. 164 *in fine*—, se colige que toda vez que no se utilice el arma durante el hecho, no sea posible su secuestro en las circunstancias descriptas, la prueba de la aptitud para el disparo en el momento de comisión del delito de robo será virtualmente de imposible comprobación.

Ello, arrojará previsiblemente —como corolario— la tipificación del delito en la forma atenuada del art. 166 inc. 2º *in fine* del Código Penal.

Dado que en numerosos casos el arma no se secuestra en el momento del hecho o en forma inmediata, ni se utiliza produciendo un disparo en el curso de tal período, es válido concluir que la consecuencia práctica de la reforma es que en rigor se ha morigerado en la mayor parte de los casos la pena anteriormente prevista para esta clase de delitos (cfr. por todos P. 70.963 cit.; 71.364 y sus citas; P. 76.007; P. 81.764; 94.176; P. 85.676; P. 93.574; P. 74.560; 88.512; 77.493 entre otras, todas voto doctor Pettigiani).

**Ley vigente al momento del hecho del proceso. Ultraactividad. Art. 166 inc. 2º párr. 3º (según ley 25.882) o art. 164, ambos del C.P.**

- Sin embargo, en casos en los cuales conforme la interpretación que destacara en párrafos precedentes por medio del cual el hecho se calificó de acuerdo a los parámetros signados por el párrafo 3º del nuevo inc. 2º del art. 166 de la ley sustantiva (sea por que no se demostró la ofensividad, porque se declaró la nulidad de la pericia, porque no se secuestró el arma, o porque peritada se concluyó que no era apta) estableció que el delito debía ser calificado como robo con armas robo del art. 166 inc. 2º párrafo tercero; también se expuso —aunque en una posición que resultó minoritaria— que si sólo se empleo el arma, y no se demostró su ofensividad debía calificarse el hecho, no ya dentro de los parámetros del párrafo tercero del nuevo inciso 2º del art. 166 de la ley sustantiva, sino como robo simple.

- Es que, cuando el art. 166 inc. 2º del Código Penal (según texto anterior a la ley 25.882 —B.O. 26-IV-2004—) establece que el robo se agravará si “se cometiere con armas”, exige —desde los carriles de la ley adjetiva— que tanto el empleo de un arma, como su capacidad ofensiva deben hallarse acreditados para que proceda la agravante.

En el caso que se describe, según quedaron fijados los hechos y la prueba al resolverse la cuestión anterior, si bien se determinó la aptitud genérica del arma empleada en el desapoderamiento no pudo corroborarse su real ofensividad para el caso y, por ende, la puesta en peligro que en concreto corrió la víctima. Ergo, la aplicación del

art. 166 inc. 2º del Código Penal que efectuó el a quo debe ser revocada, correspondiendo encuadrar el suceso en la figura delictual del robo simple (art. 164, C.P.).

Con lo dicho va de suyo que la reforma introducida al art. 166 inc. 2º del Código Penal por la ley 25.882 antes citada no resulta aplicable en autos toda vez que, en el caso, la ley vigente al momento del hecho es más beneficiosa para el recurrente (arts. 18, C.N.; 2º, C.P.).

Actualmente, dicha ley dispone que si el robo se cometiere con un arma de fuego “cuya aptitud para el disparo no pudiere tenerse de ningún modo por acreditada”, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.

En rigor, bajo la pretensión de remediar lo que se dio en llamar un vacío legal, se creó una nueva categoría de agravantes que incluye a los desapoderamientos emprendidos con armas cuya aptitud o idoneidad no se hallan comprobadas, equiparándolas respecto de la escala penal a la prevista para las agravantes del art. 167 del Código Penal (cfr. Mensaje de elevación del proyecto de ley al Congreso de la Nación de fecha 3-XII-2003, que lleva el número 1174).

En el caso, de manera evidente, la ley vigente al momento de comisión del hecho —por ser más beneficiosa al imputado— mantiene su ultraactividad, pues, ante la carencia por entonces de esa figura penal específica, la no acreditación de la aptitud y ofensividad concreta del arma ubicaba al suceso en la figura del robo simple [(art. 164, C.P.) (P. 64.527 “E.”, sent. de 23-IV-2003; P. 73.253, sent. del 11-V-2005. Doctor Soria [MI]; P. 79.537, sent. del 8-VIII-2005; P. 75.132, sent. del 23-XI-2005; P. 90.423, sent. del 7-XII-2005; P. 90.423, sent. Del 7-XII-2005; P. 87.646, sent. del 5-IV-2006; entre otros)].

**Art. 166 inc. 2º CP - Texto anterior a la ley 25.882 más benigno (Art. 2º, C.P.; 9 CADH; 15 PIDCyP)**

#### ***Aptitud demostrada por la producción de disparos***

Se sostuvo que en cuanto a la calificación, las argumentaciones de la defensa sobre la identidad o no entre las armas secuestradas y las empleadas en el hecho son irrelevantes.

- A su vez, también se dijo que en este tipo de supuestos, el tribunal de sentencia describió, al ocuparse del cuerpo del delito, que los agresores “efectuaron disparos de armas de fuego”, lo cual basta para justificar el encuadre en el art. 166 inc. 2 del Código Penal (en relación al art. 42), según el texto anterior a la ley 25.882, que para este caso es la ley penal más benigna (art. 2 del mismo) (P. 77.315, sent. del 22-IX-2004; P. 75.717, sent. del 26-X-2005).

- La funcionalidad de instrumentos empleados en el ilícito quedó demostrada por la ejecución de disparos durante la huida de los acusados. De este modo, cabe destacar que la ley 25.882 que modificó el art. 166 inc. 2º del Código Penal, constituye una disposición penal más gravosa y por tanto inaplicable al caso en virtud de lo dispuesto por el art. 2º del mismo texto legal (P. 79.595, sent. del 7-VI-2006).

- También puede verse este parecer en P. 66.411, sent. del 6-XII-2006; P. 82.167, sent. del 13-XII-2006; P. 88.172, sent. del 27-XII-2006; entre otras.

**En otros casos también se tuvo por acreditada la aptitud del arma, por lo cual se estableció que firme —por el motivo que fuese— la capacidad ofensiva del objeto arma, el texto anterior al sancionado por la ley 25.882, resultaba más benigno que el que correspondía a su actual redacción.**

Así se señaló que al haber sido descartados los agravios traídos por los motivos expuestos en el ap. 2, en el *sub lite* ha quedado firme que el arma de fuego secuestrada

—cuya aptitud no fuera cuestionada— ha sido la utilizada en el hecho, razón por la cual corresponde mantener la calificación legal en los términos del art. 166 inc. 2º del Código Penal de la ley anterior por ser éste más benigno que el correspondiente en su actual redacción (arts. 2 del C. Penal; 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (P. 74.177, sent. del 3-IX-2004; 64.569, sent. del 6-X-2004; 74.996, sent. del 16-II-2005; P. 64.224, sent. del 6/IV/2005; P. 77.874, sent. del 18-V-2005; P. 77.646, sent. del 6-VII-2005; P. 79.595, sent. del 7-VI-2006; P. 77.706, sent. del 5-X-2006; P. 66.411, sent. del 6-XII-2006; P. 90.938, sent. del 6-XII-2006; P. 81.222 y P. 82.167, sent. del 13-XII-2006; P. 81.422, sent. del 2-V-2007; P. 90.532, sent. del 13-VI-2007; P. 80.682, sent. del 27-VI-2007; entre otros).

### Aptitud no significa ofensividad

Una cuestión de interés se planteó en casos en los cuales se había demostrado que la Cámara, en lo que resulta de interés, resolvió respecto de la calificación legal del hecho “que la calidad ofensiva del arma debe estar plenamente probada a fin de su utilización en un suceso, con la consecuente subsunción legal en el tipo calificado, y sobre el punto no he logrado convicción. La pericia de fs. 469/470 describe que las operaciones realizadas fueron las de comprobar la aptitud del arma para el disparo secuestradas con cartuchos previstos por la Asesoría Pericial, no obstante según consta (...) en el procedimiento se habían incautado proyectiles los que al parecer no fueron remitidos para la pericia. La cuestión debe entonces resolverse por imperio del 431 del CPP, a favor del procesado”.

En el caso no existía discusión que la pericia había acreditado la aptitud para el disparo del arma secuestrada.

De este modo, se expuso que no existían impedimentos para modificar la calificación legal por la de robo calificado por el uso de arma de fuego.

Se dijo que el texto del art. 166 inc. 2º del Código Penal ha sido reformado por ley 25.882 (B.O., 26-IV-2004).

Tal modificación legal, trae —necesariamente— a estudio la evaluación del caso a la luz de lo establecido en el art. 2º del aludido cuerpo legal.

La actual letra del artículo en comentario exige, en su inc. 2º párrafo 2º, que “el arma utilizada [para cometer el robo] fuera de fuego”. Luego, el párrafo 3º fija una pena sensiblemente menor para aquellos supuestos en los cuales se cometió el robo “con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo acreditada”.

Ello está significando meridianamente que lo que el tipo penal de robo con armas demanda para encuadrar un hecho en él, es que esa “arma” —con la cual se lleve a cabo su perpetración— sea apta, esto es que posea “*aptitud*” para el disparo. Sólo esta circunstancia, y no otra, se exige.

Aptitud, quiere decir tanto como “[c]ualidad que hace que un objeto sea apto, adecuado o acomodado para cierto fin” (“Diccionario Real Academia Española”. Vigésima primera edición. Tomo I, pág. 175).

La precisa terminología empleada por el legislador, sólo demanda que el arma sea “apta”, esto es “idónea, hábil, a propósito para hacer una cosa” y esa aptitud, idoneidad, se exige para producir un disparo. La cualidad de apta se predica para el arma de fuego, y ella supone su ofensividad, que es mayor que la de otra clase de armas. Esa aptitud es intrínseca y genérica, de modo tal que queda desvinculada del resultado. Esto es, que si el disparo no se produce por cualquier motivo que sea ajeno al mecanismo disparador ello es irrelevante para la calificación de “*arma de fuego apta para el disparo*” que exige el tipo penal.



Para trazar una figura que nos ilustre acerca del concepto, podemos ejemplificar el caso de un sujeto que pretende desempeñar una cierta actividad reglada y que a lo largo de un determinado tiempo realiza una completa capacitación y ejercicios de entrenamiento para estar en condiciones de ejercerla. Así, luego de un lapso en el cual observó todas y cada una de las exigencias a las que fue sometido, finalmente resulta —previo examen— calificado “*apto*” para desempeñarla.

Pero que así lo haya sido (“*apto*”), en modo alguno implica que efectiva e invariablemente vaya a cumplirla, toda vez que pueden surgir diversas contingencias que lo lleven a no ejecutar la tarea para la cual se ha capacitado plenamente, que sean ajenas a su primitivo designio y que no le permitan, a pesar de su determinación firme, alcanzar el objetivo propuesto.

En rigor, es claro que nadie podrá dudar que el sujeto sea “*apto*” para esa función, no obstante que por diversas circunstancias no pudo —en el marco de suposición que vengo haciendo alusión— alcanzar su objetivo.

En este caso, como señalara no se ha puesto en crisis la afirmación que surge de la pericia en comentario en cuanto dictaminó que el arma “resultó ser *apta* para producir el disparo”.

Por lo que, en base hasta lo aquí dicho, la calificación legal correspondiente al hecho debe ser encuadrada en los términos del art. 166 inc. 2º del Código Penal, según texto anterior a la ley 25.882 (conf. voto Dr. Pettigiani, P. 73.253, sent. del 11-V-2005; P. 73.046, sent. del 21-VI-2006; P. 66.389, sent. del 6-IX-2006; P. 87.165, sent. del 20-IX-2006; P. 76.163, sent. del 4-X-2006, entre otros).

#### **ARMA AGRAVANTE – Imposibilidad de establecerla en el marco de la nueva ley – Prohibición de doble valoración**

La reforma que aquí se analiza trajo aparejada la necesidad de que el Superior Tribunal bonaerense se expida acerca de si existía la posibilidad en un caso de robo agravado por el empleo de arma de fuego, de computar como agravante de la pena el empleo precisamente de un arma de fuego.

En un caso el representante del Ministerio Público Fiscal invocando ciertos precedentes de este Tribunal, solicitó que sea ponderada como agravante de la pena la circunstancia de que hayan sido de fuego las armas empleadas en la comisión del delito.

La pretensión no pudo ser acogida. En el marco del art. 166 inc. 2º en su versión anterior a la ley 25.882, era posible computar como agravante el uso de un arma de fuego (y esta Corte así lo entendía) pues la figura delictiva anterior no discriminaba tipos de armas, por lo cual tal distinción podía válidamente efectuarse al momento de individualizar la pena (arts. 40 y 41 del C.P.; cfr. P. 77.100 y P. 75.984, ambas sent. del 22-IX-2004; P. 72.909, sent. del 29-IX-2004; P. 74.670, sent. del 6-X-2004;).

Pero en el supuesto que se comenta, el tipo objetivo de la nueva calificación legal determinada (robo calificado por el uso de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no fue acreditada; art. 166 inc. 2º, ap. 3º del Código Penal, según ley 25.882) contiene específicamente la calidad diferenciadora (arma del tipo de las de fuego) con la que se pretende fundar la pauta agravante de pena. De ahí que su cómputo en tal carácter, en tanto constituye ahora un elemento del tipo, importaría una doble valoración de esa circunstancia (art. 18, Const. Nac.; cfr. precedentes citados a *contrario sensu*; P. 53.091 cit.) (P. 62.782, sent. del 5-IV-2006; P. 73.253, sent. del 11-V-2005; 77.535, sent. del 14-XII-2005; P. 90.423, sent. del 7-XII-2005; P. 71.364, sen. del 9-VIII-2006, entre otros).

### **ARMA AGRAVANTE - Supuesto en que habiendo sido computada con ese cariz debe ser desagregada**

La situación aquí presentada se ha dado en un supuesto en que habiendo sido computada como aumentativa de la pena el empleo de un arma de fuego —que como se vio, era posible en el marco de la anterior legislación— y teniendo en cuenta que la decisión de la Corte fue que debía encuadrarse según los parámetros del art. 166 inc. 2º párrafo 3º según ley 25.882, ya no podía en ese supuesto y frente al cambio de calificación mantener como agravante el aludido empleo de un arma de fuego y se resolvió desagregarlo.

Ver en este sentido lo dicho en P. 77.493, sent. del 11-VII-2007.

### **ARMA AGRAVANTE – Posibilidad de cómputo en el marco de la ley anterior**

En el marco del art. 166 inc. 2º en su versión anterior a la ley 25.882, era posible computar como agravante el uso de un arma de fuego (y esta Corte así lo entendía) pues la figura delictiva anterior no discriminaba tipos de armas, por lo cual tal distinción podía válidamente efectuarse al momento de individualizar la pena (arts. 40 y 41 del C.P.; cfr. P. 77.100 y P. 75.984, ambas sents. del 22-IX-2004; P. 72.909, sent. del 29-IX-2004; P. 74.670, sent. del 6-X-2004; P. 62.782, sent. del 5-IV-2006; P. 79.595, sent. del 7-VI-2006; P. 90.938, sent. del 6-XII-2006; P. 88.172, sent. del 27-XII-2006; P. 94.418, sent. del 25-IV-2007; P. 90.532, sent. del 13-VI-2007; P. 80.682, sent. del 27-VI-2007; entre otros).

### **No viola la prohibición de la doble valoración**

Lo resuelto en la sentencia impugnada se compadece con la doctrina de esta Corte — reiterada recientemente con su actual integración— según la cual el arma de fuego tiene mayor poder vulnerante que otras que también satisfacen la exigencia del tipo legal, por lo que constituye agravante la mayor peligrosidad evidenciada mediante su uso, sin que ello importe una doble valoración de esa circunstancia (cfr. P. 70.614, sent. del 30-IV-2003; P. 66.302, sent. del 21-V-2003; P. 40.635, sent. del 3-XI-1991; P. 39.284, sent. del 17-III-1992; P. 57.385, sent. del 30-IV-1996; P. 58.168, sent. del 11-III-1997; P. 60.893, sent. del 17-X-2001; P. 82.403, sent. del 22-X-2003; 64.444, sent. del 30-IV-2004; P. 88.172, cit., entre otros).

### **Arma Agravante – art. 41 bis del C.P., ley 25.297 (B.O., 22/IX/200).**

La ley sustantiva del art. 41 bis estableció, en lo que resulta de interés, que la agravante del empleo de arma de fuego “no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Ello motivó, el análisis acerca de la posibilidad de computar en supuestos cometidos mediante el empleo de arma previo a la sanción de la ley 25.882, como agravante de la pena el empleo de un arma de fuego.

Al intervenir en el caso que se comenta el Tribunal de Casación, haciendo lugar a uno de los agravios de la defensa, eliminó la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del Código Penal y, en consecuencia, redujo el monto de pena impuesto al procesado.

Para así resolverlo consideró que el citado art. 41 bis “contiene en su segundo párrafo una excepción a lo dispuesto en el primero que excluye de su ámbito la aplicación al tipo penal de robo con armas” (ref. art. 166 inc. 2º, C.P. —texto anterior a ley 25.882—; fs. 48) y que no es posible interpretar que “aquella exclusión se refiere solamente al caso en que se contemple como elemento constitutivo o calificante la específica utilización de un arma” de fuego “para realizar la violencia o intimidación” (fs. 49).

Esa decisión fue recurrida por un representante de la Fiscalía ante el Tribunal de Casación, en el que denunció la inobservancia del art. 41 bis del Código Penal.

Sostuvo que "(e)l contenido del ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima, y el mayor peligro corrido por ella", y que la previsión final del artículo (ref. a que "*Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate*") "no es óbice para la aplicación de la agravante al robo con armas, cuando éstas sean de fuego".

En ese sentido, concluyó que la comisión de un delito con "violencia o intimidación contra las personas y mediante el empleo de arma de fuego es una agravante específica de la general que prevé el uso de toda arma y, por ende, le cabe el incremento punitivo previsto en el art. 41 bis del Código Penal".

Solicitó, que se case la sentencia y se recalifique el hecho "del modo que lo hiciera el órgano de juicio, aplicando la figura contenida en el art. 41 bis del Código Penal, con la consiguiente restauración del monto de pena oportunamente impuesta".

Si bien el recurso finalmente lo rechazó la mayoría por resultar insuficiente, cabe destacar aquí como un dato que contribuya a la interpretación de la norma bajo análisis, el criterio expuesto por la minoría.

El magistrado que votó respecto de la procedencia del recurso interpuesto, señaló que la tipología de fuego del arma no conforma el exclusivo elemento calificante del robo tipificado en el art. 166 inc. 2º del Código Penal (texto anterior a la ley 25.882), en tanto la agravante se satisface con la mera utilización de un arma, sea cual fuera su especie o tipo. Así las cosas, resulta aplicable al *sub lite* la severizante genérica del art. 41 bis del Código de fondo, sin lugar para la excepción que, en resguardo de la prohibición de la doble desvaloración, fija la propia norma en el último párrafo.

Agregó que en esa línea la Corte tiene dicho que el tipo del art. 166 inc. 2 del Código Penal (texto anterior a la ley 25.882) se refiere a cualquier arma, de modo que las de fuego no constituyen un elemento de la figura (cf. P. 41.193, sent. del 4-VI-1991; P. 72.840, sent. de 10-IX-2003; P. 82.854, sent. del 16-IX-2003). Teniendo en cuenta, entonces, que —reproduciendo la propia sintaxis de la norma— "*la circunstancia mencionada*" (ref. al empleo de un arma de fuego) no se encuentra "*contemplada como elemento... calificante del delito*" la escala penal del caso deberá ser elevada "*en un tercio en su mínimo y en su máximo*" (art. 41 bis cit.).

Cierto es que la especie "arma de fuego" pertenece al género "arma" previsto como elemento de agravación en el delito contra la propiedad del art. 166 inc. 2º citado. Pero, sin mella de ello, la expresión legisferante del art. 41 bis supone en la comisión del robo —en este caso— mediante el empleo de un arma del tipo de fuego, un disvalor de acción sobreañadido que al revelar un mayor contenido de injusto justifica un aumento proporcional en la escala penal.

En lo que cuenta, la ley es clara y resulta aplicable lisa y llanamente al caso. Juicios sobre la oportunidad y sobre la técnica legislativa a un lado, a partir de la hermenéutica del texto no se advierte que la conducta normada resulte sistemáticamente inconciliable con el ordenamiento punitivo visto en su integridad.

## LEY 25.886

### Ley 25.886 y art. 2º del CP.

Ya mencioné que el Superior Tribunal de la provincia de Buenos Aires frente a diferencia de lo que sucedió con las leyes 24.271 y 25.087, decidió evaluar y no reenviar a la instancia de origen la incidencia que en los casos que se presentaban ante ella, tienen las leyes 25.882 y 25.886.

También dije que haciéndose eco de esta posición el doctor Genoud alegó que la reforma operada por la ley 25.886 (B.O., 5-V-2004) al art. 189 bis, 3er. párr., del Código Penal aplicado al caso, lo conducía a plantearse si se puede lograr una razonable certeza sobre cuál es la ley más benigna a aplicar sin violar la doble instancia (conf. P. 70.963, sent. del 1-XII-2004).

**El interrogante que planteó fue el siguiente ¿puede esta Corte definir en única instancia qué es lo más benigno sin debate?**

Respuesta, cuyo contenido es análogo al expresado con relación a la reforma introducida por la ley 25.882, a los que remito por estrictas razones de brevedad.

**Leyes 25.886 y 25.990. Interpretación conforme principio establecido por el art. 2º del CP.**

El análisis en cuanto a la incidencia que ha tenido en los casos en concreto la reforma penal en comentario, motivó a la par de la evaluación de la mayor benignidad, examinar la pervivencia de la acción penal (2).

En ese sentido, se resolvió que no cabía ocuparse si en el caso es de aplicación la reforma operada por la ley 25.886 en orden a la tenencia de arma de guerra porque de todos modos contando el máximo de la pena igual estaba prescripta la acción penal (P. 72.338, sent. del 9-XII-2004; P. 64.771, sent. del 7-III-2007).

**TENENCIA: Implica que el arma está en el ámbito de custodia del causante, que puede ejercer un poder de hecho que le permite disponer físicamente de ella por sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros.**

Este tribunal ha resuelto, en relación a las exigencias de la figura del art. 189 bis, cuarto párrafo, del Código Penal, que la misma presenta una especial configuración incriminando conductas independientemente del hecho que constituyan una lesión o pongan en peligro concreto a un bien jurídico; se trata de uno de los llamados delitos de peligro abstracto (cfr. P. 53.712, sent. del 17-II-1998; P. 57.234, sent. del 28-IV-1998; P. 57.217, sent. del 9-II-2000; P. 63.531, sent. del 19-II-2002; P. 64.434, sent. del 26-II-2003; P. 75.078, sent. del 4-VI-2003; P. 74.842, sent. del 16-III-2005; P. 95.011, sent. del 6-VII-2005; P. 82.637, sent. del 7-II-2007 entre otros).

En ese ámbito, no es un requisito del tipo que las armas y/o las municiones tengan capacidad ofensiva para el caso concreto; la figura legal sólo exige una relación tal que posibilite al sujeto ejercer un poder de hecho sobre el arma, de modo que pueda disponer físicamente de ella y que las mismas sean detentadas sin autorización legal (cfr. P. 63.531, sent. del 19-II-2002; P. 68.313, sent. del 12-III-2003; P. 74.842, sent. del 16-III-2005; P. 75.078 cit.; P. 95.011 cit.).

#### **Ley nueva más benigna:**

En los siguientes casos la Corte estableció que se trataba de supuestos en los cuales, conforme la materialidad ilícita que llegaba o quedaba firme por el rechazo de eventuales agravios sobre el punto (v.gr. por vincularse con cuestiones de valoración probatoria y/o supuestos de excepción no demostrados en la emergencia), el texto de la nueva ley 25.886 resultaba más benigno, por lo que correspondía su aplicación de pleno derecho.

---

(2) En efecto, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna también rige en lo atinente a los mecanismos de extinción de la acción, ya que este extremo está incluido en el concepto de ley penal que establece el mentado art. 2 del digesto sustancial (C.S.J.N., Fallos: 287:76) (conf. por todos P. 83.722, sent. del 23-II-2005).

A esos efectos se tuvo en cuenta el monto de pena que establece una y otra ley. De este modo se estableció que la aludida nueva ley posee una pena inferior que su predecesora, de ahí su aplicación a estos casos. Se citó en sustento normativo, además de las penas que fijó la ley bajo examen, lo normado por los arts. 2 del CP; 9 de CADH y 15 PDCyP.

Así, el nuevo texto legal (ley 25.886—B.O., 5-V-2004—) constituye una ley penal más benigna (art. 189 bis, inc. 2º, apartado segundo), operando su aplicación de pleno derecho (P. 74.842, sent. del 16-III-2005; P. 75.880, P. 75.886, sents. del 18-V-2005; P. 90.511, sent. del 6-VII-2005; P. 85.630, [OP] doctor Pettigiani, sent. del 10-V-2006; P. 82.637, cit.).

**PORTACION: Alude a disponer de un arma de fuego cargada en condiciones de uso inmediata.**

Lo Corte en este caso por vía inversa, esto es decir porqué hay tenencia y no portación ilegal de arma de guerra, resolvió que en el caso la Cámara estimó innecesario para dar por conformada la tenencia en el marco de la ley anterior a la ley 25.882 la necesidad de que se encuentra acreditada tanto la idoneidad como la carga del arma. Por lo cual ello no puede considerarse PORTACION, por la falta de aquellos elementos enunciados.

En definitiva, si bien se mantuvo la calificación tenencia de arma de guerra, para así hacerlo se dio cuenta de los requisitos que se exigen para la portación, con lo cual se la definió (P. 68.951, voto Dr. Hitters).

También se dijo que la figura de la portación de arma de guerra exige además de la detención física del adminfculo reputado de guerra, que éste sea apto para el disparo (vid., e/o, P. 71.987, sent. del 1-XII-2004).

**Enlace e incidencia de las exigencias del delito de robo con armas (ley 25.882) y el de portación.**

La aptitud para el disparo que cabe justificar en esta norma no puede ser otra que la exigida para calificar el tipo de robo con arma de fuego en los términos del art. 166 inc. 2º, párrafo segundo del Código Penal (t.o. por ley 25.882), esto es, interpretando armónicamente ese precepto con el contenido en el párrafo tercero del mismo artículo, aquel elemento que posea idoneidad funcional y, en la emergencia, cuente con el proyectil útil para el disparo que permita su utilización en el momento del hecho. Reunidas tales exigencias se puede predicar con certeza la subsunción en el tipo de la portación de arma de guerra, de acuerdo a lo expuesto en el art. 189 bis (2), cuarto apartado del Código citado.

Si esto es así, el hecho material adjudicado encajaría perfectamente en el nuevo tipo legal. De acuerdo a las mentadas exigencias de la tipicidad objetiva no basta con que la portación denote una especial forma de detentar el objeto—llevar consigo, tener el alcance de— sino que es necesario que lo portado sea un arma de guerra, que sea idónea y que esté prevista de los cartuchos útiles para que, eventualmente, pueda percutirse y ser disparada. Este criterio se cohonesta con el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa que exige —como regla— entender el texto legal de acuerdo a la interpretación más restrictiva de la punibilidad dentro de todas las que admiten las palabras de la ley (P. 76.558, sent. del 8-VII-2005; P. 78.970, sent. del 18-V-2006; P. 79.004, sent. del 21-VI-2006).

Y que la demostración de la aptitud de las armas podría conducir a la configuración del delito de portación de arma de guerra y con ello se desbarataría la afirmación de que se trata de una ley más beneficiosa para este supuesto (P. 84.969, sent. del 9-XI-2005).

A la luz del nuevo régimen, la tenencia del caso de autos no podría configurar una portación dada la falta de demostración de la idoneidad del arma (P. 74.842, sent. del 16-III-2005; P. 90.511, sent. del 6-VII-2005).

**Ley anterior no es más benigna:**

A contrario de lo que ocurrió en los casos enunciados en forma precedente, esto es con relación a si lo que se había acreditado en el caso era una tenencia, para aquellos supuestos que lo demostrado fue una portación, se resolvió que la nueva ley no resultaba más benigna porque la pena que se imponía de adecuarse el hecho a este nuevo texto, sería una pena mayor. De manera tal, que se mantuvo la condena según los parámetros de la ley vigente al momento del hecho del proceso. Se citó también en sustento tanto el art. 18, CN, 2 de la ley sustantiva, como los mencionados arts. 9 CADH y 15 PIDCyP.

Así, se dijo que, tal como quedó acreditada la materialidad ilícita devenida firme —sea porque no se impugnó o por que se rechazaron los agravios vinculados a ella— en la que se le adjudica haber extraído un arma de fuego, secuestrada en la causa junto con un proyectil, cuya aptitud para el disparo se tuvo por debidamente acreditada, la cual “portaba” y con la que efectuó disparos contra la autoridad, el encuadre legal al momento del hecho resulta ser más beneficioso que el que podría corresponder en función de la reforma introducida por la ley 25.886 (art. 189 bis, inciso 2º, apartado cuarto), debiendo, en consecuencia, ser mantenido (P. 71.987, sent. del 1-XII-2004; P. 74.832, sent. del 18-III-2005; P. 75.713, sent. del 11-V-2005; P. 75.783 sent. del 8-VI-2005; P. 78.069 (MI), P. 77.795, sents. del 23-XI-2005; P. 78.970, sent. del 17-V-2006; P. 81.222, sent. del 13-XII-2006; P. 80.915, sent. del 27-XII-2006; P. 90.936, sent. del 11-IV-2007; P. 73.532, sent. del 27-VI-2007; P. 98.191, sent. del 11-VII-2007; P. 73.714, sent. del 18-VIII-2007).

Es que, si bien la portación no comportaba, por entonces, una figura específicamente calificada como lo es en la actualidad, sino que quedaba abarcada en el concepto más genérico de “simple tenencia”, lo cierto es que el hecho descrito y probado (único dato relevante en función del principio de congruencia, art. 18, C.N.) refiere a la portación de un arma de guerra apta para el disparo. Por ello, la subsunción legal en el tipo penal de la simple tenencia de arma de guerra (art. 189 bis, tercer párrafo, C.P.) debe mantenerse, siendo que ese hecho hoy encuadraría en una figura penal específica más gravosa (P. 71.987; P. 77.795, cits.).

**Supuestos en los cuales si bien se calificó como tenencia ilegal de arma de guerra, la conducta denotó una portación. Además el arma resultó apta**

En este tipo de casos, si bien la Cámara calificó el hecho como constitutivo del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra, en puridad lo que se comprobó fue una portación.

Se tuvo en cuenta que en la anterior legislación no se distinguía entre tenencia y portación sino que su uso era indistinto, por cuanto con la portación no se aludía a una figura calificada como lo es actualmente, por el contrario quedaba aprehendida en el concepto de “simple tenencia”.

En esa inteligencia se señaló que no se podía, frente a la modificación introducida por la ley 25.886, reducirse la cuestión a una circunstancia de pura semántica.

Ello es así, pues en aquellos supuestos en los cuales se acreditó una portación y no obstante ello, el término empleado por el sentenciante —para calificar— fuese el de tenencia, no cabría en este sentido interpretar, prescindiendo de la prueba, que es tenencia y no portación.

Se destacó además, que una hermenéutica así, desoye la lógica razonada que debe informar todo acto jurisdiccional de gobierno (art. 1º, C.N.).

Y, se concluyó, que ese parecer en modo alguno transgrede el principio de congruencia (art. 18, C.N.). Toda vez que el imputado a través de su defensa ha tenido conocimiento a lo largo de todo el proceso de las circunstancias a las cuales hiciera

referencia y en virtud de las cuales se comprobó una portación y no así una mera tenencia ilegal de arma de guerra.

En consecuencia, si se tuvo por acreditada una portación y no una tenencia, ello es lo que corresponde resolver y de tal modo, a la luz de la nueva Legislación, establecer, como lo hiciera en los párrafos precedentes, que en el *sub lite* la ley 25.886 no es más benigna para el imputado. (voto doctor Pettigiani, P. 75.883; P. 75.667, sent. cits.).

**Portación aun por breves instantes y pese haber arrojado el arma:**

Se adjudicó al procesado haber arrojado al piso un arma de fuego calificada como de guerra y cuya aptitud para el disparo se tuvo por debidamente acreditada. En esa secuencia fáctica, la acción referida implicó necesariamente la portación —aun por breves instantes— del arma (P. 77.795, cit.).

**TENENCIA (incluye la tenencia propiamente dicha y la portación en el marco de la ley anterior) y concurso con otros delitos —análisis de mayor benignidad (art. 2º c.p.)— tratamiento oficioso. Su necesidad.**

Se han dado supuestos en los cuales el delito de tenencia de arma de guerra concurría con otros delitos. Aquí al igual que en los casos previamente reseñados debía evaluarse o determinarse si era viable el análisis del caso a la luz del principio de mayor benignidad (art. 2º C.P.). o, por el contrario, ello era abstracto.

- Al delito de tenencia, al cual la ley 25.886 redujo el mínimo de la escala de la prisión de tres a dos años. En este juicio se atribuye un concurso real (art. 55 del C.P.) de tal ilícito con el de robo simple (art. 164 del C.P.), de modo que el mínimo mayor ha sido variado de manera favorable al acusado. Por ello, corresponde que el a quo determine la pena a imponer de acuerdo con lo que antecede (arts. 2, C.P.; 9 CADH; 15.1 PIDCP), en razón de las pautas de individualización punitiva que permanecen firmes (P. 74.842, sent. del 16-III-2005).

- En cuanto a la reforma introducida por la ley 25.886, por la cual se disminuyó el mínimo de la pena prevista en el art. 189 bis, tercer párrafo del Código Penal para el delito de tenencia ilegal de arma de guerra, hay que señalar que el análisis de cuál sería la ley más benigna en este caso resulta abstracto.

En efecto, dado que tal ilícito se imputó en esta causa en concurso real con otros y que se aplicó el art. 55 del Código Penal, entonces la modificación del mínimo de la escala no es relevante puesto que para este supuesto existe otro mínimo mayor aplicable (P. 79.947 y P. 77.706, sents. del 5-X-2005, SD; P. 78.069, sent. del 23-XI-2005; P. 78.487, sent. del 1-III-2006; P. 85.630, sent. del 10-V-2006).

La falta de necesidad de evaluar a la luz de la reforma introducida por la ley 25.886, también se consideró en un supuesto en el cual no sólo se trataba de una tenencia de arma de guerra sino también de munición (P. 78.069, cit., [MA]; P. 77.706, sent. del 5-X-2005 [SD]; P. 85.6390, sent. del 10-V-2006 [MA]).

- Sin embargo, también se dijo sobre el punto que no resultaba abstracto expedirse sobre si la reforma introducida por la ley 25.886 traducía o no mayor benignidad.

Ello es así, pues aun cuando en supuestos como el de autos —concurso real— el mínimo (mayor) de la escala penal no sufrió modificaciones, lo cierto es que el órgano jurisdiccional al momento de mensurar la pena tuvo en cuenta —en concreto— una escala distinta a la que rige actualmente, producto de la reforma legislativa en comento.

Es que frente a la modificación legal, cabe resaltar que la incidencia determinada que tuvo el texto del precepto reformado no es idéntica a la que tendría en el día de hoy.

Alegar que por no haberse modificado el mínimo (mayor) legal deviene abstracta la evaluación de la eventual benignidad de la ley (25.886), responde a una hermenéutica que contraría la aplicación de pleno derecho del principio previsto en el art. 2º del Código Penal y, de tal modo restringe —en lo potencial— una aplicación *in melius*. Esto, dicho a cuenta de que si lo atribuido hubiere sido estrictamente una “tenencia”, entonces se debería reenviar a la instancia de origen a sus efectos.

En efecto, aquella interpretación reduce la cuestión a evaluar si se modificó o no el mínimo legal, como mecanismo que habilite una eventual apreciación del principio de mayor benignidad, es decir, a una situación en la cual sólo y exclusivamente se aprecia el mínimo de la pena.

El órgano jurisdiccional apreció una escala legal distinta a la que acuña el texto actual y esta circunstancia, denota *per se* la necesidad de evaluar a la luz de la nueva normativa, la eventual incidencia que ella tiene en la mensuración de la pena.

Frente a dos interpretaciones posibles corresponde estar a la que resulte más beneficiosa y, por ende, más amplia frente a la posible disminución de la penalidad. Esto es así, si se tiene en cuenta que la interpretación restrictiva prima en aquellos casos en los que la solución pudiera tornarse más gravosa para el imputado y no cuando pueda —como aquí y en lo potencial— ser tributaria de una más favorable.

Por consiguiente, se estimó que la evaluación acerca de la benignidad de la ley 25.886, no resultó abstracta, sino por el contrario aprehensiva de una situación de plena virtualidad (votos doctor Pettigiani, P. 78.069, P. 85.630, cits.).

#### **Tenencia ilegal de munición de guerra: Derogada**

Una lectura del nuevo texto del art. 189 bis del C. Penal permite advertir sin mayor esfuerzo que aquella acción que en el texto anterior constituía el delito de tenencia ilegal de munición de guerra, no se encuentra contemplada. De suyo, entonces que está derogada.

Tomando como base lo antedicho se resolvió, que habiendo sido el art. 189 bis párrafo quinto del Código Penal modificado por la ley 25.886 con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria, sólo cabe resolver —más allá de cualquier otra consideración— que la conducta prevista en la aludida disposición legal resulta hoy atípica.

Así se propuso al acuerdo —lo que finalmente se resolvió— que por aplicación del art. 2º del Código sustantivo se excluya del encuadramiento legal la sanción penal (condena) por el derogado delito de tenencia de munición (P. 75.717, sent. del 26-X-2005).

Y que al haber suprimido del texto legal lo que el anterior denominaba tenencia ilegal de munición de guerra (art. 189 bis inc. 5º, C.P., texto anterior a la ley 25.886), ello resulta más beneficioso para el imputado, lo que así corresponde declarar (art. 2º, C.P.) (P. 75.667, sent. del 11-V-2005; P. 78.069, sent. del 23-XI-2005 [MI]; P. 92.754, sent. del 23-V-2005).

#### **Tenencia de arma y munición de guerra:**

En un caso en el cual existía concurso entre la tenencia de arma de guerra (según la nueva ley sería PORTACION, en tanto el imputado la portó y además se acreditó su aptitud) y munición de guerra, la mayoría decidió que lo que se ha venido sosteniendo sobre el particular (P. 79.004, sent. del 21-VI-2006). Esto es, que si lo acreditado en el marco de la nueva ley 25.886 constituye una portación debe mantenerse el encuadre vigente al momento del hecho por resultar más benigno para el imputado (P. 71.987 y todas las cits. en ese sentido). Y que la munición en tanto no se encontraba contemplada en la ley aludida, debe ser excluida del encuadre final (P. 75.717, cit.).



Pero también se dijo que en este tipo de supuestos debía aplicarse *in totum* la ley vigente al momento del hecho, ya que —de acuerdo a la plataforma fáctica inimpugnada— ese dispositivo es más beneficioso que el actual.

En efecto, ese supuesto llegó firme a la instancia extraordinaria que el imputado detentaba en el interior de un rodado marca Renault 9, una pistola calibre 9 mm de fabricación militar, con la numeración limada, y en la empuñadura nro. 006948, con cargador con 10 cartuchos intactos del mismo calibre y un cartucho en la recámara; un revólver calibre 38 Special Orbea con numeración ilegible 9317, con tambor con seis cartuchos intactos del mismo calibre; una pistola 11.25 COLT nro. 8776, con carga completa de 7 cartuchos intactos; otro cargador sin numeración ni marca de pistola 11.25 con 7 cartuchos intactos; dos cargadores de pistola 9 mm con 10 cartuchos cada uno de ellos; una caja de balas calibre 11.25 marca PMC conteniendo 48 cartuchos intactos; una caja de balas calibre 9 mm conteniendo 34 cartuchos intactos del mismo calibre y una caja de cartuchos cal. 38 marca FB con 40 cartuchos intactos. Esos adminículos y las municiones, por otra parte, son aptas para producir disparo y ser percutidos, respectivamente.

Con esa base, se entendió que el hecho relacionado debería subsumirse, de acuerdo a los tipos previstos por la reforma de la ley 25.886, en la figura de la “Portación de arma de guerra” que contiene una pena sensiblemente mayor a la prevista por el tipo vigente al momento del hecho. De allí que no pueda ser aplicada retroactivamente.

En ese contexto se recordó que, el delito de portación exige, además de la detención física del adminículo reputado de guerra, que éste sea apto para el disparo (vid., e/o, P. 71.987, sent. del 1-XII-2004). La aptitud para el disparo que cabe justificar en esta norma no puede ser otra que la exigida para calificar el tipo de robo con arma de fuego en los términos del art. 166 inc. 2º, párrafo segundo del Código Penal (t.o. por ley 25.882), esto es, interpretando armónicamente ese precepto con el contenido en el párrafo tercero del mismo artículo, aquel elemento que posea idoneidad funcional y, en la emergencia, cuente con el proyectil útil para el disparo que permita su utilización en el momento del hecho. Reunidas tales exigencias se puede predicar con certeza la subsunción en el tipo de la portación de arma de guerra, de acuerdo a lo expuesto en el art. 189 bis (2), cuarto apartado del Código citado (vid. P. 76.558, sent. del 8-VII-2005).

Entonces, se señaló que no era dable discriminar a la tenencia de municiones de guerra y aplicar a su respecto la nueva disposición legal: por un lado, la existencia de ellas y su operatividad en el caso concreto justifica —dadas las demás circunstancias antes mencionadas— la subsunción en el nuevo tipo de Portación de armas de guerra como ya se anunciara; por otro lado, la aplicación simultánea de ambos dispositivos legales —el vigente al momento del hecho para la tenencia de armas y el actual para la tenencia de municiones—, en puridad, redundaría en una construcción normativa que crea el intérprete por fuera del criterio rector consagrado por el art. 2 del Código Penal. Es que, “... en el procedimiento de confrontación de dos leyes para determinar cuál es la más favorable, se debe llevar a cabo la comparación en forma integral, no siendo lícito ni admisible —con la única excepción del cómputo para la prisión preventiva— tomar partes aisladas de ambas disposiciones escogiendo aquellas que resulten más favorables y desechando las adversas, para así *componer o elaborar* una tercera ley que, como tal, no existe, tarea legiferante que le está vedada al juez...” (cfe. Fierro, Guillermo J., “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, pág. 63) (P. 79.004, sent. del 21-VI-2006, [OP, de Lazzari-Hitters]).

A esta posición fundada, se respondió que en oportunidad de la perpetración del suceso aquí investigado, la tenencia ilegal de munición de guerra se hallaba *per se* valorada negativamente en el Código represivo, comportando una figura penal autónoma. Para la configuración de ese ilícito carecía de toda relevancia —salvo en lo que pudiere aportar para la determinación de la pena— las condiciones en que dicho elemento se detentaba.

Hoy esa conducta no se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento penal. Su importancia como dato constitutivo del delito de portación de arma de guerra, junto con los demás elementos típicos indicados en el voto del doctor de Lazzari —cuya interpretación del art. 189 bis (2), cuarto apartado del Código Penal (cf. ley 25.886) comparto—, no influye para el análisis del presente caso.

Algo similar sucedería para el encuadramiento de un hecho en la figura de robo con arma, si es que se perpetra con un arma de fuego y se trata de una arma clasificada como “de guerra”, respecto del elemento ofensividad, en éste es preciso que el adminículo se encuentre cargado con sus proyectiles correspondientes y que éstos resulten aptos para el disparo, pero ello nada dice acerca de que necesariamente el legislador haya valorado con un contenido de ilícito independiente y autónomo la mera tenencia de esos proyectiles.

Para establecer si las previsiones de la ley 25.886 son más benignas en relación con el hecho en cuestión tal como quedó efectivamente acreditado, debía ponderarse que la tenencia del arma en las condiciones en que se detentaba en esa ocasión, como lo sostienen los votos que me preceden, hoy encuadraría en una figura penal más gravosa (portación ilegal de arma de guerra). Por ello debe mantenerse la calificación legal en razón de la cual el imputado viene condenado (art. 18, C.N.: *nullum crimen sine praevia lege*).

En cambio, la simple tenencia ilegal de munición de guerra, ya no constituye un delito autónomo. Por ello, estimo correcta la solución propiciada por el doctor Genoud, que ya he sostenido al votar en la causa P. 77.747, sent. de 10-VI-2005 [(doctr. arts. 2, C.P.; 9, CADH; 15.1, PIDCyP) (voto doctor Soria, P. 79.004, cit.)].

#### **Tenencia ilegal arma y munición de guerra - supuesto en que la condena sólo citaba el primero de los tipos penales.**

Se han presentado una serie de casos en los cuales estando vigente aún la norma que hacía punible la tenencia de munición de guerra, al imponerse la condena en supuestos de concurso entre ese tipo penal y el de tenencia ilegal de arma de guerra, se citaba sólo la norma que reprimía el último de los tipos legales. Es decir, se condenaba por tenencia de arma de guerra y munición, pero repito, el fundamento legal aparecía ajustado a la tenencia del arma.

-en este sentido, se resolvió que si al describirse la materialidad lícita se lo hizo indicando que se trata de un solo hecho, y en ambas sentencias se refirió en singular a un solo delito, con el agregado que en ningún momento se citó el último párrafo del art. 189 bis (en su versión anterior a la ley 25.086 y a la que le diera la referida ley) ni los arts. 54 ó 55, todos del Código Penal, no puedo sino inferir que pese a la defectuosa nomenclatura empleada en las instancias ordinarias, la condena tuvo por objeto un solo hecho constitutivo del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra.

De allí que no corresponde formular aclaración alguna respecto a la derogación de la figura penal de tenencia ilegítima de munición de guerra por ser inatingente al caso, debiendo rechazarse sin más el recurso en análisis (P. 78.970, sent. del 17-V-2006).

- A lo así dicho, se opuso un criterio distinto que señaló que si bien es cierto que en el caso tanto la sentencia de primera instancia, cuanto la de Cámara han calificado el hecho materia de juzgamiento como típico del art. 189 bis párrafo 4º y que en ambas oportunidades no se citaron las normas sustantivas reguladoras de los concursos contemplados en el ordenamiento penal (v.gr. arts. 54 y 55, C.P.); no lo es menos que al imputado de autos se le adjudicó —y consecuentemente se lo condenó— que en el momento del hecho “tenía en su poder armas y *munición de guerra* sin contar con autorización legal” .

De este modo, se advierte que la exclusión de la penalidad que se postula de la figura de tenencia de munición de guerra viene a salvaguardar desde una visión más amplia, la plena vigencia de la defensa en juicio.

Ello es así, en tanto y en cuanto al momento de dictarse sentencia se ponderó para la imposición de la pena en concreto, sumado a la tenencia de arma de guerra, la de munición en comento.

En definitiva, una armónica interpretación de los principios que informan el de la ley penal más benigna (art. 2, cit.) como de la defensa en juicio (art. 18, C.N.), es la que me conduce a predicar la exclusión bajo análisis.

Lo contrario reduciría la posibilidad de aplicación de esos principios a cuestiones numéricas, cuando en puridad —y en definitiva— la condena recayó por haber tenido en su poder “munición de guerra sin contar con autorización legal, circunstancia ésta que estimo esencial (P. 79.004, cit. Doctor Pettigiani [OP]).

- En el mismo sentido se expuso que siendo que tanto el juez de la instancia de origen, como el tribunal de alzada calificaron el hecho de referencia como delito de “tenencia de arma y munición de guerra”, aunque justificando dicho encuadre legal únicamente con la cita del art. 189 bis, cuarto párrafo del Código Penal (cf. texto ley 25.086), y que la actual redacción del art. 189 bis de la ley 25.886 —reitero— ya no contempla con efecto crimoso la conducta relativa a la tenencia de munición de guerra (antes reglada en el apartado quinto del referido precepto normativo), propongo entonces al acuerdo establecer que el hecho sólo puede resultar subsumido en la figura penal del delito de tenencia ilegítima de arma de guerra (arts. 2, 189 bis, cuarto párrafo, t.o. ley 25.086, C.P.). Por lo expuesto deberán volver los autos a la instancia ordinaria para que se evalúe el impacto que dicha desincriminación podría eventualmente reportar en materia de graduación de la pena, teniendo en cuenta las pautas de dosificación firmes (cf. mi voto en P. 78.970, sent. de 17-V-2006). (P. 79.004, sent. del 21-VI-2006, Doctor Soria[OP]).

1

# EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE NULIDAD EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

(LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE ALGUNOS DE SUS ASPECTOS TÉCNICOS)

**Leandro J. Giannini (1)**

**Sumario:** I. Introducción. — II. Encuadre normativo. — III. Admisibilidad (remisión). Suficiencia técnica. — IV. Causales de procedencia. — V. Trámite (remisión). Resolución. Reenvío. — VI. Palabras finales

## I. Introducción

Ningún ensayo o artículo sobre un capítulo de los recursos extraordinarios podría válidamente ser iniciado sin el reconocimiento de la abundante y calificada doctrina que ha tratado sus diversas variantes, sea en la órbita federal, como en la local. Específicamente en lo relacionado con el medio embate que nos toca abordar en esta oportunidad los estudios precedentes (2) constituyen un bagaje de incuestionable valía, que deja poco margen a la innovación u originalidad en la materia.

Sin embargo, es frecuentemente reconocido y notablemente palpable en la práctica que el deslinde de las causales que tornan procedente al recurso extraordinario de nulidad, así como los diversos aspectos técnicos que le son propios, no permiten desenvolverse con comodidad a muchos de quienes emprenden la tarea de llevar esta clase de agravios ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Son numerosos los contornos de esta vía impugnativa para los que la jurisprudencia del Máximo Tribunal local permanece como una fuente imprescindible. Se trata, en efecto —como puede apreciar cualquier operador o estudioso de esta temática—, de un dato imposible de ignorar a la hora de definir los alcances del instituto y la factibilidad de un planteo de esta especie.

---

(1) Relator Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; Profesor Adjunto Ordinario de la Cátedra I de Derecho Procesal II, Universidad Nacional de La Plata.

(2) Véanse, entre otros, sólo con relación al recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires: Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Platense, 2ª ed., 1998, pp. 633 y ss.; Ibáñez Frócham, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Bs. As., 1957, Ed. Bibliográfica Argentina, § 113 a 167, pp. 197 y ss.; Morello, Augusto M.—Sosa, Gualberto L.—Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Platense, 1988, § 487 a 490, pp. 801 y ss.; Palacio, L.E., *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2ª ed., 2001, t. V, pp. 227-243; Morello, Augusto M., *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Platense, 2ª ed., 2000; Tessone, Alberto, *Recursos extraordinarios. Recurso de nulidad extraordinario*, Platense, 2000; Berizonce, Roberto O., "La Casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en la doctrina jurisprudencial. Su recepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires de 1998", en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 —Medios de Impugnación. Recursos—, v. I., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999).

No es entonces éste el lugar para reiterar los profundos desarrollos ya concretados por destacados publicistas. Nuestro cometido es más modesto, ya que apunta a abordar algunos aspectos técnicos del sendero recursivo examinado, sin que ello importe descuidar el sistema clásico de exposición de sus puntos centrales, metodología que siempre facilita el armado conceptual necesario para un mejor análisis de la problemática que le es propia.

## II. Encuadre normativo. El llamado “certiorari”

A modo de introducción a la temática que nos hemos propuesto desarrollar, cabe puntualizar el marco legal en el que se apoya la arquitectura del recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires.

1) En primer lugar debe mencionarse el art. 161, inc. 3, ap. b) de la Ley Suprema local, que entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia especifica la de conocer y resolver en grado de apelación “de la nulidad argüida contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los Tribunales de Justicia, cuando se alegue violación de las normas contenidas en los arts. 168 y 171 de esta Constitución”.

Los dos dispositivos recién aludidos, como es sabido, determinan los motivos que habilitan este meandro adjetivo:

“Art. 168: Los tribunales de justicia deberán *resolver todas las cuestiones* que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales.

Los jueces que integran los tribunales colegiados, deberán dar *su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir*. Para que exista sentencia debe concurrir *mayoría de opiniones* acerca de cada una de ellas.”

“Art. 171: Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán *fundadas en el texto expreso de la ley* y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

Como dijimos, de las disposiciones transcriptas se derivan las causales de procedencia del recurso extraordinario de nulidad, a las que nos referiremos más adelante:

- a. La omisión de cuestiones esenciales
- b. La falta de voto individual
- c. La falta de mayoría
- d. La ausencia de fundamentación normativa.

2) La reglamentación infraconstitucional de esta vía es escueta, ya que se concreta fundamentalmente en tres disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial (arts. 296 a 298) (3), a las que dedicaremos atención cuando desarrollemos sus pautas de trámite.

No mucho tiempo atrás fue asimismo incorporado al derecho positivo provincial un instituto similar al llamado “certiorari”, que habilita a la SCBA a desestimar *fundada-*

---

(3) Aplicables por remisión expresa a los sistemas de enjuiciamiento contencioso administrativo (art. 60 del CCA —ley 12.008 y sus modif.—) y laboral (arts. 55 y 63, ley 11.653). En materia penal, el recurso está reglamentado en los arts. 491 a 493 CPPBA.

mente en cualquier estado del trámite recursos que *no reúnen requisitos esenciales*, o que han sido *insuficientemente fundados*, o en hipótesis de *embates sustancialmente análogos rechazados anteriormente* por el Tribunal (art. 31 bis, ley 5827 (4) —incorporado por ley 12.961, B.O.: 28-11-2002 (5)—).

En la práctica, la utilización más frecuente de esta atribución por el Alto cuerpo provincial se produce actualmente en el ámbito del recurso extraordinario de nulidad, mecanismo que estadísticamente concita el mayor número de rechazos por la confusión de los motivos que le dan andamiaje por parte de los litigantes, así como por la hermenéutica restrictiva sostenida en la materia por la SCBA, como luego veremos.

Sin embargo, aplicada en este campo la herramienta prevista en el art. 31 bis de la ley 5827 no conlleva una reducción sustancial de la recarga de trabajo que padece dicho órgano casatorio. En efecto, ya con anterioridad a la sanción del precepto referido, la Suprema Corte había desestimado reiteradamente *en la fase liminar* recursos de nulidad en los que se adujeran causales manifiestamente ajenas a dicho engranaje impugnatorio (6). Es decir, que el citado cuerpo colegiado ya se había arrogado pretorianamente la aptitud de rechazar por resolución interlocutoria dictada al inicio de la instancia revisora (7), recursos extraordinarios de nulidad visiblemente improcedentes.

Siendo ello así, el uso de la novedad incorporada a la Ley Orgánica tribunalicia no ha redundado aún en una merma ostensible en el cúmulo laboral de la Corte. Más bien podría decirse que en el campo de la vía impugnativa abordada, sólo ha conferido sustento normativo expreso a la atribución que —como dijimos— la jurisprudencia del Máximo Tribunal ya había puesto en marcha.

La necesidad de fundamentar el rechazo por "*certiorari*" (a diferencia de lo que ocurre en la órbita federal con el art. 280 del CPCN, en el que a tales efectos basta con la mera cita de la disposición) confirma el aserto precedente. La desestimación del recurso extraordinario de nulidad nunca demandó demasiada argumentación por par-

---

(4) El señalado cuerpo normativo, como es sabido, constituye la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). La ubicación sistemática del "*certiorari*" en este ámbito permite su aplicación por parte de la Corte a todas las materias fundales, sin que sea necesaria remisión alguna por parte de los ordenamientos adjetivos especiales y sin que la modificación de cualquiera de ellos implique alterar la atribución allí consagrada.

(5) La disposición reza textualmente:

"Artículo 31 bis.- En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que ese mismo Tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá fundadamente rechazarlo con la sola invocación de cualesquiera de las circunstancias precedentemente expuestas.

En el caso de queja o recurso de hecho por denegación del recurso extraordinario la Suprema Corte podrá rechazarlo de acuerdo a lo dispuesto en el apartado anterior".

(6) V, entre otras, en materia civil y comercial: SCBA, Ac. 74.687, "Guzmán", res. del 15-6-1999; Ac. 77.265, "Billino", res. del 15-III-2000; Ac. 79.059, "Bidueira", res. del 6-IX-2000; con posterioridad a la ley 12.961 pero sin aplicación expresa del dispositivo por ella incorporado, v. SCBA, Ac. 86.449, "Respaldo S.A.", res. del 19-2-2003; en la órbita penal: Ac 50.825, res. del 15-IX-1992; Ac. 80.046, "C., F. y. E., H. D. s/ Les. culp. recíprocas", res. del 29-11-2000; en el ámbito laboral: Ac. 68.935, res. del 12-V-1998 "Tortosa, Walter c/ Zapater Dfáz I.C.S.A. s/ Despido".

(7) Misma oportunidad en la que, por ejemplo, se expide acerca de la inexistencia de los recaudos de admisibilidad de los recursos extraordinarios mal concedidos por los tribunales inferiores.

te de la SCBA, que habitualmente apontoca su fallo sobre el punto en los reiterados precedentes que obran en sus anaqueles sobre las respectivas causales que entran en juego en la resolución de los embates interpuestos.

Por ende, se verifica en la praxis que la herramienta que confiere el art. 31 bis de la ley 5827 no ha rendido aún los frutos para los que fue pensada: la reducción del desproporcionado nivel de trabajo a que el Máximo Tribunal local es sometido.

Un camino que la Corte podría ensayar para aproximar la aplicación del instituto al estilo de la Corte Suprema de la Nación en el ámbito del recurso extraordinario federal, es seguir la interpretación más estricta que surge del texto de la norma que venimos examinando. En efecto, la redacción del artículo permite una hermenéutica dual, ya que —como puede advertirse de su lectura— expresa que el Superior Tribunal provincial “podrá *fundadamente* rechazarlo *con la sola invocación* de cualesquiera de las circunstancias precedentemente expuestas”. En la actualidad parece haberse considerado que ello impone una argumentación (quizás atenuada, aunque ya hemos visto que el modo histórico en que la Corte dio respuesta en este ámbito nunca fue profuso) que va más allá de la mera cita del art. 31 bis o de la mención de la causal de rechazo respectiva.

Pero otra forma de entender el artículo es considerar que en realidad permite tener por “fundada” la desestimación con la invocación del motivo que opera en la especie. Por lo que bastaría con señalar si en el caso se trata de un embate insuficientemente planteado, o carente de recaudos esenciales, o asimilable a otros que han sido repelidos, para sellar la suerte del embate.

Con esta lectura, que parece la más apegada al texto de la norma, el contenido de la decisión de la SCBA se asemejaría en mucho al que la CSJN impone a sus sentencias basadas en el art. 280 del ordenamiento adjetivo federal (8). En ambos casos, obvio es decirlo, estamos ante formas atípicas de resolución, ajenas a la fundamentación tradicional exigible por regla en la órbita del Poder Judicial.

Sin embargo, en el caso del art. 31 bis de la ley 5827, no debe ser considerado un mecanismo “discrecional” de resolución por parte del Tribunal. El análisis del caso y la determinación de la existencia de los presupuestos que hacen viable el rechazo, no son facultativos o discrecionales para el Máximo Tribunal. Lo que se atenúa es la carga de explicitar las razones de la desestimación, pero no el análisis de las mismas por parte de dicho Cuerpo.

No se nos escapa que la publicidad de los motivos que guían el obrar estatal es un principio republicano de excelencia y, en especial, en lo que respecta a la fundamentación de las sentencias, un contenido básico de la garantía del debido proceso (9). La

---

(8) Hay una importante diferencia que debe ser destacada en cuanto a las causales de aplicación: el “*certiorari*” provincial no prevé el rechazo por “intrascendencia” del caso, a diferencia de lo que dispone el art. 280 del CPCN. Compartimos la apreciación de quienes consideran que el parámetro de la “trascendencia” es la única innovación sustancial respecto de los motivos incluidos en la reforma de la ley 23.774, ya que los restantes (cuestión federal insustancial o insuficiente) ya se hallaban reconocidos en la jurisprudencia de la CSJN y la reforma sólo vino a autorizar un trámite más ágil para su desestimación (v. Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Bs. As., Astrea, 4ª ed., 2002, t. 2, pp. 445-446; Lugones, Narciso J., *Recurso extraordinario*, 1992, pp. 389 y ss).

Volviendo al paralelo con el modelo provincial examinado, cabe resaltar se trata de una divergencia sustancial, ya que el análisis de la relevancia del caso —ausente en el art. 31 bis— es el que más propicia la discrecionalidad en el ingreso al tratamiento de los asuntos (v. lo que diremos a continuación al respecto).

(9) CSN, “Fallos” 312:1983; 317:1136 y 1666; 318:1583, etc.



pregunta que en definitiva debe responderse para dilucidar la procedencia de esta hermenéutica literal que permitiría a la Corte local rechazar recursos extraordinarios (sea de nulidad, como de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley) con la sola mención de la causal respectiva del art. 31 bis, es si el aludido principio es absoluto; y, si no lo fuera, si resulta razonable el criterio perfeñado por el legislador de atenuar la carga de fundamentación de las decisiones del Alto Tribunal, en ciertas circunstancias de excepción y atendiendo a evidentes razones funcionales.

### III. Admisibilidad (remisión). Suficiencia técnica.

#### 1) Admisibilidad (remisión)

Sabido es que las condiciones de admisibilidad de la vía analizada son menores a las contempladas en el principal recurso extraordinario de la Provincia de Buenos Aires: el de inaplicabilidad de ley (arts. 161, inc. 3, ap. a), Const. Pcial.; 278 y ss. CPCBA).

A diferencia de éste, no se reclama para la apertura de la competencia del Alto Tribunal estadual el cumplimiento de los recaudos del valor del litigio (*suma gravaminis*) (10), ni del depósito previo (11).

Al igual que lo que sucede con el recurso extraordinario de inconstitucionalidad local, sólo se exige la satisfacción de los requisitos de sentencia definitiva, legitimación, interposición en tiempo y forma y suficiencia recursiva (aunque la inclusión de esta última exigencia en el elenco de admisibilidad siempre resulta discutible).

Es de recordar que la *ratio* de la distinción entre los diversos mecanismos de ataque responde a la diversidad de trato literal otorgada por el constituyente. Como puede advertirse de lo normado en el art. 161, inc. 3, ap. a) de la Carta Magna de la Provincia, al reconocer la competencia de la Suprema Corte para entender en los recursos de inaplicabilidad de ley, lo hace "con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan", cláusula no incluida en el apartado b) de dicha disposición (que, como vimos, se refiere el embate objeto de este trabajo).

El distingo no fue inadvertido por la Suprema Corte. Por el contrario, como es sabido, varios años atrás confirió un valor trascendente a la aludida divergencia lexicográfica, al declarar la inconstitucionalidad de los artículos arts. 297 y 302 del Código Procesal Civil y Comercial (hoy modificados), por restringir la competencia de la SCBA en materias para las que el constituyente no previó dicha posibilidad de limitación (12). Se trata de una doctrina legal vigente, dado que no ha sido modificada hasta la actualidad, aunque cabe advertir que tampoco ha habido mayor oportunidad para su replanteo en atención a la derogación de los dispositivos que introducían limitaciones formales al recurso extraordinario de nulidad.

Lo cierto es entonces que, a diferencia de lo que ocurre con el sendero previsto en el art. 278 del CPCC, la vía que venimos examinando no está limitada (ni podría estarlo, de considerarse subsistente la doctrina legal recordada en el párrafo anterior), por cargas económicas de ningún tipo.

(10) Art. 278, CPCBA (conf. ley 11.593), que determina un tope mínimo de \$ 25.000 en la cuantía de lo debatido ante dicha instancia, para habilitar el conocimiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

(11) Art. 280, CPCC, que exige abonar una carga económica del 10% del valor del litigio, que no superará los \$25.000, ni podrá ser menor a \$ 2500 (suma esta última que corresponde en los casos en que el monto del juicio fuera indeterminado).

(12) "Sucesión de Julián Hernández vs. Miguel Balderenas. Desalojo. Recurso de queja" (SCBA, Ac. 15.940, del 28-VII-1970),

No hemos de abordar los recaudos de admisibilidad generales del recurso extraordinario de nulidad coincidentes con los de los restantes mecanismos impugnativos (esto es, como vimos, el de la definitividad del decisorio atacado, la legitimación para recurrir y la interposición en plazo), ya que ello rebasaría los límites propios de este trabajo, especialmente destinado a desarrollar algunos de sus aspectos técnicos específicos.

## 2) Suficiencia técnica

Sí formularemos algunos apuntes concernientes a la *suficiencia técnica* del embate, aspecto que constituye en realidad un paso intermedio entre las nociones de admisibilidad y procedencia. En efecto, el análisis relativo a la idoneidad de cualquier recurso extraordinario comprende varias facetas a tener en cuenta en la confección de la respectiva pieza procesal.

Por un lado, se relaciona con ciertas cargas adjetivas específicas como la cita de la disposición legal que se denuncia como infringida propia del recurso de inaplicabilidad de ley (art. 279, CPCC) y que luego veremos si se aplica al sendero abordado en este trabajo.

Pero, por el otro, va más allá de la mera introducción de referencias normativas, para referirse a la estrategia argumental del quejoso. Al igual que lo exigido en el ámbito del recurso ordinario de apelación (art. 260, CPCC), la crítica introducida en los recursos extraordinarios debe ser clara y precisa (art. 279, CPCC). El discurso impugnativo debe ser concreto y autosuficiente (13), conteniendo la demostración acabada del error que se imputa al fallo.

Analicemos estas premisas en la órbita del mecanismo de invalidación que venimos estudiando:

a) En primer lugar, cabe que nos preguntemos si cuando se interpone el recurso extraordinario de nulidad, al igual que lo que ocurre en el ámbito del de inaplicabilidad de ley, es imprescindible la cita de la disposición legal que se considera infringida.

---

(13) No debe confundirse la autosuficiencia —identificada en general con la prohibición de remitir en el discurso a otras piezas procesales (v. SCBA causa P. 41.106, sent. del 5-III-1991; P. 70.189, sent. del 13-III-2002)— con la necesidad de transcribir la totalidad de los actos relevantes del proceso. Ayudados por los modernos medios informáticos que permiten en cuestión de segundos traspasar a un procesador de texto gran cantidad de escritos y resoluciones judiciales, algunos de quienes ingresan en la elaboración de recursos extraordinarios creen que el recaudo de la autosuficiencia queda abastecido por el hecho de “pegar” dichos textos en la parte preliminar (“antecedentes”) de esta clase de embate. A consecuencia de dicha defectuosa tendencia el discursar del litigante se vuelve a veces tedioso e inconsistente, por no enfocar esa importante parcela del recurso (la reseña previa del caso) en las partes fundamentales del expediente. Como en el resto de los aspectos que hacen al talento forense, la concreción es una nota fundamental en la redacción del recurso extraordinario, que en modo alguno significa atemperar la autosuficiencia también exigida.

En anteriores integraciones, la Suprema Corte local había considerado que a raíz del recaudo del autoabastecimiento, era inadmisibile la adhesión de una parte al recurso interpuesto por un litisconsorte, y que implicaba remisión a argumentos volcados en otra pieza que ni siquiera era propia (SCBA, Ac. 39.993, sent. del 16-V-1989 en Ac. y Sent. 1989-II-97; Ac. 41.765, sent. del 9-X-1990 en Ac. y Sent. 1990-III-624; Ac. 44.396, sent. del 2-VI-1992; Ac. 46.940, sent. del 29-III-1994). Sin embargo, esta tesitura fue justamente dejada de lado, ya que como señala el voto del doctor Hitters que hizo mayoría en el precedente Ac. 62.093 (sent. del 2-III-1999), “la adhesión a un recurso extraordinario obrante en la causa, realizada por un litisconsorte resulta eficaz. Para qué hacerle repetir en forma textual lo que dice el otro, si ‘*brevitatis causa*’, puede adherirse a sus fundamentos evitando reiteraciones innecesarias o más bien superfluas. Si los jueces podemos adherir, por qué no pueden hacerlo las partes”.

Como es conocido, el art. 279 del CPCC impone que al incoar el último de los senderos aludidos, debe contener la mención de la ley o doctrina legal que se reputa violada, no pudiendo la Corte suplir dicho déficit por inferencia o interpretación (14). La omisión de dicha carga formal sella la suerte del embate, independientemente del acierto o profundidad de la argumentación ensayada.

Ahora bien, en el ámbito del remedio nulitivo examinado no está prevista expresamente la exigencia de indicar la norma constitucional que se considera infringida.

Sin embargo, en materia civil (15), debe tenerse presente la remisión que el art. 297 hace al 279 (ambos del CPCC). En efecto el primero de los preceptos aludidos dispone que se aplican al mecanismo de invalidación estudiado, *en lo pertinente*, diversas normas previstas para el recurso de inaplicabilidad, entre ellas aquella que impone la cita de la regla del derecho positivo que se reputa violada. En el R.E.N., la “norma violada” sería la disposición de la Carta Magna local que contempla la forma exigida para la sentencia (vg., el art. 168 si se denuncia la omisión de cuestión esencial). Por ello no se puede importar directamente en este campo la doctrina legal elaborada en sede penal al ámbito civil.

En este campo, la Corte había desde hace tiempo considerado exigible la denuncia de la norma constitucional violentada: “Resulta improcedente el recurso de nulidad extraordinario que no denuncia violación de alguna de las normas contenidas en los arts. 156 y 159 de la Constitución de la Provincia” (Ac. 36.703 sent. del 9-6-1987; en el mismo sentido, pero tildando de “insuficiente” al recurso: Ac. 33.302 sent. del 23-7-1985; Ac. 54.962, sent. del 14-6-1996; v. asimismo, en lo laboral, equiparable en este punto: causas L. 33.626, sent. del 4-VI-1985; L. 35.761, sent. del 17-III-1987).

Sin embargo, un parecer discordante se vislumbró en la causa Ac. 51.762, sent. del 15-VIII-1995), en la que con sustento en la doctrina del exceso ritual que impide conducir el proceso en términos sacramentales se expresó que: “Aun cuando se omita la cita expresa de los arts. 156 ó 159 [actualmente 168 y 171] de la Constitución Provincial, ello no provoca por sí el rechazo del recurso extraordinario de nulidad cuando de su texto surge claramente ese propósito” (16).

(14) Conf. Ac. 34.672, sent. del 5-XI-1985; Ac. 49.703, sent. del 22-IX-1992; L. 79.507, sent. del 1-III-2004.

“De allí que su insuficiencia sea insalvable cuando no alega la transgresión de norma legal alguna, pues la Corte no puede suplir, por inferencia o interpretación, la omisión de las citas legales que debieron efectuarse, ni menos aún declarar oficiosamente la violación de algún precepto legal no invocado” (conf. SCBA, Ac. 49.882, sent. del 10-XI-1992; Ac. 53.238, sent. del 28-IX-1993; Ac. 55.181, sent. del 21-VI-1994; Ac. 59.240, sent. del 14-V-1996; Ac. 68.209, sent. del 23-II-1999 en AyS 1999 I, 246; Ac. 82.961, sent. del 11-IX-2002; Ac. 89.138, resol. del 9-X-2003; Ac. 91.333, sent. del 9-XI-2005; Ac. 89.392, sent. del 5-IV-2006).

(15) En materia *penal*, la Corte se ha expresado desde hace tiempo por la innecesidad de la cita legal en el ámbito del recurso extraordinario de nulidad: “La cita de los arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial —en cuya omisión incurre el recurrente— no constituye, en el recurso extraordinario de nulidad, una condición para su suficiencia formal ya que la ley no la impone a la manera del art. 355 del Código de Procedimiento Penal (según ley 3589 y sus modif.) respecto del recurso de inaplicabilidad de ley” (SCBA, P. 42.254, sent. del 1-X-1991; P. 51.431, sent. del 1-III-1994; P. 40.827, sent. del 27-2-1996; P. 67.586, sent. del 10-IV-2001; P. 67.915, sent. del 4-4-2001).

Pero no puede olvidarse que en el ámbito penal no hay una remisión semejante a la que el art. 297 del CPCC hace respecto del art. 279.

(16) Voto del doctor Hitters, al que adhirieron los doctores San Martín, Pisano, Laborde y Negri.

En Ac. 75.675 (sent. del 23-VIII-2000), con voto del doctor de Lázari al que se plegaron los doctores Pisano, Negri, Laborde y Pettigiani, se consideró que la cita de los arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial es un “requisito ineludible dada la naturaleza del remedio planteado” (17).

En la integración actual del Máximo Tribunal, la cuestión se ha planteado “al pasar” en la causa Ac. 89.841 (sent. del 13-XII-2006). Al abordar la procedencia del recurso extraordinario de nulidad, sostuvo inicialmente el doctor Soria —cuyo voto abrió el acuerdo— que si bien el quejoso había afirmado la preterición de cuestiones esenciales, omitió la denuncia de conculcación del art. 168 de la Constitución Provincial, precepto que establece el deber de los tribunales de justicia de resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes.

Ello importa colocar en el recurrente la carga que —como vimos— es impuesta para el recurso de inaplicabilidad de ley en el art. 279 del ordenamiento adjetivo. Sin embargo, a continuación, el señalado Ministro pasó a considerar los agravios deducidos, “soslayando tal reparo formal”. Al voto citado adhirieron los doctores Pettigiani, Kogan y Genoud.

Hitters, manteniendo lo expuesto en el referido precedente Ac. 51.762 (1995), siguió al primer votante, aunque dejando a salvo su opinión sobre la observación concerniente a la omisión de cita de la norma constitucional pertinente.

Si bien parecería que la posición mayoritaria ha decidido mantener la exigencia técnica de la mención expresa del precepto supralegal que se relaciona con el cuestionamiento introducido (art. 168 ó 171 de la Const. Pcial.), la doctrina de la Corte en su actual composición no es del todo clara, ya que en dicho fallo la objeción técnica aludida fue sentada a título introductorio, previo a abordar el mérito de la crítica ensayada.

Concluimos afirmando que la remisión “en lo pertinente” que hace el art. 297 del CPCC al art. 279, da sustento bastante a la doctrina más estricta del Tribunal en la materia. Sin embargo, no debe desconocerse que en el campo del recurso de inaplicabilidad de ley, como las normas posibles infringidas son infinitas, la exigencia de mencionar la que se reputa quebrantada es más razonable que en la variante recursiva que venimos estudiando, cuyos motivos limitan el elenco de preceptos violados a dos (arts. 168 ó 171, Const. Pcial.). Esto podría llevar a pensar que la exigencia técnica del art. 279 no es “pertinente” en el ámbito nulitivo extraordinario (conf. art. 297, ord. cit.) ya que éste es ajeno a la función nomofiláctica del de inaplicabilidad de ley, no haciéndose imprescindible —por ende— la aludida formalidad.

b) Independientemente de la exigencia formal de la cita legal de las disposiciones constitucionales que dan motivo al embate de marras, cabe analizar cómo opera en este campo la segunda de las variantes que —como vimos— forman parte del análisis de suficiencia técnica recursiva. Es decir, qué cualidades son exigibles en la argumentación contenida en el recurso extraordinario de nulidad.

Para ensayar un parangón útil, nuevamente debe recordarse que en el ámbito del de inaplicabilidad de ley este parámetro juega un rol decisivo en una enorme cantidad

---

(17) Pese a que lo expuesto era suficiente para dar respuesta al caso, dada la convicción con que se señaló que el recaudo de la cita legal sería imprescindible, se agregó un dato que parecería atenuar el contenido de la doctrina expresada. En efecto, se añadió que además de la ausencia de cita, resultaba “imposible entrar en su tratamiento habida cuenta de la precariedad de los argumentos esgrimidos”; lo que deja por ver qué hubiera ocurrido si pese a la omisión de indicación normativa, el quejoso se hubiera explayado con precisión y detenimiento acerca del sustento de la invalidación pretendida.

de postulaciones llevadas a la instancia del Máximo Tribunal provincial, que son desechadas por caer en defectos tales como: omitir hace cargo y rebatir frontalmente la línea argumental del fallo, pretendiendo mantener su impugnación mediante el desarrollo de su propia interpretación del tema (conf. SCBA, Ac. 85.405, sent. del 31-III-2004); o ensayar una mera discrepancia subjetiva con el criterio del tribunal de origen (SCBA, L. 75.087, sent. del 16-X-2002; L. 78.144, sent. del 17-XII-2003); o replicar parcialmente los fundamentos de la sentencia, dejando incólumes afirmaciones que le dan sustento bastante (SCBA, Ac. 62.752, sent. del 9-III-1999; Ac. 82.156, sent. del 10-XII-2003); o reiterar las argumentaciones vertidas en escritos previos, sin impugnar eficazmente las conclusiones esenciales del fallo (conf. SCBA, Ac. 48.987, sent. del 25-II-1992; Ac. 53.565, sent. del 23-XI-1993; Ac. 79.699, sent. del 19-II-2002; Ac. 91.605, sent. del 15-III-2006), etc.

Se trata, en definitiva, de cargas técnicas que requiere un discurso impugnativo específico como es el que debe nutrir a un recurso extraordinario (18), y que son necesarias para su éxito.

Veamos cómo juegan estos conceptos en la variante nulitiva que venimos analizando.

Al encontrarse acotado el campo de acción del recurso extraordinario a las causas específicas y taxativas que luego veremos (arts. 168 y 171, Const. Pcial.), en la práctica, la necesidad de precisar el contenido de la crítica y de desarrollar una argumentación acabada del caso no es tan intensa como en el recurso de inaplicabilidad de ley. Sin embargo, ello en modo alguno significa que en este ámbito baste una mera denuncia genérica, inmotivada (19) o precaria (20).

Por ejemplo, al denunciar la omisión de cuestiones esenciales (art. 168, Carta cit.) se exige la indicación clara y precisa de las cuestiones que eventualmente el tribunal inferior hubiere soslayado [conf. SCBA, Ac. 61.336 bis, sent. del 15-X-1996; L. 82.076, sent. del 4-X-2006 (21)] y de su carácter esencial (SCBA, P. 37.731, sent. del 22-XI-1988; Ac. 50.960, sent. del 18-V-1993; Ac. 50.383, sent. del 5-IV-1994; Ac. 78.513, sent. del 19-II-2002).

Igualmente, un vicio que curiosamente es bastante común es la denuncia de infracción al art. 171 de la Const. Pcial., sin fundamento alguno que lo avale. Como son

(18) Ha dicho la Suprema Corte bonaerense que una de las características específicas de la instancia extraordinaria está dada por la mayor exigencia en cuanto a las cargas procesales que deben ser idóneamente abastecidas para transitar con éxito en casación (conf. SCBA, Ac. 88.916, sent. del 14-IX-2005; Ac. 86.835, sent. del 9-VIII-2006).

(19) La mera denuncia de infracción a los arts. 168 y 171 de la Constitución bonaerense no basta para habilitar el conocimiento por parte del tribunal de la alegación formulada, ya que —al igual que en el recurso de inaplicabilidad de ley— es necesaria además la pertinente demostración del quebrantamiento señalado (conf. SCBA, P. 38.227, sent. del 23-V-1989, Ac. y Sent., 1989-II, 234; L. 31.937, sent. del 29-V-1984). Por lo que también en este ámbito de invalidación, referirse simplemente a las mencionadas disposiciones supralegales sin argumentar acerca de su contenido conlleva a la insuficiencia del embate (conf. SCBA, Ac. 33.500, sent. del 4-VI-1985).

(20) Conf. SCBA, Ac. 75.675, sent. del 23-VIII-2000; v. asimismo, SCBA, P. 40.501, sent. del 26-X-1993, JA 1994-III-458; íd. Ac. 46.998, sent. del 8-VI-1993; Ac. 50.960, sent. del 18-V-1993; Ac. 50.383, sent. del 5-IV-1994; Ac. 78.513, sent. del 19-II-2002.

(21) Se ha dicho en similar sentido, poniendo énfasis en la ausencia de brillo del discurso, que "resulta infundado el recurso extraordinario de nulidad, que además de padecer de una falta total de claridad en el planteo, no indica las cuestiones esenciales cuyo tratamiento habría sido omitido por el sentenciante (conf. SCBA, Ac. 80.436, sent. del 21-V-2003).

sólo dos las normas que motivan el embate de marras, la fe en el dogma de que “lo que abunda no daña” lleva a que muchas veces se señale que el fallo ha incurrido en violación de ambas disposiciones supralegales, para luego fundar únicamente las críticas que se relacionan con el art. 168 (que son las más numerosas y normales). La respuesta en estos casos es uniforme: el embate es ineficaz y no necesita ser abordado por la Corte (conf. SCBA, Ac. 86.248, sent. del 10-VIII-2005; Ac. 84.326, sent. del 7-IX-2005, entre otras).

Vinculado con el autoabastecimiento de la impugnación y la prohibición de la fundamentación promiscua en esta materia (v. apartado siguiente), tiene dicho la Corte que el recurso de nulidad es insuficiente cuando carece de sustento propio al remitirse “a las razones y fundamentos” proporcionados en la impugnación de inaplicabilidad de ley (conf. SCBA, Ac. 53.664, sent. del 4-VI-1996).

c) El defecto de la *promiscuidad* no es raro en los remedios que tramitan en la última instancia provincial. Especialmente las causales de omisión de cuestión esencial y ausencia de fundamentación, que analizaremos *infra*, se prestan a confusión por ausencia de un adecuado deslinde entre las mismas y los motivos que habilitan el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

En efecto, como se verá más adelante, a veces no resulta sencillo —vg.— determinar si un punto omitido constituye una verdadera cuestión esencial o un argumento de hecho o de derecho cuya preterición o desplazamiento, de ser relevante para la solución del litigio, debería ser abordada a través del mecanismo previsto en los arts. 278 y ss. del CPC. Igualmente, siguiendo con los ejemplos citados, la pobreza argumental del decisorio puede afectar al mismo con el vicio de la arbitrariedad, sin que ello pueda ser traído por medio del recurso analizado en este trabajo por “ausencia de fundamentación legal”, sino —nuevamente— a través de la casación por vicios *in iudicando*.

Estas vicisitudes propias del principio de unicidad vigente en materia recursiva (22), llevan en algunas situaciones grises a la interposición conjunta de ambos medios de impugnación, para quedar a cubierto acerca del andamiaje del agravio por alguno de los dos carriles intentados. Sin embargo, esta forma de proceder demanda en los letrados un esfuerzo técnico especial, consistente en determinar a qué medio corresponde la crítica respectiva.

Cabe poner énfasis en esta exigencia, que en definitiva determina la idoneidad de intento para ser oído por la Corte. Ciertamente es que ante la decisión de incoar ambos embates no es imprescindible su redacción en piezas separadas (23). Pueden incluirse ambos planteos en un mismo escrito, incluso con una recopilación de “antecedentes” común, pero debe estar acabadamente escindida la argumentación correspondiente a uno y otro remedio.

Reiteradamente ha sostenido el Alto cuerpo bonaerense que son de tal manera distintas las fuentes de los medios de impugnación a que se refieren los arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial y por su parte el art. 279 del CPCC, que el hecho de

---

(22) Siguiendo las enseñanzas de Hitters, el postulado de marras significa que cada providencia, generalmente, tolera un solo carril de impugnación y no varios. En materia extraordinaria esa máxima se observa con mayor nitidez ya que los recursos de inaplicabilidad de ley y de nulidad no son fungibles y, por lo tanto, contra un mismo fallo no se pueden interponer promiscuamente (v. Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios*, —colaboración de Hernández, Manuel O.—, Platense, 2ª ed., 2004, § 12, p. 55). Sostuvo coincidentemente el aludido publicista —ya en la órbita de la magistratura— que en virtud del principio de unicidad de los recursos cada resolución judicialmente —generalmente— tolera un solo carril de impugnación (su voto en el fallo de la SCBA L. 75.147, sent. del 6-VIII-2003).

(23) SCBA, Ac. 55.645, sent. del 5-IX-1995.

pretender fundarlos en los mismos argumentos o entrelazándolos —salvo supuestos excepcionales— es totalmente inadmisibles (24).

La nota que define esta falencia técnica está dada por la imposibilidad de desentrañar cuándo comienza uno y otro recurso (25), faena en la cual la Suprema Corte no puede suplir a las partes.

En cuanto a los efectos de la deficiencia apuntada, si bien en algunas oportunidades la consecuencia que la Corte derivó al advertir dicha fusión indebida de motivos fue la desestimación del recurso extraordinario de nulidad para pasar a entender en el de inaplicabilidad de ley (26), en otras —con un criterio más riguroso— fueron directamente rechazados los dos, sin entrar en mayores consideraciones sobre la procedencia de cualquiera de ellos (27).

#### IV. Causales de procedencia

Hemos de analizar ahora los motivos por los cuales cobra operatividad el instrumento impugnativo estudiado y que fueron mencionados al reseñar su encuadre normativo.

Como nota general comprensiva de todas las hipótesis de andamiaje, corresponde advertir que por esta vía sólo es posible alegar la infracción de recaudos formales *de la sentencia* y no del trámite previo a su dictado (28). Es más, no todas las exigencias adjetivas del decisorio mismo son cuestionables por su medio, sino sólo algunas, especialmente previstas en la Constitución.

Por ello, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas comparados, independientemente de la trascendencia o gravedad del apartamiento de las reglas procedimentales previas al fallo, dicha circunstancia no puede ser denunciada a través del recurso extraordinario, hallando su carril adecuado en la vía incidental (art. 169 y ss., CPCC) (29).

##### 1. Omisión de cuestiones esenciales

a) Se trata de la causal de más utilización práctica por parte de los recurrentes, ya que constituye un defecto sentencial vinculado con el contenido de la decisión y no de infracciones meramente formales como puede ser la ausencia de voto individual.

Estas últimas pueden ser advertidas con más facilidad por los tribunales colegiados al momento de resolver y su alegación se torna muy dificultosa cuando el recaudo se ha cumplimentado: no hay demasiadas “zonas de grises” que explorar. Con la preterición

(24) SCBA, Ac. 46.599, sent. del 10-VIII-1993; Ac. 50.762, sent. del 7-III-1995; Ac. 57.323, sent. del 13-II-1996; Ac. 61.024, sent. del 7-VII-1998, Ac. 91.830, sent. del 3-V-2006, entre otras.

(25) SCBA, Ac. 45.213, sent. del 27-XII-1991; Ac. 91.830, sent. del 3-V-2006.

(26) Ac. 58.985, del 5-XII-1995; Ac. 82.741, del 28-XI-2001.

(27) V. Ac. 91.830, sent. del 3-V-2006.

(28) Conf. SCBA, Ac. 81.105, sent. del 1-IV-2004; L. 86.589, sent. del 27-IV-2004; P. 75.637, sent. del 8-VII-2003, entre muchas otras.

(29) Excepcionalmente la Suprema Corte ha dispuesto la anulación *de oficio* (verdadera *última ratio* del sistema, conf. SCBA, P. 76.558, sent. del 8-VII-2005, entre otras) de ciertos pronunciamientos por defectos de trámite anterior a los mismos, cuando de los mismos se deriva una grave y trascendente vulneración del debido proceso (conf. SCBA, Ac. 80.481, sent. del 19-II-2002; P. 80.488, sent. del 19-V-2004; P. 87.019, sent. del 19-VII-2006).

de cuestiones esenciales los recurrentes tienen un campo postulatorio un tanto más flexible. La imprecisión de aquello que constituye el vicio de marras lleva a que el motivo analizado sea traído con más frecuencia por el foro, aunque —cabe también puntualizarlo— generalmente con suerte adversa.

Cuando nos referimos a que la causal examinada se relaciona con el contenido del fallo, claro está, no entrañamos la posibilidad de revisar mediante esta vía el acierto jurídico de lo resuelto (30), ya que para ello existe una vía específica en nuestro ordenamiento, que es el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Aludimos de ese modo al defecto fundamental de la sentencia consistente en la ausencia de abordaje de aspectos centrales para la adecuada resolución de la controversia, deficiencia que constituye una verdadera incongruencia por omisión y que determina la invalidación del decisorio a través de este sendero.

Como expresa Hitters, recordando a Guasp, el principio de congruencia asume tres variantes, a saber: por *omisión*, esto es, cuando el fallo contenga menos de lo pedido por las partes (*ne aet iudex citra petita pertium*); por *extralimitación*, cuando otorgue más de lo impetrado por los litigantes (*ne aet iudex ultra petita pertium*) o por ambas razones, es decir mixta, cuando padezca de los dos defectos a la vez; lo que sucede cuando el dispositivo sentencial concede algo diferente a lo pretendido (31).

Sólo en la primera de las hipótesis las decisiones recaídas en las instancias de grado merecen control casatorio por conducto del recurso extraordinario de nulidad (art. 296 del C.P.C.C.) (32), no así en casos de demasía decisoria, que debe ser atacada por la vía prevista en el art. 279 del CPCC, con denuncia de infracción de la normativa procesal y constitucional respectiva (33).

b) Dicho esto cabe analizar qué se entiende como cuestión esencial cuya preterición determina la invalidación del pronunciamiento.

El Superior Tribunal de la Provincia ha dado varias definiciones de dicho concepto (34). En algunas oportunidades ha utilizado fórmulas más amplias —es decir, com-

(30) Insistentemente ha puesto de resalto la casación bonaerense que es ajeno al ámbito del recurso extraordinario de nulidad el acierto jurídico de la decisión (conf. SCBA, causas Ac. 86.936, sent. del 16-II-2005; Ac. 82.158, sent. del 15-XII-2004; Ac. 90.500, sent. del 13-XII-2006; L. 81.158, sent. del 24-VIII-2005; L. 90.233, sent. del 13-XII-2006; L. 88.850, sent. del 20-XII-2006; L. 89.978, sent. del 7-II-2007, etc.).

(31) Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., p. 641. En similar sentido, Tessone, Alberto, *Recursos extraordinarios ...*, ob. cit., p. 132.

(32) Cabe advertir la precisión formulada en los mismos términos explicados en el texto, por el Ministro de la Corte que en su faz autoral citáramos al inicio de la nota anterior, observación elaborada como opinión personal en algunos precedentes del Máximo Tribunal (v. voto del doctor Hitters en causas Ac. 83.818, sent. del 7-VI-2006; L. 87.892, sent. del 5-IV-2006) destinada a aclarar el sentido de la reiterada jurisprudencia que genéricamente había señalado que lo relativo a la supuesta violación del principio de congruencia no es materia que corresponda al recurso extraordinario de nulidad (SCBA, L. 33.626, sent. del 4-VI-1985 L. 40.698, sent. del 16-V-1989; L. 51.555, sent. del 19-IV-1994; L. 72.299, sent. del 28-II-2001; L. 77.981, sent. del 11-V-2005; Ac. 34.972, sent. del 9-IX-1986; Ac. 76.921, sent. del 28-XI-2001).

(33) La eventual transgresión al principio de congruencia *por demasía decisoria* en tanto supone la denuncia de presuntos errores de juzgamiento, resulta ajena al recurso extraordinario de nulidad, siendo propia del de inaplicabilidad de ley (conf. SCBA, Ac. 89.091, sent. del 12-X-2005, énfasis agregado).

(34) V. Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., pp. 638 y ss.; Morello,—Sosa—Berizonce, *Códigos ...*, ob. cit., t. III, pp. 819 y ss.; Tessone, Alberto, *Recursos extraordinarios ...*, ob. cit., § 37, pp. 135 y ss.



previsivas de una mayor cantidad de situaciones—, en otras el marco de acción de la causal se muestra más reducido y, finalmente, ha recurrido también a fórmulas combinadas que incluyen ambas variantes.

En el primer sentido, se ha puesto de manifiesto que es cuestión esencial —en la acepción que corresponde al recurso extraordinario de nulidad— aquella que según las modalidades del caso, resulta necesaria para la correcta solución del pleito, la que está constituida por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento, la que por su naturaleza influye realmente en el fallo, y la vinculada a la dimensión cuantitativa del objeto mediato de la pretensión (35).

Puede advertirse que en este sentido, la nota de esencialidad está vinculada con la aptitud del punto omitido para torcer el rumbo de la decisión, sin que importe si efectivamente se trata de un tópico que fue incluido en la traba de la relación procesal (estándar que, como veremos, es enfatizado en la tendencia a la que se hará referencia a continuación).

Desde una segunda perspectiva, ha expresado la Corte que cuestiones esenciales son aquellas que han determinado la *plataforma misma de la litis que remiten ontológicamente a los elementos de la pretensión y oposición* (36). En similar sentido, está extendida la fórmula según la cual el art. 168 de la Ley Suprema local se refiere a los *planteos que estructuran la traba de la litis* y conforman el esquema jurídico que la sentencia debe necesariamente atender para su validez (conf. SCBA, Ac. 89.599, sent. del 7-12-2005; Ac. 90.577, sent. del 26-X-2005; Ac. 91.669, sent. del 10-V-2006; L. 80.781, S, 30-11-2005; L. 90.021, sent. del 8-XI-2006; entre otras).

Si bien dichos criterios pueden ser coordinados en general para dar respuesta a los casos concretos, en determinadas hipótesis las diferencias se hacen inconciliables. Así, cuando la restricción del concepto a las cuestiones “que estructuran la traba de la litis” hace que quede afuera de su alcance cualquier elemento cuyo tratamiento pueda torcer el sentido de la decisión pero que no está insertado en las postulaciones fundamentales del proceso.

Para citar un ejemplo de esta situación, puede recordarse la problemática suscitada en torno a los reparos formulados al contestar agravios por la apelada, alegando la insuficiencia de la expresión de agravios y pidiendo la deserción (arts. 260 y 261, CPCC).

(35) Ac. 90.386, sent. del 6-XII-2006, entre muchas otras.

(36) L. 89.383, sent. del 28-VI-2006. Se aclaró además con acierto en este fallo que debe elevarse a la categoría de “esencial” a todos aquellos aspectos que integraron el *thema decidendum* puestos a consideración del juez, modelado tanto por el objeto de la pretensión como por el de la oposición a la misma (defensas), no interesando a estos fines —por regla— la entidad patrimonial o extrapatrimonial de cada uno de ellos ni la falta de incidencia respecto de otros ítem (su “escindibilidad”). Es que, aún tratándose de una cuestión divisible o separable de las demás, ella en sí merece respuesta si fue adecuadamente sometida a decisión judicial.

Se rectificaba así la formulación de la doctrina del Tribunal que sostenía que no revestían la condición de cuestiones esenciales aquellos planteos “cuya gravitación sobre los rubros acogidos sería eventualmente cuantitativa —en su expresión dineraria— y no cualitativa”, por lo que su preterición no implicaba transgresión al art. 168 de la Constitución Provincial (conf. SCBA, L. 36.714, sent. del 26-XII-1986; L. 57.028, sent. del 3-XII-1996; L. 58.486, sent. del 25-III-1997; L. 73.269, sent. del 26-X-1999, entre otras).

Este criterio, por otra parte, contradecía lo expresado reiteradamente por el Tribunal en el sentido de que los puntos dirimientes de los que depende la adecuada solución de la controversia y se refieren a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión, son cuestiones esenciales (Ac. 43.836, sent. del 20-XI-1991; Ac. 43.658, sent. del 17-III-1992; Ac. 45.992, sent. del 19-X-1993; Ac. 50.762, sent. del 7-III-1995; Ac. 51.999, sent. del 20-2-1996; Ac. 57.889, sent. del 17-II-1998; Ac. 77.989, sent. del 21-III-2001; Ac. 79.111, sent. del 19-III-2003, etc.)

Se ha planteado reiteradamente ante el Tribunal si al pasar a tratar directamente el fondo del asunto saltando dicha objeción técnica, la Alzada infringe la manda del art. 168 de la Carta Provincial.

Como puede advertirse, si se considera que sólo los puntos que integran la traba de la litis constituyen cuestiones esenciales, el reparo aludido quedaría fuera de la definición (37), aunque si se piensa que cuestión esencial es todo planteo del que depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento, cabría entender que este capítulo de la contestación del memorial sí lo sería, ya que su tratamiento puede derivar en el aborto del intento recursivo (esto, más allá de la discusión posterior acerca de si el punto fue omitido o desestimado implícitamente, como luego veremos).

Finalmente, cabe también hacer referencia a las versiones combinadas u omni-comprendidas de definición, que toman elementos propios de ambas conceptualizaciones, expresando —por ejemplo— que constituye cuestión esencial, en los términos del art. 168 de la Constitución de la Provincia, aquella que, según las modalidades del caso, resulta necesaria para la correcta solución del pleito y está constituida por *puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento*, que por su naturaleza *influye realmente en el fallo* y está vinculada a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión, o *dicho de otra manera*, aquellos planteos que *conforman la estructura de la traba de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la solución del litigio* (conf. SCBA, Ac. 87.358, sent. del 19-VII-2006; Ac. 89.543, sent. del 21-VI-2006).

Siguiendo esta tónica, y sin ninguna pretensión de agotar un elenco por demás numeroso, se han considerado esenciales los siguientes planteos:

- La *legitimación* del actor cuestionada oportunamente por el demandado (Ac. 32.894, sent. del 28-VIII-1984 en AyS 1984 I, 548; SCBA, Ac. 56.323, sent. del 27-XII-1996) y, en particular, el tratamiento del planteo de falta de legitimación de la accionada *para interponer una excepción de incompetencia* cuyo único interesado y facultado para articularla era el otro codemandado (L. 61.404, sent. del 10-XII-1996).
- las objeciones a la suficiencia de la expresión de agravios (tema hartamente debatido —v. *supra*, nota al pie 34). Similar es el planteo del apelado sobre la oportunidad de la presentación del memorial, hipótesis en la que la Corte ha señalado en alguna oportunidad que constituye cuestión esencial, cuando ha sido sometida debidamente por el apelado al tribunal de Alzada (SCBA, Ac. 51.824, sent. del 31-V-1994).
- La suspensión de la prescripción (Ac. 84.717, sent. del 30-III-2005) o su interrupción (conf. SCBA, L. 84.117, sent. del 4-V-2005).
- La eventual aplicación de la ley 12.357 en un caso en el que se debate la procedencia de la caducidad de instancia, “pues de su dilucidación dependía

---

(37) Sólo para recordar los últimos movimientos de la doctrina de la Corte en la materia, cabe señalar que luego de ser minoritaria durante varios años (Ac. 65.394, sent. del 29-IX-1998; Ac. 69.978, sent. del 29-IX-1998; Ac. 72.097, sent. del 10-V-2000), esta postura pasó a hacer mayoría hasta el año 2004 (v. Ac. 77.654, sent. del 1-IV-2004), volviéndose recientemente al criterio de que constituyen cuestiones esenciales las objeciones de la recurrida con relación a la suficiencia del memorial de agravios (Ac. 74.090, sent. del 8-VI-2005).

Siendo que esta álgida temática se viene definiendo por estrechas mayorías, la más mínima modificación de la integración del Tribunal puede alterar la doctrina legal vigente (como ocurriera luego de la citada causa Ac. 77.654 [2004] con la salida del doctor Salas y la inclusión como conjuer del doctor Domínguez en la votación del precedente Ac. 74.090 [2005]).

directamente el sentido y alcance del pronunciamiento” [conf. SCBA, Ac. 80.284, sent. del 30-X-2002 (38)].

- El planteo de inconstitucionalidad de una norma efectuado en forma y oportunamente (Ac. 44.163, sent. del 17-3-1992; Ac. 54.437, sent. del 15-VII-1997; Ac. 77.090, sent. del 19-II-2002).
- La determinación del estado de mora (Ac. 57.889, sent. del 17-II-1998; Ac. 79.111, sent. del 19-III-2003).
- La individualización de la persona que conducía el vehículo causante del daño, si de su definición depende directamente la responsabilidad atribuida a aquélla, quien negó ese extremo [conf. SCBA, Ac. 57.618, sent. del 7-XI-1995 (39)].
- Los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda (Ac. 50.274, sent. del 3-V-1994 en AyS 1994 II, 181 —en el caso: gastos del sucesorio y valor del automotor—; L. 70.654, sent. del 10-III-2004 —daño moral—).
- La redargución de falsedad de un instrumento (Ac. 47.645, sent. del 20-XI-1991).
- La oposición al reajuste por depreciación, por invocación de la doctrina de los actos propios planteada oportunamente (Ac. 36.286, sent. del 7-7-1987).

c) Una problemática que en ciertos casos no resulta fácil de dirimir, es la concerniente a los *argumentos de hecho o de derecho* en que las partes apoyan sus pretensiones.

Reiteradamente ha expresado el Alto Cuerpo provincial que dichas alegaciones no constituyen cuestión esencial (40). Como hemos visto, sólo revisten tal carácter aquellas que conforman la estructura de traba de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la solución de la controversia lo que *no conlleva la necesidad de que el sentenciante deba seguir a las partes en todas sus alegaciones* (41).

---

(38) Cabe señalar de todos modos que en dicho precedente el recurso fue rechazado, ya que el tema no fue “planteado” (la ley no se había sancionado al momento de los agravios) y por lo tanto no pudo ser omitido.

(39) En este caso el Procurador se expidió por la improcedencia del recurso, por tratarse el tópico de un mero “argumento de hecho” y no de una cuestión esencial (v. *infra*, el análisis de la problemática de las “cuestiones” y “argumentos” en este ámbito). La SCBA replicó dicha posición, advirtiendo que no se trata de un argumento sino de una verdadera cuestión en los términos del art. 168, Const. Pcial., ya que definir quién conducía es el punto central a efectos de deslindar la legitimación pasiva del accionado.

Pero no debe olvidarse que en otras oportunidades la Corte ha sostenido, por ejemplo, que no constituye cuestión esencial sino mero argumento, la determinación de la prioridad de paso de los vehículos involucrados en un siniestro o el carácter de embistente (Ac. 25.533, sent. del 28-3-1978).

(40) No constituyen cuestión esencial los argumentos que las partes exponen en pro de sus pretensiones (SCBA, Ac. 86.711, sent. del 8-VI-2005). Los meros argumentos de derecho o de hecho en los que las partes sustentan sus pretensiones o defensas no revisten el carácter de cuestión esencial en los términos del art. 168 de la Constitución Provincial, por lo que su eventual falta de consideración no genera la nulidad del pronunciamiento (SCBA, L. 87.794, sent. del 17-V-2006; Ac. 93.886, sent. del 21-II-2007).

(41) Conf. SCBA, Ac. 89.599 (sent. del 7-XII-2005); Ac. 84.270 (sent. del 8-VI-2005), entre muchas otras.

Ahora bien, la distinción precisa entre una verdadera "cuestión" y un "argumento fáctico o jurídico" no siempre es sencilla. Morello ha considerado con acierto que se trata de uno de los tantos dilemas complejos que ofrecen los recursos extraordinarios (42).

Cabe notar que en el ámbito de la arbitrariedad de sentencias propio del ejercicio heterodoxo de la función casatoria desempeñada por la Corte Suprema de la Nación, el inconveniente terminológico se advierte superado. No importa en ese campo que un planteo de parte sea calificado de cuestión o de argumento, lo relevante es que el punto omitido sea conducente (43).

Esta flexibilidad no se advierte en la conceptualización del Máximo Tribunal local, que insiste en su tesitura de distinguir tajantemente "cuestión" de "argumento" en este ámbito (44).

Pero más allá de la problemática lexicográfica (puede perfectamente tolerarse que, por ejemplo, la CSN llame "argumento" dirimente lo que en ciertas ocasiones la SCBA ha considerado una verdadera "cuestión", por ser un punto que incide en la suerte del proceso, etc.), la complicación se presenta con la determinación *en concreto* de la línea divisoria entre ambas situaciones, para verificar en cada caso qué carril es procedente para atacar el vicio de marras.

Ya hemos analizado las variantes que surgen de la jurisprudencia de la Suprema Corte para definir la noción de cuestión esencial, de las que se derivan dos grandes tendencias: i) una amplia según la cuál parecería que todo capítulo de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento, y ii) otra más restringida, de la que parecería que sólo tendrían dicha calidad aquellos puntos que integran la plataforma misma de la litis que remiten ontológicamente a los elementos de la pretensión y oposición. En la primer vertiente, la definición permitiría incorporar como causal de nulidad la preterición de "argumentos" de decisiva gravitación en el dispositivo sentencial que, para satisfacer los pruritos terminológicos de la tradicional doctrina del Máximo Tribunal, se pasan a llamar "cuestiones".

Pero para no entrar en discusiones gramaticales, volvamos al problema que nos convoca con un ejemplo. Imagínese una pretensión de resarcimiento dirigida contra el Estado basada en tres "argumentos" fundamentales: i) su responsabilidad por ejercicio irregular de las funciones que tiene a su cargo (arts. 1112 y su doct.); ii) subsidiariamente, la aplicabilidad de la doctrina de la responsabilidad por actividad lícita del Fisco, basada en la noción de la intolerabilidad de que en determinadas circunstancias ciertos particulares afronten personal y exclusivamente las consecuencias de un obrar permitido que beneficia a la comunidad pero repercute desfavorablemente en el patrimonio de aquéllos (arts. 16 y 17, Const. Nac., etc.). Frente a dicha articulación, conjeturemos que el accionado replicara afirmando: i) la falta de legitimación para obrar del actor, por no ser dueño del predio afectado por el obrar estatal, sino un locatario con plazo vencido y, además, por carecer de daños concretos y particularizados diversos a los que cualquiera sufre por el hecho de convivir en sociedad; ii) la falta de legitimación pasiva del Fisco, por no ser su actividad la que afectó el entorno del emprendimiento, sino la modificación natural que es consecuencia de sucesivas y lícitas decisiones de particulares.

---

(42) Morello, Augusto M., *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, ob. cit., en el que se refiere a este tópico como uno de los "infinitos secretos de la Casación" (p. 294) y no duda en calificarlo como una de las dificultades que pueblan su territorio (p. 295).

(43) CSN, *Fallos* 314:1358; 315:2945; 316:2084; 322:2073, entre otros.

(44) Sólo en algún precedente aislado y en minoría, el doctor Negri ha puntualizado que si el *argumento* sostenido por el recurrente tenía *decisiva gravitación* en la solución del pleito, constituye cuestión esencial y su omisión acarrea la nulidad del fallo" (Ac. 34.136, sent. del 11-X-1985).

Siguiendo este esquema, podríamos decir de un modo extremadamente riguroso que las "cuestiones" son la procedencia de la pretensión y el rechazo de la misma, y que los elementos aportados por las partes son sólo "argumentos" para apontocar dicha solución. Sin embargo, esto limitaría insosteniblemente el concepto de cuestión esencial extinguiendo la virtualidad de la exigencia contenida en el art. 168 de la Constitución Provincial.

Entonces avanzaríamos diciendo que, para el actor, las cuestiones esenciales son: i) el pedido de resarcimiento por el obrar ilícito y ii) el de responsabilidad por actividad lícita. Y para el accionado: i) la defensa de falta de legitimación activa y ii) la de ausencia de dicha aptitud procesal en el polo pasivo. En ambos casos, los elementos de juicio fácticos y jurídicos en los que se basan dichas postulaciones serían "argumentos" (por ejemplo, para el demandado la "cuestión" de la falta de legitimación activa se basa en dos "argumentos": el carácter de locatario y la ausencia de daño particularizado). Si sostuviéramos esta tesis, tendríamos que admitir que la ausencia de tratamiento de los segundos no conculcaría el art. 168 de la Carta Local.

Se trata de un ejemplo no muy espinoso. La realidad demuestra que, de acuerdo con la complejidad de la trama llevada a la jurisdicción, los planos propios de las postulaciones articuladas se van multiplicando, haciendo más difícil determinar si en un punto nos encontramos ya ante un argumento o frente a una verdadera cuestión (45).

Queda claro que siempre será ajeno a toda posibilidad de ataque la ausencia de tratamiento de los "meros argumentos coadyuvantes" que son aquellos a los que se refiere la doctrina unánime al destacar que los jueces no tienen necesidad de seguir a los litigantes en sus giros y pareceres. Esto no presenta problemas ni es el núcleo de la dificultad del tema al que venimos aludiendo (46).

---

(45) Para recordar algunos ejemplos de planteos que fueron considerados cuestiones y no argumentos, podríamos mencionar los siguientes: la oposición al reajuste por depreciación monetaria fundada en el "principio de los actos propios" planteada oportunamente (SCBA, Ac. 36.286, sent. del 7-VII-1987); el planteo de falta de legitimación de la accionada para interponer una excepción de incompetencia cuya único interesado y facultado para articularla era el otro codemandado (SCBA, L. 61.404, sent. del 10-XII-1996). La individualización de la persona que conducía el vehículo causante del daño, si de su definición depende directamente la responsabilidad atribuida a aquélla, quien negó ese extremo (conf. SCBA, Ac. 57.618, sent. del 7-XI-1995, v. *supra*, nota al pie 36).

Por el contrario, fueron considerados meros argumentos: la articulación de un capítulo en la expresión de agravios destinado a demostrar que el motociclista no tuvo tiempo para advertir al peatón cuando éste inicia el cruce, pues carecía de visión angular para apreciarlo (Ac. 69.964, sent. del 20-10-1998); el planteo referido a la fecha de consolidación del daño (conf. SCBA, L. 83.783, sent. del 14-IV-2004); el cuestionamiento formulado a la realización de una pericia sobre un arma de guerra (P. 84.241, sent. del 10-XI-2004); la alegación efectuada por la accionada en orden a que la remuneración percibida por el actor en determinada fecha no era la "mejor remuneración mensual, normal y habitual" (L. 68.777, sent. del 10-XI-1998); o la pretendida aplicación al caso del art. 37 de la ley 24.240 que determina que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor (Ac. 80.069, sent. del 18-XII-2002); las defensas basadas en la violación del principio de congruencia, la inexistencia de culpa, el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, etc. (Ac. 73.275, sent. del 3-X-2001); el planteo relativo a la cantidad de años que debía computarse como expectativa de vida de la víctima del hecho para establecer la indemnización del llamado valor vida (Ac. 68.202, sent. del 9-VI-1998); la determinación de la prioridad de paso de los vehículos involucrados en un siniestro o el carácter de embistente (Ac. 25.533, sent. del 28-III-1978), etc..

(46) Morello ha hecho un interesante parangón entre estos "meros" argumentos y el *obiter dictum* de un pronunciamiento, asimilando —por su lado— a las cuestiones esenciales con el *holding* del decisorio (*La casación ...*, ob. cit., pp. 295-296).

De acuerdo al desarrollo precedente, podría ensayarse una sistematización posible, siguiendo la fraseología de la casación local, para iniciar el abordaje de la problemática aludida en cada caso. Los planteos de parte pueden constituir:

i) “*meros*” *argumentos*: concepto que alude a las formulaciones propias del modo de desarrollar discurso por el litigante, que no necesita ser seguido por la judicatura para dar respuesta al caso. Por ello, su desconocimiento no puede ser atacado por ninguna vía recursiva;

ii) *argumentos de hecho y de derecho*: noción que remite a los diversos planteos fácticos, probatorios y jurídicos en los que los protagonistas del caso basan sus articulaciones y defensas (por ejemplo, la valoración de una prueba relevante). Estos puntos *no pueden ser desconocidos por el juez si inciden el resultado de la controversia*; sin embargo, *la denuncia de omisión en su tratamiento no corresponde a la órbita del recurso extraordinario de nulidad, ya que no se trata de verdaderas “cuestiones”*. En todo caso, cabrá su articulación por vía de inaplicabilidad de ley (vg., en la hipótesis recién mencionada, la omisión de valorar un medio de verificación clave importaría una absurda selección del material probatorio, cuestionable por esta vía (47)).

iii) *cuestiones esenciales*: de acuerdo a la conceptualización antes abordada. Al igual que los argumentos de hecho y de derecho (v. punto anterior) no pueden ser soslayados, pero en este caso estamos ante la materia propia del R.E.N.

d) Otro aspecto que ha suscitado controversia es el de las cuestiones *accesorias*, que en algunas oportunidades fueron excluidas de la protección del art. 168 de la Constitución Nacional, expresándose que dicha nota hacía que no pudiera considerárselas esenciales.

Así, por ejemplo, se sostuvo repetidamente que el tema costas, dado su carácter accesorio, no constituye cuestión esencial cuya eventual preterición, derive en la anulación del fallo por infracción al art. 156 de la Constitución Provincial (conf. SCBA, Ac. 42.592, sent. del 17-IV-1990; Ac. 45.751, sent. del 7-IV-1992; Ac. 54.479, sent. del 5-III-1996; SCBA, Ac. 55.710, sent. del 28-X-1997; SCBA, Ac. 63.525, sent. del 14-IV-1998).

Pero en contrapartida, en materia de intereses [tradicionalmente calificada de accesorio (48)] ha resuelto que la procedencia de dicho rubro constituye una cuestión esencial y debe ser tratada bajo sanción de nulidad [conf. SCBA, Ac. 40.231, sent. del 15-XI-1988 (49); Ac. 46.937, sent. del 2-VI-1992; Ac. 80.859, sent. del 29-V-2002; L. 90.021, sent. del 8-XI-2006].

Se trata de criterios encontrados del Tribunal, aunque más no sea en el argumento basal de los mismos. Si lo que motiva que el tema costas no sea considerado una cuestión esencial es su carácter accesorio, la misma regla debe seguirse respecto de los intereses, cuyo perfil accesorio ha sido pregonado desde siempre, como hemos apuntado.

(47) Conf. SCBA, Ac. 43.236, sent. del 13-VIII-1991; Ac. 61.025, sent. del 28-V-1996; Ac. 73.650, sent. del 23-III-1999; Ac. 76.730, sent. del 5-XII-2001; Ac. 89.235, sent. del 27-IV-2005; L. 84.694, sent. del 22-XI-2006; L. 85.943, sent. del 27-XII-2006, entre otras.

(48) Doct. Ac. 45.005, sent. del 27-XII-1991; Ac. 61.573, sent. del 13-VIII-1996; Ac. 55.779, sent. del 10-VI-1997; íd., Ac. 54.357, del 21-IX-1993; Ac. 65.419, del 17-XII-1996; Ac. 66.854, del 20-V-1997; Ac. 76.196, 26-X-1999; entre muchos otros; v. asimismo, CSJN, doct. “Fallos” 319:1765.

(49) El doctor Laborde, en disidencia, se pronunciaba considerando que la preterición de los intereses, por recaer sobre una punto accesorio y —por ende— no esencial, no importaba infracción al art. 168 de la Const. Pcial. (voto del citado Ministro, en minoría, en causas L. 36.675, sent. del 16-VI-1987; Ac. 40.231, sent. del 15-XI-1988).

Entendemos que la circunstancia de que un capítulo sea accesorio no es óbice, por sí mismo, a cuestionar su desatención por la vía examinada en este trabajo. Las categorías “accesorio” y “esencial” no son opuestas. Lo contrario a “accesorio” es “principal”, es decir, aquella entidad que no depende en su existencia de la de otro (arg., art. 523, Cód. Civ.). Por lo que, permítasenos la hipérbole, como ocurre con los intereses —cuya razón de existencia radica en la de una obligación principal— es perfectamente posible considerar que un tópico accesorio sea considerado esencial y que, por ende, su preterición sea atacable por el meandro previsto en el art. 296 y ss. del código adjetivo. Lo “principal” no es sinónimo ni condición necesaria de lo “esencial”.

e) Un último aspecto controvertido al que haremos referencia relacionado con el tipo de pretericiones que puede ser materia del recurso examinado, es el deslinde entre esta causal de procedencia, por un lado, y la omisión mentada en el art. 166, inc. 2 del CPCC, para el recurso de aclaratoria, por el otro.

Como es sabido, la divergencia entre una omisión dirimente y un mero descuido que genera la necesidad de clarificar lo expresado en la resolución, radica en la aptitud de la reforma peticionada para “alterar lo sustancial de la decisión” (art. 166, inc. 2, Cód. cit.). En lo que hace a la hipótesis propia del presente acápite, el agraviado debe hacer el siguiente balance: si la modificación que generará el tratamiento que petitiona respecto del capítulo omitido tiene el efecto entrecomillado *supra*, no será la aclaratoria el mecanismo que permita subsanar el déficit, sino propiamente el recurso extraordinario de nulidad.

No hemos de desarrollar aquí los huidizos bordes que, de acuerdo a la fórmula recién aludida, delimitan cuándo un pedido de “aclaración” importa en realidad modificar la sustancia de lo juzgado, tema que —a nuestro juicio— constituye el principal punto de interés en el estudio del recurso previsto en el art. 166 del ordenamiento adjetivo, como hemos apuntado en otra oportunidad (50).

Sí reviste interés la reseña del no muy lejano cambio de criterio de la Suprema Corte que, advirtiendo las notorias dificultades que ocasionaba el deslinde entre aclaratoria y recurso de nulidad extraordinario, concretó una hermenéutica notoriamente más flexible que la sostenida hasta el momento dando carácter *facultativo* a la promoción del primero de los remedios antedichos.

En efecto, en la causa L. 70.654, “W., A. contra Servicios Industriales S.A. Indemnización de daños y perjuicios” (sent. del 10-III-2004) (51), con voto del doctor Hitters que hizo mayoría, se planteó como punto de partida la necesidad de reformular un criterio del Máximo Tribunal que se consideró equivocado: aquel según el cual el daño moral no constituía cuestión esencial y que, por lo tanto, su omisión debía ser subsanada por vía de aclaratoria.

Se dijo allí que el desconocimiento por descuido de ese capítulo de la pretensión importa infracción del art. 168 de la Const. Pcial., agregándose que si bien la misma

(50) Remitimos a Giannini, Leandro J., “Los límites de la aclaratoria en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en LL, 28-07-2004, p. 6, en el que puntualizamos algunos estándares para la determinación del concepto de “alteración de lo sustancial de la decisión”. Para un abordaje completo de la temática de la aclaratoria, v. Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios*, ob. cit., § 86-99, pp. 199-219; Ibáñez Frócham, Manuel, *Tratado de los recursos ...*, ob. cit., pp. 123-129; Sentís Melendo, Santiago, “Aclaratoria de la sentencia”, *Rev. de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1946-II, pp. 1-47; Oteiza, Eduardo, “El pedido de aclaratoria”, en Gozáni, Osvaldo (coord.), *Recursos Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 59; *id.*, “El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios”, LL, 1992-A, 705; Morillo A.— Sosa, G.— Berizonce, R., *Códigos ...* ob. cit., § 349; Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. V, pp. 59-70.

(51) El criterio ha sido reiterado en L. 71.687, sent. del 1-IV-2004, entre otras.

puede ser suplida por aclaratoria, la utilización de dicha herramienta no es una carga sino que resulta facultativa para el quejoso, que —por ende— tiene también a su disposición el recurso extraordinario de nulidad a fin de lograr el mismo objetivo (52).

Puede advertirse que se trata de una *excepción jurisprudencial* al recordado *principio de unicidad* que —como vimos— impera en materia recursiva y que implica que cada vicio cuenta —por regla— con un único y exclusivo remedio para ser subsanado.

Por lo tanto, a partir de este precedente, ante la existencia de cuestiones esenciales omitidas, el agraviado puede incoar indistintamente aclaratoria o recurso extraordinario para lograr la subsanación pretendida. La falta de interposición de la primera no obsta a la procedencia del segundo. Claro está que de entablarse los dos mecanismos, debe hacerse en forma independiente y con fundamentación autónoma, requisitos que en modo alguno han sido modificados por la nueva doctrina. También debe tenerse presente que tampoco ha sido alterada la regla según la cual el pedido de aclaratoria no suspende el plazo para interponer los recursos extraordinarios, por lo que de pretenderse la utilización de ambos instrumentos, el término para cada uno correrá sin interrupciones recíprocas desde la notificación de la sentencia.

f) Sentadas precedentemente las principales pautas relativas a la definición de lo que constituye “cuestión esencial”, cabe ahora precisar en qué situaciones cabe considerar que la misma fue objeto de *omisión*.

Es doctrina inveterada de la Suprema Corte aquella según la cual sólo puede hablarse de omisión cuando la ausencia de tratamiento del tópico lo fue por descuido o inadvertencia (53).

En efecto, no existe conculcación del art. 168 de la Constitución si la preterición responde a una deliberada y exteriorizada decisión del juzgador de apartar el tema de su decisión, o —como ocurre frecuentemente— la articulación respectiva queda desplazada expresa o tácitamente por las razones expuestas en la sentencia (54) o la forma de resolver importa su tratamiento implícito por la negativa (55). En estas situaciones,

---

(52) Concluyó el voto mayoritario que:

“La ausencia de tratamiento del nombrado ítem, constituye omisión de una cuestión esencial, porque tiene gran gravitación sobre la suerte de la causa y su remedio puede buscarse por la aclaratoria y también por el remedio que aquí propuso la quejosa”.

“A mi criterio la doctrina tradicional le impone *una gravosa carga a la parte*, cercenándole un carril impugnativo extraordinario expresamente previsto por la Constitución bonaerense (art. 168) y por el Código adjetivo (arts. 296 a 298), obligándolo a transitar al recurrente un sendero —aclaratoria— que si bien es apto para dichos fines (art. 166, inc. 2 del C.P.C.C.), a esta altura resulta tardío, lo que implica un exceso de ritual”.

“En efecto el agraviado tiene la posibilidad de ejercer la aclaratoria —no la carga— a fin de suplir esta omisión, pero si deja de utilizar dicho carril no por ello pierde el recurso extraordinario de nulidad” (énfasis en el original).

(53) Conf. SCBA, Ac. 94.206, sent. del 27-XI-2006; Ac. 98.188, resol. del 20-XII-2006; L. 88.850, sent. del 20-XII-2006; L. 89.978, sent. del 7-II-2007, entre muchas otras.

(54) SCBA, Ac. 94.206, sent. del 27-XI-2006..

(55) Por ejemplo, en el recordado problema de la procedencia del recurso extraordinario de nulidad cuando la Cámara de Apelaciones omite pronunciarse expresamente sobre los reparos de la apelada a la suficiencia de la expresión de agravios (v. *supra*, nota al pie 34), la mayoría del Tribunal, luego de considerar que el punto reviste carácter esencial, entiende al día de la fecha —por mayoría— que al expedirse sobre el fondo está rechazando implícita-



el cuestionamiento debe ser intentado a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Así, si la Cámara entendió que un capítulo de la apelación deducida no debía ser tratado por ser inadmisibles esa parcela del embate (por ej., sentencia no recurrible en dicho punto) o por encontrarse firme una decisión previa sobre el tema, se da un caso de desplazamiento expreso sobre el tema de fondo mediante motivaciones expuestas en el pronunciamiento. Allí corresponde directamente atacar la conclusión de marras por la vía del art. 278 y ss. del CPCC, demostrando la sinrazón de lo expuesto en el decisorio sobre la admisibilidad del recurso o sobre la preclusión del ataque.

Igualmente, si existe un desplazamiento lógico que deriva implícitamente del modo de razonar del fallo, debe acometerse contra el acierto jurídico de dicha conclusión del judicante de grado, para que después, en caso de tener éxito y por vía de recomposición positiva (art. 289, inc. 2, C.P.C.C.) o de reenvío (esto último en situaciones excepcionales), pueda ser resuelto el tema dependiente en su abordaje de la suerte del principal. Por ejemplo, si la Cámara rechaza una pretensión resarcitoria por ausencia de legitimación activa o pasiva, obviamente no serán abordados los demás aspectos de la responsabilidad imputada (factor de atribución, causalidad, daño, etc.) que se tornan inoficiosos. Por consiguiente, dichos temas no son tratados como lógica consecuencia del resultado obtenido, lo que impide cuestionar esta "omisión" por la senda invalidativa que venimos estudiando. Como adelantamos, debe acudirse por medio del recurso de inaplicabilidad de ley, demostrándose el error de lo afirmado por el *a quo* sobre la *legitimatío ad causam*, para luego obtener pronunciamiento sobre el fondo (sea directamente en la Corte, conf. art. 289, inc. 2, ord. cit., o por reenvío, en los casos excepcionales en que la misma lo ha considerado procedente).

En síntesis, en estas hipótesis *nunca* será el recurso extraordinario de nulidad el que permita postular el tratamiento de los temas no abordados.

## 2. Ausencia de mayoría

La mayoría de fundamentos es un recaudo central (56) de validez de cualquier resolución adoptada por un cuerpo colegiado. De hecho, puede afirmarse que tiene la misma entidad que la exigencia misma de motivación del decisorio, dado que cuando estamos ante un tribunal de integración plural, la única forma en que puede entenderse que *el órgano* dio su opinión y no sus componentes personalmente, es hallando dicha uniformidad conceptual. Sin mayoría, la sentencia *como acto del cuerpo* es idéntica a una que carece de toda fundamentación: sólo una diferencia estética separa a ambas especies, porque ontológicamente son lo mismo.

Sabido es que no siempre resulta sencillo encontrar la aludida coincidencia sustancial entre los magistrados votantes. De no lograrse la misma, dos caminos puede estructurar el ordenamiento procesal para salvar la situación.

---

mente el pedido de deserción en los términos de los arts. 260 y 261 del CPCC (v. SCBA, Ac. 74.090, sent. del 8-VI-2005)

Otro de los tantos ejemplos ejemplo de esta situación (tratamiento implícito de la cuestión), puede encontrarse en el precedente fallado en la causa L. 77.938, sent. del 28-VI-2006. Se cuestionaba allí la omisión del planteo formulado sobre la extemporaneidad de la objeción constitucional. Por mayoría, la Suprema Corte consideró que el tema fue tratado implícitamente al abordar el fondo del planteo constitucional: "la primera de las cuestiones denunciadas como preteridas quedó resuelta implícitamente en tanto el tribunal de grado analizó la objeción constitucional planteada por la legitimada activa, la que consideró articulada en tiempo y forma".

(56) En este sentido, la CSN ha entendido reiteradamente que se trata de una exigencia "indispensable" (*Fallos* 310:2236, entre otros).

Uno es integrar el tribunal con otros jueces hasta alcanzar el objetivo señalado. Es lo que ocurre en la justicia nacional con las distintas salas de las Cámaras de Apelación o con las sentencias de la Corte Suprema de la Nación (arts. 23 y 26, dec. ley 1285/58).

Otro es organizar el debate mediante la división de cuestiones, escalonando así el pronunciamiento de modo de ir avanzando progresivamente en la resolución de interrogantes parciales que vayan despejando las disparidades de criterio y permitan arribar a una decisión final válida (57). Este es el régimen que rige en la Provincia de Buenos Aires. Si bien algunos autores (58) y tribunales no han compartido esta forma de resolver y siguieron la técnica aludida en el párrafo anterior (propia de la jurisdicción nacional), la Suprema Corte local ha descartado tal proceder, calificándolo de "insólito" al anular de oficio una sentencia que así se pronunciara (59).

(57) Para dar un ejemplo sencillo, imaginemos que ante un recurso de apelación interpuesto ante su sede, los tres integrantes del tribunal se expiden de este modo: el primero (A), afirma que el recurso es inadmisibles (por ejemplo, por haber sido interpuesto por quien no es parte); el segundo (B), discrepando con su colega preopinante, expresa que pese a que sólo las partes pueden apelar, en ciertas circunstancias excepcionales, los terceros también pueden hacerlo, y pasando al fondo del asunto, considera que el recurso es fundado y la sentencia debe ser revocada; el tercero (C), de su lado, coincide con el anterior voto en cuanto a que el embate es admisible pese a ser un tercero el presentante, aunque en cuanto al mérito del asunto, propone que la sentencia sea confirmada por ser justa.

Ante este panorama, tendríamos un voto por la revocación (B) y dos por la confirmación del decisorio (A y C), aunque por diversos fundamentos: uno por considerar que la queja es inadmisibles y otro por apreciar que, pese a ser admisible, la crítica resulta infundada ya que la sentencia es ajustada a derecho.

¿Cómo se resuelve el problema con la técnica de dividir las cuestiones? Planteando un primer interrogante en el acuerdo: "¿Es admisible el recurso de apelación de fs. ...?", sobre el que se deben expedir los tres miembros del cuerpo, resolviendo el punto en discusión. De ser afirmativa la respuesta de la mayoría, se pasa a un segundo tópico: "¿es justa la sentencia apelada?", en cuya solución quien opinaba por la negativa a la cuestión anterior ha quedado vinculado por lo decidido por mayoría al respecto, así que no podrá ya utilizar este óbice para eludir entrar en el fondo del asunto.

Se trata de un ejemplo de sencilla resolución y que no necesita más precisiones, aunque claro está que en la práctica no siempre la separación del discurso en fases sucesivas es tan fácil. Sin embargo, la inteligencia y pericia argumental (cualidad que juega siempre un papel fundamental en la estrategia decisoria de todo cuerpo de integración plural) deja en general escaso margen para situaciones insalvables en la materia.

(58) Tessone, Alberto, *Recursos extraordinarios ...*, ob. cit., p. 97.

(59) SCBA, causa Ac. 84.897, sent. del 10-V-2006. Expresó allí la Casación local:

"Luego de reglamentar varios aspectos relativos al funcionamiento de las Cámaras de Apelación (integración por ausencia, Plenarios, etc.), el art. 47 de la norma citada [se refiere a la ley 5827] establece, para las del interior, que podrán sentenciar válidamente con el voto concurrente de dos de sus integrantes, 'siempre que hubiere conformidad de opiniones'".

"La falta de acuerdo en un tribunal colegiado, esto es, las disidencias, no es un fenómeno inusual, mas frente a esta situación se acude a un procedimiento simple: la división de cuestiones, cuyas votaciones y las mayorías así obtenidas van orientando el alcance de las siguientes cuestiones".

"Pero resulta a todas luces inadmisibles que una cuestión se decida con el voto de un número de jueces superior al que la ley respectiva le ha asignado al tribunal de que se trate".

"Razonando por reducción al absurdo, si en el caso que nos convoca, el cuarto juez no hubiese coincidido con ninguno de los magistrados, y aceptando el criterio aquí seguido por el tribunal bahiense, se hubiesen debido sumar nuevos integrantes hasta lograr mayoría.

Corresponde reiterar que la mayoría no sólo opera en torno al sentido del pronunciamiento, sino a los fundamentos de la misma (60). No basta, por consiguiente, con adherir a “la propuesta dispositiva” o con votar en el mismo sentido “por ser la íntima convicción del suscripto” (61). Entre los votantes que definen la suerte del acuerdo debe compartirse la parte esencial de la opinión, sea mediante adhesión al voto *in totum* o a la parte dirimente del mismo (sin perjuicio de dejar a salvo o incluso discrepar en aspectos desarrollados *obiter dicta*), o también dejando expresado autónomamente el pensamiento de cada uno de los jueces que integran la mayoría, siempre que exista coincidencia sustancial entre ellos (62).

Este mismo razonamiento permite concluir que el número de votantes, potencialmente, podría coincidir con el de jueces habilitados en ese Departamento Judicial (y aún excederlo), si no mediaba coincidencia en el porcentaje de responsabilidad (art. 39, ley 5827”).

“Esta situación no es menor, no se trata de un defecto en la constitución del tribunal (superado en muchos casos por la previsión del art. 47 de la ley 5827), sino que lo relevante es el dictado de una sentencia por un tribunal inexistente, que no está previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no hay norma en ella que permita justificar tan anómala composición”.

“Y si se considera la constitución natural del tribunal, la sentencia ha sido dictada sin lograrse las mayorías legal y constitucionalmente exigidas (arts. 168, Const. Prov.; 266, C.P.C.C.) porque no media en autos ningún motivo que permita la integración de aquél (arts. 39, 40, ley 5827)”.

“Así las cosas, entiendo que la declaración de nulidad de oficio del pronunciamiento se impone como única alternativa”.

(60) La SCBA ha incluso anulado de oficio fallos que carecen de la mayoría exigida por el art. 156 de la Constitución Provincial, exigencia que *no queda satisfecha únicamente con la mayoría de resultado* (conf. SCBA, Ac. 47.283, sent. del 3-XII-1991; Ac. 63.444, sent. del 10-VI-1997). Es lógico este proceder del Máximo Tribunal, ya que ante la ausencia de mayoría de opiniones, aun cuando la parte no interponga recurso extraordinario de nulidad sino de inaplicabilidad de ley, el órgano se ve impedido de conocer este último y ejercer su misión casatoria de los errores *in iudicando* (P. 53.295, sent. del 28-12-1995).

(61) Este último supuesto presenta cierta controversia. El caso es el de un acuerdo en el que los que emiten su sufragio en segundo y tercer orden votan “por la afirmativa” o “por la negativa” siendo ello su “sincera convicción”, pero *sin adherir a la opinión del Ministro ponente*.

A nuestro juicio dicha forma de resolver no cumple con la manda del art. 168 de la Const. local, que exige coincidencia sustancial de sentido y fundamentos, sin que dicha *homogeneidad cualitativa* pueda advertirse en la fórmula aludida.

Sin embargo, la SCBA ha validado tal proceder, considerando por mayoría que pese a la ausencia de adhesión queda claro que ésa ha sido la intención y que “la duda que pudiera albergarse queda disipada en tanto en el veredicto se deja constancia de la unanimidad obtenida al tratarse las cuestiones planteadas precedentemente” (P. 43.819, sent. del 9-II-1993; P. 46.073, sent. del 23-IV-1994; P. 47.728, sent. del 2-VIII-1994; P. 43.302, sent. del 21-III-1995; P. 54.807; P. 50.413, sent. del 8-VII-1997; sent. del 2-XII-1997). Sin embargo, quedaría por ver lo que ocurriría en el caso que al cerrarse el acuerdo no conste dicha “unanimidad” o “uniformidad” que salvaría la falta de adhesión expresa.

(62) No debe asimilarse mayoría de fundamentos a consagración de doctrina sobre un punto determinado. En un precedente de la CSN resuelto ante un recurso promovido contra una decisión de ese mismo Tribunal, éste se expidió rechazando el planteo, expresando que “la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (*aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración*) no es obstáculo para que se estime lograda una *mayoría real*, cuando sobre el fondo del asunto *haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones* a que los jueces del Tribunal colegiado arriben” (*Fallos* 311:2023, el resaltado nos pertenece).

Del voto de la minoría en dicho asunto parece surgir que el cimero cuerpo siguió allí una línea más flexible respecto de la homogeneidad sustancial requerida en los fundamentos del

En cuanto a este último aspecto, no es inusual encontrar que en los fundamentos dados a los votos que contienen desarrollos autónomos sobre la problemática puesta a conocimiento de los órganos colegiados, no se coincida sustancialmente respecto del sustento del pronunciamiento. En estas hipótesis, para analizar la procedencia del recurso extraordinario de nulidad debe realizarse un análisis cualitativo de la argumentación de cada judicante (63).

Así, por ejemplo, en materia penal la SCBA ha anulado la sentencia en la que el voto del juez del primer término del Tribunal de Casación expuso que lo relativo a la determinación de la pena es de la órbita de los jueces de mérito, y en principio, ajena a la competencia de dicho Cuerpo, salvo que se invoque y se demuestre arbitrariedad manifiesta, violatoria de la defensa en juicio. El magistrado que emitió su voto en segundo término, sostuvo en cambio que “el estancamiento que la teoría de la medición judicial de la pena sufrió durante decenios, se debió decisivamente a su incapacidad de alejarse del dogma de la discrecionalidad del juez de la instancia en la fijación de las consecuencias del delito”; que “la medida de la pena debe ajustarse a los indicadores de los arts. 40 y 41 del Código Penal, y cuando no se sigue el camino correcto, se está ante una cuestión casable”. Y sentado ello, afirmó que “el recurso pasa de largo, sin razón valedera sobre la posibilidad de contabilizar el empleo de un arma de fuego como aumentativa, ya que tiene un mayor poder vulnerante que otras...”, señalando además que el recurrente “no explica cómo se transgrede el sistema de los artículos 40 y 41 del Código Penal por la falta de fundamentación que atribuye a la colecta de la nocturnidad y pluralidad de intervinientes, mientras olvida que la primera, con su cotejo de soledad, confusión y desamparo, determina la concurrencia de la agravante...”. Encontró el Máximo Tribunal bonaerense que en dicho contexto, no podía encontrarse configurado el requisito que venimos analizando, anulando parcialmente el decisorio y mandando a dictar uno nuevo con relación a la determinación de la pena (64).

fallo y la consecuente insuficiencia de la mayoría “de resultado”. Sin embargo, más allá de si dicha atenuación fuera cierta de acuerdo a las circunstancias del caso, debe advertirse que es acertado el criterio según el cual una sentencia puede hacer mayoría de opiniones sin sentar doctrina sobre un punto. Ahora bien, esto no significa que baste la existencia de un “vencedor y un vencido” para lograr una “mayoría real”. Tampoco que baste un mero “cómputo” de las conclusiones, sino —utilizando las palabras de Hitters— una verdadera “valoración cualitativa” (v. siguiente nota al pie).

(63) Conf. Hitters, *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., § 206.

(64) Los ejemplos se multiplican:

Así, en la causa P. 63.675 (sent. del 4-VI-2003), la SCBA dejó sin efecto una decisión que incurrió en semejante defecto en el tratamiento de las circunstancias atenuantes del delito. El juez ponente había expresado que valoraba en tal carácter “...el buen concepto informado... y el hecho de que el arma secuestrada se encontraba descargada...”, mientras que quien se expidió en segundo término adhirió al votante anterior a excepción del punto recién aludido expresando al respecto que “... [la circunstancia que] el arma utilizada para intimidar y consumar el despojo estuviese descargada no constituye una atenuante pues precisamente tal circunstancia conlleva aplicar la calificación legal más benigna...”, apartándose de tal modo de la valoración de dicha pauta morigeradora de la pena. Meritó en cambio en tal carácter “...la sincera y amplia confesión que del hecho el acusado oportunamente, ha efectuado facilitando el esclarecimiento del mismo...”.

También fue declarado procedente el recurso extraordinario de nulidad en el que —con invocación del art. 168 de la Constitución Provincial— se denuncia la ausencia de mayoría de opiniones requerida por dicha norma en lo atinente a la calificación legal del hecho motivo de condena, si el juez que emitiera su voto en primer término analizó los agravios de la defensa —referidos al extremo aludido— resolviendo en contra de las pretensiones de la defensa de calificar el hecho como robo simple, el magistrado que votó en segundo término discrepa con lo resuelto por el primero respecto de otros agravios pero no emite opinión en el punto ni adhiere al primero, y el tercer magistrado adhiere al segundo, para finalmente, confirmar el fallo de primera instancia que condenaba al procesado como autor del delito de robo calificado por efracción (SCBA, P. 62.998, sent. del 3-VII-2002).

Cuando se utiliza el mecanismo de adhesión al voto del magistrado preopinante (65), como adelantamos, la coincidencia debe quedar exteriorizada en la sentencia y referirse tanto al sentido como a los fundamentos (66). Claro está que no son necesarias fórmulas sacramentales, ni la confección de la sentencia debe imprescindiblemente estar signada por el escrúpulo de insertar dicha *fórmula* en cada una de las cuestiones abordadas, pero siempre debe constar la coincidencia de opinión *en todos los puntos* tratados, *independientemente de la ubicación* en la que obre dicha manifestación (67).

También debe recordarse que no sirve para formar mayoría la adhesión que es seguida de una argumentación contradictoria con la opinión que se suscribió (68). Lo mismo ocurre si a continuación de la adhesión el juez “deja a salvo” su opinión respecto de aspectos troncales del pronunciamiento inicial, que restan eficacia a la genérica manifestación con la que se inicia el voto (69).

### 3. Falta de acuerdo y voto individual.

Suele señalarse como formalidades constitucionales imperativas de las sentencias dictadas por los Tribunales colegiados de la Provincia de Buenos Aires, las del “acuerdo” y “voto individual” (70).

(65) La adhesión significa que existe voto del juez adherente con idénticos fundamentos a los del que se remite, pero por una razón de simplicidad obvia su repetición, integrándose de esa manera la mayoría de opiniones requerida por la Constitución Provincial (conf. SCBA, P. 52.079, sent. del 9-IV-1996; P. 59.393, sent. del 5-V-1998; Ac. 56.604, sent. del 10-III-1998; Ac. 57.125, sent. del 21-III-2001; Ac. 79.166, sent. del 2-X-2002; Ac. 84.116, sent. del 11-V-2005; Ac. 83.748, sent. del 1-III-2006, entre otras).

(66) El requisito de la concurrencia de mayoría de opiniones exigido por la norma constitucional sólo queda cumplido si la sentencia fue dictada por dos integrantes del tribunal que emiten su voto en el mismo sentido y por los mismos fundamentos (doct. SCBA causas P. 49.741, sent. del 27-XII-1994; P. 60.362, sent. del 23-VI-1998; P. 68.188, sent. del 18-VII-2001; P. 61.568, sent. del 24-IV-2002; Ac. 69.165, sent. del 25-VIII-1998 en ED 182-409; Ac. 57.125, sent. del 21-III-2001; Ac. 84.116, sent. del 11-V-2005; Ac. 91.667, sent. del 3-V-2006, entre otras).

Un curioso caso de adhesión a los fundamentos presenta el fallado en la causa L. 77.798 (sent. del 19-II-2002), en el que el primer votante en un Tribunal de Trabajo había relatado la posición mayoritaria de dicho cuerpo en causas anteriores acerca de la incorporación de determinado operario en un régimen laboral específico, exteriorizando su posición en contrario, aunque acatando esa visión que no compartía. A juicio de la SCBA, las adhesiones emitidas por los restantes jueces del tribunal, concurrieron indudablemente a conformar la mayoría de opiniones exigida por el art. 168 de la Constitución de la Provincia sin comprometer la bondad formal de la sentencia.

(67) Es constitucionalmente válido el voto cuyos fundamentos no se expresan *in extenso* sino por adhesión, en el mismo sentido y por los mismos brindados en un voto anterior emitido en el mismo acuerdo y el cual se halla debidamente fundado, *siendo insustancial que se efectúe en un mismo párrafo o en forma individual* (conf. SCBA, Ac. 88.150, resol. del 6-X-2004).

(68) Una aplicación de esta doctrina se presenta en los casos en que si bien los dos primeros votantes se expiden en el mismo sentido aunque por diversos fundamentos *no excluyentes entre sí*, el tercero sigue la opinión de ambos. En tal hipótesis, la adscripción del último magistrado al parecer de sus colegas, permite concitar mayoría (doct. causas P. 40.247, sent. del 21-VIII-1990; P. 66.108 sent. del 16-X-2002).

(69) SCBA, Ac. 71.073, sent. del 3-VIII-1999. En minoría, Hitters consideró allí que la amplitud de la adhesión inicial no se ve menguada por la circunstancia de que un vocal deje a salvo opinión *si no existe desarrollo argumental que la sustente*, agregando que dicha situación generaba duda suficiente acerca de la validez del decisorio, lo que juega a favor de su mantenimiento de acuerdo al conocido principio de “conservación” que rige en materia de nulidades procesales.

(70) Ibáñez Frócham, Manuel, *Tratado de los recursos ...*, ob. cit., § 146, p. 221; Tessone, Alberto, *Recursos extraordinarios ...*, ob. cit., p. 96.

Como hemos adelantado, dispone el art. 168 de la Constitución local que “los jueces que integran los tribunales colegiados, deberán dar *su voto* en todas las cuestiones esenciales a decidir”. De esta cláusula se deriva uno de los motivos típicos del recurso en tratamiento, que es la ausencia de voto individual.

Sin embargo, no existe en la citada Carta una disposición imperativa que exija que los cuerpos de integración plural deban expedirse en forma de “acuerdo”.

Este paso procesal clave constituye una forma de deliberación concentrada de las cuestiones sometidas a su conocimiento, a través de un acto al que concurren los magistrados revestido de ciertas solemnidades y formalizado en un acta final, que culmina con el dictado del pronunciamiento por parte del Tribunal. No creo que en términos conceptuales quepa confundir el acuerdo con el voto individual, o —mejor dicho— que deba considerarse a ambos sistemas como recíprocos o de interacción necesaria. Es posible que un cuerpo colegiado se reúna en acuerdo para resolver los casos, sin que sus integrantes deban necesariamente dar su voto particular en los asuntos respectivos (71). Y también, aunque no se da en la práctica en los sistemas vigentes, sería viable que los magistrados extiendan su voto individual de un modo diverso al del acuerdo.

Esto permitiría poner en duda el aserto de que, en la Provincia de Buenos Aires, la Constitución imponga que los órganos colegiados del Poder Judicial se expidan en “acuerdo”.

Como ha sido adelantado, autores como Ibáñez Frócham se pronuncian en sentido contrario a lo afirmado. Con contundencia afirma el recordado publicista platense que “en la justicia provincial la Constitución exige, para las sentencias definitivas, la forma de ‘acuerdo’ (art. 156 [numeración anterior a la reforma constitucional de 1994, actual art. 168, cuyo texto es idéntico])”. Sorprende que incluso se entrecomille una expresión que no está en la norma supralegal aludida.

La definición parte quizá de mantener demasiado en el tiempo el abordaje que de la casación por defectos de forma se realizara antes de sancionarse el texto constitucional de 1934. En efecto, previo a dicha reforma, si bien no estaba consagrado autónomamente en la Carta Magna el medio impugnativo examinado, sí se preveían las formalidades necesarias de las sentencias de los tribunales colegiados (arts. 170, 171 y 176) (72). En el primero de los preceptos aludidos se establecía una variante asimilable a la regulación procesal de los acuerdos (v. actualmente, art. 266 del CPCC), lo que probablemente haya dejado la impresión en los expositores de que dicha exigencia se mantuvo en el tiempo, lo que —a juzgar por el texto sancionado desde 1934— no sucedió.

Es cierto que el art. 168 remite a las “formas establecidas en la legislación procesal”, lo que de alguna manera (73) permitiría encontrar razón a la exigencia analizada, en ámbitos en los que la normativa específica lo hubiera indicado (vg., Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial, art. 266, CPCC).

(71) Por ejemplo, art. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil (Acordada 856/90). Igualmente, la CSJN se reúne en acuerdo (art. 70, reglamento para la Justicia Nacional, Acord. CS del 17/12/1952), pero vota las causas de modo impersonal.

(72) V. De la Colina, Salvador, *Derecho y legislación procesal*, Librería Nacional, 1910, t. II, p. 216.

(73) “De alguna manera” ya que no todas las formalidades establecidas en las leyes procesales para las sentencias (vg., fecha, firma, etc.) habilitan que su incumplimiento sea planteado por recurso extraordinario de nulidad. Por lo que lo dicho en el texto sólo marca la búsqueda por encontrar algún sustento normativo parcial al extendido criterio según el cual el acuerdo es una formalidad constitucionalmente impuesta en la Provincia de Buenos Aires.

Lo cierto es que, a pesar de estas elucubraciones, la Suprema Corte de la Provincia ha considerado al acuerdo como una forma constitucional imperativa (art. 168, Const. Pcial.), consagrándola—en interacción con el recaudo de voto individual— como motivo de procedencia del recurso abordado (74) e incluso como causal de anulación oficiosa, en los casos en que el pronunciamiento en crisis se expida sobre cuestiones esenciales (75).

En cuanto al voto individual, sabido es que no significa la exteriorización *in extenso* de la opinión del judicante. En efecto, no importa incumplimiento de tal recaudo el expedirse en adhesión a las consideraciones de colegas preopinantes (76). En lo que

(74) SCBA, Ac. 77.851 (sent. del 19-II-2002); Ac. 84.615 (sent. del 29-XII-2004), etc.

(75) Si bien en alguna oportunidad la Casación bonaerense se había pronunciado en el sentido de que *toda cuestión definitiva* debía ser resuelta —bajo sanción de nulidad— con observancia de las formalidades de acuerdo y del voto individual (SCBA, Ac. 40.315, sent. del 7-III-1989; SCBA, Ac. 59.248, sent. del 25-III-1997), es doctrina actual de la misma que sólo resulta imperativa dicha modalidad de decisión cuando la *cuestión además de ser definitiva, se expide sobre cuestiones esenciales*. La distinción es relevante en los casos de sentencias definitivas “por asimilación” (art. 278, CPCC), es decir, aquellas que sin ser las que resuelven el fondo del asunto condenando o absolviendo, se expiden sobre cuestiones incidentales que ponen fin al proceso o impiden su continuación o generar un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior. Este tipo de decisiones, pese a que pueden ser cuestionadas a través de los recursos extraordinarios, no deben ser falladas mediante acuerdo y voto individual (Ac. 79.343, sent. del 10-IX-2003).

Entre las decisiones que pese a ingresar a la sede extraordinaria (por ser definitivas) no se ha considerado que versan sobre cuestiones esenciales y —por ende— pueden ser dictadas por auto interlocutorio con votos impersonales, se encuentran: la que declara extemporánea la expresión de agravios (Ac. 46.930, sent. del 28-III-1995); la que declara tardío el depósito del comprador en subasta, la relativa a la admisibilidad del recurso de apelación deducido por el síndico; la que rechaza la queja por apelación denegada contra una sentencia definitiva (Ac. 90.374, res. del 28-IX-2005). V., en general sobre los ejemplos citados, causas Ac. 43.669 (sent. del 8-IX-1992); Ac. 79.343 (sent. del 10-IX-2003); Ac. 87.352 (sent. del 1-III-2006 —voto del Dr. Negri—).

Mientras que, por el contrario, se ha considerado que deben ser resueltas por acuerdo y voto individual por expedirse sobre cuestiones esenciales pese a no ser sentencias definitivas *stricto sensu* (es decir las que definen la suerte de la pretensión fondal): la que resuelve la incompetencia de la justicia provincial para entender en una quiebra (conf. SCBA, Ac. 91.746, resol. del 30-XI-2005); la que en el ámbito de un proceso iniciado como amparo decretó una medida cautelar autosatisfactiva ordenando a una obra social la prestación básica de un servicio de salud en modo urgente (Ac. 90.868, sent. del 15-XII-2004); la que desestima el pedido de regulación de honorarios del Defensor Oficial (Ac. 81.797, resol. del 26-III-2003); la que declara la inaplicabilidad al caso de la ley 24.283 (de desindexación) (Ac. 77.989, sent. del 21-III-2001).

(76) Es constitucionalmente válido el voto cuyos fundamentos no se expresan *in extenso* sino por adhesión a un voto anterior emitido en el mismo acuerdo (SCBA, causas Ac. 71.446, res. del 9-6-1998; Ac. 75.077, resol. del 23-VI-1999; Ac. 79.058, resol. del 30-VIII-2000; SCBA, Ac. 81.306, resol. del 25-IV-2001; SCBA, Ac. 86.775, resol. del 30-IV-2003, entre otras).

Pocas voces se han alzado en contra de este ejercicio del voto “en adhesión”, ya que en los casos de coincidencia de fundamentos sería absurdo imponer al segundo juez la reiteración de lo expresado por su colega. Sólo cabe recordar las lejanas palabras de De la Colina en contra de dicho proceder, que consideraba violatorio de la manda suprallegal de que cada magistrado expida “su” voto.

Sostenía dicho autor que “para fundar una opinión, se necesita un conocimiento mayor de la cuestión que para adherirse simplemente a la que otro haya antes expuesto ... La Corte ha rechazado siempre este recurso, como era consiguiente que lo hiciera, porque ella misma usa también del procedimiento del bonete [nota: se refiere a la prohibición existente en los

hace al contenido de la adhesión y a las posibles contradicciones que puede asumir el agregado de consideraciones adicionales, entre otros problemas propios de este modo de exteriorizar el sufragio, son todos tópicos analizados en el ámbito del recaudo de la "mayoría de fundamentos", adonde remitimos.

#### 4. Ausencia de fundamentación normativa

a) Hemos adelantado que el art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que las sentencias pronunciadas por los jueces y Tribunales letrados (77)

---

tribunales ingleses y franceses de votar *au bonnet*, es decir, por simples adhesiones que se suponen prestadas mediante un saludo con el birrete con que los magistrados administran justicia) ... Difícil será que no haya un argumento, una observación, un detalle nuevo que agregar. Aunque así fuera, cada uno tiene su medio peculiar de manifestar las ideas y de encarar las cuestiones que se le someten. Cada cual, pues, dará a su razonamiento una fisonomía propia que imprimirá al conjunto el sello de la verdad buscada y constatada por diversos procedimientos intelectuales. El raciocinio propio fija y esclarece mejor las ideas ... para seguir el discurso ajeno no se precisa la misma profundidad e intensidad de pensamiento ... Cuántas adhesiones no se habrían convertido en disidencias si los señores jueces hubieran tratado de fundar por sí mismos las convicciones que creyeron tener, en vez de manifestarlas con un saludo de bonete!".

Nos sumamos a la voz opuesta al parecer del recordado profesor de La Plata. A los fundamentos ya dados tanto por la doctrina como por la Suprema Corte para validar esta modalidad de pronunciamiento (que no implica de por sí la ausencia de estudio y reflexión acabada de la cuestión), debe sumarse una reflexión que hoy en día merece ser reiterada. Es que no sólo cabe en la actualidad analizar si corresponde legal y constitucionalmente desarrollar el propio raciocinio por más que sea en coincidencia con el juez preopinante. Ya está visto que dicha mecánica no es exigible. A lo que agregamos discrepando con el autor que citamos en el párrafo anterior: tampoco es conveniente. La seguridad que debe emanar de las doctrinas sentadas por un Tribunal de Casación es incompatible con la exteriorización de opiniones coincidentes pero planteadas "con una fisonomía propia", en las palabras de De la Colina. Más valioso es al día de hoy lograr una fórmula sólida y consensuada a la que adhiera la totalidad del Cuerpo y que se transmita fácilmente a los destinatarios y operadores del servicio.

Un ejemplo de esta preocupación por la uniformidad del mensaje sentencial ha sido dado recientemente por la Corte Suprema de la Nación, en la conocida causa "Massa" (M. 2771. XLI., "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986", sent. del 27-XII-2006). Más allá del acierto con el que se puso fin allí al debate sobre la "pesificación" de depósitos a plazo luego de la crisis financiera de 2001, debe ponerse la lupa en el esfuerzo por la búsqueda de coincidencias, exteriorizado en el mismo fallo (consid. 9º y 10º, que se transcriben):

"10) Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas".

"11) Que esta sentencia constituye, por lo tanto, el corolarlo de un prolongado y fecundo debate entre los miembros de este Tribunal que, en pos de dar una respuesta institucional a una controversia de inusitadas características, han dado prioridad a los puntos de coincidencia en cuanto a la ponderación de los resultados para lograr la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución Nacional".

(77) Con la supresión de la justicia de paz lega en la Provincia de Buenos Aires a partir del año 1978 (dec. 9229/78), la distinción del art. 171 de la Carta Local, que establece el deber de fundamentación normativa exclusivamente para los judicantes "letrados", no tiene operatividad alguna, ya que al día de la fecha todos los tribunales de justicia revisten tal calidad.



“serán fundadas en el *texto expreso de la ley*; y a falta de éste en los *principios jurídicos* de la legislación vigente *en la materia respectiva*, y en defecto de éstos, en los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Se consagra así el deber de motivación legal de los pronunciamientos jurisdiccionales, cuya ausencia es causal de invalidación del fallo, por vía de recurso extraordinario en tratamiento.

Nuevamente se hace aquí dificultoso el deslinde entre el embate examinado y el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 en la órbita del Máximo Tribunal federal, en el que la doctrina de la arbitrariedad permite atacar toda clase de errores de fundamentación del decisorio (78), en la casación local coexisten con esa finalidad los dos principales medios impugnativos.

Para evitar la yuxtaposición de los mismos, la jurisprudencia del Máximo Tribunal fue recortando sucesivamente el alcance del art. 171 de la Carta Local, dejándole escaso margen de operatividad y fortaleciendo el contralor de fundamentación en el ámbito del recurso de inaplicabilidad de ley.

Es que entre una sentencia absolutamente carente de motivación (es decir, sin ningún sustento fáctico ni normativo, una especie de decisionismo judicial que impone la solución sin explicar razones) y otra perfectamente fundada (con un desarrollo y dilucidación acabados de los puntos necesarios para dar adecuada respuesta a la controversia), hay una amplia zona gris compuesta por una innumerable variedad de vicios argumentales.

Está claro que el primero de los supuestos (que en la práctica es poco común, ya que alguna motivación, por más pobre o arbitraria que pueda llegar a ser, habitualmente se ensaya por parte del sentenciante) es materia de la especie casacional estudiada en este trabajo. Tampoco caben dudas acerca de la improcedencia de esta vía y la necesidad de utilizar el recurso de inaplicabilidad de ley en las hipótesis que se acercan en mayor o menor medida a la segunda de las situaciones explicitadas en el párrafo anterior.

El interrogante se presenta conceptualmente en las hipótesis de deficiencias graves de motivación que, sin embargo, no se concretan en una carestía total de citas legales. La regla en estas circunstancias, como veremos más abajo, es la necesidad de encarrilar el embate por el sendero estatuido en los arts. 278, 279 y ss. del CPCC y no por el carril aquí analizado.

Las dificultades que genera el deslinde de los aludidos remedios en nuestro régimen son puestas de manifiesto por Hitters, quien critica frontalmente el motivo de anulación de marras:

“Nos parece que es ésta una causal cínica —sostiene el citado publicista— que así pergeñada no tiene razón de ser, pues si el decisorio no se basa en un precepto, entonces infringe la ley o la doctrina legal aplicable al caso, y por ende podría ser atacado por inaplicabilidad de ley (art. 279, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires), con la ventaja de que allí se resuelve sin reenvío”.

(78) V. Carrió, Genaro R. — Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 3ª ed., (que al desarrollar su conocida clasificación de las diversas variantes de este vicio sentencial entienden que una de dichas categorías es la que concierne a los “fundamentos de la decisión arbitraria” (v. pp. 57- 59 y 147-266); Sagúés, Néstor P., *Derecho Procesal constitucional. Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 2. pp. 145 y ss. (desarrollando como primera causal de “arbitrariedad normativa” a los casos de “sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas”).

“Consideramos entonces que el artículo 296 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires incurre en un verdadero error al encausar el remedio en estudio en el art. 171 de la Constitución, pues, reiteramos, la ausencia de motivación (art. 287, 2º apartado del Código Procesal Civil y Comercial bonaerense) es un vicio *in iudicando*, que debería repararse por inaplicabilidad de ley (sin remisión) [...]”

“En suma: si el dispositivo sentencial está ayuno de fundamentación, incurre en infracción de la ley o de la doctrina legal, pues no se aplica al caso la regla que le corresponde ¿Qué diferencia de esencia hay entre la ausencia total de basamento normativo y la fundamentación defectuosa?; sin duda en los dos casos hay violación de las reglas de derecho” (79).

Compartimos plenamente los conceptos allí vertidos. Únicamente nos parece oportuno agregar que el cambio necesario para remediar esta inadecuada sistematización recursiva debe concretarse por medio de una reforma constitucional del art. 161, inc. 3, ap. b) que determina a la infracción del art. 171 como motivo del recurso extraordinario de nulidad. Nos parece entonces que no nos hallamos ante una incorrección técnica del Código adjetivo, que no podría instalar a este vicio como materia del recurso de inaplicabilidad de ley, sin contrariar la primera de las disposiciones supralegales citadas. La sana supresión de la referencia al art. 171 en aquella cláusula de la Constitución, llevaría a que la denuncia de su conculcación, al igual que la de cualquier deficiencia de motivación, pueda ser intentada a través del mecanismo casatorio genérico del art. 279 del CPCC.

b) Veamos algunos parámetros sentados por la Suprema Corte al respecto para el régimen vigente:

En primer lugar, cabe señalar que —como inveteradamente ha sostenido el Máximo Tribunal local— en ningún caso puede cuestionarse a través de la denuncia de infracción del art. 171, el acierto jurídico del fallo (SCBA, Ac. 91.577, resol. del 2-III-2005, entre muchas otras), ya que dicha exigencia constitucional apunta a que el fallo esté fundado en expresas disposiciones legales, entrando en juego el recurso analizado sólo cuando el pronunciamiento carece de *toda* fundamentación jurídica y no cuando se objeta la corrección de la misma (conf. SCBA, Ac. 88.209, resol. del 14-IV-2004; Ac. 92.836, resol. del 20-IV-2005; Ac. 85.092, sent. del 7-IX-2005; SCBA, Ac. 91.957, sent. del 13-XII-2006, etc.).

Por ende, como premisa inicial cabe concluir con relación a la problemática antes descripta que el mecanismo de invalidación examinado no es la vía idónea para cuestionar cualquier defecto de motivación, sino exclusivamente para atacar una decisión *absolutamente* infundada o carente de cita legal. Como señala Ibáñez Frócham y ha sido puesto de manifiesto por la Suprema Corte, nada importa en este ámbito el acierto de la decisión atacada, ya que lo que interesa es que esté basada en una norma, aunque no se apoye en la pertinente (80), es decir, *aun en la situación que el precepto invocado nada tenga que ver con el caso juzgado* (81).

Se pone así un fuerte coto a la viabilidad de esta causal, ya que de acuerdo a la doctrina reseñada, basta con la inclusión en la sentencia de la cita de cualquier disposición, para que se considere cumplido el recaudo del art. 171 de la Constitución bonaerense.

(79) Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., pp. 658-659; v. también su opinión vertida en el mismo sentido, no ya en la órbita autoral sino jurisdiccional: SCBA, causa P. 68.754, sent. del 2-IV-2003.

(80) Ibáñez Frócham, *Tratado de los recursos ...*, ob. cit., pp. 246-251.

(81) Ac. 56.599, sent. del 23-II-1999 (por mayoría).

rense, aun cuando el precepto traído sea absolutamente *insustancial*. Toda crítica que se formule a partir de allí, repetimos, debe instarse a través del recurso de inaplicabilidad de ley.

Sin embargo, en el caso de referencias normativas incluidas exclusivamente en *capítulos accesorios* (por ej., referencia al art. 68 del CPCC al final del acuerdo, para definir la suerte de la imposición de las costas procesales luego de haber tratado el fondo del asunto sin citar dispositivo alguno), la Corte ha avalado la posibilidad de anular la decisión. Lo mismo en el caso de alusión a una ley mientras se reseñan los agravios del apelante o la mera cita de jurisprudencia (82).

#### V. Trámite (remisión). Resolución. Reenvío

1) Por remisión expresa del art. 296 del C.P.C.C., el trámite del recurso extraordinario de nulidad se rige en general por las reglas del de inaplicabilidad de ley (arts. 281 a 288 y 290 a 292, ord. cit.).

Ya hemos visto las diferencias que separan a ambos mecanismos casatorios, destacando —por ejemplo— que no rigen en este campo los recaudos de admisibilidad de contenido pecuniario (*suma gravaminis* y depósito). También se han puntualizado divergencias en aspectos relativos a la suficiencia recursiva (por ej., la necesidad de citar la disposición legal que se afirma infringida).

En lo relativo al procedimiento ante la Suprema Corte, la única diferencia destacable —que también rige en el ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad (art. 302, CPCC)— es la intervención necesaria de la Procuración General (83), a la que se debe dar vista para que dictamine sobre el pedido de invalidación postulado ante el Tribunal.

Para no desbordar los alcances del presente no nos adentraremos en los restantes aspectos de trámite, por ser comunes a todos los medios casacionales previstos en la Provincia de Buenos Aires.

2) La resolución del embate en tratamiento contempla otra particularidad que no se prevé en los restantes medios de gravamen que tramitan ante la SCBA: en caso de acogerse el recurso e invalidarse la sentencia en crisis (84), debe remitirse la causa a otro tribunal (85) para que decida nuevamente (art. 298, CPCC).

(82) SCBA, Ac. 75.911, sent. del 13-IX-2000; P. 80.280, sent. del 8-IX-2004. En este último precedente, con un criterio más amplio, se han incluido también las hipótesis de las citas genéricas o descripciones indeterminadas que implican *tal vacuidad que dejan sin sostén el decisorio*.

(83) Si bien el CPCC alude al "Procurador General", la Ley 12.061 (orgánica del Ministerio Público) prevé la figura del Subprocurador General, entre cuyas funciones se encuentra la de ejercer las que el titular del Ministerio Público le encomiende (art. 14, inc. 2, ley cit.). Entre estas misiones, el Subprocurador lleva adelante en la práctica la tarea de dictaminar en la mayoría de los recursos extraordinarios de nulidad promovidos en materia civil y comercial.

(84) Cabe señalar que la anulación puede ser parcial, si la causal respectiva no conlleva necesariamente la caída de todo el edificio sentencial: v., por ejemplo, P. 85.873, sent. del 24-VIII-2005.

(85) Si bien el Código se refiere a la remisión a "otro tribunal", la Corte ha señalado que en realidad lo que corresponde es que entienda *el mismo órgano*, aunque *integrado hábilmente* (es decir, mediante el mecanismo previsto en el art. ... de la ley 5827) no siendo correcta la remisión a una sala distinta o a otro cuerpo colegiado (Ac. 83.265, sent. del 10-XII-2003, fallo en el que se aclaró que de todos modos el indebido desplazamiento a otro cuerpo no es causal de nulidad; v. asimismo causas Ac. 42.427, sent. del 28-VIII-1990; Ac. 44.059, sent. del

El instituto del reenvío ha sido motivo de extensos y justificados cuestionamientos por la doctrina procesal (86), por ser considerado un resabio de la casación "pura" de fuente francesa cuya *ratio* no condice con la naturaleza de los Tribunales Supremos que al día de hoy ejercen la misión de preservar la debida interpretación de la ley y la custodia de las formas esenciales de la sentencia. Sabido es que por razones políticas originadas en la Revolución de 1789 (desconfianza de la Administración hacia los jueces pertenecientes al *ancien régime*) el diseño del sistema casacional galo estaba encabezado en sus orígenes por un cuerpo jurídico-político ajeno a la órbita del Poder Judicial. Por ello, para mantener el respeto hacia el principio de separación de poderes, el Tribunal de Casación se limitaba a controlar la debida hermenéutica de los textos legales, anulando en su caso la sentencia en crisis (*iudicium rescindens*) pero sin dictar un fallo positivo dando solución al conflicto conforme a derecho (*iudicium rescisorium*), sino remitiendo la causa a un nuevo judicante para que ejerciera dicha misión, que se entendía propia y exclusiva del Poder Judicial tradicional.

Como explican con detenimiento quienes se han dedicado en profundidad al análisis de estos antecedentes (87), la lógica que asistía a la creación del modelo prístino casacional no se presenta en nuestros días, en los que —como ocurre en general y específicamente en la Provincia de Buenos Aires— la competencia para el conocimiento de las vías extraordinarias de ataque ha sido encomendada a los máximos organismos del Poder Judicial.

Luego, al día de hoy carece de sentido institucional la escisión del pronunciamiento en fases. Sólo razones de oportunidad o conveniencia (y a veces motivos instrumentales propios del contenido de la decisión, que impiden resolver el fondo del asunto por ausencia de elementos de juicio suficientes) pueden justificar el mantenimiento del instituto del reenvío (88), tema sobre el que no nos detendremos en esta oportunidad, para respetar los límites impuestos a este trabajo.

---

5-XI-1991; Ac. 83.265, sent. del 10-XII-2003; Ac. 81.521, sent. del 3-III-2004; Ac. 89.960, sent. del 28-VI-2006, entre otras).

Más allá de las razones dadas por la Corte para justificar este entendimiento (prevención, inclusión del supuesto en lo normado en el art. 39 de la ley 5827 —integración del Tribunal por vacancia, etc.—) cabe tener presente que este criterio es más conveniente en la práctica en los departamentos judiciales que sólo cuentan con un Tribunal especializado de instancia única (vg., Tribunal laboral) o Cámara de Apelación en la materia, dado que de lo contrario debería remitirse el expediente a varios kilómetros de distancia.

(86) Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., § 153; Vázquez Sotelo, *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser, pp. 27 y ss.; Morello, Augusto M., "La contribución de la Corte Suprema a repensar la eficacia de las Cámaras de Apelación. La corruptela del reenvío innecesario", *LL*, 2000-C-747; De la Plaza, Manuel, *La casación civil*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1944, pp. 476-478; Levitán, José, *Recursos en el proceso civil y comercial*, Astrea, 1986, § 87, p. 183 (que directamente considera inconstitucional la regulación del CPCBA sobre el punto); De los Santos, Mabel "El recurso de nulidad (sobre la necesaria eliminación del reenvío en la praxis de las instancias revisoras ordinarias)", en *Revista de Derecho Procesal. Medios de impugnación. Recursos — II*, n° 3, Rubinzal Culzoni, 1999, esp. pp. 207-214.

(87) V. entre los principales expositores en la materia, Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., capítulos I a VI, esp. § 2; Vázquez Sotelo, *La casación civil ...*, ob. cit., p. 27; Morello, Augusto M., "En trance de modificar la Casación de Buenos Aires", en *Los Recursos Extraordinarios y la Eficacia del Proceso*, Hammurabi, t. 2º, 1981, pp. 697 y ss.; De la Plaza, Manuel, *La casación civil*, ob. cit., pp. 476-478.

(88) Destacan Morello-Sosa-Berizonce que la razón del reenvío estriba en que anulada la sentencia por sus defectos propios la Suprema Corte, que entonces no tiene sentencia a juzgar en el mérito, respeta la exigencia de la segunda instancia a fin de que vuelva a decidir las cuestiones esenciales omitidas, dándole de tal modo al justiciable una mayor garantía. Fuera de que la Corte, de actuar como Tribunal de grado, lo haría *iura curia novit* en lo que hace a la

Lo cierto es que —como vimos— en el Código Procesal vigente de la Provincia de Buenos Aires, la modalidad decisoria se mantiene vigente [art. 298, CPCC (89)].

En ciertas oportunidades, por razones especiales relativas a las circunstancias específicas comprometidas en los casos elevados a la Corte, se planteó la posibilidad de exceptuar la remisión impuesta por el ordenamiento, pasando a resolver el fondo del asunto.

Así, por ejemplo, en la causa Ac. 72.890, sent. del 19-II-2002, ante una delicada problemática de familia que comprometía la guarda y adopción de un menor de edad, se planteó la alternativa de dejar de lado lo dispuesto en el art. 298 del Código de forma, propuesta que no tuvo acogida mayoritaria (90).

---

aplicación de normas legales omitidas sin el contralor de la parte que resultaría vencida" (Códigos ..., *ob. cit.*, t. III, p. 855).

Cabe de todos modos señalar que *en materia penal* el instituto del reenvío viene siendo motivo de nuevas meditaciones acerca de las razones jurídico-constitucionales (no ya de mera oportunidad o conveniencia), que se sustentan en los alcances dados a la garantía de la doble instancia prevista en el art. 8, inc. 2, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que —como es sabido— consagra el derecho del imputado a interponer recurso contra la sentencia condenatoria. Ello puede ser visto como un *límite a la recomposición positiva* del Máximo Tribunal, en la medida en que contra la eventual decisión final del mismo sólo procedería la articulación del recurso extraordinario federal, vía considerada insuficiente como impugnación que garantice la revisión que impone el precepto supralegal de marras.

(89) Cabe destacar que el art. 298 del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires de 1998, prevé la atenuación de la procedencia indiscriminada del reenvío, disponiendo que "Cuando la Suprema Corte acogiera la impugnación declarará nula la sentencia recurrida y se remitirá la causa a otro tribunal para que la decida nuevamente, salvo que sin generarse indefensión pudiere resolverse sobre el fondo de la cuestión, en cuyo caso asumirá competencia positiva" (v. Berizonce, Roberto O., "La casación por quebrantamiento ...", *cit.*, pp. 346-349).

Varios años atrás, el Anteproyecto de Reformas al Capítulo V —Recursos Extraordinarios— del CPCBA, elaborado por el Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de La Plata en 1981, había propuesto una solución similar (art. 291): "Contenido de la sentencia: cuando la Suprema Corte lo acogiera [se refiere al recurso extraordinario de nulidad] casará la sentencia e inmediatamente enviará el proceso al tribunal que corresponda a fin de que lo decida nuevamente, salvo que la propia Suprema Corte esté en condiciones de dictar el fallo" (v. Morello, *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*, *ob. cit.*, t. 2, p. 698).

(90) Sostuvo allí el Magistrado ponente, doctor Pettigiani, que por las características del asunto la Corte debía asumir competencia positiva, "para poner fin a esta larga controversia y fijar en forma definitiva los derechos de las partes, brindando en particular estabilidad a la precaria situación que el menor ha debido sobrellevar durante su infancia, consolidando de este modo su identidad y posibilitándole proyectar su futuro". Recordó a tal efecto la crítica que la doctrina concretó reiteradamente al sistema indiscriminado de reenvío.

El voto de la mayoría (doctor Pisano), consideró que desconocer el reenvío sería equivalente a arrogarse funciones legislativas frente al texto claro de la ley.

El doctor Hitters concordando con este último Ministro, consideró igualmente procedente la remisión de la causa a la instancia de origen por ser la solución expresamente impuesta por el ordenamiento vigente, más allá de las serias objeciones que cabe formular a aquel instituto. Señaló que el recurso extraordinario de nulidad "ha quedado anticuado y en falsete, en cuanto pregona el reenvío, que sólo tendría sentido en casos muy particulares, por ejemplo cuando falta la mayoría necesaria en la opinión de los jueces de un tribunal colegiado (art. 168 de la Const. local) que impide la inspección casacional; o si hay omisión de cuestiones esenciales por una indebida instrucción del expediente. Mas en el estado actual de nuestra legislación, aun cuando se entienda que el recurso de nulidad es fundado, este Tribunal se encontraría impedido en el '*sub discussio*' de dictar un pronunciamiento positivo que conlleve la

Un precedente en el que sí se procedió a resolver positivamente la litis es el fallo dictado en la causa Ac. 90.868 (sent. del 15-XII-2004). Pese a que se trata de un supuesto de declaración oficiosa de la nulidad, que no se rige exactamente por lo normado en los arts. 296 y ss., permite considerar vigente la posibilidad de que —en circunstancias excepcionales— la Corte resuelva el asunto sin reenvío, luego de decretar la nulidad de la sentencia.

En el caso citado ante el recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto por la accionada contra una medida “autosatisfactiva” un Tribunal de Familia, el Máximo cuerpo jurisdiccional local decidió invalidar oficiosamente la sentencia por ausencia de acuerdo y voto individual (v. *supra*, nota al pie 72). Se trataba de una decisión que en el marco de un proceso de amparo dispuso “*iura novit curia*” reconducir la petición como medida autosatisfactiva, condenando a una empresa de salud a brindar —en el término de 24 hs.— las prestaciones conducentes a la atención integral del causante, afectado por un retardo mental profundo y diversas patologías de consideración (91).

Pese a anular el pronunciamiento y dejar así sin efecto la medida autosatisfactiva, la Corte decidió asumir competencia positiva y decretar la medida cautelar solicitada por el accionante, pero no del modo irreversible que aquel formato tutelar determinaba, sino como disposición precautoria, provisional y accesoria a la pretensión principal (amparo).

Transcribimos a continuación las precisiones del doctor Roncoroni, cuyo voto fuera seguido por los restantes ministros que participaron del acuerdo (doctores Pettigiani, Genoud, Hitters, Soria y Negri):

“Así como esta Corte no puede soslayar la existencia de las infracciones constitucionales, en particular al art. 168 de la Constitución local, debiendo en tal caso pronunciar aún de oficio la nulidad el acto jurídico procesal viciado (art. 161 inc. 3º, “b”); tampoco puede desentenderse de las circunstancias del caso que han llegado a su conocimiento, de las que resulta también patente que se encuentra en riesgo la salud de un menor a quien debe brindársele urgente atención mediante las medidas peticionadas y que fueron ordenadas por el *a quo*, medidas que, por una censurable conducta del órgano jurisdiccional que las dispuso, quedarán sin efecto como consecuencia fatal de la decisión nulificadora. Repárese que, notificada la recurrente del fallo de este Tribunal, inmediatamente dejará de cumplir las prestaciones a que se le obligó y que cuestionó, quedando entonces el menor en situación de desamparo y colocando a sus progenitores en una angustiante situación que, por qué no decirlo, es el resultado, sin duda no querido, de un inapropiado actuar del órgano jurisdiccional, que no supo

---

solución definitiva del caso del modo que se aprecie como más ‘justa’, pues, como ya dije, las disposiciones procesales —nos gustan o no— tienen que ser cumplidas, por lo que mientras el código no sea modificado, el reenvío permanece vigente, y hay que acatarlo”.

El doctor De Lázari anticipó que si bien en determinadas circunstancias, normativa de rango inferior (como la que ordena el reenvío) debe ceder frente a principios emanados del orden constitucional, incluidos los tratados, en el caso no advertía que se justificase un apartamiento del cauce natural del recurso planteado.

(91) A título ilustrativo, para poner de relieve la excepcionalidad de un caso signado por la gravedad de los padecimientos y la delicadeza de la cuestión, cabe señalar que el causante estaba afectado de Síndrome de Pallister-Killian con hipotonía, como asimismo retardo mental profundo, signos físicos como epicantos, hipertelorismo, criptorquidia del lado derecho, puente nasal deprimido, trisomía brazo corto del cromosoma 12 en mosaico, hipotonía generalizada y poco control cefálico, presentando una alteración profunda del trofismo muscular, inestabilidad postural y dificultad para la fijación proximal, tanto de tronco como de miembros, no poseyendo reacciones de equilibrio ni de defensa, como así también dificultades respiratorias, en la succión y en la deglución.

realizar el acto jurídico en que la sentencia consiste, con estricta sujeción al recordado precepto constitucional. Como Juez de esta Corte no puedo avalar que en el patíbulo del formalismo procesal sucumba la urgente, cautelar y provisional atención que debe brindarse al pequeño E..”

“Es que los límites propios de la instancia extraordinaria que corresponden a esta Corte, que dejan en principio embreada su competencia, pueden y deben ser sobrepasados cuando en forma patente resulta imperioso transitar la senda que nos propone el fin dikelógico, con el cual se ha enriquecido el instituto de la casación originariamente circunscripto al control nomofilático y a la faena uniformadora de la jurisprudencia. Tal excepción se nos brinda con particular dramatismo en el presente caso, pues se ha propuesto al órgano jurisdiccional una pretensión de amparo que, acunada en la demanda, porta además aquella otra accesoria de naturaleza cautelar, que el *a quo* entendiera necesario atender con el ropaje singular de la ‘medida autosatisfactiva’”.

“El Derecho procesal, el proceso en sí mismo, las formas y modos rituales en que él se vertebra, no tienen otro fin que actuar como instrumentos para el debate y el reconocimiento de los derechos sustanciales y el resguardo de las garantías constitucionales. Poco y nada se necesita para prontamente advertir que esta función del proceso se agudiza, hasta alcanzar su máximo de instrumentalidad, cuando el mismo es puesto al servicio del interés superior del niño, cuya consideración primordial se impone a toda institución o autoridad, incluida entre ellas las judiciales (art. 3º, Convención de los Derechos del Niño). Y es obvio que la debida atención y satisfacción de ese supremo interés no pueden frustrarse como ocurriría, en el caso de autos, si esta Corte no procurara dar una solución legal a lo que aparece como evidente, al disponerse de oficio la nulidad del decisorio que viene recurrido. Es que la pretensión —tanto la principal como la cautelar— que se constituye como objeto de este proceso se encuentran teñidas por el interés social y el orden público, en cuyas tierras calan profundo los derechos y el interés del niño”.

“Así entonces, en la necesidad de satisfacer aquel interés, pero también buceando en el plexo normativo, para encontrar en él un adecuado fundamento legal (art. 171, Constitución local), encuentro en los arts. 196 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial, los dispositivos en los cuales, este Tribunal, asumiendo positivamente la satisfacción de la tutela requerida, puede disponer las medidas solicitadas por los progenitores de E., las que, obviamente, son cautelares, provisionales y accesorias de la pretensión principal (arts. 31, 75 inc. 22 y cc. de la Constitución nacional; 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño)”.

## VI. Palabras finales

Hemos intentado en las páginas precedentes el desarrollo de algunos de los principales aspectos propios del sistema pergeñado en la Provincia de Buenos Aires para la Casación por quebrantamiento de las formas, haciendo hincapié especialmente en diversos aspectos que hacen a la adecuada técnica (ese verdadero punto de enlace entre la ciencia y la práctica, entre el saber y el hacer, como decía Guasp) que exigen los mecanismos de impugnación extraordinarios.

En gran medida, esta clase de análisis tiene como objetivo principal aportar algunas herramientas interpretativas que permitan esclarecer los alcances de ciertos conceptos indeterminados que —según hemos visto— rodean el ámbito de este recurso extraordinario. Se intenta de este modo, evitar el estancamiento ínsito en la frase frecuentemente utilizada en la literatura jurídica, según la cual la solución de las complejidades del derecho dependen siempre de la “apreciación de las circunstancias del caso”. No es que creamos que ello no es cierto, sino que entendemos que es necesario agotar las posibilidades de estudio apriorístico de nuestra disciplina, para después dejar libradas a las contingencias de autos las diversas soluciones que el anterior método no nos permitió avizorar.

Ciertos parámetros conflictivos del instrumento nulitivo abordado en este trabajo, deberán merecer una reformulación legislativa e incluso constitucional, como hemos señalado por ejemplo respecto del reenvío o de la regulación de la causal prevista en el art. 171 de la Carta Local.

Pero en todos los casos, resulta trascendente determinar los principales lineamientos que permiten transitar con éxito el camino recursivo, de modo de no engrosar el elenco de embates frustrados que pueblan los anaqueles del Alto Tribunal. A ese cometido hemos dedicado estas líneas, sabiendo que —como sostenía Clamandrei— “las nuevas exigencias de los tiempos en que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empíreo de la lógica pura, depende no tanto de los dispositivos procesales, cuanto de los hombres que lo administran”.



# ALCANCE DE ALGUNAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LOS ÚLTIMOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Paula Gorsd

El propósito de este trabajo es reseñar algunos precedentes jurisprudenciales recientes y el tratamiento que la Suprema Corte ha dispensado en tales casos a la vigencia de las garantías del derecho penal y procesal penal. Con el objeto de acotar el relevamiento de los precedentes que abordan algunas de estas cuestiones he restringido la tarea a los casos que me han parecido personalmente más interesantes, por la relevancia del tema o por el modo de abordaje de alguna garantía en particular. Aclaro entonces, que las consideraciones que aquí efectuaré recortan un número considerable de casos que merecerían ser comentados, pero quedarán para una próxima ocasión.

## A. Garantías en la ejecución de la pena. Igualdad y derecho al recurso

Una consideración previa sobre las cuestiones vinculadas a la ejecución penal: el tratamiento de estos temas resulta significativamente exiguuo en el desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte. Sin embargo, esta escasez no es exclusiva de este tribunal, pues el fenómeno parece registrarse en la jurisprudencia de los tribunales superiores en general. Una de las causas de esta deficiencia (asociada no sólo al tratamiento de estas cuestiones, sino a la limitación de casos llevados ante sus estrados) se debe, aunque no con exclusividad, a la relativa "novedad" que implica el abordaje de los conflictos que se deciden en la etapa ejecutiva de la pena como cuestiones judiciales. Ello es así, pues históricamente la etapa de ejecución penal ha sido considerada prácticamente administrativa y ajena a la función judicial. En el proceso de modificación (que ha incluido la incorporación de las figuras del juez de ejecución o vigilancia, las regulaciones procesales específicas de esta etapa en los ordenamientos procesales y el dictado de leyes especiales, entre otras reformas) podemos inscribir este fallo que a continuación comentó (1), con cierta expectativa de que aun cuando la especificidad del caso pueda acotar su influencia, su doctrina se desarrolle y profundice.

### El caso (2)

El 1 de marzo de 2006 la Corte de la Provincia resolvió el caso "Benítez", Ac. 86.403 en el que decidió hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa y dejar sin efecto el pronunciamiento del Tribunal de Casación que había

---

(1) En clave similar pueden ser leídos los casos que se analizan en segundo y tercer orden en el presente comentario.

(2) Puede leerse un interesante comentario a este fallo en el sitio web: [www.defensapublica.org.ar/Novedades](http://www.defensapublica.org.ar/Novedades), por Coriolano, Mario; Gomara, Juan Pablo y Lavalle, Agustín. También reproducido en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

resuelto que la denegatoria de salidas transitorias no era revisable en esa instancia. Además de definir que la cuestión planteada debía ser considerada definitiva y de ese modo habilitar tanto el conocimiento del tribunal casatorio como el suyo propio, la Corte avanzó en determinar que la denegatoria de un instituto de la ejecución penal se encontraba amparada por el derecho a la revisión.

### Antecedentes

La Sala Iª de la Cámara IIIª de Apelación y Garantías de La Plata había decidido —en calidad de tribunal originario, competente en la ejecución de la pena— no hacer lugar a la solicitud de salidas transitorias a favor de B. con fundamento en que la ejecución de la pena es una atribución propia de la legislación provincial y que al quedar comprendida la situación del condenado en las previsiones del art. 100, 4º párr. según Ley Nº 12.543, modificatoria de la Ley Nº 12.256, el régimen solicitado resultaba improcedente.

La defensa recurrió el pronunciamiento ante la Casación provincial y la Sala II de ese Tribunal sostuvo que la cuestión sometida a su análisis no era susceptible de ser recurrida en casación, pues no era asimilable a sentencia definitiva conforme las exigencias del art. 450 del Código Procesal Penal, Ley Nº 11.922.

Contra esa decisión la defensa recurrió ante la Corte, a través del recurso de inaplicabilidad de ley (art. 494, CPP, cit.) con fundamento en que al no equiparar la decisión impugnada a sentencia definitiva (de acuerdo con la taxatividad del art. 450, cit.) el Tribunal del recurso infringió el derecho constitucional a la revisión del fallo y de la pena por un tribunal superior, (según lo previsto por los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

### El fallo de la Suprema Corte

Se conforma por dos votos concurrentes. El primero, suscripto por los jueces Pettigiani y Genoud; y el segundo, por los jueces Kogan, de Lazzari y Hitters.

1. En primer lugar, corresponde aclarar que la Corte ha resuelto en este caso conjuntamente la admisibilidad y la procedencia del recurso (arts. 486 y 496, del CPP). Las razones para proceder de este modo han sido explicitadas en los votos de los jueces Kogan, de Lazzari y Hitters al sostener que "...bajo las condiciones particulares en que ha tramitado el expediente, la situación planteada merece ser abordada y resuelta a fin de salvaguardar la adecuada administración de justicia y evitar la frustración de los derechos reconocidos" (del Consid. 6º) y finalmente al señalar que "dadas las particulares circunstancias del caso, en razón de celeridad y economía procesal, debe dejarse sin efecto el pronunciamiento atacado y remitir las actuaciones al Tribunal de Casación, a fin de que dicte un pronunciamiento ajustado a derecho".

2. No voy a detenerme con detalle en la cuestión relativa a la admisibilidad, pues este tema (aunque vinculado a distintos casos, es abordado in extenso en otro de los trabajos que componen esta publicación). Sin embargo, la cuestión merece algún breve comentario pues ha significado una revisión de posiciones sostenidas con anterioridad.

#### 2.1. Requisito de sentencia definitiva (art. 482, CPP)

Por ejemplo, en Ac. 80.290, res. del 18-VII-2001 y en Ac. 74.046, res. del 16-III-1999 —con integración anterior— (Jueces San Martín, Laborde, Hitters, Pettigiani, Ghione, Pisano, Negri) esta Corte había resuelto que la decisión de Cámara que deniega al procesado la solicitud de incorporación al régimen de salidas transitorias establecidas en los arts. 16 y 17 de la ley 24.660, no reviste calidad de definitiva "...desde que se trata

de una decisión dictada en la etapa de ejecución de sentencia y que no produce modificación alguna al contenido de la condena oportunamente aplicada...”, y por tanto tampoco lo era la decisión de Casación que declaraba inadmisibile el reexamen de tales pronunciamientos. Casos similares se han registrado en torno del instituto de la libertad condicional (ver Ac. 85.333, res. del 5-III-2003; Ac. 88.570, res. del 8-IX-2004; P. 92.865, sent. del 2-III-2005; aunque con la nueva integración: Salas, de Lazzari, Roncoroni, Hitters, Pettigiani, Kogan, Genoud).

Sin embargo, en P. 72.187, sent. del 3-V-2000, P. 71.999, sent. del 2-VII-2001 y P. 71.645, sent. del 13-IX-2000 (los dos primeros, casos en los que se discutía la denegatoria de libertad asistida, y el segundo, referido a un supuesto de salidas transitorias —como el presente—) la cuestión acerca de la definitividad del pronunciamiento se había resuelto de modo diferente (Laborde, Hitters, de Lazzari, Negri, Pettigiani, Pisano). En éstos se consideró que las decisiones atacadas debían considerarse asimiladas a sentencias definitivas (en los términos del art. 357, CPP, Ley N° 3589) ante la existencia de un gravamen de imposible reparación ulterior, dado que la decisión ya no podría ser modificada porque su fundamento era la inaplicabilidad de la ley 24.660 a esta provincia. También se han considerado sentencias definitivas a las denegatorias de libertad condicional por la calidad de reincidente del condenado (cf. art. 357, CPP Ley 3589) en P. 63.748, sent. del 3-X-2001 (por mayoría con la anterior composición) y en Ac. 91.383, res. del 12-V-2004 (con la nueva composición: Roncoroni, Soria, Hitters, Kogan, Pettigiani).

Volviendo al caso que nos ocupa, se advierten tres matices en cuanto a esta primera cuestión. Por una parte, el juez Pettigiani (voto al que adhirió el juez Genoud) afirmó que si bien mantenía el criterio general acerca de que sólo pueden ser impugnadas ante la Corte las sentencias definitivas ya había tenido oportunidad de expedirse “... respecto de supuestos en los cuales pueda advertirse en forma meridiana alguna afectación a las garantías constitucionales”. Y destacó que “... cuando una cuestión —aun procesal, como la de autos— se vincula “[directa y] seriamente” con las garantías constitucionales debe admitirse el remedio procesal intentado so pena de restringir el derecho de defensa con menoscabo del debido proceso consagrado en el art. 18 de la C.N.”.

Por otra parte, la jueza Kogan (que recibió la adhesión de los jueces de Lazzari y Hitters) indicó, de un lado, que el requisito de sentencia definitiva se hallaba cumplido en los términos del art. 482, CPP, Ley N° 11.922 “pues la decisión del Tribunal de Casación —que al declarar inadmisibile el recurso deja firme el pronunciamiento que deniega la solicitud de salidas transitorias por resultar improcedente a la luz de la legislación provincial— clausura en forma definitiva la posibilidad de obtención del derecho discutido”. De otra parte, agregó que “también se observa que de no admitirse esta vía, se causaría al recurrente un perjuicio de imposible reparación ulterior, en tanto —estando en juego la libertad— el acto jurisdiccional que en definitiva resuelve por la improcedencia del instituto solicitado por aplicación de la ley provincial no podría ser ya modificado en la presente causa”.

De estos dos párrafos se desprende, por un lado que la decisión atacada debe considerarse definitiva y por otro, que en su defecto, debería considerarse “equiparable” por ser insusceptible de reparación ulterior. A su vez, la definitividad parece haberse ligado directamente a que la decisión originaria había considerado improcedente el instituto por estar excluido de la legislación provincial. Sin embargo, este aspecto no resuelve todavía si las resoluciones que deniegan la procedencia de los institutos de la ejecución pueden considerarse definitivas por la propia materia de que se tratan con independencia de las razones que hallan llevado a resolver su improcedencia (por ejemplo: casos en que la denegatoria tuviera fundamento en el incumplimiento de alguno de los recaudos propios de los institutos de la ejecución: incumplimiento del lapso temporal, evaluación de los informes penitenciarios, calificación de conducta y concepto, etc.).

## 2.2. Indole procesal de la cuestión. (art. 494, CPP, Ley N° 11.922)

En ambos votos se indica que los límites del art. 494 cit., deben ceder en el caso, no obstante la cuestión procesal discutida (el alcance e interpretación del art. 450, CPP, cit.), cuando la transgresión denunciada pueda restringir de manera directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y el debido proceso y transformar en un tránsito sólo aparente la etapa casatoria.

## 3. Sobre la procedencia

El argumento con el que hubo unanimidad y permitió resolver la procedencia del recurso estuvo vinculado a la transgresión del principio de igualdad (art. 16 C.N.).

Sobre la base de que la Cámara había actuado como juez competente (en primera instancia) en la ejecución de la pena, la Corte consideró que “no podría predicarse frente al principio de igualdad ante la ley que informa el art. 16 de la Constitución Nacional, que quien tenga una resolución adversa de un Juez inferior a la Cámara pueda ocurrir sin más —por prescripción legal [art. 498, CPP, cit.]— ante ella, mientras que si es ésta la que decidió la cuestión que se intenta controvertir, no pueda accederse a otro órgano jurisdiccional superior” (voto de los jueces Pettigiani y Genoud).

En sentido similar, en el voto de Kogan, de Lazzari y Hitters se afirma que “Es claro el reconocimiento expreso de la ley procesal de un derecho a recurrir la decisión del juez a cargo de la ejecución” (consid. 10) de acuerdo con el art. 498 del CPP según ley cit., con la indicación previa de que todas las normas relativas a la ejecución de la pena previstas en dicha ley resultan aplicables a las causas que tramitaron bajo el procedimiento establecido por el régimen de la Ley N° 3589, de acuerdo a lo expresamente previsto en los arts. 7 y 8 de la Ley N° 12.060 —al determinar específicamente que magistrados tendrían competencia en dicha cuestión— (cf. consid. 8).

De acuerdo con todo ello, el voto concluye que “no aparece plausible el desconocimiento de una vía recursiva para el aquí agraviado, pues tal derecho ha sido reconocido a todas las personas condenadas (art. 498, cit.), sin que se advierta ninguna razón de peso para impedir el acceso a una instancia de revisión cuando la decisión originaria proviene de una cámara de apelaciones. La interpretación que así resuelve contraviene la garantía de la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.)”.

Un segundo argumento fue vinculado directamente a la afectación del derecho a recurrir desde la óptica constitucional (cf. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Sobre el punto, los primeros jueces consideraron que no era necesario “ingresar en consideraciones en orden a si en el caso corresponde al imputado la aplicación de la garantía de doble instancia consagrada en los pactos internacionales, ello en tanto la propia normativa local contempló en esta materia y a favor del solicitante la posibilidad de una suficiente revisión judicial. Cuestión que... se emparenta derechamente con la garantía constitucional de la defensa en juicio” (consid. 6).

Los restantes ministros decidieron ingresar en la cuestión para concluir, en definitiva, en que la decisión adoptada no sólo había trastocado el principio de igualdad sino también, el derecho a obtener una revisión sobre la pena.

El voto hace un recorrido por precedentes anteriores que ya habían delineado el alcance de esta garantía (P. 75.603, sent. del 1-IV-2004; P. 79.554, sent. del 28-VII-2004) en el sentido de que la incorporación de los tratados mencionados a la CN impuso a los Estados parte la obligación de reconocer en su ordenamiento interno el derecho de todo imputado a recurrir la sentencia de condena ante un tribunal superior. Y que de acuerdo con las opiniones de los órganos de aplicación de los tratados los recursos

limitados, extraordinarios o de restringida procedencia no satisfacían esta garantía; la que reclama un remedio eficaz y la posibilidad del reexamen con relativa sencillez (3).

A su vez, pone de relieve que, en particular, el art. 14.5 del PIDCyP garantiza que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta puedan ser revisados íntegramente por un tribunal superior, y que esa revisión no puede quedar limitada a los aspectos meramente formales o legales de la sentencia (4).

El voto añade que el control de la sentencia condenatoria y la que fija la pena, debe garantizarse a través de un recurso con la mayor amplitud que sea posible con cita de la doctrina de la C.S.J.N. en "Casal", sent. del 20-IX-2005 y del caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica", sent. del 2-VII-2004, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con especial mención de la opinión de la CIDH en cuanto precisó que "el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes" (caso 11.137, Informe 55/97, C.I.D.H./O.E.A./ser/L/V/II.97), el voto ingresa las particularidades de las decisiones que se adoptan en la etapa ejecutiva de la pena.

Para ello, se hace eco de la doctrina de la Corte Suprema en "Romero Cacharane", sent. del 9-III-2004, que postula que "...el derecho a la revisión judicial, cuya jerarquía constitucional ya no presenta dudas, en modo alguno puede perder su vigencia durante la etapa de ejecución de la pena, pues sostener lo contrario implicaría afirmar que las garantías constitucionales del proceso penal no se extienden hasta su agotamiento, siendo que las mismas no se reducen al proceso previo a la imposición de la pena sino que se extienden al cumplimiento de ésta." (del consid. 7º del voto del Ministro Vázquez).

Con diversas citas doctrinarias y legales (5) se afirma que como consecuencia de los postulados del derecho penal actual que tienden a un control total de la ejecución penal por parte de los órganos jurisdiccionales "...este control judicial permanente durante la etapa de ejecución tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal se extienda hasta su agotamiento. En efec-

---

(3) De acuerdo con lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, C.I.D.H.; en el caso "Maqueda" 11.086, Informe 17/1994. Cf. Publicación de la demanda en N.D.P., 1996/B, págs. 735 y sigs., en especial, pág. 763), que un "recurso de extensión limitada y extraordinaria, y de restringida procedencia no satisface la garantía del inculgado a impugnar la sentencia" y por tanto reclama su articulación a través de un remedio eficaz, que permita examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez.

(4) De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. (al delinear los alcances de la garantía al amparo de la regla del art. 14.5 del PIDCyP), puso de relieve que el Pacto garantiza que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta puedan ser revisados íntegramente por un tribunal superior, y que si esa revisión queda limitada a los aspectos meramente formales o legales de la sentencia, no cumple con las exigencias de la norma citada (cf. dictamen del Comité emitido el 20-VII-2000, en el trámite de la Comunicación 701/1996 presentada por Gómez Vázquez, Cesario c/Reino de España, punto 13; reproducido en C.D.J.P., Nº 1, pág. 759 y ss.).

(5) Cf. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, 2000, § 57, A y B, pág. 501 y ss.; Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Ed. del Puerto, 1999, pág. 81 y ss.; Cafferata Nores, José L., *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Ed. del Puerto, 2000, pág. 199 y ss.; principios que encuentran expresión en la legislación específica en materia ejecutiva—ley nacional 24.660, art. 3 y cc. y ley provincial 12.256, arts. 3, 10 y cc., v. mensaje 1005 del 26 de noviembre de 1997 remitido por el Poder Ejecutivo a la Legislatura junto al proyecto de ley—y en la creación de las figuras del juez de ejecución, v. art. 25 y cc., C.P.P., cit.

to, si la toma de decisión por parte de los jueces no se enmarca en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales del derecho penal formal y material, la “judicialización” se transforma en un concepto vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal”. Y que, “...entre esas garantías constitucionales se encuentra, sin lugar a dudas, la del derecho a la revisión judicial” (de los consid. 5º y 6º del voto del Ministro Fayt; cf. consid. 6º del voto del Ministro Boggiano; consid. 20 y 21 del voto de los Ministros Maqueda y Zaffaroni); (cf. consid. 18).

Finalmente se concluye en que “la interpretación otorgada por el Tribunal de Casación a la regla del art. 450 del Código de Procedimiento Penal contraviene las exigencias constitucionales citadas, en tanto su estrechez ha implicado directamente el desconocimiento del derecho constitucional que regula”, pues “ha otorgado a la ley una interpretación según la cual el ejercicio de un derecho constitucional no resulta operativo en el caso, aun cuando ello ha sido expresamente reconocido en la ley (art. 498, C.P.P.), sin explicitar razones plausibles para impedirlo. En las circunstancias del caso, la afirmación del Tribunal de Casación acerca de que las salidas transitorias son por esencia una cuestión renovable en la instancia originaria y por lo tanto, no susceptible de revisión ante ese tribunal, confronta directamente con la norma citada, que —al reglamentar una garantía constitucional— establece el derecho a un recurso contra la decisión del órgano judicial encargado de la ejecución penal” (cf. consid. 19).

Adicionalmente el voto indica que de considerarse que la ley no ha asignado competencia específica a un órgano revisor cuando la decisión del caso ha sido adoptada por una cámara de apelaciones, tal silencio no podría resultar óbice para garantizar la efectiva tutela de los derechos reconocidos, ello a la luz de la doctrina largamente sostenida ya por la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de la exigibilidad de los derechos tutelados en los tratados internacionales suscriptos por la Nación (“Fallos”: 315:1492; “Ekmekdjian c/ Sofovich”. “Ello pues, la insuficiente o deficiente reglamentación del derecho en juego —tal lo argumentado por la recurrente—, no podría traducirse en su desconocimiento”) (Cf. consid. 21).

La Corte, a partir de todo lo dicho, resuelve que el órgano que debe intervenir en la cuestión es el Tribunal de Casación provincial.

#### **B. Inconstitucionalidad del artículo 24 del Código Penal en cuanto al modo de computar la prisión preventiva correspondiente a la pena de reclusión**

La forma en que el artículo 24 del Código Penal compensa el tiempo que ha sufrido una persona en prisión preventiva cuando luego resulta condenado a una pena de reclusión ha motivado en la actualidad nuevas controversias doctrinarias y jurisprudenciales. Si bien el fallo de la Suprema Corte provincial que comentaré seguidamente no ha tomado como referencia el pronunciamiento de la CSJN en el caso “Méndez, Nancy Noemí s/ Homicidio atenuado” (sent. del 22 de febrero de 2005) (6), es impor-

---

(6) En el caso, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal había declarado la nulidad del fallo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 por considerar que resultaba violatorio de los principios de preclusión y cosa juzgada, pues al encontrarse firme la sentencia condenatoria resultaba imposible en la etapa de ejecución revisar de modo indirecto la validez constitucional de la pena de reclusión echando mano a la declaración de inconstitucionalidad del art. 24 del CP. Esta fue la cuestión sometida a conocimiento de la Corte Suprema. Este tribunal concluyó que el fallo de la Casación dio un alcance inadecuado a lo que fue materia de decisión en la modificación del cómputo con motivo de una impugnación efectuada en la oportunidad procesal pertinente, donde no se examinó la validez constitucional de la pena de reclusión sino de la desigual imputación de la prisión preventiva a la reclusión (art. 24 del Código Penal), cuestión que era propia de la etapa de ejecución y ajena al ámbito del recurso contra la sentencia condenatoria (Consid. 6º). Sin embargo, los jueces Petracchi, Maqueda y Zaffaroni avanzaron por fuera de la materia propia de la impugnación y destacaron “... la acertada decisión del tribunal oral que corrigió el cómputo (...), dado que la pena de reclusión debe

tante destacar que en ese caso, tres de los jueces intervinientes (7) esbozaron una posición respecto de esta cuestión al considerar que era ajustada la decisión originaria de computar cada día de prisión preventiva como un día de prisión, aunque la pena impuesta haya sido con el nombre de reclusión; con fundamento en que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la Ley N° 24.660 (8). Una argumentación similar fue adoptada por la Sala de FERIA de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, causa N° 40.224 "Melchiori, Daniel O. s/homicidio calificado", sent. del 14 de enero de 2005. A la vez, los argumentos relativos a la derogación de la pena de reclusión han sido fuertemente controvertidos en un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 de la Capital Federal, causa "Duré, Osvaldo Javier y Roda Jara, Domingo Carlos" de octubre de 2006.

Desde otra perspectiva, la regla del art. 24 ha sido atacada por infringir diversas garantías constitucionales, tal como se verá en el precedente que motiva esta parte del comentario. En esa misma línea ya se habían pronunciado con anterioridad, entre otros, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa N° 19.858 "Corvalán Tripolini", sent. del 20-X-2005. Una posición opuesta, sin embargo, ha sido expresada por la mayoría del TOC N° 23 en el caso citado (9).

#### El caso

El 4 de octubre de 2006 la Suprema Corte de la Provincia resolvió el caso "Neuman", P. 68.706 (10) en el que decidió hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa y al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 24 del CP, en cuanto al modo de computar el tiempo de prisión preventiva correspondiente a la pena de reclusión, por hallarlo irrazonable y violatorio de diversas garantías constitucionales (igualdad, principio de inocencia, derecho de defensa, derecho al recurso) (11).

---

considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión" (consid. 8°). Las citas pertenecen al Fallo "Méndez, Nancy Noemí s/ Homicidio atenuado", cit.

(7) Ver nota anterior.

(8) Ver comentario al fallo de primera instancia por Vásquez, Roberto, "La reclusión y el cómputo inconstitucional de la prisión preventiva", La Ley, T. 2002-E, pág. 501; y al de la Corte Suprema por Pagliere (H), Carlos Paulino, "¿Está derogada la pena de reclusión?", La Ley, T. 2005-B, pág. 289.

(9) Puede consultarse un trabajo que aborda las distintas posturas, aunque anterior al fallo del TOC N° 23, por De la Fuente, Javier y Salduna, Mariana "El cómputo de la prisión preventiva en la pena de reclusión. Análisis del art. 24 del Código Penal", Revista de derecho penal y procesal penal, N° 6/2006, Buenos Aires: Lexis Nexis, junio de 2006, pág. 1091.

(10) Con posterioridad a este pronunciamiento la SCBA ha dictado otro similar en el caso P. 98.789, sent. del 9-V-2007.

(11) Con la composición anterior, la Suprema Corte no se expidió sobre esta cuestión específica, pero formuló una breve consideración que parecía evidenciar la postura contraria a la que ahora sostiene. En el precedente "Sueldo", P. 59.457, sent. del 5-IX-1995 debía resolverse un recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el fiscal contra la aplicación de la Ley N° 24.390 al ámbito provincial. En la ocasión, en respuesta a uno de los argumentos del recurrente, el tribunal sostuvo que dicha ley no infringía el principio de igualdad, porque no regulaba la situación de los procesados, sino sólo la de los condenados (y, por lo tanto, no correspondía compararlos). Así sostuvo que aquella ley "...para todos ellos (los condenados) por igual regula los efectos que sobre las penas tienen las sendas duraciones de las prisiones preventivas". Y aclaró "Si tales criterios de la ley son o no atinados ello no condiciona necesi-

### Antecedentes

E. Neuman fue condenado a 20 años de reclusión por sentencia firme. Contra el pronunciamiento de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Plata que aprobó el cómputo de vencimiento de pena el Defensor Oficial interpuso el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Sostuvo, en primer lugar que, al aplicarse el art. 24 del Código Penal como lo hizo la Cámara a los fines del cómputo de la pena, se han violado los arts. 16 y 28 de la Constitución Nacional, pues se establece una desigualdad entre procesados detenidos sin razón alguna. En virtud de ello, por aplicación del citado art. 24 su asistido deberá cumplir 21 años en lugar de 20. La recurrente reconoció que el legislador puede establecer distintas especies de penas con diversos contenidos, pero afirmó que "... no puede arbitrariamente decir que dos años de detención [cautelar] deban computarse como uno solo a los fines del cumplimiento de la pena impuesta". Arguyó que tal forma de computar el tiempo de encierro cautelar "desconoce el carácter de medida cautelar de la detención preventiva y la prisión preventiva".

Solicitó así que se declare la inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal en la parte cuestionada, y que se disponga la realización de un nuevo cómputo de pena.

### El fallo de la Suprema Corte

El pronunciamiento se conformó con la opinión concordante de los ocho jueces de la Suprema Corte. Para que resulte más clara la exposición he tratado de agrupar las apreciaciones coincidentes acerca de la interpretación de las garantías involucradas en el caso.

Una cuestión que merece destacarse previamente es que tanto implícita como explícitamente (ver p. ej. voto del juez Soria, consid. 3) el fallo no ha abordado la validez constitucional de la reclusión como especie de pena (12), sino que sólo se ha limitado a

---

riamente su constitucionalidad (como no la condiciona —art. 24 del Código Penal— la relación de dos días de prisión preventiva por uno de reclusión)". Esta consideración fue reiterada en muchos precedentes, entre ellos P. 59.349, sent. del 20-XI-1996; P. 62.971, sent. del 21-X-1997; P. 66.580, sent. del 28-IV-1998; P. 66.603, sent. del 2-III-1999.

Ya con la nueva conformación del tribunal, la Suprema Corte tuvo que expedirse en un caso anterior al que se examina, poco tiempo antes, en el que se trató un tema similar, pero la resolución fue diversa. Es el caso P. 86.999, sent. del 21-VI-2006. El caso llegó a la Corte a instancia de la defensa, a través de la interposición de un recurso de inaplicabilidad de ley. La recurrente había solicitado que se declare la inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal ya que "al establecer un cómputo diferenciado de la prisión preventiva según la pena sea de prisión o de reclusión, compromete seriamente la garantía constitucional del debido proceso y la garantía a la doble instancia (art. 18 y 75 inc. 22 de la C.N. —art. 8.2.h CADH—), desnaturalizándola al punto de impedir libremente su ejercicio por parte del imputado". Cuatro de los jueces intervinientes (los doctores Genoud, Roncoroni, de Lázari y Pettigiani) consideraron que si bien el caso constitucional había sido sometido expresamente al control del Tribunal de Casación, dado que este órgano había silenciado toda consideración al respecto, hubiera correspondido subsanar dicha omisión a través del recurso extraordinario de nulidad, el que en la ocasión no fue deducido por la reclamante. Mediante similares fundamentos el juez Soria coincidió con esta solución. No obstante, la jueza Kogan, sostuvo que, más allá de la vía a través de la cual el recurrente había introducido la cuestión, igualmente correspondía desestimar el planteo. Pero ello, en razón de que éste resultaba prematuro, pues el eventual perjuicio recién se produciría al momento realizar el cómputo, pues allí adquiriría operatividad la norma tachada de inconstitucional. Como se advierte de este voto, existe una diferencia sustancial entre este caso y el resuelto en "Neuman". En el primero, la cuestión debatida se trajo al momento de determinar la pena; en cambio, en el segundo el punto fue sometido en ocasión de realizarse el cómputo final de la sanción.

(12) Ver nota 6.



analizar la razonabilidad del cómputo de la prisión preventiva establecido en el art. 24, CP para esa clase de sanción.

Ahora bien. Ha sido opinión coincidente de todos los ministros que el cómputo del art. 24, CP en cuanto establece que “La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión...”, no puede considerarse razonable a la luz del principio de inocencia (art. 18 CN) y del derecho al del condenado a recurrir la sentencia de condena (arts. 8.2.h, CADH y 14.5 PIDCyP).

### 1. Principio de inocencia

El juez Genoud, quien inicia la votación, hace un recorrido histórico por las distintas especies de pena que han integrado nuestro ordenamiento penal, ilustrado por citas doctrinarias, al que asocia el cómputo diferenciado de la prisión preventiva por su forma de cumplimiento. Luego explica los distintos sistemas que se han aplicado para computar el encarcelamiento preventivo, para, más adelante, introducir consideraciones acerca del carácter excepcional y cautelar del encarcelamiento previo a la condena, con sustento en las normas pertinentes de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22); el fallo “Napoli” de la CSJN, y la mención de doctrina nacional. Desde esta ubicación se interroga sobre “si el principio de excepcionalidad, que representa la detención preventiva ha quedado o no alterado” con la decisión legislativa plasmada en el art. 24. Y señala: “Sentado el indiscutible carácter excepcional y cautelar de la prisión preventiva, suprimir un período de su cumplimiento —sea cual fuere su fin—, excede el marco de razonabilidad antes señalado, pues en los hechos, se vacía de contenido el lapso de detención no computado. El legislador al seleccionar el criterio del “no cómputo”, o computar “1 x 2”, hace que la detención pierda su naturaleza “excepcional y cautelar”, y se convierta en un “plus de pena”, para zanjar la estéril tarea de querer aplicar una modalidad de pena con carácter retroactivo” (consid. 7).

El juez Soria, con cita de Jose Peco (13) indica que como “... la prisión preventiva no importa una pena”, sino que se trata de “... una simple medida de precaución para evitar la fuga del delincuente si fuese condenado, y de instruir mejor los procesos”, afectando “por igual a inocentes y a delincuentes”, aunque “en la realidad importa un verdadero sufrimiento”, nada hay que justifique ese trato desigual entre reclusos procesados y condenados, justamente en detrimento de los primeros, aun amparados por el status de inocentes. Y sigue: “Frente al indiscutible carácter cautelar y excepcional de la prisión preventiva, “suprimir un período de su cumplimiento —sea cual fuere su fin—, excede el marco de razonabilidad antes señalado, pues en los hechos, se vacía de contenido el lapso de detención no computado”, convirtiendo el tiempo real de detención sufrido pero no computado en un “plus de pena”.

El juez Hitters sobre el punto precisa que “El art. 24 del Código Penal, en el aspecto que aquí se analiza, “despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental” (con cita del caso Suárez Rosero de la C.I.D.H.) (14), en tanto conduce a que el paso del tiempo en el período en que el individuo todavía gozaba de la presunción de inocencia, sea computado de modo más gravoso que el que transcurre cuando aquélla ha sido desvirtuada por un fallo firme.

Los jueces Pettigiani, Negri y Kogan coinciden en lo sustancial con los argumentos citados en cuanto a que el cómputo del art. 24 en la pena de reclusión desdibuja el carácter excepcional y la finalidad estrictamente procesal de la prisión preventiva.

---

(13) *La Reforma Penal Argentina de 1917-20*, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1921, pág. 237 y ss.

(14) Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 71; serie núm. 35.

## 2. Derecho al recurso

La afectación a este derecho es explicada por el juez Soria al señalar que si el imputado “decide recurrir, el tiempo que insuma la tramitación de la instancia impugnativa será contado en forma más gravosa que si no hubiera recurrido y su sentencia hubiera quedado firme. Incluso, podría darse el caso en que aun obteniendo éxito en su reclamo —v. gr.: alguna reducción del monto de la pena impuesta— por efecto del cómputo previsto en el artículo 24, la persona tenga que cumplir efectivamente más días de encierro que si no hubiera articulado impugnación alguna, conformándose con la pena mayor impuesta en primera instancia.

El juez Pettigiani (consid. 4) reflexiona acerca de que si bien es cierto que el imputado conoce anticipadamente cuál es el carácter de la pena y que de recurrir prolongará un cómputo diferenciado que lo perjudica, ello no descarta el menoscabo de la garantía. Pues, sustentar un razonamiento de esa índole no haría más que pulverizar en gran medida —por su claro efecto disuasivo— la aplicación efectiva del derecho a obtener revisión jurisdiccional.

Del mismo modo, los jueces Genoud y Negri refieren que esta asimetría somete al imputado a un dilema incompatible con el debido proceso y la garantía de la defensa en juicio (arts. 1, 18, 28, 33, C.N.), ya que el lapso que insuma la tramitación de la queja, será computado en forma más gravosa que si no se hubiese recurrido el fallo y la condena hubiera quedado firme.

La jueza Kogan agrega que otra situación dudosamente tolerable puede presentarse cuando quien ejercita la facultad recursiva es el Ministerio Público, dado que —con independencia de cuál sea su pretensión— la mera actividad impugnativa redundará en la extensión del cómputo diferenciado y por tanto en el tiempo efectivo de encierro.

## 3. Principio de igualdad

El juez Soria indica que lo relevante en la especie es que el sistema establecido en el citado artículo 24 reporta un trato desigual entre los procesados y los condenados a pena de reclusión, en perjuicio de los primeros, pese a que la presunción de inocencia (art. 18, C.N.) de que gozan sólo debe ceder cuando exista una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada. Es decir que el cómputo será más grave mientras la sentencia no adquiera firmeza que cuando quede definitivamente desvirtuado el estado de inocencia.

En sentido similar se expresan los jueces Hitters y Pettigiani.

Por su parte la jueza Kogan añade que otra expresión de la desigualdad (art. 16, CN) se advierte cuando “dos personas procesadas y condenadas a idéntica cantidad y especie de pena por un mismo hecho, deben padecer encierros temporales distintos por la sola circunstancia de haber sido, uno de ellos, sometido al encarcelamiento preventivo”.

## 4. Derecho de defensa

Como argumento adicional el fallo señala que el criterio legal que establece el art. 24 del Código Penal para el cómputo de la prisión preventiva en el caso de la pena de reclusión constituye un serio obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa. Ello, por cuanto cualquier requerimiento que el imputado (detenido cautelarmente) o su defensa decidan realizar en el ejercicio del derecho constitucional a ser oído, producir, controlar o contradecir la prueba en el marco del proceso (art. 18, C.N.) se traducirá inevitablemente en una extensión del cómputo diferenciado (jueza Kogan, consid. 10).

## 5. Principio de culpabilidad

Desde la perspectiva del principio de culpabilidad, la regla en crisis presupone no sólo que el encierro pueda durar más tiempo que el correspondiente a la sanción impuesta en el caso concreto —como ocurre en el presente—, sino que posibilita que el poder punitivo pueda traspasar —en algunos supuestos— aquel límite que el propio legislador ha determinado como justo al establecer un tope máximo en las escalas penales correspondientes a cada delito. Así entonces, el encierro puede sobrepasar la medida de la culpabilidad alterando la necesaria proporcionalidad que demanda esa relación (jueza Kogan, consid. 7).

## 6. Razonabilidad en la reglamentación (art. 28, CN)

Por último, si bien todos los jueces reparan en la irrazonable reglamentación del art. 24, resulta destacable el argumento expuesto por el juez Roncoroni que hace hincapié en la razonabilidad desde la perspectiva histórica.

Así, indica que dado que en lo que hace al cumplimiento (ejecución) de las penas privativas de libertad, la ley 24.660 ha derogado las diferencias que establecían los arts. 6, 7 y 9 del Código Penal entre la prisión y la reclusión —unificando su régimen de aplicación— ya no existe una diferencia que dé sustento a aquel juicio de los autores del Proyecto de Código en cuanto a que el “régimen a que necesariamente deberán someterse los condenados” a reclusión podía justificar el cómputo diferenciado (15).

## C. Prisión perpetua y declaración de reincidencia

El 27 de diciembre de 2006, la Suprema Corte resolvió el caso “Giménez Ibáñez”, P. 84.479, en el que decidió casar un pronunciamiento que había resuelto la imposibilidad de determinar el agotamiento de una pena perpetua, con fundamento en que una decisión de tal naturaleza —que niega toda posibilidad de acceder en algún momento a la libertad— infringe la finalidad resocializadora de la ejecución penal consagrada por la Constitución Nacional.

El caso tiene gran trascendencia, pues la decisión adoptada —con apoyo en lo resuelto por la CSJN (16)— importa afirmar que las penas perpetuas reguladas en el ordenamiento penal —a la luz de la finalidad que la Constitución Nacional impone en la ejecución penal— deben agotarse en algún momento, posibilitando el reingreso al medio libre. En otras palabras, el fallo resuelve que debe acordarse una interpretación de las penas perpetuas que posibilite la libertad (17).

---

(15) Los autores del Proyecto de Código Penal de 1921 explicaron en la exposición de motivos que “[l]a naturaleza de este castigo [la reclusión], la clase de delitos a que se aplica y al régimen a que necesariamente deberán someterse los condenados a la misma, justifican lo establecido en el proyecto” [Rodolfo Moreno (hijo), *El Código Penal y sus antecedentes*, Tommasi Editor, ed. 1922, pág. 114].

(16) Causa G. 239. XL. “Recurso de hecho deducido por A. F. Giménez Ibáñez en la causa Giménez Ibáñez, A. F. s/ libertad condicional”, sent. del 4-VII-2006.

(17) Con anterioridad a este precedente la Corte provincial se expidió en otro caso, P. 82.445, sent. del 22-VI-2005, en el que abordó un planteo similar, aunque en un momento procesal distinto. Ocurre aquí algo parecido a lo analizado al comparar las decisiones adoptadas en P. 68.706 y P. 86.999 (ver nota 11). En P. 82.445 la defensa criticó el pronunciamiento de la Cámara que al unificar las penas impuso la de prisión perpetua más la declaración de reincidencia. Sostuvo que la alzada debió haber declarado la inconstitucionalidad de los arts. 50 y 14 del CP, pues esas normas implicaban que el condenado nunca más pueda egresar del encierro carcelario y por tanto, transgredían los arts. 5.2 y 5.6 de la CADH y 57 de la Constitución local. El recurso fue rechazado por insuficiente. El voto del juez Genoud (al que adhirieron los jueces Roncoroni, Negri y Pettigiani) sostuvo, por una parte, que la alzada había brin-

### Antecedentes

Giménez había sido condenado a una pena única de prisión perpetua y fue declarado reincidente.

En el incidente de libertad condicional la Sala de FERIA de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín había resuelto que desde que la pena impuesta no era temporal sino perpetua, no resultaba posible determinar su agotamiento en el marco de la normativa vigente.

El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto originalmente por el Defensor Oficial había sido desestimado por la Corte provincial, por considerar que el pronunciamiento apelado no revestía carácter de definitivo. El caso fue llevado ante la Corte Federal, quien sostuvo sobre el punto que "... resulta a todas luces evidente que la decisión que deniega la libertad a una persona privada de ella que alega haber cumplido la totalidad de la pena que había sido impuesta, en tanto ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva" (18). Con ello, reenvió la causa para que se dicte un nuevo fallo.

### El fallo de la Suprema Corte

Asumida nuevamente la competencia, la Suprema Corte analizó la procedencia del recurso.

Con breve fundamento, este tribunal (a través del voto del juez Hitters, al que adherieron Soria, Negri, Genoud y Kogan) entendió que "A partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 ha quedado incorporada la finalidad de "prevención especial" o "readaptación social" para la pena privativa de la libertad: arts. 75 inc. 22 Constitución Nacional; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (regla 63 y siguientes), las que 'configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención'" (19).

---

dado diversas razones para rechazar un planteo similar (v.g. que con la comisión del nuevo delito el condenado había demostrado la insuficiencia de la acción preventiva especial; que dadas las características del segundo delito (resistencia a la autoridad) no aparecía desproporcionada la consecuencia de que no pueda obtener la libertad condicional; que de acuerdo con las normas de ejecución penal resultaba posible la obtención de salidas transitorias y mejoras en la vida intramuros; que, de todas formas, aun resultaba posible que obtenga algún beneficio en la órbita competencial del Poder Ejecutivo —indulto o conmutación de pena—) y que la recurrente había omitido controvertirlas. El voto agregó que tampoco la recurrente había demostrado que la reincidencia en el caso concreto importara la lesión a los derechos constitucionales invocados. La jueza Kogan, que concurrió a fundar la mayoría, coincidió con sus colegas en que la defensa había omitido controvertir los argumentos del tribunal, pero agregó que la declaración de inconstitucionalidad pretendida de los arts. 14 y 50 del Código Penal se sustentó "...como única apoyatura en una interpretación de las consecuencias o efectos que se derivarían eventualmente de esas normas penales. Sin embargo, el ingreso al análisis de aquella cuestión está determinada por el cumplimiento de todos los requisitos exigibles para las distintas etapas del régimen progresivo de ejecución de las penas y, en todo caso, la interpretación que corresponda hacer de las normas reglamentarias de esa cuestión en la oportunidad procesal pertinente". Sobre el punto, concluyó que la defensa no había explicado ni demostrado que ésta fuese la etapa procesal apropiada para abordar su pretensión. Aquí también, la cuestión discutida se planteó en el caso al momento de determinar la pena y no, como en P. 84.479, en oportunidad de establecer el cómputo de vencimiento de la pena. Para esta opinión, dicha diferencia merecía destacarse.

(18) Causa G. 239. XL. cit.

(19) La cita corresponde al precedente "Verbitsky", CSJN, sent. del 3-V-2005.

De acuerdo con ello entendió que impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar (a través de una presunción *iuris et de iure*) que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador —finalidad consagrada constitucionalmente— en la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad.

En su apoyo citó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que al expedirse sobre el progreso de la queja articulada por la defensa había expresado (a modo de *obiter dictum*) que el recurso había alegado —con acierto— que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

De tal modo, resolvió casar el pronunciamiento impugnado y —reconociendo el carácter final de sus pronunciamientos y con el fin de preservar una eventual revisión sobre el punto— devolvió la causa al tribunal anterior a fin de que establezca en qué momento debe tenerse por cumplida la prisión perpetua impuesta, con la indicación precisa de señalar los parámetros a tomar en cuenta para tal decisión.

Por su parte, el juez Pettigiani entendió que la Corte Suprema —al dejar sin efecto la decisión de la Corte provincial— había resuelto en pureza la pretensión llevada ante ella por la Defensa Oficial. De este modo, a diferencia de la mayoría, consideró que no correspondía emitir juicio sobre el fondo del asunto y que sólo era pertinente remitir sin más las actuaciones a la instancia de origen a fin de que determine cuál es el momento en qué vence la pena de prisión perpetua impuesta.

#### D. Autoincriminación y aborto

El 7 de junio de 2006 la Suprema Corte de la Provincia resolvió el caso “Enriquez”, P. 86.052 en el que decidió, por mayoría anular las actuaciones por sus insalvables vicios de origen y todo lo actuado en consecuencia y absolver a la acusada por el delito de aborto por el que venía condenada. Sintéticamente, el fallo resolvió que el modo en que había sido iniciada la investigación infringió la protección contra la autoincriminación. De este modo, el tribunal ha reinstalado con matices la antigua doctrina de P. 31.366, sent. del 24-V-1983 que había perdido su vigencia con los pronunciamientos registrados en P. 38.305, sent. del 3-IV-1990 y P. 39.085, sent. del 7-VII-1992. Un debate que en modo alguno resulta novedoso ha sido reabierto en la actualidad, pues numerosos tribunales han debido expedirse sobre la cuestión y lo han hecho en uno y otro sentido (20).

---

(20) En un sentido similar al fallo comentado pueden consultarse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: “Torres Molina, Elisa s/recurso de casación”, causa n° 4192, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, rta. el 7-III-2006; causa n° 6353, rta. el 26-XI-2002 y causa n° 6962, rta. el 31-VIII-2004, Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala I; “D., R. B. S/ Aborto” (expte. n° 513, año 2006, del registro de la M.E.U.), Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, sent. del 22-XII-2006; “S.C. s/ Abandono de persona doblemente calificado por su resultado y por el vínculo”, Sentencia N° 10/2007, Cámara en lo Criminal Primera de la ciudad de Neuquén, sent. del 16-IV-2007; “Katz”, causa N° 21.925, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, rta. el 8-III-2004; “Ferrara”, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, rta. el 19-III-2004; “Cotto”, causa 28.183, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, rta. el 23-XI-2005 y “Sautu” del 8-II-2007, de la misma Sala; “Ayardu”, causa 24.916, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, rta. el 8-II-2005. En contra, entre otros, “Insaurralde”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, rta. el 12-VIII-1998, publicada en L.L. 1998-F-547; “Gallo, N. Sobreseimiento. Aborto. Instr. 33/170”, causa 30.739, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, rta. el 17-IV-2007.

### Antecedentes del caso

La causa tuvo inicio con la recepción de un certificado precario médico del Hospital "Lucio Meléndez" de Adrogué en la oficina de guardia de la seccional policial, que daba cuenta del ingreso de una mujer que "refiere maniobras abortivas". De ese modo, el oficial a cargo comisionó a un subalterno a interiorizarse de lo acontecido, quien dejó constancia de que al entrevistarse con ella le había manifestado: "... en forma espontánea que días anteriores se había realizado en el interior de su domicilio maniobras abortivas, colocándose el llamado 'Perejil' y consumiendo diversos tipos de yuyos, a los fines de producirse el aborto".

Como consecuencia de ello se dio inicio a las actuaciones. Fue dictada la sentencia de primera instancia en la que se absolvió a la acusada. El juez interviniente consideró que los indicadores probatorios no tenían entidad suficiente para incriminarla, pues no podía inferir que las maniobras que pusieron fin a la vida del feto se las hubiera provocado ella misma. El 10 de junio de 2002, la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora revocó la sentencia absolutoria y condenó a A. T. E. a la pena un año de prisión en suspenso y costas por considerarla autora responsable del delito de aborto.

Contra esa decisión la defensa interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

### El fallo de la Suprema Corte

El pronunciamiento absolutorio fue dictado por la mayoría, compuesta por los jueces Kogan, Soria —cada uno por su voto—, Genoud, Negri y Roncoroni, (que adhirieron a la primera) y la minoría fue integrada por los jueces de Lazzari y Pettigiani.

#### 1. Exclusión del análisis de la responsabilidad del médico

En primer lugar, la mayoría expresa que no será abordada la problemática del caso desde la perspectiva de los deberes del médico que adquiere conocimiento directo por su paciente de la realización de maniobras abortivas, pues de lo que se trata, en el caso, es de establecer si los órganos encargados de la persecución penal podían válidamente desarrollar un proceso contra la acusada dada la forma en que se obtuvo el conocimiento del delito.

Así, el voto de la mayoría explica que "en el caso, importa definir si la autoridad de prevención —tal como ha adquirido por vía única el conocimiento del hecho— se encontraba habilitada a iniciar la persecución penal contra la acusada o tal proceder ha sido llevado a cabo con infracción a la garantía que protege contra la autoincriminación forzada". Con cita de Luis Niño agrega: "no es la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado pudiere implementar sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias a autoincriminarse" (21).

El voto del juez Soria aclara: "no es menester saldar el conflicto entre el deber de los médicos de guardar discreción sobre lo que conocieran en virtud de su oficio (violación del secreto profesional tipificada en el art. 156 del Código represivo) y el que, también les atañe, de denunciar los delitos de acción pública en los que hayan prestado los servicios de su profesión (art. 82 del Código Jofré; actual art. 287, ap. 2º del C.P.P. —t.o. según ley 11.922 y sus modificatorias—); al que se suma ahora una disposición de

---

(21) Niño, Luis, "El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble", en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 6.

carácter sustantivo que sanciona al que “no denunciare la perpetración de un delito cuando estuviere obligado a promover la persecución penal” (art. 277 inc. 1º, ap. “b”, C.P. —cf. ley 25.246). Responder esa cuestión no contribuiría a definir lo que aquí cobra relevancia, a saber: si las manifestaciones de A. T. E., en el contexto en que tuvieron lugar, permiten validar la instrucción del sumario criminal como la sentencia de condena”.

El debate expresamente excluido del fallo por considerarse irrelevante para resolver la cuestión, no obstante, ha dado lugar a distintos pronunciamientos judiciales y posturas doctrinarias divergentes. Por ejemplo, han interpretado, con pluralidad de matices, que la conducta del médico puede o debe ser considerada típica del delito reprimido en el art. 156 del CP, la mayoría de los jueces en el célebre Plenario “Natividad Frías” (22) sent. del 26 de agosto de 1996 de la Cámara Criminal de la Capital Federal; la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, 4-V-1995, “S., I. s/aborto” (23); la Cámara Penal de Rosario, Sala II, 26-XII-1995, “I., M.” (24); entre otros pronunciamientos jurisdiccionales. Del mismo modo se había expedido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por unanimidad en causa P. 31.366 y la minoría en los precedentes P. 38.305 y P. 39.085, ya citados.

El mismo criterio fue expresado por amplios sectores de la doctrina. Entre otros, Bidart Campos ha opinado que “el médico que bajo revelación del enfermo toma conocimiento del aborto no puede denunciar el delito. Se lo impide el secreto profesional, que... tiene seguro arraigo constitucional en el derecho a la intimidad o a la privacidad”. El médico “tiene el deber constitucional de abstenerse de revelar lo que supo bajo secreto profesional” (25). Por su parte, Laje Anaya (26) afirma que “una cosa es denunciar un hecho delictivo donde aparece comprometida una víctima, y otra es comprometer mediante la denuncia a una persona acusada de haber cometido un delito. En este caso, prevalece el secreto profesional” (27).

En un sentido opuesto, pero siempre desde la misma perspectiva que ha colocado como cuestión fundamental determinar el arreglo del comportamiento del médico en su calidad de tal y de funcionario público, se ha expedido la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, sent. del 12-VIII-1998, “I., M.” (28). Entre otras conclusiones, este Tribunal sostuvo “que el juego armónico entre los arts. 277 inc. 1º y 156 del Cód. Penal, con el precepto procesal que obliga a los funcionarios o empleados públicos a denunciar los delitos perseguibles de oficio cuando los conozcan en el ejercicio de sus funciones, permite sostener la validez y legitimidad de la conducta del profesional que lo hizo,

---

(22) La Ley, 123-842; J.A. serie moderna, 1966-V, pág. 69.

(23) E.D. t. 166, pág. 225.

(24) J.A., 1996-II, pág. 571.

(25) Cf., Bidart Campos, Germán, “Denuncia de aborto y secreto profesional del médico”, E.D. t. 166, pág. 224; v. también “Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico”, La Ley, 1998-F, pág. 545.

(26) Cf. Laje Anaya, Justo, *El homicidio y el aborto en la doctrina judicial argentina*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, pág. 321 y ss., con cita de Francisco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, parág. 2675 y 1646.

(27) Puede verse también Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Ed. Tea, 11º reimposición, Buenos Aires, 2000, pág. 148; Vázquez Rossi, Jorge, “Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso”, La Ley, 1998-E, pág. 334; Tozzini, Carlos, “Violación del secreto profesional médico en el aborto” *Doctrina Penal* nº 17, año 1982, pág. 159. Cafferata Nores, José, *Derechos individuales y proceso penal*, Editorial Lerner, 1984.

(28) La Ley, 1998-F, pág. 547; La Ley Litoral, 1998-1490.

pues el deber de denunciar torna lícita la revelación, en concordancia con el art. 34 del Cód. Penal, que justifica las conductas realizadas en cumplimiento del deber” (29).

Diversa fue la opinión de la mayoría de la Corte provincial en los precedentes P. 38.305 y 39.085 citados en los que se concluyó que no correspondía anular el procedimiento examinado, pues no se había debatido en el caso —ni correspondía hacerlo— la conducta del profesional de la salud. La autoridad policial —se afirmó— procedió a instruir sumario de acuerdo con la “notitia criminis” recibida conforme el art. 436 del CPP anterior. Si bien la cuestión relativa a la conducta profesional del arte de curar fue desplazada al considerar que podía procederse conforme la norma citada, se dejó entrever que no podían descartarse eventuales consecuencias para el proceso derivadas de una tal declaración de ilicitud.

## 2. Defectos esenciales en la tramitación del proceso que impiden su convalidación

La mayoría del caso en examen precisa que existieron este tipo de vicios esenciales en la tramitación del proceso, colocando el punto de inflexión en que el sumario criminal había tenido como único cause de investigación la prueba producida de modo involuntario por la acusada al referirle al médico y luego a la autoridad policial al ser interrogada las maniobras abortivas y exhibir su cuerpo en procura de auxilio sanitario.

Textualmente, el voto indica: “El sumario criminal seguido a A. T. E. por el delito de aborto presuntamente autoprovocado ha tenido como único cause de investigación la prueba involuntariamente producida al exhibir su propio cuerpo y referir maniobras abortivas al profesional de la salud en procura de auxilio médico”.

El juez Soria, en su opinión concurrente, puntualiza: “En supuestos como el de autos, en que la mujer urgida por la necesidad de atender su dolencia recurre a un hospital a raíz de las consecuencias de presuntas maniobras abortivas y, en ese marco es interrogada, lo dirimente es precisar si tomado conocimiento de la interrupción del embarazo presumiblemente autoprovocado, a través de tales manifestaciones de la paciente hospitalizada, es jurídicamente regular el proceso seguido contra quien hubo de autoinculparse”; interrogante al que responde negativamente.

## 3. Nulidad de oficio

La existencia de estos defectos esenciales del procedimiento (examinados a la luz de la garantía contra la autoincriminación) es lo que lleva a la mayoría a “anular de oficio el procedimiento en razón de sus insalvables vicios de origen, por haberse configurado una transgresión del principio que preserva el derecho a no declarar contra uno mismo [arts. 18 de la Const. Nac.; 29 de la Const. Pcial.; 8.2.g., CADH; 14.3.g., PIDCyP; 309 del C.P.P. según ley 3589; cf. P. 85.046, sent. del 15-III-2006 (30)]” y , en

(29) En apoyo de esta posición, ver Battaglia, Alfredo, “Aborto - secreto profesional”, E.D., t. 182, pág. 1341.

(30) En este precedente citado se resolvió —también— declarar la nulidad de oficio de todo el procedimiento porque en el caso se había promovido una segunda acción penal sobre el mismo objeto procesal, en infracción a la garantía contra la doble persecución penal (ne bis in idem). Un primer proceso se había iniciado contra un médico por haber causado la muerte de una paciente a consecuencia de un proceso que se desencadenó por una intervención quirúrgica cuyo propósito habría sido causar un aborto. Por ausencia de prueba sobre el estado de embarazo de la víctima, se resolvió absolver al acusado en orden al delito de aborto seguido de muerte. Sin embargo, el tribunal interviniente dispuso la formación de otra causa a fin de investigar el delito de homicidio culposo. En este segundo proceso —que llegó recurrido ante la Suprema Corte— el acusado venía condenado por haber provocado la muerte de la paciente como consecuencia de una perforación del útero ocasionada en la misma opera-



ausencia de causas de investigación autónomas para llevar adelante el proceso o para acreditar la ocurrencia del suceso, resuelve absolver a la acusada.

En este primer punto, la nulidad oficiosa, radica la disidencia del fallo.

La minoría expresa que no se observan "en la emergencia puntuales supuestos que puedan involucrarse en la doctrina que esta Suprema Corte ha diseñado para utilizar sus poderes invalidatorios ex officio".

Y agrega "que esa potestad se sustenta en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado para casos extremos. Con citas doctrinales (31) agrega que "el grave remedio procesal de la anulación de oficio en la instancia extraordinaria sólo corresponde cuando los vicios de las sentencias recurridas hayan obstado sustancialmente a la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley o su debido conocimiento por la Corte, como así en excepcionales situaciones incompatibles con el debido proceso". En resumen, este instituto "sirve únicamente para casos en sí extremos y que no tienen otra salida prudente, menos onerosa o retardataria".

Por último indica que no procede este recurso pues no se trataría de invalidar el acto sentencial impugnado, sino determinados procedimientos muy anteriores a él, los que, de por sí, no han sido valorados ni para justificar la materialidad ilícita ni la autoría y responsabilidad penal.

Al distanciarse de la anulación propuesta, la minoría aborda directamente el tratamiento del recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, que es rechazado.

#### **4. Alcance de la garantía contra la autoincriminación. Manifestaciones signadas por una situación de coacción**

Luego de precisar el significado y alcance de esta garantía a la luz del artículo 18 de la CN, las normas concordantes contenidas en los tratados internacionales (32) y —entre otras citas (33)— el precedente norteamericano "Miranda" el voto mayoritario sostiene que "La circunstancia de que la mujer aquí imputada hubiera presuntamente cometido un delito no implica en modo alguno que quede desprovista de la protección que otorga la Constitución. Al contrario, la garantía contra la autoincriminación presu-

---

ción (pero sin propósito de aborto) a la que se le sumaron con posterioridad otras prácticas médicas negligentes. Para la mayoría, conformada por los jueces Hitters, Soria, Kogan, Roncoroni y de Lázzari, las descripciones fácticas en uno y otro caso correspondían en realidad al mismo hecho histórico, que fue imputado al mismo autor. En consecuencia, los jueces afirmaron que el médico había sido encausado dos veces por el mismo suceso, por lo que correspondía anular todo lo actuado y proceder al archivo de las actuaciones. Con matices, los diferentes votos que compusieron la mayoría aclararon que una correcta interpretación de las reglas concursales en la primera imputación dirigida contra el acusado hubiese garantizado a la víctima y a la sociedad la posibilidad de una definición del conflicto, sin afectar la prohibición de la persecución penal múltiple. El voto minoritario del juez Pettigiani sostuvo que no se trataba de identidad de hechos, sino que en los distintos procesos analizados tanto desde el acaecer fáctico como desde las definiciones normativas, los acontecimientos históricos fueron concebidos de formas diversas, por lo que no se configuró la infracción verificada por la mayoría.

(31) Morello, Augusto "La anulación de oficio de las sentencias", en *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Ed. Platense, 1993, pág. 379 y ss.

(32) Cf. art. 8.2.g, CADH; 14.3.g, PIDCyP; 29, Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

(33) Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, T. I, Fundamentos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, 2ª edición, págs. 563 y ss.

pone que aquel que asumió voluntariamente la posibilidad de ser penado (quien cometió un delito), a pesar de ello no esté obligado a denunciarse. En otras palabras, el haber presumiblemente cometido un delito es, precisamente, lo que da sentido a la garantía”.

“Así, la concurrencia de la mujer al hospital para requerir auxilio médico a causa de maniobras abortivas no puede ser equiparada a prestar libre consentimiento para hacer públicos los signos de su acción delictiva que necesariamente se evidenciaban y de los que —en ese contexto— dio cuenta, primero al profesional y luego al agente policial comisionado cuando éste la interrogó en infracción al art. 434 inc. 5º del Código de Procedimiento Penal, según ley 3589 y modificatorias (cf. art. 18, C.N.; P. 74.045, sent. del 22-II-2006, e./o.). El dilema en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario”.

Con mayor precisión el voto explica que “...ese conocimiento fue adquirido sin que la persona involucrada (destinataria por una parte de la protección de la garantía en examen, y a su vez del derecho a la salud; arts. 33, C.N.; 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 11, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) pudiera optar libremente entre publicitar su acción delictiva o no hacerlo. Esa determinación se hallaba compelida por su necesidad vital”.

En otras palabras, el voto concurrente del juez Soria indica que “la investigación sumarial —y con ello, en particular, el dictamen médico de fs. 65/66, considerado esencial para la prueba de la materialidad ilícita—, el despliegue del proceso y, desde luego, la consecuente condena penal, son tributarios de un factor determinante y esencial, cuyo origen es incontrovertible: las declaraciones autoincriminatorias de A. T. E., pronunciadas, se insiste, en la situación de grave coacción ya descripta”.

Para finalizar, el voto de la mayoría cita las opiniones concordantes y minoritarias de los jueces Rodríguez Villar en los casos P. 38.305 y P. 39.085 citados, y Negri (que intervino en el primero de ellos) que se habían expedido en sentido similar a la posición que ahora asume la mayoría (34). Y cita la argumentación central del juez Frías Caballero en el destacado Plenario “Natividad Frías” (35).

(34) El juez Rodríguez Villar sostuvo en la ocasión que “...Es indudable que la procesada, para ser atendida de sus afecciones, se ha encontrado en la necesidad de anotar a la facultativa de... las maniobras abortivas que serían la causa de las dolencias... Razones humanitarias y de respeto a la libertad individual impiden en estos casos valerse de una autoinculpa que se presta ineludiblemente sólo para preservar la salud seriamente comprometida por las maniobras abortivas (art. 18, Constitución Nacional)... De otra manera se colocaría a la mujer, en situaciones de necesidad semejante, ante la disyuntiva de solicitar la atención médica bajo la afrenta de un proceso, o de no acudir poniendo en serio riesgo su propia existencia...”. Por su parte, el juez Negri agregó que no era posible requerir a la mujer que como consecuencia de maniobras abortivas “...ve gravemente perjudicada su salud, que arriesgue su propia vida por falta de atención médica a cambio del silencio del hecho. De otro modo se le exigiría elegir entre su propia vida o un proceso —antesala de la prisión—, elección heroica que el legislador no habría pedido al hombre común sin violentar el art. 18 de la Constitución Nacional”.

(35) El fallo destaca la actualidad de las palabras del juez citado, quien expuso en aquella ocasión que “La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible, admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse a favor de la prevalencia del interés social... de reprimir el delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada (ref. art. 18 CN). Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo... menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable” (del voto de Frías Caballero, causa cit., 26-VIII-1966). Aunque inicialmente se detuvieron en la conducta del médico difusor del secreto, la impronta de ese derecho estuvo también presente, en particular, en los votos de los jueces Lejarza y Amallo.

Con este precedente, queda pues claro para la nueva conformación de la Corte provincial, que no es posible desarrollar una investigación penal contra la mujer que como consecuencia de una práctica abortiva en condiciones inadecuadas acude al auxilio médico y, en esas condiciones, da a conocer al médico o a la autoridad policial, la comisión del delito.

La práctica de abortos en condiciones higiénicas y sanitarias inapropiadas —usual en nuestro medio dado el estado actual de la regulación jurídica de la cuestión— provoca una cantidad considerable de casos similares; de ello es muestra el debate jurisprudencial actual.

Frente a ello, la SCBA ha adoptado una postura clara que garantiza a la mujer que se encuentra en las condiciones descritas la protección de su salud, sin correr con el riesgo de ser sometida, en consecuencia, a un proceso penal.



# ACTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL SCBA

Mariano Lasarte

## I. Introducción

a. El presente trabajo fue elaborado con motivo de un ciclo de charlas organizado por el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que repitiendo los de dos años anteriores, se desarrollara en septiembre de 2006.

En la misma me tocó abordar el tratamiento que le ha dado el más alto Tribunal provincial a algunas de las plurales problemáticas que ofrecen distintas figuras complejas previstas en nuestra legislación penal. Particularmente, por haberse producido importantes cambios en la doctrina legal derivado de ricas elaboraciones por parte de los jueces llamados a intervenir, es que me centré en dos de ellas: el robo con homicidio y el robo con lesiones graves o gravísimas (artículos 165 y 166 inc. 1º del Código Penal).

b. En primer lugar me referiré a problemas de imputación derivados de la situación en que en el contexto de un robo se produce el deceso de uno de sus coautores por la acción de terceras personas y la incidencia en la subsunción legal que merezca el hecho a partir de ello. También abordaré un caso de robo en cuyo contexto se produjo la muerte de una de las víctimas y lesiones en otra, pero en las que estaba en discusión si dichos resultados eran explicables por la competencia de organización de las propias víctimas y no por el riesgo creado por quienes tentaran el robo.

Por último abordaré la postura de la Corte respecto de estas figuras complejas y la tentativa.

c. Sólo con fines metodológicos quisiera hacer una pequeña referencia a la problemática en juego tanto en la figura del art. 165, como en la del 166 inc. 1, ambos del Código Penal, pues buscar alguna precisión terminológica quizá nos ayude a desentrañar cuáles son los presupuestos y las consecuencias que implica adoptar una u otra postura (1).

A veces se habla de delitos preterintencionales, otras de delitos calificados por el resultado o de delitos complejos.

Aun cuando no deban confundirse las etiquetas y los contenidos, lo cierto es que esta imprecisión terminológica abre grietas por las que pueden filtrarse supuestos de responsabilidad objetiva que se dan de bruce con el principio de culpabilidad, pilar fundamental de un derecho penal garantista.

---

(1) Sobre todo respecto a la posibilidad de aplicar el art. 42 del Código citado a las figuras de los arts. 165 y 166 inc. 1º del Cód. Penal.

Creo más apropiada la designación de delitos simples y complejos (2), abarcando esta última denominación los supuestos de preterintención (3), culpa compleja (4) y doble resultado doloso (5). Autores como Jescheck (6) mantienen la denominación de delitos cualificados por el resultado, aunque destacando la conexión subjetiva que debe existir con dicho resultado.

Volviendo al delito del art. 165, mucho se ha discutido sobre su categorización. Así, autores como Sebastián Soler han expresado que la frase "resultare un homicidio" alude a preterintención; otros como Núñez creen que también abarca supuestos de homicidios dolosos cuya tipicidad subjetiva no satisfaga las exigencias del art. 80 inc. 7º, en tanto que otros como Fontán Balestra han considerado que sólo abarca a las muertes dolosas sobre la base de un juicio de razonabilidad y sistematicidad en orden a las escalas penales aplicables a cada caso.

La Corte no tiene aún una doctrina legal precisa sobre el punto, razón por la cual su abordaje excede el objeto de este trabajo.

## II. Robo con homicidio (7)

Respecto a la figura de robo con homicidio prevista en el art. 165 del Cód. Penal, ya no es una novedad la variación producida a comienzos del año 2004 en la postura asumida por la Corte relativa al supuesto en que quien resulta muerto es uno de los partícipes en el robo, por acción de terceros o de la propia víctima.

A. Conocida es la doctrina que imperaba hasta ese momento, emergente de lo resuelto en causa P 36.212 "Galván - robo calificado" del 24 de febrero de 1987 (8) según la cual la figura aludida era aplicable aun cuando el fallecido resultaba ser uno de los partícipes del robo en manos de un tercero e, incluso, mediando una causal de justificación.

*Los hechos:* Inés Galván junto con seis sujetos más emprenden juntos un robo a mano armada. Al resistirse a la autoridad policial tres de ellos mueren por acción de los funcionarios públicos, otros tres huyen con parte del botín, en tanto que Inés Galván es detenida.

Habiendo sido condenada por la Cámara como coautora del delito robo calificado por el empleo de armas, deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (9) el

---

(2) Eugenio Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Tomo III, pág. 427 y sgts.

(3) Por ejemplo, art. 81 inc. 1 letra b del Cód. Penal.

(4) Por ejemplo, art. 189 segundo párrafo del Cód. Penal.

(5) Por ejemplo, art. 170 penúltimo párrafo del Cód. Penal.

(6) Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edición, Comares, pág. 235. Este autor denomina delitos compuestos, por oposición a los simples, a aquellos cuya perpetración afecta más de un bien jurídico.

(7) No me referiré a las distintas opiniones sobre el *nomen juris* de esta figura, ni a otras problemáticas mucho más interesantes como la de la relación con el art. 80 inc. 7º del Cód. Penal, que tan ricos debates generaran en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional. En algunos de los votos que abordaremos se señalan algunas de ellas, fundamentalmente derivadas de la circunstancia de que provienen de distintas fuentes —del derecho penal español una y del italiano la otra—, cuya coexistencia en un mismo cuerpo legal ha generado no pocos problemas interpretativos.

(8) Votaron los Dres. Ghione, San Martín, Mercader, Laborde y Salas sin disidencias.

(9) Art. 494 del Cód. de Proced. Penal.

Fiscal de Cámaras quien denuncia la errónea aplicación de esta última figura y la omisión hacerlo respecto a la del art. 165 antes mentada.

Allí sostuvo sin disidencias la Corte que si el motivo de la agravante es el mayor daño jurídico derivado de la pérdida de una vida, ello no se disminuye porque en el contexto del robo —que es su causa determinante— se intercale una causal de justificación.

El elemento “homicidio” simboliza —conforme esta postura— matar a otro (es decir, la mera tipicidad), quedando configurado aunque exista una causal de justificación.

Se destacó como línea argumentativa que mientras el art. 166 inc. 1 conecta el resultado lesivo con las violencias desplegadas para robar, el art. 165 no contiene ningún requisito al respecto.

El alcance que se le asignó a la “escasa injerencia que tuvo [la acusada] con relación al resultado mortal” fue el de operar como atenuante a los fines de la determinación de la pena.

B. En otros casos se ampliaron los fundamentos del criterio adoptado. Así en P. 46.415 “González Carlos” fallado el 14 de mayo de 1996 (10).

*Hechos:* tres sujetos intimidan con armas de fuego al chofer de un ómnibus apoderándose de la recaudación. Uno de los pasajeros se identifica como policía matando a uno de los delincuentes e hiriendo a otro. El restante logra darse a la fuga con el dinero desapoderado.

Reitera la Corte los argumentos de Galván, aunque agregando los siguientes:

Respondiendo a las críticas en cuanto se estaría aplicando un criterio de responsabilidad objetiva respecto del homicidio resultante, se afirma *que la situación no es distinta a la de muchos delitos culposos (con culpa inconsciente).*

Así, sostuvo el Tribunal que *quien inicia una “empresa” como la de robar (fuerza física en las cosas, violencia física en las personas) incurre como mínimo en culpa inconsciente o sin representación respecto a lo que pudiera derivar de tan peligrosa “empresa”.*

*Quien roba está en condiciones por lo menos de prever un resultado mortal, incurriendo al menos en una infracción al deber de cuidado en tal sentido.*

Agrega un argumento de sistematicidad relativo a la pena: si para quien roba en despoblado y en banda, aún sin resultado lesivo alguno, se prevé una escala penal de 5 a 15 años de prisión o reclusión, entonces si media la muerte de una persona aunque sea culposa respecto de alguno o todos los autores y partícipes del robo, la pena privativa de libertad es de 10 a 25 años.

Este criterio fue repetido en otras causas, suscribiendo el mismo los Dres. Hitters y Negri (11).

---

(10) Votaron los Dres. Ghione, Laborde, Mercader, Pisano y Negri, sin disidencias.

(11) Así, por ejemplo, en P. 68.102 “Domínguez- 165 CP”, del 12 de septiembre de 2001.

C. El 17 de marzo de 2004 la Corte, con su actual integración, se pronuncia sobre la figura en trato en P. 74.499 "Méndez- Rec. de casación" (12). Conforme lo adelantara, con este caso la Corte fijó nueva doctrina legal en la materia.

*Los hechos:* La imputada Méndez junto con dos sujetos se presentaron en una pizzería de Castelar e intimidando con armas de fuego a las personas presentes se apoderaron de dinero. Al llegar al lugar una comisión policial se produce un enfrentamiento con los dos sujetos masculinos, uno de los cuales cae muerto, en tanto que el restante huye con la *res furtiva*. Méndez es detenida en el lugar.

El Tribunal de Casación Penal encuadró el hecho imputado a esta última como robo calificado por el empleo de armas. Contra ello dirige su impugnación el Fiscal ante dicho Tribunal, quien denunció la errónea aplicación del art. 166 inc. 2 y la omisión de hacerlo respecto al art. 165, ambos del Código Penal.

El primer voto, del Dr. Pettigiani (13), reitera los argumentos del precedente Galván, al que ya hiciéramos referencia. Así, sostiene que el grado de participación de la imputada debe analizarse respecto al robo y no de la muerte. La acusada debe ser penada más severamente por haber participado en el robo a raíz del cual se desencadenan los hechos que culminan con una muerte.

El Dr. de Lazzari vota a continuación, sentando su postura contraria al precedente Galván.

Luego de referirse a los antecedentes del art. 165 (14) antes citado, a su "convivencia" con los homicidios *criminis causa* del art. 80 inc. 7º (15) y a las posturas doctrinarias en orden al deslinde entre los supuestos abarcados por una y otra figura en lo relativo a la conexión subjetiva del autor con la muerte, sintetiza los fundamentos de la doctrina legal emergente de "Galván".

Comienza expresando su disenso respecto al alcance dado a la presente figura por el Juez de primer voto, señalando, con cita de Zaffaroni, que se trata de una de las denominadas *figuras complejas*. En esta categoría entran distintos supuestos: combinaciones de figuras dolosas y culposas (16), delitos dolosos que se califican por resultados dolosos más graves y tipos culposos que se califican por resultados culposos más graves. En cualquier caso, no podrá aplicarse una pena más grave si tales resultados no han sido causados con dolo o culpa.

Volviendo al hecho en juzgamiento, señala que cualquiera sea el modelo teórico desde el cual se ponderen las distintas instancias analíticas del delito, en ninguna hipótesis habrá conexión subjetiva entre el autor del robo y el resultado muerte: ni como

---

(12) Votaron los Dres. Pettigiani, de Lazzari, Roncoroni, Hitters, Kogan y Soria.

(13) Hay que tener en cuenta que en la Provincia de Buenos Aires por imperio del art. 168 segundo párrafo de su Constitución, los Jueces que integren tribunales colegiados deberán dar su voto individual en todas las cuestiones esenciales a decidir, previendo en el art. 161 inc. 3 letra b) un recurso extraordinario de nulidad en el que una de las causales es la omisión de este requisito en las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia. De allí que sus sentencias difieran en su estructura formal a las de la Suprema Corte nacional.

(14) Que se remontan al art. 425 inc. 1 del Código Penal Español de 1848, pasa a los Códigos de 1870 y luego al de 1932, desapareciendo a partir del Código de 1995.

(15) Proveniente del Código Penal Italiano de 1889.

(16) Por ejemplo, el homicidio preterintencional del art. 81 inc. 1 letra b).



*relación psicológica* (17), ni como *reprochabilidad* por serle exigible una conducta distinta motivada en el precepto normativo (18).

En este marco teórico, no hay posibilidad de endilgarle subjetivamente a Méndez el resultado muerte.

Además, destaca que al no haberse descrito en la imputación cuál ha sido el mecanismo de actuación de la acusada Méndez respecto de la muerte, resultaba imposible determinar cuál sería la conducta exigible.

Esta última omisión conlleva a la conclusión de que se había presumido su participación respecto a dicho resultado.

Concluyó, entonces, que tanto por vulnerarse las reglas de la autoría cuanto las de la culpabilidad, cabía rechazar la pretensión del Fiscal de Cámaras de que el hecho fuera subsumido en la figura del art. 165 del Código Penal.

El Dr. Roncoroni adhirió al Dr. de Lázari. Expresó que la única forma de conjugar las llamadas figuras penales agravadas por el resultado con los principios legitimadores y limitadores del *ius puniendi*, en particular con el de culpabilidad, es considerar que se trata de figuras complejas que excepcionan la aplicación del concurso formal del art. 54 del Código Penal, mas con el debido cuidado de que no se conviertan en un modo de introducir el principio medieval de origen canónico del *versari in re illicita*.

Según tal perspectiva, deberá existir al menos culpa en el resultado que constituye la circunstancia agravativa del tipo penal básico para poder imputarle personalmente al agente la figura compleja, lo que a su vez requerirá, como lo había señalado el doctor de Lázari, algún rango de participación en tal resultado.

Concluyó, entonces, que no era posible imputarle ni objetiva ni subjetivamente a Méndez el homicidio acaecido, sin incurrir en la aplicación de un criterio de responsabilidad objetiva contrario a la Constitución Nacional.

El Dr. Hitters, a continuación, se apartó de la postura que había asumido en casos precedentes desarrollando, en una línea causalista, los motivos que lo llevaban a dicho cambio.

Sostuvo que no era posible atribuir a Méndez causación física ni intervención alguna que permita hacerla responder por el resultado mortal.

Así, consideró que aun cuando pudiera reputarse previsible el resultado mortal, no habría posibilidad de asignar responsabilidad alguna por ello si no se ha causado dicha muerte o realizado un aporte para ello bajo algunas de las formas aceptadas de la autoría o participación: la previsibilidad no basta. Por último, agregó que la aplicación de esta figura exigía que medie alguna de las formas de culpabilidad previstas en la ley respecto al resultado mortal.

El voto de la Dra. Kogan despliega profundos y extensos argumentos dentro del campo teórico de la denominada "teoría de la imputación objetiva".

Comienza señalando que la mera ocurrencia de un resultado no permite, en el marco del sistema de imputación de nuestro ordenamiento jurídico, calificar un delito: dicho resultado debe ser atribuible a un obrar reprochable en el sentido de *evitable*.

---

(17) Teoría psicológica de la culpabilidad.

(18) Teorías normativas de la culpabilidad.

Así, aun cuando el legislador opte por la inclusión de un resultado como antecedente de la reacción penal, no puede dejar de entenderse, a la luz del mandato constitucional, que el *contenido esencial de lo prohibido* no puede ser otra cosa que una *conducta evitable* del autor.

Las reglas de las ciencias naturales según las cuales una persona ha *causado* un resultado sólo aportan un contenido mínimo acerca de la posibilidad de imputación penal. Falta analizar el nexo normativo: si esa *causación* del resultado es jurídicamente esencial.

Por eso, habrá que preguntarse primero si la causación de la muerte justificada de un codelincuente en manos de la policía integra el contenido de lo prohibido (cuál es el riesgo que una persona no debe introducir en una relación social). Luego habrá que establecer si ese resultado es la concreción del riesgo creado (si ese riesgo produce o explica el resultado).

Si bien vale como premisa —agrega— que quien va a robar armado debe hacerse responsable de las consecuencias que de modo relevante se vinculan a ese suceso, ello no permite justificar inmediatamente que cualquier consecuencia ocurrida en el contexto de un robo, es una de aquéllas por las que el autor debe responder.

Concluye en que el tipo penal del art. 165 del Código Penal reprime al autor del robo que, por la violencia ínsita a este delito, también comete un homicidio. En este sentido, el término “resultare” alude a los efectos de la violencia propia del robo y empleada por el autor de este delito contra la propiedad, que termina en un homicidio. El autor del robo debe generar con su obrar un riesgo concreto de que se produzca el resultado de muerte de una persona.

Aduna, por último, que si lo que se quiere es dar mayor protección a la vida de las personas, una interpretación como la postulada por el Fiscal termina haciendo más laxa la consideración de la vida pues equipara desde el punto de vista de la tipicidad la conducta de quien sin ofrecer resistencia alguna se entrega a la autoridad policial frente a la de quien se resiste efectuando disparos. Y ello no desalienta los comportamientos peligrosos para la vida producidos en el contexto de un robo debido a la conducta emprendida por partícipes, víctimas y aun terceros.

El Dr. Soria, a su turno, concluye también en que la muerte de uno de los sujetos activos del robo, producto —según los hechos probados— de la intervención policial, no cae en las previsiones del art. 165 del Cód. Penal.

Luego de historiar los antecedentes de la figura de homicidio en ocasión de robo, expresa que aquello en lo que la jurisprudencia y doctrina han centrado su discusión es en establecer en qué casos la muerte puede atribuirse al sujeto activo del robo como resultado que lo califica: dolo o culpa.

Señala que el vocablo “resultare” alude a los efectos que provoca la violencia propia del robo desplegada por el autor de este delito, y que termina en un homicidio. Es decir, que debe haber por parte del autor o partícipe del robo una creación de riesgo concreto de que se produzca el resultado muerte y su concreción debe explicarse a partir del aquel riesgo. Claramente advertimos que, al igual que la Dra. Kogan, el Dr. Soria hace aplicación de criterios de imputación objetiva a fin de determinar la subsunción legal del hecho objeto de juzgamiento.

Expresa su disenso con la doctrina emanada del precedente “Galván”, cuya premisa valorativa sintetiza del siguiente modo: quien emprende una acción riesgosa (robo con armas) debe cargar con todas las consecuencias (directas o remotas) que se vinculan con este suceso.

Y agrega que si bien desde la perspectiva del naturalismo, puede establecerse alguna intervención a Méndez —muy remota— en el resultado, tampoco ello podría fundamentar que ese obrar sea *jurídicamente relevante* en el contexto de la previsión legal del art. 165 y que, de serlo, la muerte le sea *normativamente imputable*.

Concluye que:

a. El resultado muerte sólo debe “cargarse en la cuenta” de quienes hayan podido dominarlo o evitarlo.

b. La contribución de Méndez en el hecho —en lo que hace a la producción de la muerte del partícipe por parte del personal policial— se encuentra *fuera del alcance de la finalidad de la norma* pues el riesgo introducido no es de los alcanzados por la previsión legal.

D. Me referiré a continuación a otro caso en que se discutía el alcance de esta figura en orden a la atribución de una muerte acaecida en el contexto de un robo.

El 28 de junio de 2005 la Corte falló la causa P. 79.609, “Cejas s/ Recurso de casación”.

*Hechos:* tres sujetos abordaron un micro, y amenazando al chofer con un arma de juguete “lanza bolitas plásticas” de “color fluorescente” intentaron robarlo. Un pasajero —numerario policial— extrajo un arma para impedir el hecho, produciéndose un tumulto con forcejeos en la parte delantera del vehículo. Dos pasajeros que se encontraban en la parte trasera, asustados por la situación antes descrita, rompen los vidrios de la puerta de descenso y se arrojan del vehículo en movimiento, produciéndose la muerte de uno de ellos y lesiones en el restante.

El Tribunal de Casación había condenado a los imputados —por mayoría— como coautores penalmente responsables del delito de homicidio en ocasión de robo en grado de tentativa en los términos de los arts. 165 y 42 del Cód. Penal.

El Defensor se agravió de tal calificación, alegando que el fallecimiento y las lesiones del pasaje del ómnibus no pueden de ningún modo imputarse a los autores del hecho como vinculadas (o motivadas) con su participación en el tentado desapoderamiento. Señaló que el tumulto se produjo por la acción del sujeto que extrajo un arma, introduciendo así un motivo a la riesgosa actividad asumida por quienes viajaban en la parte trasera del vehículo de arrojar a la calzada con el ómnibus en movimiento, lo que no se le puede anexar como previsible a los imputados.

La Corte hizo lugar al recurso, calificando el hecho como constitutivo de tentativa de robo agravado por su comisión en poblado y en banda (19).

El Dr. Soria votó en primer término, y en alguna medida reiteró la postura fijada en “Méndez”. Así consideró que en la figura agravada del art. 165 el partícipe del robo debe generar con su obrar un riesgo concreto de que se produzca el resultado de muerte de una persona y su concreción debe explicarse a través de aquél. Cualquier riesgo remoto de un resultado de muerte no está alcanzado por la norma prohibitiva del art. 165 del Código Penal.

Señaló que la interpretación de dicha figura constitucionalmente más consistente en casos como el del subexamen, es que el homicidio resultante del robo no quede tan distante del riesgo introducido por el autor que ya no le resulte dominante.

---

(19) No es el objeto de este trabajo abordar la problemática del alcance del término “banda”, aunque es oportuno destacar que la Corte Suprema provincial ha sostenido desde antaño que no debe identificarse a ésta con la asociación ilícita del art. 210 del Cód. Penal.

Sobre dicho piso de marcha consideró que, en el caso, uno de los pasajeros introdujo sucesivamente una condición adicional que intensificó el peligro concreto en curso: el aporte de un arma de fuego, con la que intentó aventar la agresión ilegítima, sin perjuicio del significado de esa conducta en el ámbito de la justificación. Además se sumó la actuación riesgosa de las propias víctimas, que a su juicio no fue trivial en la explicación del resultado mortal acaecido.

Así, entendió necesario verificar si efectivamente la porción prohibida del riesgo que el acusado administró es aquella que se actualizó en el resultado de muerte del pasajero por los traumatismos sufridos a consecuencia de caer contra el asfalto desde el colectivo en movimiento (imputación objetiva) o si recibió el influjo determinante de otros factores (v. gr.: el condicionamiento relevante puesto por un tercero, o la actuación riesgosa de la propia víctima), y entonces no servirá de explicación.

Consideró, en definitiva, que la víctima con su obrar riesgoso fue el factor determinante en la explicación del resultado mortal tal como finalmente aconteció, siendo, por ende, solamente imputable al autor la porción de riesgo prohibido introducido en el suceso, esto es, el intento frustrado de desapoderamiento violento.

Por todo ello, concluyó que el deceso del pasajero no puede serle reprochado al recurrente como resultado de un actuar dominable y que la explicación de la muerte de la víctima se encuentra de modo determinante en el ámbito de su competencia.

Con tal alcance estimó que la calificación correcta del hecho es la de tentativa de robo calificado por su comisión en poblado y en banda (20).

El Dr. *Hitters* adhirió al Dr. Soria con alguna consideración relativa a la previsibilidad del resultado muerte y al juicio sobre si el mismo se produjo como materialización del peligro jurídicamente prohibido creado por los autores del delito contra la propiedad.

El Dr. *Roncoroni* también adhirió al primer voto resaltando, a la hora de ponderar el alcance del riesgo creado por los acusados en el marco del ámbito de prohibición del art. 165 del Cód. Penal, las especiales circunstancias que el caso presentaba: el empleo de un arma lanza bolitas de color verde fluorescente (21), la intervención de un tercero que incrementó la situación de riesgo originalmente creada por los acusados, sumado a la propia conducta de autopuesta en peligro de la víctima. En dicho marco, coincidió con el Dr. Soria en que la muerte de la víctima no era explicable por el riesgo creado por los acusados al comenzar la ejecución del robo.

Los doctores Genoud y Negri se sumaron a la postura mayoritaria.

### III. El Problema de la Tentativa en los delitos previstos en los arts. 166 inc. 1 y 165 del Cód. Penal

a) Las figuras complejas en trato presentan el problema de establecer qué ocurre cuando la lesión a la propiedad no llega a consumarse, pero sí lo hace el resultado lesivo para la vida o la salud de alguna de las víctimas.

La doctrina legal de la Corte en su anterior integración consideraba que "*es jurídicamente imposible declarar consumado un robo meramente tentado por el solo hecho*

---

(20) Ver nota 17.

(21) Sin decirlo expresamente, los jueces parecen considerar burdo el procedimiento desplegado para intimidar ante la evidente inidoneidad del objeto empleado a tal efecto.

de haberse perfeccionado no ya la acción descripta en la figura (art. 165, C.P.), sino un elemento normativo de la misma”.

Por lo demás, al fallar en la causa P. 40.411 (sent. del 11-II-1992) se hizo cargo del problema que se suscita con la incongruencia de penas que tal interpretación genera cuando se aplica el mecanismo de reducción del art. 44 a la escala penal del art. 165.

Allí resolvió que en tal supuesto debía calificarse el hecho como tentativa de robo con homicidio en concurso ideal con homicidio simple. Consideró que dichas figuras no se repelen y puede hacérselas concurrir formalmente.

A partir de caso Méndez (causa P. 74.499, a la que ya me refiriera), está claro que la mayoría de los integrantes del Tribunal han entendido que el resultado homicidio no es un mero elemento normativo del tipo del art. 165 aludido, pues, según ya lo expusiera, consideran que la figura en análisis es de naturaleza compleja.

La Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la tentativa en la figura del art. 165 en marzo de 2007, en fallo que luego trataremos.

Si se había pronunciado con anterioridad respecto al robo con lesiones graves o gravísimas previsto en el art. 166 inc. 1º del Código Penal, resolviendo que no admite tentativa.

b) En la causa P. 70.963 fallada el 1º de diciembre de 2004, resolvió el Superior Tribunal Provincial —por mayoría— en el sentido antes indicado.

El Dr. Negri reiteró la doctrina de la Corte en su anterior integración, según la cual si bien las lesiones del art. 166 inc. 1º del Código Penal (entendidas como elemento normativo del tipo) pueden satisfacerse en cualquiera de los momentos de la realización del robo ya que son violencias que realizan el robo, la consumación de la figura requiere que el robo se perfeccione, pues tales violencias no satisfacen por sí mismas el concepto legal de robo consumado. El proceso ejecutivo del robo es otra cosa y en consecuencia, admite la tentativa.

El Dr. Pettigiani expresó su disidencia a tal punto de vista, remitiéndose a la postura minoritaria de la Corte en su anterior integración (22), según la cual a despecho de la ubicación sistemática de esta figura entre los delitos contra la propiedad, resulta indudable que el bien jurídico al que se otorga prevalencia es la salud y la integridad corporal, por sobre el patrimonio.

Sobre la consideración de que no se trata de tipos individuales sino de uno complejo formado por dos elementos, concluye que el acabado desarrollo del tipo penal que se analiza no precisa ni demanda el perfeccionamiento del apoderamiento de la cosa mueble, total o parcialmente ajena, bastando que las lesiones ocurran de conformidad con las pautas establecidas en el art. 164 *in fine* del Código Penal en orden a la ubicación temporal de la violencia.

Agrega un argumento relativo a las escalas punitivas, indicando que resultaría inequitativo que frente a una agresión al bien jurídico propiedad en la cual y en el transcurso de su desarrollo (art. 164 *in fine* del C.P.) se causaron lesiones —graves o gravísimas—, se admita su comisión en tentativa y, de tal modo, la posibilidad de imponer una pena más leve de la que resultaría si, simplemente, el agresor comete las lesiones contempladas en el art. 91 de la ley sustantiva.

---

(22) Nos referimos al voto del Dr. Rodríguez Villar en causa P. 39.796, sent. del 2-IV-1991.

El *Dr. Roncoroni*, resaltando este último argumento, adhirió a la postura del *Dr. Pettigiani*.

El *Dr. Hitters* se sumó a este criterio, destacando que el precepto del art. 166 inc. 1 adelanta el momento consumativo del delito, centrándolo en el ataque a las personas.

Igual temperamento, sin matices para destacar, siguieron los Dres. *de Lázari y Genoud*.

En suma, la Corte fijó la doctrina legal consistente que la producción de lesiones graves o gravísimas como consecuencia de las violencias desplegadas para robar —en alguno de los momentos señalados en el art. 164— consuman la figura del art. 166 inc. 1 del Código Penal.

c) En la causa P. 71.731, fallada el 2 de marzo de 2005 volvió a plantearse la Corte este problemática.

Los Dres. *Hitters, Roncoroni, Genoud, Pettigiani* y *de Lázari* mantuvieron el criterio antes explicado, que constituye la doctrina legal de la Corte en la materia.

Sin embargo, resulta de interés traer a colación el caso pues aquí votaron los Dres. *Soria* y *Kogan*, quienes expresaron una postura minoritaria diversa.

Remontándose a los antecedentes españoles de esta figura, a los que ya nos hemos referido, destacó el *Dr. Soria* que allí el art. 512 establecía expresamente que tales delitos “quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable”.

Ante la ausencia de nuestra legislación penal de una disposición semejante que excepcione la aplicación de las disposiciones generales sobre la consumación, se pregunta si es posible adoptar tal temperamento.

Entiende que la norma del art. 42 del Código Penal no ha sido pensada —en principio— para regular los supuestos excepcionales de los llamados “delitos complejos”, sino a los delitos como unidades independientes.

Descartada en consecuencia la aplicación del citado art. 42 a la figura del art. 165 y ante la falta de una regla específica semejante a la que contemplaba la fuente española equiparando con la misma pena el adelantamiento del momento consumativo del robo, concluye que el “complejo” solamente se perfecciona cuando las dos figuras penales independientes que lo componen —robo y lesiones— se consuman. En caso contrario éste se articula y rigen las reglas generales del concurso para cada uno de sus componentes.

Arriba así a la conclusión de que en este último supuesto deberá calificarse el hecho como constitutivo de tentativa de robo con armas en concurso ideal con lesiones (graves o gravísimas), de conformidad con las disposiciones generales del Código Penal. Reitero que esta postura es minoritaria.

d) Me referiré por último a la causa P. 86.070, “Lezcano R. D. Recurso de casación” fallada el 7 de marzo de 2007, pues en la misma la Corte modificó la doctrina legal del Tribunal —en su anterior integración— resolviendo que si con motivo u ocasión de un robo resulta un homicidio, el delito se encuentra consumado aunque no se haya perfeccionado el atentado contra la propiedad.

*Hechos:* Lezcano junto con otro sujeto ingresan a un supermercado en donde comienzan a ejecutar un robo con armas. Como un guardia de seguridad del lugar

extrae la propia, le efectúan disparos que le causan la muerte. El hecho planificado por los autores se interrumpe viéndose frustrado el atentado a la propiedad.

El Tribunal de Casación calificó el hecho como tentativa de robo con homicidio en concurso ideal con homicidio (arts. 165, 79, 42 y 54 del Código Penal).

El Fiscal Adjunto ante dicho tribunal dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (23), denunciando la errónea aplicación del art. 42 en función del art. 165, ambos del Código Penal. Invocando doctrina de autores y jurisprudencia alegó que la especial estructura del tipo complejo permite tener por consumado el delito si el elemento normativo que lo agrava —en el caso, el homicidio—, se ha consumado.

El *Dr. Pettigiani* abrió el acuerdo remitiéndose una vez más a la postura minoritaria de la Corte en su anterior integración (24), señalando que el tipo penal previsto en el art. 165 de la ley sustantiva, al igual que su par del 166 inc. 1, es de naturaleza compleja, lo que torna necesario que su análisis debe ser realizado en un sentido que comprenda todo su continente y no sus partes individuales.

Sopesando las preponderancia que debe darse al bien jurídico vida por sobre la propiedad, concluye que si con motivo u ocasión de un robo se produce un homicidio, ello consuma el complejo con indiferencia del grado alcanzado por el ataque a la propiedad.

Desplazando el centro de gravedad de la figura al resultado mortal, entiende que no podría sostenerse que hay tentativa cuando se ha lesionado el bien jurídico preponderantemente tutelado.

Los *Dres. de Lázzari y Genoud* se sumaron al tal postura, remitiéndose a lo dicho en los casos que ya analizáramos respecto a la naturaleza compleja de la figura en trato, a partir de lo cual concluyen que la misma no admite tentativa.

El *Dr. Hitters* también se sumó a la interpretación de que el art. 165 adelanta el momento consumativo del delito, centrándolo en el ataque a las personas. Ello a partir de que la figura en cuestión comprende tanto el comienzo de ejecución del robo como su consumación y por ende, los dos casos son formas típicamente adecuadas de dicho encuadre normativo, que por ello atrapa acciones ejecutivas del robo anteriores a su consumación.

Similar análisis hace el *Dr. Roncoroni*, aunque este magistrado formula interesantes consideraciones relativas al homicidio como elemento normativo del tipo.

Señala que el legislador penal se vale a veces para tipificar conductas de los llamados elementos normativos, para cuya interpretación debe acudir a otras disciplinas, como, por ejemplo: río navegable (art. 198 del Cód. Penal), pornográfico (art. 128, Cód. cit.), obsceno (art. 129, Cód. cit.), funcionario público (art. 260, Cód. cit.), cheque (art. 302, Cód. cit.), etc. Destaca que ninguna de estas expresiones describe una conducta, sino la necesidad de una valoración a fin de determinar el alcance de un elemento del tipo, por lo que no integran el núcleo de ninguna de las figuras implicadas.

De modo que el homicidio que resulte del robo o se cometa en ocasión de su perpetración —agotada o en grado de conato—, no es un mero elemento normativo

---

(23) Ver nota 9.

(24) Nos referimos al voto del *Dr. Rodríguez Villar* en causas P. 39.271 y P. 49.995, sents. del 30-III-1993 y 20-IV-1993, respectivamente.

como el cheque en art. 302, o el instrumento público en el art. 292, ambos del Código Penal, sino que se está refiriendo a una conducta, solo que se remite a otras normas del Código —las que determinan qué es un homicidio— en vez de reiterar su contenido.

Rechaza así el argumento según el cual un mero elemento normativo no puede elevar al grado de consumación una conducta meramente tentada, expresando que con ello se pasa por alto que el complejo se encuentra integrado también por la conducta de matar, que es juntamente la que consume la figura.

En resumen, la doctrina legal de la Corte es que si en el proceso ejecutivo de un robo se produce un homicidio, ello consume el complejo del art. 165 del Código Penal, sin necesidad de que se perfeccione el atentado a la propiedad.



# APROXIMACIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA ANULACIÓN DE OFICIO DE LAS SENTENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

(CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS CAUSAS PENALES)

**R. Daniel Martínez Astorino**

SUMARIO: A. Introducción. B. Aspectos generales. I. Concepto. II. La estimulación recursiva necesaria. III. La vía recursiva idónea. IV. Las causales o motivos de nulidad de oficio. a. La imposibilidad de deducir el recurso de inaplicabilidad de ley. a.1. Concepto. a.2. Fallos relacionados. b. La obstaculización del conocimiento del asunto por parte del Tribunal. b.1. Concepto. b.2. Fallos relacionados. c. Las situaciones de incompatibilidad con el debido proceso. c.1. Concepto. c.2. Supuestos. c.3. Los vicios lógicos del pronunciamiento. c.4. Afectaciones al debido proceso y al derecho a la defensa en juicio. V. Algunas Conclusiones.

## **A.- Introducción**

En este trabajo abordaremos las notas más salientes de la doctrina que sobre la anulación de oficio de las sentencias ha pergeñado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Nos limitaremos, primordialmente, al tratamiento de las causas penales y dentro de ellas, a las que han sido dictadas por la actual composición del Tribunal.

Presentaremos, en una primera parte, una somera reseña de las temáticas relevantes de la institución, desde el punto de vista doctrinario, para generar un ámbito propicio para la armonización de los criterios jurisprudenciales.

## **B.- Aspectos generales**

### ***I.- Concepto***

La anulación de oficio de las sentencias —ha dicho la Suprema Corte— es una facultad privativa del Tribunal que emerge de los poderes inherentes o implícitos que este órgano posee para el desarrollo de las funciones consagradas por la Constitución provincial y las leyes dictadas en consecuencia (1).

Como facultad exclusiva y excluyente del Tribunal, no requiere que su actuación sea propiciada por las partes (2); sin embargo, es necesaria una estimulación recursiva

---

(1) Así se ha resuelto en L. 73.946, sent. del 28/XI/2.001; P. 78.203, sent. del 29/V/2.002; P. 53.437, sent. del 26/VI/2.002; L. 75.143, sent. del 23/XII/2.002; etc.

(2) Vid., L. 84.588, sent. del 6/IX/2006; L. 80.421, sent. del 22/XI/2006; etc.).

que habilite su competencia extraordinaria (3). Ello intenta paliar la limitación al principio dispositivo que subyace de este modo de actuar del órgano judicial, superando la falta de agravio sobre el punto y, con ello, la materia sometida a la decisión por la voluntad expresa de los que intervienen en el proceso (4).

Esta institución pretoriana descansa en los ya aludidos poderes y no encaja en ningún supuesto de nulidad de los códigos procesales locales (5).

Se trata, entonces, de una prerrogativa que el Tribunal utiliza, en supuestos en sí extremos y de excepción, para invalidar la sentencia judicial o algún acto de procedimiento anterior a ella, siempre que éstos presenten falencias de envergadura que afecten la legalidad del fallo.

## II.- La estimulación recursiva necesaria

El principio de iniciativa recursiva es el pilar básico que condiciona el poder invalidatorio ex officio de la Suprema Corte.

Señala Tessone que "...constituye un presupuesto que la instancia de casación se haya abierto a través de la concesión de un recurso extraordinario..." (6). En el mismo sentido, expresa Berizonce que la declaración oficiosa de nulidad está condicionada a que "...la competencia revisora del Alto Tribunal se encontrare habilitada por otros conductos recursivos extraordinarios..." (7).

Ahora bien, teniendo en cuenta que este trabajo pone énfasis en las causas penales, será necesario establecer cuando se encuentra habilitada la actividad recursiva extraordinaria en el Código Procesal Penal fruto de la ley 11.922 y sus modificaciones. Es que, a diferencia del derogado digesto obra del ilustre Jofré, y del ordenamiento procesal civil y comercial, el art. 483—1ra. parte—del C.P.P. señala que la interposición de los recursos extraordinarios se hará directamente ante la Suprema Corte dentro del plazo de veinte días, manteniéndose el criterio de la reserva o manifestación previa en el plazo de siete días de notificada la sentencia objeto de la impugnación (8). Ello importa que el juicio de admisibilidad del embate se sustrae de la competencia del órgano que dictó el pronunciamiento, adoptándose un criterio que imprime (o debería imprimir) al procedimiento un mayor grado de celeridad y eficacia.

(3) En este punto son coincidentes: Hitters, Juan Carlos; *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2da. Edición, Librería Editora Platense, pág. 653; Tessone, Alberto J.; *Recursos extraordinarios*, Librería Editora Platense, pág. 194; Ibáñez Frocham, Manuel M.; *Tratado de los Recursos en el proceso civil*, 4ta. Ed., La Ley, pág. 271; Berizonce, Roberto O.; "La Casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en la doctrina jurisprudencial", en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, v. 2, pág. 337 y Gernaert Willmar, Lucio R.R.; "La Casación Bonaerense" en *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, AA.VV., Función Pública, pág. 137.

(4) Vid., Hitters, ob. cit., pág. 655.

(5) En P. 74.991, sent. del 2/X/2.002, la mayoría del Tribunal ha afirmado "... La anulación de oficio es una institución efectivamente no legislada pero emergente de los poderes implícitos de la Suprema Corte. No se vincula con el art. 309 del Código de Procedimiento Penal—según ley 3589 y sus modif.— sino con la reunión de presupuestos y formalidades indisponibles, instituidos en función del interés público general, con la finalidad en último análisis de preservar el proceso justo..." (del voto del Juez de Lázari).

(6) Ob. cit., pág. 194.

(7) Ob. cit., pág. 337.

(8) En la legislación bonaerense los plazos de interposición son, sin excepciones, perentorios, improrrogables e individuales (art. 140) y su cómputo se efectúa considerando días corridos (art. 139).

De acuerdo a lo expuesto, la admisión del recurso —su concesión— es la decisión que primeramente debe adoptar el Alto Tribunal provincial una vez deducida la queja. De allí que, en principio, la posibilidad de que se activen en un caso concreto los poderes anulatorios de oficio, se encuentra supeditada a que el Tribunal se hubiere expedido sobre la habilitación de su competencia para emprender la revisión.

Este aspecto no debe ser tratado con ligereza. La necesidad de que se hubiese declarado la admisibilidad o concesión del recurso es trascendente en este andarivel, al menos, por dos razones: de un lado, sólo merced a la constatación de los requisitos formales atingentes (los estipulados por el ordenamiento de forma y, en su caso, los vinculados con el art. 14 de la ley 48 y las causales pretorianas creadas por la Corte Federal) es que se abre la competencia recursiva de la Suprema Corte —en mayor medida cuando la admisión del recurso es asumida positivamente por ella misma—; por otro lado, en función de los diferentes efectos que la admisión o inadmisión del recurso provoca respecto de la sentencia impugnada y de la ya mentada competencia del Tribunal revisor.

La necesidad de que el Tribunal, merced a una decisión positiva en la causa, declare que el recurso es admisible (como señaláramos) apertura la competencia de la Suprema Corte y hace posible que utilice los poderes implícitos que, en su caso, provocan la anulación de oficio de la sentencia o de actos anteriores a ella. Es que, si no se encuentran los requisitos de admisibilidad del recurso, y el tribunal así lo declara —v.gr., señalando que el recurso fue presentado fuera de término, o por quien no estaba legitimado para recurrir, o el decisorio impugnado no constituye sentencia definitiva o sus equiparables, etc.— (en caso que esa declaración quedare firme) además se alteraría el momento en que debe considerarse firme la sentencia y, por ende, el hito a partir del cual entra a jugar la cosa juzgada material.

Sin perjuicio de que más adelante nos detendremos en la consideración de este extremo, cabe señalar —con el fin de entender cierta doctrina de la Suprema Corte que, básicamente, por la inexistencia de voto individual y del consiguiente acuerdo, en supuestos de sentencias equiparables a definitiva, directamente anula el proceso y lo reenvía para llenar ese déficit— que esta postura jurisprudencial sólo resulta lógica cuando la competencia para admitir o no el recurso no descansa en el órgano que también va a analizar la procedencia o fundabilidad de la pretensión, como en el actual digesto procesal. En esos casos, la decisión anulatoria presupone, implícitamente, el mantenimiento de la concesión del recurso decretada por el tribunal a quo.

El segundo de los aspectos es de importancia capital. Señala Hitters —con cita de Redenti— que "... si la decisión de alzada no es susceptible de recurso de casación (esto es si el mismo es formalmente inadmisibile) al rechazarlo la Corte, es decir al declararlo "*inadmisibile*", la sentencia de alzada deviene firme con efecto retroactivo al día en que se dictó. En cambio si se repele la vía impugnativa, por improcedente, la inmutabilidad (y todas sus consecuencias), aparecen recién con el fallo del ad quem y a partir de entonces..." (9). Si esto es así, una eventual utilización irregular de la potestad anulatoria, sin que previamente se constate la admisión positiva del recurso, podría afectar gravemente el momento a partir del cual la sentencia debe ser considerada firme en el proceso, con clara mengua del principio de la cosa juzgada material.

### III.- La vía recursiva idónea

Ya dijimos en el acápite anterior que es necesaria una estimulación recursiva de los involucrados en el proceso para que se activen los poderes invalidatorios de oficio del tribunal.

---

(9) Ob. cit., pág. 257, la cursiva en el original.

Ahora bien, cuadra determinar si esa estimulación se ciñe a determinado medio de embate o si, por el contrario, cualquiera de los recursos que prevé el art. 161 de la Const. Provincial sirve para ese cometido. En términos más precisos podría decirse que la pregunta que nos formulamos aquí consiste en vislumbrar, desde la perspectiva que ofrece la doctrina de la Suprema Corte, si la potestad anulatoria está reservada a la interposición de un determinado conducto impugnatorio (v.gr. el recurso de inaplicabilidad de ley) o si cualquiera de los medios es útil en esa empresa.

Desde el punto de vista doctrinario la discusión transita, básicamente, por cuatro puntos de vista:

a.- Quienes entienden que la Corte ha procedido invariablemente a declarar de oficio la nulidad del fallo siempre que sus deficiencias impidan conocer cabalmente los agravios expuestos en el **recurso de inaplicabilidad de ley**, por típicos errores in indicando. Esa es la posición de Gernaert Wilmar.

Sostiene este autor que "... la Corte invariablemente ha procedido a declarar de oficio la nulidad del fallo, cuyas deficiencias le impiden conocer cabalmente de los agravios expuestos en el recurso de inaplicabilidad de ley..." y que "... a través del conocimiento que el Tribunal realiza por concesión del recurso de inaplicabilidad, ante graves anomalías procede a anular —ex officio— el fallo que había sido impugnado solo en cuanto a denunciados errores in indicando..." (10).

b.- Tessone, por su parte, señala que el presupuesto que posibilita la aplicación de la doctrina es que la instancia se haya abierto a través de la concesión de un recurso extraordinario. Ahora bien ese remedio "... no está enderezado a obtener la nulificación del dispositivo sentencial (v.gr. inaplicabilidad de ley) o, a todo evento, no denuncia el vicio que sustenta la anulación de oficio..." (11).

c.- Ibáñez Frocham, en cambio, sin hacer muchas observaciones, sostiene que nada impide que **abierto por cualquier vía la competencia del Tribunal**, sea procedente la anulación de oficio de la sentencia, siempre que se trate de alguno de los motivos en que pueda fundarse el recurso de nulidad omitido (12) (nótese que en este criterio se indica que la estimulación recursiva necesaria puede ser efectuada por cualquier recurso, más los motivos —la procedencia— de la anulación sólo se relaciona a los supuestos previstos para la articulación del recurso de nulidad omitido (arts. 168 y 171 de la Cons. Provincial).

d.- Hitters, por último, afirma que la procedencia de esta declaración está condicionada a la ausencia de estimulación recursiva idónea, esto es, ante la falta de deducción del recurso extraordinario de nulidad. Con esa situación es que la Corte se desembaraza del defecto que contiene el decisorio, que es el que imposibilita examinar los motivos del recurso de inaplicabilidad de ley (13).

e.- Si se repasa la doctrina del Tribunal, al menos la de su composición actual, veremos que no se han efectuado consideraciones de trascendencia sobre este tópico. No obstante, las vías recursivas tradicionales merced a las cuales se han utilizados los poderes anulatorios de oficio son el recurso de inaplicabilidad de ley y el de nulidad.

---

(10) Ob. cit., pág. 137.

(11) Ob. cit., pág. 194.

(12) Ob. cit., pág. 271.

(13) Ob. cit., pág. 653.

#### **IV.- Causales o motivos de nulidad de oficio**

Las causales básicas propiciadas en el esquema anulatorio se sintetizan en los siguientes: a) La imposibilidad sustancial de que sea deducido un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley idóneo (14); b) La obstaculización del conocimiento del asunto por parte del Máximo órgano judicial provincial, y c) Las situaciones de incompatibilidad con el debido proceso con afectación del derecho a la defensa en juicio.

Este agrupamiento de causales nos parece el más adecuado para ensayar un análisis de los diferentes mecanismos en los que se sustenta la potestad anulatoria de oficio (15) al menos en la actual jurisprudencia de la Suprema Corte.

Es necesaria una aclaración preliminar. Los dos primeros conductos pueden amalgamarse ya que, normalmente, las anomalías detectadas no sólo obstaculizan la tarea impugnativa del quejoso sino que, paralelamente, impiden la labor jurisdiccional al resultarle imposible al Tribunal concretar el control de legalidad vía inaplicabilidad de ley.

##### **a.- La imposibilidad de deducir el recurso de inaplicabilidad de ley**

###### **a.1. Concepto**

Bajo este acápite agruparemos una serie de pronunciamientos que tienen como denominador común una falencia de suficiente envergadura en la sentencia que dificulta o directamente obstaculiza sustancialmente la deducción de un recurso de inaplicabilidad de ley suficiente o técnicamente apto para controvertir el punto concreto con el que se disiente.

Creemos que es necesario remarcar este último aspecto: los vicios del fallo no permiten que el impugnante efectúe una crítica concreta y razonada de los puntos que intente controvertir; es decir, esos déficits provocan la falta de suficiencia del que formula la queja lo que, normalmente, traería aparejado esa declaración y el rechazo del embate, sin ingresar en la consideración de la fundabilidad de la pretensión (16).

De allí que la jurisprudencia del Tribunal muchas veces ponga de manifiesto esta situación, o eche mano a la imposibilidad del conocimiento del asunto de su parte para propiciar la nulidad oficiosa. Así, por ejemplo, en *P. 85.182, sent. del 9/XI/2005*, el Tribunal sostuvo que "... la decisión del Tribunal de Casación adolece de déficits que no sólo han obstaculizado a la defensa el acceso a la instancia revisora del fallo y de la condena (arts. 8.2.h. CADH; 18 y 75 inc. 22, C.N.; 14 inc. 5º, PIDC y P), sino —y esto es lo fundamental— tales defectos constituyeron un impedimento para que en esta instancia extraordinaria se revea esa decisión...".

###### **a.2. Fallos relacionados**

###### **a.2.1. Causa P. 70.816, sent. del 18/XII/2002**

En esta causa, la Suprema Corte utilizó sus poderes implícitos para declarar la nulidad parcial de un pronunciamiento al no poder establecer la razón por la que se

---

(14) De acuerdo a lo que señala Gernaert Wilmar la doctrina tradicional de la Suprema Corte, con antelación a 1984, otorgaba virtualidad a este instituto sólo cuando el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido fuera procedente (vid., ob. cit., pág. 137/138).

(15) Véase Morello, "La anulación de oficio de las sentencias", en "La casación. Un modelo intermedio eficiente", ed. Platense, 1993, p. 379 y sgtes.

(16) Vid. lo explicitado en el voto del Juez Negri en *P. 71.253, sent. del 28/VIII/2002*.

consideró a la “conducta precedente del sujeto” como circunstancia agravante de la pena.

Recordando una antigua doctrina señaló que procede la anulación de oficio “...cuando los defectos de la sentencia recurrida imposibilitan ... conocer adecuadamente en el recurso de inaplicabilidad, sea como directa consecuencia de tales defectos, sea porque ellos obstaron sustancialmente a la debida interposición del recurso”.

Asimismo resaltó que “...de ese modo la propia sentencia ha generado al recurrente un obstáculo sustancial para la suficiencia del recurso pues se ha visto imposibilitado de dirigir sus impugnaciones sobre concretos textos legales que el juzgador no mencionó ni son razonablemente identificables...”, siendo que “...en tales casos la anulación de oficio no obedecerá a un puro formalismo sino a la necesidad de no aplicar al recurrente las consecuencias procesales de defectos a los que fue inducido por la técnica usada en la sentencia, pues si tales situaciones derivaran en la declaración de insuficiencia o improcedencia del recurso así se consagraría formalmente la objetiva posibilidad jurídica de que, en función de ciertas técnicas a que pudieran ajustarse las sentencias impugnables, las partes resultaran impedidas de recurrir. Además ni siquiera corresponde que la metodología de las sentencias obligue a que los recursos deban fundarse en complicadas inferencias cuando no en la lisa y llana suposición de contenidos no visibles...”.

a.2.2. Causa P. 71.670, sent. del 12/III/2003.

En este caso la declaración oficiosa de nulidad se basó en que, de la lectura integral del acto sentencial no se advierte —ni aun en apariencia— cuál ha sido el sistema legal de prueba que aprehende las conclusiones fácticas en torno de la plena imputabilidad del acusado.

Ese aspecto no ha sido vinculada ni explícita ni implícitamente con algún medio legal de prueba, ni tampoco es posible establecerlo a partir de las locuciones utilizadas en el decisorio.

Señala el Tribunal que “...ante situaciones semejantes a la presente ha resuelto esta Corte en el sentido anulatorio, en el entendimiento de que la propia sentencia ha generado al recurrente un obstáculo sustancial para la suficiencia del recurso. La deficiente argumentación del fallo privó al recurrente de la posibilidad de dirigir sus impugnaciones sobre concretos textos legales (17).

En casos como el sub lite, la anulación de oficio no obedece a un formalismo huero, sino a la necesidad de no aplicar al recurrente las consecuencias procesales de defectos a los que fue inducido por la técnica usada en la sentencia. Si tales casos derivaran en la declaración de insuficiencia o improcedencia del recurso, se consagraría formalmente la objetiva posibilidad jurídica de que, en función de ciertas técnicas a que pudieran ajustarse las sentencias impugnables, las partes resultaran impedidas de recurrir. Por otra parte, no corresponde que la metodología de las sentencias obligue a que los recursos deban fundarse en complicadas inferencias, cuando no, en la lisa y llana suposición de contenidos no visibles (18).

---

(17) Vid., e/o, P. 44.585, sent. del 21/IX/1993; P. 48.890, sent. del 19/IV/1994; P. 52.893, sent. del 18/II/1997; P. 58.866, sent. del 13/IV/1999; P. 68.243, sent. del 7/XI/2001.

(18) Vid. e/o., P. 35.023, sent. del 6/IX/1988; P. 40.656, sent. del 10/IX/1991; P. 45.144, sent. del 25/VIII/1992; P. 46.220, sent. del 22/XII/1992; P. 45.534, sent. del 9/III/1993; P. 55.266, sent. del 17/IX/1996; P. 52.893, sent. del 18/II/1997; P. 53.902, sent. del 17/II/1998; P. 61.204, sent. del 3/VIII/1999; P. 60.739, sent. del 13/IX/2000.

*b. - La obstaculización del conocimiento del asunto por parte del Tribunal.*

*b.1. Concepto*

Esta causal congloba aquellos supuestos en los que, por la propia estructura del acto sentencial impugnado, la Corte al abocarse a conocer el asunto en la medida del recurso incoado, no puede efectuar su labor en función de déficits de envergadura tal que resienten la legalidad del fallo.

Como ya anticipáramos funciona, muchas veces, como la contrapartida de la causal abordada precedentemente.

*b.2. Fallos relacionados*

*b.2.1. Causa P. 82.084, sent. del 9/X/2003.*

En esta causa, el Tribunal señaló que la deficitaria estructura del fallo del órgano casatorio, impide a esta Corte conocer adecuadamente en el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, de modo que la decisión atacada no puede considerarse un acto jurisdiccional válido.

Así sostuvo que "...El Tribunal de Casación, de tal forma, si bien ha evaluado la aplicación de las reglas que rigen la individualización de la pena, ha omitido, al fin de cuentas, toda consideración útil de parte sustancial de los agravios respecto de los cuales consideró habilitada su instancia. Así las cosas, no puede considerarse un acto jurisdiccional válido la decisión bajo examen, por lo que corresponde su anulación (art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires)....".

*b.2.2. Causa P. 79.417, sent. del 10/IX/2003.*

En esta causa se aplicó idéntica doctrina para una situación que, en principio, se encontraría reservada a los jueces de mérito.

Sostuvo el Tribunal que "... Más allá de que los embates del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley refieren a cuestiones atinentes a la ponderación de las constancias probatorias, materia que en principio no resulta revisable en esta sede extraordinaria, salvo supuestos excepcionales (doct. art. 360, Cód. Proc. Penal —t.o. según ley 3589 y sus modific.—); corresponde anular de oficio la sentencia de la Cámara en tanto el escollo para conocer con certeza cuál es el contenido y el medio probatorio con que se integra cada extremo de la imputación penal, le impide a esta Corte examinar acabadamente la eventual existencia de alguna de las situaciones denunciadas en el recurso que podrían excepcionar la apuntada inabordable de la cuestión valorativa en el andarivel de la composición ilegal de la prueba...".

*b.2.3. Causa P. 83.050, sent. del 10/IX/2003.*

En una situación similar a la anterior, la Suprema Corte —por mayoría— resolvió utilizar el remedio excepcional de la anulación de oficio para paliar las deficiencias de la sentencia, también en un supuesto vinculado con la apreciación de la prueba.

Así, sostuvo la opinión mayoritaria, que corresponde anular de oficio la sentencia de la Cámara que no permite conocer con certeza cuál es el medio probatorio con que se tuvo por acreditada la responsabilidad del procesado, si el recurrente le sindicó al fallo absurdo valorativo y el meritado escollo pudo haberle generado un obstáculo sustancial en su intento por evidenciar el quiebre racional denunciado. Por otro lado, se afirma en el fallo, que esa situación —además— podría impedirle a la Corte examinar cabalmente la eventual existencia de vicios lógicos en la configuración de la prueba,

supuesto que excepcionando la inabordabilidad de la cuestión valorativa, sería capaz de conmover la decisión.

La minoría señaló que no era menester recurrir a la anulación del fallo si sus defectos no obstaron a que la impugnante pudiera fundar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el limitado ámbito de procedencia en que fue deducido (absurdo en la ponderación de los elementos de prueba).

b.2.4. Causa P. 73.834, sent. del 21/IV/2004.

En estos obrados el Tribunal utilizó sus poderes implícitos para anular la sentencia del Tribunal de Alzada, toda vez que del tratamiento de la cuestión relativa a la autoría, no es posible advertir cuál ha sido el sistema legal de prueba que alimenta la conclusión respecto de la participación autoral del imputado, acentuándose dicho déficit por la promiscua cita normativa en materia probatoria con que la sentencia cierra el punto.

Allí se sostuvo que "...Corresponde la anulación de oficio de la sentencia de Cámara, más allá de que los embates del recurso interpuesto por la defensa se refieren a cuestiones atinentes a la ponderación de las constancias probatorias, las cuales —en principio— no resultan revisables en esta sede extraordinaria, salvo supuestos excepcionales, si el escollo para conocer con certeza cuál es el medio probatorio con que se integra el extremo de la imputación penal en crisis, le impide a esta Corte examinar acabadamente la eventual existencia de alguna de las situaciones denunciadas y desarrolladas en el recurso que podrían excepcionar la apuntada inabordabilidad de la cuestión valorativa (así, por caso, la argüida existencia de vicios lógicos en la configuración de la prueba o el incumplimiento de la pauta numérica impuesta por el art. 259 inc. 2º del Código de Procedimiento Penal —según ley 3589 y sus modif.—)...".

b.2.5. Causa P. 79.099, sent. del 12/V/2004.

En esta causa, en cambio, el motivo de la nulidad se vincula con la cuestión del tiempo de la imputabilidad y sus diferencias con la paralización del proceso si se vislumbra en el trámite procesal un trastorno mental sobreviviente.

Así, sostuvo el Tribunal que "... Corresponde anular de oficio la sentencia que por un lado aplica el art. 63 del C.P.P. (ley 11.922 y sus modif.) y la consiguiente suspensión del trámite y, en contraste, también postula declarar inimputable al procesado y ordenar la reclusión manicomial conteste edicta el art. 34 inc. 1º del C.P. pues esa contradicción sustancial repercute en la inteligencia del acto sentencial. Si se paraliza el trámite del proceso y si incluso se ordena la cautelar internación que prevé el primer párrafo del art. 63 del Cód. cit., el eventual recobro de la capacidad mental del causante aparejará la prosecución de la causa; mientras que la declaración de inimputabilidad conllevará la imposibilidad de que se vuelva a tramitar el proceso, por cuanto —sea por el camino del art. 323 inc. 5º o por el de la absolució— de esa declaración subyace que, al momento del hecho, el imputado no pudo comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, y ello al adquirir firmeza se encuentra protegido por el manto de la cosa juzgada material. La eventual recuperación mental no reinicia la causa que, como se anticipó, ya había concluido ...".

*c. - Las situaciones de incompatibilidad con el debido proceso*

*c.1. Concepto*

Las situaciones de incompatibilidad con el debido proceso han servido de pauta rectora para posibilitar la anulación de las sentencias y de actos procesales anteriores a ésta.



El eje central de este tipo de invalidación es la afectación de la garantía procesal del debido proceso adjetivo, sea mediante la inexistencia de actos procesales, el quebrantamiento de las normas juzgadas imperativas —o con sanción de nulidad expresa—, la ausencia de presupuestos procesales o los vicios en la estructura lógica del fallo. Todos estos casos, por otra parte, repercuten en una afectación concreta al derecho a la defensa en juicio.

*c.2. Supuestos*

*c.2.1. Las formas imperativas*

En la terminología tradicional se consideraban normas imperativas a aquellas que provocaban la nulidad absoluta del fallo y que autorizaban al Tribunal a declararlas de oficio, incluso frente a la falta de denuncia de la irregularidad por la parte afectada (19).

Se trataría de normas que expresamente prescriben la sanción de nulidad frente al incumplimiento de determinada manda impuesta en ella.

Como sostiene Berizonce esta causal se basa en la distinción entre normas procesales imperativas o impositivas y las dispositivas. Las primeras provocan nulidades sustanciales, mientras que en las segundas el menoscabo sólo origina nulidades accidentales, propias de los puros vicios de actividad. Las formas sustanciales son las que se establecen en función del orden público, son indisponibles para las partes, irrenunciables y verificables y declarables oficiosamente (20).

Seguidamente pondremos de manifiesto una serie de fallos de la Suprema Corte, en los que, aun sin decirlo expresamente, decidió la anulación de oficio en función de la falta de acatamiento de normas juzgadas imperativas, en el sentido expuesto precedentemente.

*c.2.2. Ausencia de acuerdo y voto individual de los Jueces*

Con las limitaciones que señaláramos en el acápite II.—, es decir, siempre que se haya admitido el recurso mediante resolución del Tribunal en esta sede, en el caso del Código Procesal de la ley 11.922 y sus modif., la formalidad del acuerdo y voto individual ha sido juzgada como un recaudo esencial para que se analice la suficiencia y procedencia del embate.

Normalmente se observa que estas falencias se detectan en los casos de sentencias equiparadas a definitivas por sus efectos (por ej., la resolución recaída sobre un cómputo de pena).

Así, v.gr., en P. 86.333, sent. del 29/XII/2003, se ha señalado que "... La formalidad del Acuerdo y voto individual es requisito esencial para la validez del fallo, pues sin él no puede considerarse cumplida la disposición del art. 168 de la Const. Provincial que impone esa exigencia, de modo que su omisión acarrea la nulidad del decisorio que puede y debe declararse de oficio..." (21).

*c.2.3. Incumplimiento de los arts. 330 y 442 del C.P.P (t.o. por ley 2589 y sus modificaciones)*

(19) Vid. e/o, Tessone, ob. cit., pág. 195.

(20) Ob. cit., págs. 337/338.

(21) En el mismo sentido, P. 92.249, sent. del 23/XI/2005.

En *P. 74991, sent. del 2/X/2002*, ha señalado el Tribunal que "... La omisión de la notificación a las partes de la radicación de la causa en la alzada en virtud de un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, descalifica el pronunciamiento recurrido como acto jurisdiccional válido por lo que no cabe otra solución que declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia que concede el recurso de apelación y ordena remitir los autos a la Cámara, por tratarse de una situación de incompatibilidad con el debido proceso.." (22).

Se sostuvo, además, que "... Si en virtud del recurso de apelación —concedido en relación— interpuesto por el señor Agente Fiscal contra la sentencia absolutoria de primera instancia, el expediente fue elevado a la Excma. Cámara donde se mantuvo la radicación en la Sala que había intervenido con anterioridad y luego de realizado el sorteo que determinó el orden de votación sin solución de continuidad se dictó sentencia, se omitió así la notificación tanto a la defensa como al Fiscal de Cámara de la respectiva radicación (art. 330, C.P.P. —según ley 3589 y sus modif.), por lo que no pudo quedar la causa en estado de ser fallada, desde que la providencia no estaba consentida (parte final del art. 330 cit.). Paralelamente, la no intervención del señor Fiscal de Cámara permite afirmar que el posterior decisorio del a quo fue dictado sin tener abierta su competencia, ya que el representante del Ministerio Público Fiscal ante la alzada no pudo ejercer su potestad de desistir de la apelación (art. 304, C.P.P. cit.)..." (23).

*c.2.3. El incumplimiento al art. 263 inc. 5º del C.P.P. —según ley 3589 y sus modif.—.*

En *P. 87.019, sent. del 19/VII/2006*, el Tribunal descalificó la sentencia de primera instancia merced a sus poderes invalidatorios de oficio y por una transgresión concreta al art. 309 del C.P.P. (t.o. por ley 3589 y sus modif.).

Así, el Juez en lo Criminal y Correccional de Transición falló la causa luego de la tramitación del plenario y del llamamiento de autos para sentencia, dictando el pronunciamiento en el que declaró la nulidad del acta de procedimiento, secuestro y detención y lo actuado en consecuencia, por considerar que habían sido violados trámites esenciales en transgresión de garantías constitucionales. El magistrado consideró que, entonces, era improcedente pronunciarse a tenor del art. 263 inc. 5 del Código de Procedimiento Penal (según ley 3589 y sus modif.) y por consiguiente ni absolvió ni condenó al procesado.

Señaló el Tribunal que, sin embargo, la sentencia definitiva, dictada al cabo de la sustanciación del juicio, no podía prescindir de decidir entre absolver o condenar (o en su caso sobre la viabilidad de la acción penal), tal como lo impone la misma norma citada pero incorrectamente aplicada por el magistrado: "Los Jueces dictarán sus sentencias definitivas con sujeción a las siguientes reglas: ... 5. Condenarán o absolverán por el delito o delitos que hayan sido materia de acusación..."

El último párrafo del art. 263 inc. 5, que establece que sólo se resolverán las cuestiones pertinentes de las enunciadas en el inc. 4, no es una autorización como interpretó el juzgador para omitir el pronunciamiento jurisdiccional que manda el primer párrafo del mismo inciso.

La parte resolutive del fallo debe contener una decisión en alguno de aquellos sentidos pues lo contrario significa no resolver y, en el caso, la omisión señalada más

(22) En idéntico sentido se expidió en *P. 68.105, sent. del 18/IV/2001*; *P. 72.926, sent. del 21/V/2002*; *P. 71.336, sent. del 2/X/2002*; *P. 73.631, sent. del 16/IX/2003*; *P. 75.931, sent. del 21/V/2003*; y *P. 77.271, sent. del 21/IV/2004*.

(23) Del voto del Juez de Lazzari.

arriba importa un defecto esencial en el dispositivo que produce la nulidad de la sentencia (conf. Clariá Olmedo, Jorge; Tratado de Derecho Procesal Penal; T. IV, Ediar, 1964, Bs. As., págs. 281/299).

Por lo tanto, se ha configurado la violación de un trámite esencial en el procedimiento, que habilita a declarar la consiguiente nulidad de oficio (art. 309 del C.P.P. citado).

Y si bien se trata de una circunstancia procesal anterior a la sentencia impugnada, dicho vicio produce efectos en ésta.

“...Los pasos substanciales del proceso son: acusación, defensa, prueba y sentencia, que deben haber tenido lugar válidamente (conf. C.S.J.N., “Fallos”, 9623; 99284; 18368; 295591) (P. 33.417, sent. del 15-IV-1986). La sentencia de la alzada única sobre cuya legalidad puede entrar a juzgar esta Corte no revirtió tal falencia de modo que también quebranta las reglas del debido proceso (conf. P. 35.925, sent. del 7-IV-1987). En efecto, el tribunal de alzada no podía subsanar el defecto producido en la instancia previa sustituyendo el pronunciamiento del inferior mediante el dictado, sin más, de un fallo condenatorio. Por consiguiente, debe declararse de oficio la nulidad de la sentencia de primera instancia de fs. 118/121 y lo actuado en consecuencia, por haberse configurado una situación de incompatibilidad con el debido proceso (doct. art. 366 del C.P.P. citado)... (24).

### *c.3. Los vicios lógicos del pronunciamiento.*

#### *c.3.1. P. 61.631, sent. del 5/III/2003.*

El Tribunal resolvió en esta causa que correspondía anular de oficio la sentencia que al describir la materialidad alude a la “intimidación con armas” y en el capítulo referido a la calificación legal expresa que “no resulta probada la utilización de armas en el evento, encuadrándose en el art. 164 del Código Penal, delito por el que recayó condena, pues lo así resuelto es una contradicción de tal magnitud que constituye un caso excepcional de incompatibilidad con el debido proceso legal descalificando el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

#### *c.3.2. P. 70.252, sent. del 8/IX/2004.*

En este caso se sostuvo que corresponde declarar de oficio la nulidad parcial de la sentencia recurrida, si la Cámara con invocación del art. 54 del Código Penal resolvió que entre los hechos objeto de condena mediaba un concurso formal, pero luego al tratar la cuestión segunda y en la parte dispositiva de la sentencia decidió en definitiva que los hechos por los que condenó al nombrado concurrían materialmente, citando expresamente el art. 55 del Código Penal; la autocontradicción señalada constituye una irregularidad de tal entidad que descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido, constituyendo uno de los casos excepcionales de incompatibilidad con el debido proceso.

#### *c.3.3. P. 64.534, sent. del 21/V/2003.*

En este expediente se sostuvo que debe declararse de oficio la nulidad de la sentencia recurrida si al tratar lo referido a la participación del procesado en el hecho la Excm. Cámara sostuvo en la primera cuestión del fallo que “...puede adelantarse que prestó en el mismo un auxilio o cooperación sin la cual el mismo no habría podido cometerse”, concluyendo que debía responsabilizársele en “carácter de partícipe nece-

---

(24) Del voto del Juez Hitters.

sario”; mas al tratar la segunda cuestión y en la parte dispositiva de la sentencia el mismo tribunal resolvió condenar al imputado por resultar “autor responsable” —sin ningún otro aditamento— del delito que se le endilga. Una irregularidad de tal magnitud constituye un caso excepcional de incompatibilidad con el debido proceso, en tanto la sentencia recurrida aparece descalificada como acto jurisdiccional.

*c.3.4. P. 74.236, sent. del 8/XI/2006.*

Aquí el Máximo órgano bonaerense sentenció que corresponde declarar de oficio la nulidad de la sentencia recurrida si lo dispuesto por el tribunal a quo en la parte dispositiva de ese acto sentencial en orden a los delitos por los cuales se condenó a uno de los co-procesados no se compadece con la forma en que quedó resuelta la primera de las cuestiones planteadas —relativa a la justeza del fallo apelado— circunstancia que ha generado una contradicción insalvable; tal irregularidad descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido constituyendo uno de los casos excepcionales de incompatibilidad con el debido proceso.

*c.4. Afectaciones al debido proceso y al derecho a la defensa en juicio.*

*c.4.1. P. 78.173, sent. del 24/IX/2003.*

Corresponde la anulación de oficio por arbitrariedad del fallo —afirmó el Tribunal— si el único agravio que habilitaba la jurisdicción revisora del Tribunal a quo no recibió respuesta fundada, como derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias probadas de la causa. A ello se suma que el Tribunal recurrido se pronunció en demasía al expedirse sobre aspectos no planteados por el agraviado e incluso en perjuicio de aquellos que resultaron beneficiados por la declaración de prescripción de la acción penal.

*c.4.2. P. 69663, sent. del 18/II/2004.*

La declaración de responsabilidad penal por el delito de tentativa de hurto (arts. 42 y 162, C.P.) respecto del hecho cometido por el imputado de autos cuando no había cumplido los dieciocho años, con fundamento en las normas del concurso de delitos, es contraria a lo dispuesto en el art. 1 de la ley 22.278 y constituye una transgresión al debido proceso. El vicio es de tal entidad que descalifica, a ese respecto, parte de la sentencia como acto jurisdiccional válido, lo cual permite e impone su anulación de oficio.

*c.4.3. P. 83.032, sent. del 30/XI/2005.*

Corresponde declarar de oficio la nulidad de la sentencia dictada por la Cámara —sostiene el Tribunal— si ésta confirmó la decisión impugnada considerando que no había transcurrido el término previsto para que opere el instituto de la extinción de la acción penal por prescripción, de acuerdo a lo establecido en el art. 62 inc. 3° en su télesis con el art. 269 del C. Penal, toda vez que el mismo había comenzado a correr el día en que se dictó la sentencia que destituyó al imputado —funcionario público—, fundando lo así resuelto en los arts. 55, 59 inc. 3° “a contrario”, 62 inc. 2°, 62 inc. 3° en su télesis con el art. 269, 67 segundo párrafo y 248 del C. Penal, pues más allá de la mención del art. 248 del Código Penal en la cita antes transcripta y en el dispositivo de la sentencia, omitió toda decisión en relación con el delito de abuso de autoridad que —en concurso real con el de prevaricato— también se imputó al procesado.

#### V.- Algunas conclusiones

La Suprema Corte bonaerense mantiene, en su actual composición, el contralor de oficio de los requisitos de validez constitucional de las sentencias impugnadas, como paso previo a analizar la justeza de la pretensión recursiva. La verificación de la concu-

rrencia de tales recaudos condiciona el conocimiento ulterior de las impugnaciones extraordinarias (25).

Ahora bien, esa constatación está supeditada a la interposición de un recurso extraordinario que resulte admisible, con todas las implicancias que ello apareja en el sistema de enjuiciamiento penal actual, en el que la decisión sobre ese aspecto está reservada a la competencia del Máximo Tribunal local (26).

El tipo de recurso que puede habilitar la competencia del Tribunal en este aspecto, si bien ha sido considerado por la doctrina con opiniones disímiles, no ha sido abordado explícitamente por el Tribunal.

Las causales caracterizadas precedentemente importan un criterio de sistematización, dentro de otros posibles, más ponen el acento en sus notas esenciales:

a.- La anulación de oficio es una potestad exclusiva y excluyente de la Suprema Corte de Justicia que emerge de sus poderes implícitos.

b.- Es un remedio excepcionalísimo que sólo debe utilizarse cuando no exista una salida menos onerosa o retardataria del servicio de justicia.

c.- Involucra una tarea previa del Tribunal, legalmente excitado en su competencia por un recurso admisible, que posibilita garantizar la observancia de las formas esenciales del juicio, el respeto de los principios constitucionales en juego—con base en el derecho a la defensa en juicio— y que el pronunciamiento impugnado no padezca vicios de envergadura en su estructura, logicidad y motivación, que imposibiliten la adecuada evaluación del remedio extraordinario deducido.

---

(25) Cfe., Berizonce, ob. cit., pág. 339.

(26) Ley 11.922 y sus modificaciones.



# NOTAS SOBRE LA LEY 25.990 EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Marcela A. Martínez

## I. Introducción (1)

Como ya es por todos sabido la ley 25.990 (B.O. 11-1-2005) modificó los párrafos cuarto y quinto del art. 67 del Código Penal, proyectando sus efectos de manera más intensa en dos de los aspectos que mayor discusión había generado en el ámbito académico y jurisprudencial: de un lado, el referido a los actos de procedimiento interruptores de la prescripción de la acción penal; del otro, el que involucra el tratamiento de las reglas de este instituto en los supuestos de concurso de delitos.

El texto actual suprimió del cuarto párrafo del mentado art. 67 la locución “*secuela del juicio*”, que aparejó tantas complicaciones interpretativas (2), sustituyéndola por un “catálogo cerrado” de actos de procedimientos susceptibles de enervar el curso de la prescripción.

Dejando de lado el inciso “a”, en tanto mantiene inmodificable la causal por “la comisión de otro delito”, el nuevo precepto normativo —en los incisos “b” a “e”— dispone que: “La prescripción se interrumpe solamente por”:

(b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;

(c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;

(d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y

(e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

El legislador resolvió, a la par, otro aspecto ampliamente controvertido suscitado en torno del cómputo de la prescripción en casos de pluralidad de delitos, al adscribir a la llamada “teoría del paralelismo”. Esto surge claramente del agregado efectuado al

---

(1) Sólo en algunos de los temas aquí abordados, el presente trabajo importa una actualización de otro anterior que he publicado al poco tiempo de empezar a regir la ley 25.990 bajo el título: “*Doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en materia de prescripción de la acción penal. El impacto de la ley 25990*”, en la sección Actualidad Buenos Aires, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 15, Noviembre 2005, Lexis Nexis, págs. 1787 y ss.

(2) La equívoca fórmula fue introducida por la ley 13.569, sancionada el 13 de octubre de 1949 y, pese a todas las críticas que recibió, perduró por poco más de cincuenta años.

quinto y último párrafo del artículo 67, que ahora, en lo que importa destacar, reza: “La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito...”.

En lo que sigue intentaré poner de resalto cómo estas modificaciones del marco legal regulatorio del instituto de la prescripción de la acción penal impactaron en la jurisprudencia de la Suprema Corte provincial.

## II. La declaración de la prescripción en el ámbito de la instancia extraordinaria

### 1. Decisión “de oficio”

El primer precedente en que la Suprema Corte aplicó la ley 25.990 —me refiero a la sentencia dictada en la causa P. 83.722 el 23-II-2005, suscripta por los jueces Roncoroni, Hitters, Soria, De Lázzari y Pettigiani— tuvo lugar en ocasión de declararse *ex officio* la prescripción de la acción penal en razón de hallarse satisfechos todos los recaudos exigidos para su procedencia. Ello, según se hizo saber, a fin de evitar la continuación de un juicio innecesario (cfr. doct. Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 186:396; 318:2481).

Los requisitos que el Tribunal consideró cumplidos fueron: i) el transcurso del plazo pertinente (3)—CP, art. 62 inc. 2º—, para lo cual aplicando la doctrina del precedente “*Vasallo*” (P. 79.797, sent. de 28-V-2003) por medio de la cual la posición mayoritaria de la Corte Provincial adscribió a la llamada “*tesis del paralelismo*” para los supuestos de concurso real de delitos (CP, art. 55), entendió que cada uno de los ilícitos involucrados debían ser ponderados *separadamente* a los fines del cómputo de la prescripción, conclusión a la que igualmente habría que arribar por aplicación de la modificación efectuada al último párrafo del citado art. 67. Tuvo además en cuenta: ii) la inexistencia de actos procesales interruptores del curso de la prescripción, a la luz del nuevo catálogo cerrado de actos susceptibles de comportar “*secuela del juicio*”; y iii) la no comisión de un nuevo delito —CP, art. 67, cuarto párrafo, actual inc. “a”—. A su vez, en el caso no había ninguna cuestión vinculada a un supuesto de “suspensión de la prescripción” (cfr., CP, art. 67, apartados primero, o en su caso, segundo).

En esta línea fueron dictados muchos pronunciamientos declarándose —en sede extraordinaria y de modo oficioso— la prescripción de la acción penal, sea de todos los delitos que se hallaban en discusión (cfr. P. 83.722 cit.) o de alguno de ellos [cfr., entre muchos, P. 76.221, sent. de 28-IX-2005 (4)], obviamente siempre que no llegaran firmes ante la Corte. En todos estos supuestos esa decisión fue tomada por fuera de los lindes del recurso extraordinario articulado: esto es, no formaba parte de los agravios llevados ante el Superior Tribunal local el tema de la prescripción de la acción penal.

A su vez, la Corte —cuando aún no tenía habilitada su competencia revisora, pues no había sido superada la etapa de admisibilidad del recurso extraordinario incoado—, ante la posibilidad de que el dictado de la ley 25.990, posterior al hecho de la causa, pudiera implicar por su mayor benignidad (CN, art. 18 y CP, art. 2.), que la acción penal se hallaba extinguida, dispuso “*ex officio*” (5)—previo a resolver la admisibilidad

(3) Los delitos involucrados en el caso eran daños reiterados —siete hechos— en concurso real con resistencia a la autoridad.

(4) En el precedente indicado se declaró la prescripción del delito de violación de domicilio (CP, art. 150) que concurría materialmente con los delitos de robo simple y robo calificado por escalamiento.

(5) Adviértase que la Corte provincial también remitió las actuaciones a las instancias de origen, cuando la causa se hallaba en esa etapa —admisibilidad del recurso extraordinario— ante el pedido expreso de la defensa reclamando la declaración de extinción de la acción penal por prescripción, sustentando su reclamo en la ley 25.990, dictada con posterioridad al



del remedio deducido— la remisión de las actuaciones a la instancia de origen a fin que se pronuncie respecto a la subsistencia de la acción penal (cfr. Ac. 88.979, res. de 19-IV-2006; Ac. 93.572, res. de 15-XI-2006; Ac. 89.997, res. de 7-II-2007, entre muchas otras).

Igualmente, decidió que debía declararse de oficio la extinción de la “acción contravencional” por prescripción respecto del contraventor (arts. 3º, 33 y 34, del Código de Faltas; 2º y 67 del Código Penal, según ley 25.990), si desde la sentencia condenatoria no firme había transcurrido con exceso el plazo de un año establecido en el art. 33 del Código de Faltas, sin que haya mediado en su transcurso ninguna causal interruptora de la prescripción, de conformidad con los informes del Registro de Contraventores (cfr. P. 91.493, sent. de 7-VI-2006).

Para así resolver, en todos estos supuestos, la Corte tuvo en consideración dos postulados que, hasta hace muy poco, parecían contar con un consenso prácticamente unánime en la comunidad jurídica (6).

Por un lado, aquel que refiere que el régimen de prescripción de la acción penal forma parte del “*principio de legalidad material*” [acuñado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sino en virtud de una ley previa, fórmula resumida en el aforismo “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*” que hiciera célebre Anselm v. Feuerbach (7)], con cita del señero fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Guillermo Mirás” (Fallos 287:76) cuya doctrina no es ocioso recordar. Allí la Corte Nacional dijo que queda incluido en el concepto de “ley penal” al que alude este principio, el “instituto de la prescripción”, en tanto aquél comprende “*no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la prescripción punitiva*”, por lo cual a su respecto rige la regla de la “irretroactividad de la ley penal desfavorable”.

Dijo, también que, como corolario de ello —esto es por estar incluido en el concepto de ley penal al que alude el art. 2º del Código represivo— el instituto de la prescripción queda alcanzado por el principio de “retroactividad de la ley penal más benigna”, acompañándolo con cita de los arts. 9º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; incorporados al bloque de constitucionalidad (CN, art. 75 inc. 22).

En rigor, lo dijo textualmente con estas palabras: “... *el principio de retroactividad de la ley penal más benigna también rige en lo atinente a los mecanismos de extinción de la acción, ya que este extremo está incluido en el concepto de ley penal que establece el mentado art. 2 del digesto sustancial*” (8). De estos conceptos participaron todos los jueces votantes.

pronunciamiento impugnado —y generalmente, alegando el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable de conformidad con el art. 8.1 de la C.A.D.H.— (cfr., entre otros, Ac. 94.877, res. 9-VIII-2006).

(6) Cfr. la posición asumida por el Procurador General de la Nación que se reseña en la nota Nº 8.

(7) Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (1801), trad. al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Bs. As., 2007, pág. 55.

(8) Una solución similar fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al poco tiempo de empezar a regir la ley 25.990. Así, al decidir el caso “S. 2682. XXXVIII. *Schifrin, Marina s/ causa Nº 3905*”, sent. de 29/11/05 (publ. en L.L. 7-2-2006, nº. 110.000; también L.L. 2006-A-, 655), decidió suspender el trámite del remedio federal en curso, dado que “*a raíz de las reformas introducidas por la ley 25.990 podría encontrarse prescripta la acción en los autos principales*”, quedando expectante “*a resultas de la decisión que al respecto tomen los jueces de la causa*”.

Cabría resaltar las consideraciones propias formuladas en esa oportunidad por el doctor Pettigiani quien puso de resalto: "... que la sanción de la mencionada ley ha implicado un cambio sustancial en las relaciones que está llamada a regir, respecto de las normas anteriormente vigentes, consagrando una solución contrapuesta con la que al amparo de estas últimas mayoritariamente venía sosteniendo e[el] Tribunal que había efectuado una interpretación amplia de la expresión 'secuela de juicio'. Y que "[m]ás allá del juicio axiológico que la nueva legislación individualmente nos pueda merecer a la luz de los principios de oportunidad y conveniencia —sin perjuicio de la indudable justicia de la aspiración de que los procesos se sustancien en el plazo más breve—, lo cierto es que, así como no nos es permitido a los jueces por ejemplo controvertir la reducción de la pena que corresponda a un determinado delito cuando ella es establecida por medios constitucionales idóneos, tampoco aparece posible efectuar cuestionamientos a la norma sancionada dictada siguiendo iguales carriles".

Claramente se advierte de estas palabras que también esta restricción del *ius puniendi* (el acortamiento de los plazos de prescripción por la menor cantidad de actos susceptibles de constituir secuela del juicio) se encuentra alcanzada por el principio de mayor benignidad y, por eso, debe ser aplicada retroactivamente, más allá de la ponderación axiológica y en términos de conveniencia que pudiera corresponder formular respecto del nuevo régimen legal.

## 2. Prescripción en el ámbito de la revisión extraordinaria

a) Ahora bien, la Suprema Corte provincial no sólo ha aplicado la ley 25.990 de manera oficiosa, sino que también echó mano a su consideración cuando estaba en

---

También al resolver la causa "P. 281. XL. Pérez, Mirta Yolanda s/ homicidio culposo", sent. de 6/12/2005, publ. en L.L. 22-2-2006, N° 110.055 —por remisión al dictamen de la Procuración General que hizo propio—, la Corte dispuso que frente "[a]l reciente dictado de la ley 25.990 [en cuanto había modificado las causales de interrupción] y el principio de la 'ley penal más benigna' correspondía suspender el trámite del recurso federal 'hasta tanto la instancia local se pronuncie[ara] sobre la aplicación al caso de este dispositivo legal". [El encomillado simple me pertenece].

Más cercano en el tiempo, al expedirse en la causa "B. 1126. XL. Bonafini, Hebe María Pastor s/ injurias"—atendiendo a la propuesta emergente del dictamen del Procurador General fechado el 23-9-2005, quien consideró que era muy probable que la aplicación de las nuevas reglas sobre prescripción introducidas por la ley 25.990 pudiesen tener consecuencias en este proceso, por su mayor benignidad respecto de los actos procesales susceptibles de interrumpir su curso, por lo que proponía ordenar la suspensión del trámite del recurso federal a resultados de la decisión que tomen los jueces de la causa—, la Corte, con arreglo a reiterada doctrina que establece que la prescripción es de orden público y debe ser declarada de oficio por el Tribunal a fin de evitar la continuación de un juicio innecesario, concluyó que hallándose verificados en el caso los requisitos positivos y negativos de la prescripción, "esto es, que ha transcurrido el plazo del art. 62 del Código Penal y que no ha habido causales de suspensión o interrupción", en especial, atendiendo a que "ha sido superado el plazo de dos años que en la especie fija el art. 62 del Código Penal, sin que se registre alguna de las causales que establece el art. 67, cuarto párrafo, del Código Penal, según la reforma introducida por la ley 25.990"—que aplicó *retroactivamente* al caso— correspondía así declararlo.

Como puede apreciarse la conclusión de que la "*retroactividad de la ley penal más favorable*" rige en el ámbito del instituto de la prescripción de la acción penal —teniendo en cuenta los precedentes indicados— viene siendo refrendada por la Corte federal.

Sin embargo, como puse de relieve en el texto correspondiente a la nota al pie N° 6, ese postulado se encuentra hoy día conmovido en razón del dictamen del señor Procurador General de la Nación, Dr. Righi en la causa S.C.T. 404, L. XLII —"Torea, Héctor s/recurso de casación" (fechado el 8/11/06), más conocida como del "Paseo de la Infanta", ratificado en la Resolución PGN N° 24/07 (fechada el 23-3-2007), mediante la cual se instruye a los fiscales con competencia penal que integran el Ministerio Público Fiscal de la Nación para que adopten la interpretación que propicia frente a la diversidad de criterios que podrán presentarse respecto de la aplicación de la mentada ley 25.990 y el art. 2° de la ley penal.

revisión ante su sede lo decidido respecto del instituto de la prescripción en las instancias previas, si más allá del contenido y suficiencia de los agravios a esa solución igualmente se debería arribar incluso de oficio, o si ella reforzaba la solución propiciada en el pronunciamiento apelado.

Así lo puso de resalto en la sentencia dictada en el caso P. 89.125, "C. s/ Hurto simple", el 27-VII-2005. En lo que importa destacar, la Cámara de Dolores había declarado la prescripción de la acción penal porque pese a que desde el hecho investigado (hurto supuestamente acaecido el 18 de abril de 1998), podría observarse que el plazo de prescripción había resultado interrumpido por la comisión de un nuevo delito (que habría tenido lugar el 16 de marzo de 2000), entendió que a partir de allí había transcurrido el lapso de dos años sin mediar secuela del juicio ni la comisión de otro delito, previo a la acusación fiscal (acaecida en octubre de 2002). Es decir, que cuando ella tuvo lugar, la acción ya se había extinguido.

El Fiscal General del referido departamento judicial interpuso contra ese pronunciamiento recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, fundando su agravio en el quebrantamiento de doctrina legal de la Corte provincial por entonces vigente que consideraba que había actos de secuela del juicio con anterioridad a la acusación (en referencia al precedente "Guzmán"—P. 71.896, sent. de 22-VIII-2002—). Pero la Corte consideró—por aplicación de la ley 25.990 que reputó más benigna para el caso—, que

---

En el referido dictamen el Procurador ha sostenido "*que no corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley más benigna respecto de la ley 25.990*", aun cuando un nuevo cómputo de la prescripción con arreglo a ella pudiera resultar más favorable para el imputado en el caso concreto, en tanto la aplicación retroactiva de la ley más favorable presupone que se haya producido un cambio en la valoración social del hecho atribuido, "*lo cual es evidente que no ocurre con las leyes que sólo expresan la decisión del Estado de auto-limitarse hacia el futuro aun más en el tiempo en el ejercicio de la persecución penal, pero de ningún modo traducen un cambio en la reprobación social del hecho*", lo que sí ocurre cuando el Estado desincrimina la conducta o establece para ella una menor punición.

En la Resolución N° 24/07 indicada afirma, además, que "[s]i bien es cierto que el principio de legalidad proscrib[e] la aplicación retroactiva de leyes que amplían los plazos de prescripción, lo que ha llevado a postular el carácter material del instituto, ello no significa que deba aplicarse retroactivamente toda modificación legislativa en materia de prescripción más beneficiosa para el imputado". Y agrega: "Ello es así, porque la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna no se funda en el principio de legalidad material, que se satisface con que las leyes penales no se apliquen retroactivamente, sino en un principio de política criminal bien distinto que juzga inadmisibles imponer o mantener una sanción penal por un hecho que ya no se considera delito, o bien una pena que ya no guarda relación con la menor gravedad que se predica para el delito por el que ha sido impuesta". Por último, sostiene que "tampoco modifica en nada [lo concluido] el hecho de que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna se halla previsto ahora también en los arts. 9 de la C.A.D.H. y 15 del P.I.D.C.yP., pues ello sólo ha alterado la jerarquía normativa del principio, pero no su fundamento y límites".

Un comentario crítico vinculado a la interpretación "asimétrica" que se predica en el dictamen del Procurador General de la Nación en la referida causa "Torea" acerca del concepto de ley penal en relación con aquella consecuencia (la proscripción de leyes *ex post facto* perjudiciales) y la inoperancia del principio de retroactividad de la ley más favorable en temas de prescripción de la acción penal, puede leerse en la nota que he publicado en <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias>, Sección de Revistas Especializadas—RDPenal/Opiniones y Comentarios, 21 de noviembre de 2006—. Sobre el problema de la aplicación retroactiva de la ley 25.990, cfr., también, Hairabedián, Maximiliano, *Aplicación retroactiva del nuevo régimen interruptivo de la prescripción (ley 25.990)*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, Marzo/2006 págs. 527 y ss.; Adler, Daniel E., *Interpretación del principio de la ley más benigna en función de las reformas establecidas en el art. 67 Cód. Penal*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, N° 12, Agosto/2005 págs. 1126 y ss.; Pagliere, Carlos P. (h.), *La ley penal más benigna: ¿es posible la combinación de leyes?*, LL, t. 2005-C, Sec. Doctrina, págs. 1107 y ss.

aun al margen de los fundamentos de la alzada, igualmente la decisión que declaró la prescripción debía ser mantenida, porque si bien, de acuerdo al nuevo catálogo de actos procesales que importan secuela del juicio, el primer llamado a declaración indagatoria de mayo de 1998 enervaba su curso, considerando luego el nuevo delito de marzo de 2000, de allí hasta la acusación (próximo acto con efecto interruptor) había operado el plazo de dos años que llevaba a afirmar la prescripción de la acción penal (cf., CP., arts. 62 inc. 2º y 162).

También al decidir la causa P. 95.506, sent. de 14-XII-2005, frente a un recurso de inaplicabilidad de ley articulado por la procesada con patrocinio letrado contra la sentencia de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca que confirmó la decisión de primera instancia denegatoria de la declaración de prescripción de la acción penal respecto de L. C. P. en orden a los delitos de falsificación de instrumento público y estafa en concurso ideal, concurriendo a su vez materialmente con el delito de defraudación agravada, decidió —por mayoría de fundamentos— que deviniendo “firme que el último acto con aptitud interruptora consistió en el primer llamado a prestar declaración indagatoria [...] que data del 29 de diciembre de 1999 (lo cual resulta tanto si se considera la aplicación de la doctrina emergente del término “secuela del juicio” como viene resuelta en la instancia previa, o la correspondiente al nuevo régimen del cuarto párrafo —inc. “b” — del art. 67 en términos de la ley 25.990), lo cierto es que desde entonces ninguno de los delitos involucrados han prescrito (cfr. doctr. arts. 59 inc. 3º, 62 inc. 2º, 67 en función de los arts. 172, 174 inc. 5º y 292, todos del Código Penal)”.

b) Sin embargo, el criterio del Tribunal no ha sido unánime respecto a cómo debe procederse cuando hubiere petición de parte interesada reclamando la declaración de prescripción de la acción penal —por fuera de los lindes de los agravios que integran el remedio extraordinario deducido—, y resultare controvertido si se encuentran satisfechos de modo evidente todos los extremos necesarios para concluir en su acogimiento.

En el caso del que paso a ocuparme ahora, la Corte entendió —por mayoría— que cuando la parte ha peticionado la declaración de prescripción en su sede extraordinaria, una vez abierta su competencia revisora, quedaba habilitada a su tratamiento. Adoptó, además, en el marco de lo decidido un novedoso criterio de lo que debe entenderse por “comparación integral” de las leyes que rigen el caso (para el tratamiento del instituto de la prescripción) proponiendo componer la ley 25.990 (posterior más benigna) junto con la ley 25.188 (posterior, pero perjudicial a los intereses del procesado —por agregar una causal de suspensión del curso prescriptivo inexistente a la fecha del hecho), a fin de mirar en todas sus manifestaciones este instituto y no de modo parcializado.

En el acuerdo extraordinario del 8-V-2006 se pronunció sentencia definitiva en la causa P. 72.819, “Capuzzi y otros. Homicidio culposo”, confirmándose —por mayoría— la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara en lo Criminal de San Martín que, revocando la sentencia absolutoria de primera instancia, condenó a los imputados como autores responsables del delito de homicidio culposo contra un menor de edad.

Primeramente, antes de abocarse a resolver los recursos extraordinarios deducidos contra el fallo condenatorio, la Corte se interrogó respecto de si la acción penal por el delito de homicidio culposo por el cual los médicos venían condenados se hallaba vigente, en razón de que la defensa de uno de ellos había reclamado, originalmente, en la instancia de grado y, luego esa misma parte y otros de los imputados, ante la propia Corte, la declaración de prescripción de la acción penal.

Así, consideró que, más allá de las peticiones de las partes antes referidas, como era un criterio consolidado que la prescripción podría ser declarada incluso, de oficio, correspondía adentrarse en el caso a su tratamiento.

Afirmó —siguiendo en lo sustancial la doctrina sentada en el precedente P. 60.932 (sent. de 30-V-2005)— que si bien la tantas veces citada ley 25.990 regula los actos de procedimiento que importan actualmente “secuela del juicio” de manera más benigna en comparación con la interpretación que sobre este tema constituyó la doctrina legal de la Suprema Corte, siendo que tal ley se integró al cuerpo del art. 67, cuyo párrafo segundo establece la “suspensión de la prescripción” para delitos cometidos en el ejercicio de la función pública (cf. texto ordenado por la ley 25.188 —BO 1/11/1999—), e —indicó también— que el ejercicio profesional desplegado por los procesados en su condición de médicos de un hospital municipal comporta un cargo público según la inteligencia que otorga el art. 77 del Código Penal al definir el concepto de “funcionario público” y “empleado público”, la mentada ley 25.990 —así integrada con la ley 25.188— no comportaba para el caso una ley penal más benigna.

Para así decidir tuvo en cuenta, además, que la ley 25.188 al establecer la suspensión del curso de la prescripción alude genéricamente a “delitos cometidos en el ejercicio de la función pública” para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público, y tal formulación —a su entender— resulta comprensiva del delito de homicidio culposo sobre el que correspondía expedirse. De ese modo, concluyó que este régimen, posterior al hecho del proceso (cometido entre los días 18 y 19 de junio de 1992), con este esquema —es decir, integrando la ley 25.990 con la 25.188— no resultaba más benigno, descartando, por ello, su aplicación al caso. Esto, pues, porque —como adicionó el doctor Hitters en su voto, al adherir al del Dr. Genoud— de los informes agregados a la causa “se infiere que algunos de los imputados que participaron en el hecho continuaban en actividad, es decir desempeñándose en un cargo público” por lo cual operaba respecto de todos ellos la causal de suspensión prevista en el párrafo segundo del art. 67 (según ley 25.188), lo que demuestra que dicha norma, en su actual redacción —con este esquema integrado de leyes— es más gravosa (9).

Se consideró, entonces, que correspondía decidir la petición de prescripción a la luz de la ley vigente al momento del hecho de la causa (sin tener en cuenta la ley 25.990 y sin la ley 25.188; esto es, en lo que respecta a las causales de suspensión de la prescripción, conforme al texto establecido en la ley 21.338 —ratif. por ley 23.077— que no preveía a este supuesto como uno de aquellos que pudiera enervar el curso de la prescripción). Y en cuanto a la secuela del juicio y el concurso de delitos, correspondía aplicar la doctrina de esta Corte sobre el tema con el alcance dominante con anterioridad al dictado de la ley 25.990, a la que correspondía reconocer “ultraactividad”. Sentado ello, concluyó afirmando la pervivencia de la facultad persecutoria penal.

La minoría —integrada con el voto del juez Soria— descartó la posibilidad de ingresar al tratamiento de la petición de prescripción.

Reseñó que el alongado tiempo que había insumido el trámite del expediente desde el dictado de la sentencia de Cámara cuya revisión se pretendía, había motivado los dos pedidos de declaración de prescripción de la acción penal reclamados por la defensa de los imputados.

El primero de ellos había sido presentado en el año 1999 ante el juez de origen (Juzgado de Transición N° 1 de San Martín), reclamando que como el expediente se

---

(9) Una interpretación semejante a la expuesta ha propiciado la Corte federal al resolver el fallo “R. 1972. XLI. Recurso de Hecho. Revello, Carlos Agustín y otros s/abuso de autoridad en los términos del art. 248 del Código Penal —causa N° 10.503—”, sent. de 21/11/2006, en cuanto estableció que el régimen de prescripción de la acción a través de leyes sucesivas que fueron modificando algunos de sus componentes —en alusión a la ley 25.188— debe examinarse en cada época en su “integridad”, a efectos de establecer la “ley penal más benigna” que debe regir el caso.

hallaba ante la Suprema Corte por estar pendiente de resolución los recursos extraordinarios articulados por los procesados, fueran devueltos a fin de ser resuelta la petición por el juez de la causa, para poder tener la posibilidad de que la cuestión fuera examinada “por los diferentes grados que componen nuestra administración de justicia”, según se argumentaba en el escrito de la parte. La prescripción fue reiterada ante la Corte en abril de 2003.

El juez Soria descartó la posibilidad de examinar la prescripción en el ámbito del recurso incoado, con fundamento en que la competencia apelada del Tribunal sólo se hallaba abierta por el contenido de los recursos de los impugnantes y no para dilucidar la cuestión vinculada a la posible pervivencia de la acción penal, aun cuando dicho tratamiento pudiera hallarse motivado en las presentaciones de los impugnantes como se reseñó.

Aclaró que si bien la Corte había examinado —de oficio— la procedencia de la prescripción por fuera de los lindes del recurso, cuando por hallarse satisfechos todos sus requisitos correspondía su declaración, en modo alguno esa doctrina podía entenderse orientada a establecer la pervivencia de la acción penal obviando las instancias procesales previstas para la discusión amplia de los diferentes aspectos fácticos y jurídicos que puede suscitar el debate sobre la posible benignidad del nuevo régimen. Ni cómo esas normas se relacionan con los anteriores cambios legislativos operados respecto de algunos de sus extremos mediante leyes dictadas con posterioridad al hecho que se investiga (v. gr.: la ley 25.188) y cuál es el alcance que cabe predicar de sus previsiones y su aplicabilidad al caso.

Argumentó, que afirmar el carácter de orden público del instituto de la prescripción no legitima a los tribunales a obviar las instancias procesales legalmente previstas para establecer que la acción sigue vigente. Concluyó, entonces, que no podía un tribunal de instancia extraordinaria por el carácter final de sus decisiones expedirse “para afirmar que la prescripción no ha ocurrido”, impidiéndole de ese modo al imputado la discusión amplia del asunto a través del tránsito por todas la vías impugnativas previstas en su favor.

Sentado lo cual, propuso suspender la decisión que cabría efectuar respecto de los recursos extraordinarios deducidos, hasta tanto se resuelva en las instancias previas lo concerniente a la cuestión de la prescripción de la acción penal, a cuyo efecto consideró que correspondía remitir la causa al juez de origen.

### III. De una fórmula abierta a un sistema de “*numerus clausus*”

Como quedó dicho en párrafos anteriores, la Suprema Corte provincial siempre había considerado que la locución “secuela del juicio” comportaba una fórmula “abierta”, comprensiva de un número diverso de actos procesales con efecto interruptor, aunque no cualquiera de ellos revestía esa idoneidad sino aquellos cubiertos con determinadas características.

Después de la reforma, el Tribunal entendió que la fórmula que utiliza ahora el texto legal al referir al término “solamente” ha adoptado un catálogo “*taxativo*” de los actos procesales con aptitud interruptora.

Así, lo expuso el doctor Soria en el primer expediente en el que el Tribunal se expidió sobre el tema (me refiero al caso registrado como P. 83.722 ya citado), criterio luego seguido por la mayoría del Tribunal en la causa P. 65.894 dictada el 16-III-2005.

De allí que por efecto de la nueva disposición legal ya no hay, a partir de la sentencia de condena —en el ámbito de las instancias impugnativas— otros actos interruptores, como tampoco hay otros factores de interrupción distintos a los expresamente indicados en las etapas previas del proceso.

Es dable destacar que en la gran mayoría de los casos en los que la Corte se ha expedido están vinculados a causas que tramitaban a través del régimen del Código Jofré. En cambio ha tenido muy pocas oportunidades en las que le ha tocado decidir cuáles son los actos equivalentes en el sistema del nuevo Código Procesal Penal (ley 11.922 y sus modificatorias), en relación con los indicados en el cuarto párrafo del art. 67 de la ley penal.

Quien, en cambio, ha ido delineando una línea jurisprudencial al respecto es el Tribunal de Casación Penal, por lo cual es necesario estar atento a la doctrina que ha empezado a perfilarse desde ese ámbito respecto de cuáles actos procesales del diseño de la ley 11.922 (y sus modificatorias) encajan en el catálogo (“taxativo”) del art. 67, cuarto párrafo del Código Penal.

Sólo a modo de ejemplo traigo a colación dos pronunciamientos del Tribunal de Casación que dan espacio para la polémica en cuanto a la interpretación de esos actos se refiere:

#### **a) Citación a indagatoria**

Al expedirse como integrante de la Sala I del TCP, votando en minoría, en el marco de la causa 15.479, sent. de 20-4-2006, el juez Sal Llargués dijo que a partir de la sanción de la ley 25.990, los actos interruptivos de la prescripción allí indicados que operan en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires son, además del referido en el inc. “a” (comisión de un nuevo delito), los actos previstos en los incisos c), d) y e) del citado artículo; puesto que a su entender el del inciso “b”, esto es: el primer llamado efectuado a una persona con el objeto de recibirle indagatoria no resulta aplicable al procedimiento instaurado a partir de la entrada en vigencia de la ley 11.922, toda vez que no existe un tipo de declaración que se llame “indagatoria” en el rito vigente.

En su parecer, la declaración prevista en el art. 308 no reviste el carácter de “declaración indagatoria”, ni puede ser equiparable a tal (por la proscripción de la analogía “*in malam partem*”), y ello —dijo— no sólo “porque el límite de resistencia semántico así lo impone”, pues de haberlo querido el legislador hubiera utilizado otra fórmula que admitiera un acto equivalente, sin embargo, no lo hizo; sino, además, porque la naturaleza de uno y otro instituto resulta harto distinta.

Mientras, la declaración indagatoria es una institución propia de un sistema inquisitivo, y—en ese sentido— es tomada por un juez; la declaración del imputado a tenor del art. 308 del CPP provincial, constituye un acto de defensa en el marco de un proceso de tinte acusatorio (por lo menos ese sesgo era el que tenía el rito en sus orígenes), la cual es prestada por ante una de las partes, el representante del Ministerio Público Fiscal.

En el caso en que fijó esa posición, como consideró que entre el hecho cometido el 02/08/00 a la fecha no se habían verificado actos interruptores de la prescripción, a tenor del nuevo régimen del art. 67 del CP, la acción se hallaba prescripta.

Por su parte, el juez Piombo —quien recibió la adhesión del juez Natiello formando mayoría— también concluyó que se hallaba extinguida la acción penal pero por otros fundamentos. Consideró que “el acto de llamar a declarar al inculcado —(cualquiera sea el nombre que se le dé)— es un hacer jurisdiccional que por su claro contenido persecutorio evidencia la voluntad estatal de llevar adelante la acción punitiva”. Y aclaró que “[l]a circunstancia de que la normativa nacional emplee un nombre y la provincial [...] otro no puede, obviamente, frustrar el objetivo de que sólo actos claramente persecutorios interrumpen el curso de la prescripción y que el más directamente relacionado con el inculcado es, por cierto, el llamarlo a comparecer para verter, si no prefiriese callar, su versión acerca del hecho que se le imputa”. Con esa aclaración adhirió al resultado final propugnado, ya que, atento el tiempo transcurrido desde el pedido de elevación a juicio, la acción igualmente se hallaba extinguida.

**b) Citación a juicio o acto procesal equivalente**

En el Acuerdo celebrado el 6/7/2006, la Sala III del Tribunal de Casación Penal, integrada por los jueces Ursi, Borinsky y Domínguez, decidió en la causa N° 4.075 (Registro de Presidencia N° 16.401) declarar extinguida la acción penal —por el delito de lesiones culposas por el que el imputado venía condenado, por un hecho acaecido el 12/7/99— sobre la base de los siguientes argumentos.

Todos entendieron que la acción se hallaba prescripta, aunque con distintos fundamentos. El doctor Borinsky, en minoría, consideró que “conforme la nueva redacción del artículo 67, cuarto párrafo, del Código Penal [...] son actos jurisdiccionales que interrumpen el curso de la prescripción de la acción penal”, entre otros, la requisitoria fiscal (efectuada el 2/7/2001) y la citación a juicio (de fecha 11/11/2003 —art. 339 C.P.P.—). Concluyó, pues, que entre uno y otro acto había operado el plazo de dos años de prescripción.

El juez Ursi, por su lado, entendió que “la expresión ‘citación a juicio’ o ‘acto procesal equivalente’ no puede ser entendida al margen de la mención que de ella se hace en el art. 338, primer párrafo, del C.P.P., donde se subtitula el texto con esas mismas palabras y se hace hincapié en que “Se notificará inmediatamente la constitución del Tribunal a todas las partes, las que en el mismo acto serán citadas a juicio..”; siendo por otra parte de destacar que dicha norma es análoga a otras previstas en ordenamientos procesales similares al nuestro: artículos 354 del C.P.P. de la Nación, 361 del C.P.P. Córdoba, 364 del C.P.P. Mendoza, 319 del C.P.P. Neuquén, 332 del C.P.P. San Juan, 337 del C.P.P. Santa Cruz, 305 del C.P.P. Santiago del Estero, 361 del C.P.P. Tucumán, entre otros”. Por ello, concluyó que el plazo había transcurrido entre la citación a juicio (art. 338, primer párrafo, C.P.P., resolución de fecha 10/12/2001) y la condena no firme del 26/3/2004.

El juez Domínguez adhirió al voto del doctor Ursi teniendo también “en cuenta como acto interruptivo la resolución de fecha 10 de diciembre de 2001, al ser comprensiva de la expresión “citación a juicio” a que hace referencia el inciso d) del artículo 67 del Código Penal”, por lo cual la prescripción había operado, pues a partir de ese acto habían pasado los dos años antes del dictado de la sentencia de condena.

**IV. Los actos procesales interruptores del curso de la prescripción en la ley de menores**

Retomando la jurisprudencia de la Suprema Corte, es dable traer a colación el criterio fijado en el ámbito del régimen penal de menores a la luz del procedimiento establecido en la ley 10.067.

Al decidir en la causa P. 90.253, “Z., M. J.”, sent. de 6-IX-2006 (10), el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por el Asesor de Menores contra el fallo de la Cámara de San Isidro que confirmó el del Tribunal de Menores que dictó auto de responsabilidad contra el menor por el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, consideró que no correspondía ingresar al tratamiento de los agravios porque había operado la extinción de la facultad persecutoria penal, siendo ello lo único sobre lo que correspondía pronunciarse. Para así decidir consideró que la ley 25.990 era —por su mayor benignidad— de aplicación al caso.

Analizó que las particularidades que ofrece el trámite penal de menores en el marco de la ley 10.067 —que solo subsidiariamente “en aquello que no esté tratado expresamente” queda regido por el Código de Procedimiento Penal (según ley 3589 y sus modificatorias)—, importa que no todos los actos enumerados en el actual cuarto

---

(10) Esta doctrina había sido ya anticipada al decidirse la causa P. 91.140, sent. de 23-XI-2005.



párrafo del art. 67 del Código Penal encuentran en aquél una expresa previsión o, al menos, su equivalente, cuando esa asimilación resulta autorizada por la propia ley sustantiva (v.gr.: art. 67, cuarto párr., inc. "d", según ley 25.990).

De los cuatro actos enunciados en el Código Penal, concluyó que la ley 10.067 únicamente prevé dos: el llamado a prestar declaración indagatoria (inc. "b") y la sentencia condenatoria (inc. "e"). Sin embargo, el régimen de menores no prevé en ninguno de sus trámites el requerimiento acusatorio al que alude el inc. "c" del párrafo cuarto del actual art. 67 del Código Penal, y tampoco halla lugar el auto de citación a juicio o algún acto que pudiera resultarle equivalente (inc. "d" del precepto indicado).

Sentado ello, concluyó que en el caso desde el primer llamado a indagatoria no había tenido lugar ninguna otra causal interruptora, siendo que el *auto de responsabilidad* dictado en los términos del art. 37 de la Ley de Patronato de Menores no es una sentencia condenatoria.

Sostuvo que "[n]o sólo semánticamente aparecen en el texto legal diferenciados: mientras el art. 37 refiere al 'auto de responsabilidad', el art. 38 alude a que el juez 'dictará sentencia respecto a si corresponde o no aplicar sanción penal'. La diferencia es también sustantiva. Que el referido auto decida sobre la existencia del cuerpo del delito, la autoría y responsabilidad del menor y la calificación legal del hecho (todos presupuestos esenciales para la imposición de una pena), no basta para otorgarle el carácter de sentencia condenatoria. Aún resta aquello que en esencia caracteriza un juicio de condena: la imposición de una pena. Por ello, sólo la sentencia integradora prevista en el art. 38 de la ley 10.067 reviste ese carácter".

En el caso, considerando el primer llamado a prestar declaración indagatoria dispuesto el 25 de noviembre de 1999 (y aun, ponderando el hecho informado por la Dirección de Antecedentes Personales acaecido el 24-XI-2001 en el que ha recaído sentencia de condena firme), concluyó que desde allí hasta el presente ha transcurrido en exceso el plazo previsto en el art. 62 inc. 2º, en relación con el delito tipificado en el art. 189 bis, tercer párrafo del Código Penal (texto según ley 25.086).

#### V. La causal de interrupción "por la comisión de otro delito"

En numerosos precedentes la Corte consideró que la comisión de otro delito debidamente certificado operaba como causal de interrupción del curso de la prescripción, en los términos de lo normado por el art. 67, cuarto párrafo, primera alternativa del Código Penal en su anterior redacción (actual inc. "a") [v. gr.: doct. P. 75.710 "Rodas", sent. de 18/4/2000, entre muchas]. También lo ha aplicado, aunque con un argumento "a contrario" cuando consideró que la certificación de antecedentes reflejaba que no había existido durante el período a analizar la comisión de otro delito, lo que tornaba inoperante la causal. En otras oportunidades, dijo que resultaba innecesario indagar y pronunciarse sobre si el antecedente informado tenía entidad interruptora, "pues, aunque así fuera, de todos modos desde la fecha de comisión de los hechos imputados en la causa allí informada también ha[b]ía transcurrido el plazo..." de prescripción para el delito analizado (cfr., por todas, P. 62.034, sent. 24/3/2004, "Guerrero").

Actualmente, sólo se registra en la posición minoritaria la opinión del doctor Pettigiani, fijada a partir del precedente P. 79.061 ("Ruiz, Walter s. Premios ilegales", sentenciada el 23/12/2003), en la que se trató el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal de Cámara de San Isidro, en el cual se había agraviado ante la alzada respecto del pronunciamiento de primera instancia que declaró prescripta la acción penal porque se había desconsiderado la existencia de un antecedente informado en los certificados agregados a la causa. La Cámara desestimó ese planteo, por considerar que esa certificación nada podía significar en la declaración de prescripción decretada, en tanto no se había dictado en aquél sentencia condenatoria, siendo éste —dijo— el

"único modo en que judicialmente puede afirmarse la responsabilidad penal de una persona por un hecho tipificado como delito".

Contra lo así resuelto interpuso el Fiscal de Cámaras el recurso que trató la Corte, en el que pretendía que frente al avanzado estado de tramitación alcanzado en la causa que "oficiaba" de nuevo delito a los efectos de la causal de interrupción, debía suspenderse el trámite de prescripción de ésta a la espera de la resolución definitiva de aquélla.

La Corte consideró que el planteo propuesto por el fiscal resultaba tardío, pues, no había sido articulado en la expresión de agravios con el alcance ahora esgrimido (art. 342, C.P.P., ley 3589), esto es, con la pretensión de suspensión indicada, siendo por otra parte que el recurrente no impugnaba el criterio de la alzada, en cuanto a la necesidad de una sentencia firme para que mediante la comisión de otro delito se vea interrumpido el curso de la prescripción.

Agregó, de todos modos el doctor De Lázari, que la solución suspensiva pretendida en el recurso implicaba un desfavor para el imputado "... en la medida que se diagrama un mecanismo de suspensión del proceso no previsto en la ley sustantiva".

La minoría admitió la suficiencia recursiva y dio curso al reclamo fiscal. El juez Pettigiani consideró que la interrupción del curso de prescripción por la comisión de un nuevo delito (en el caso se trataba de un antecedente informado, aún en trámite), debía *prima facie* decretarse, quedando supeditada al dictado de la sentencia de condena, la cual si acontecía tendría efecto sólo declarativo, ya que la causa interruptora es la mera comisión del hecho delictivo. Consideró que si bien "...no existe disposición legal alguna que resuelva expresamente la cuestión, la armónica interpretación de [las normas en juego] impone dicho diferimiento [de la declaración de prescripción] a fin de evitar consecuencias disvaliosas no queridas por la ley".

## VI. Suspensión del curso de la prescripción

Un caso interesante en el que se discutió otro supuesto de "suspensión del curso de la prescripción" fue el tratado en el precedente P. 86.388, sentenciado el 1º de marzo de 2006. En dicha causa la Corte declaró la prescripción de la acción penal.

El caso había llegado ante el Tribunal en razón del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa particular de los imputados contra la decisión de la Cámara de Garantías en lo Penal de Mar del Plata que revocó la resolución del Juez de Garantías por la cual se había declarado extinguida la acción penal emergente del delito *prima facie* calificado como constitutivo de defraudación por administración fraudulenta (cf. art. 173 inc. 7º, C.P.).

La defensa impugnó dicho pronunciamiento en varios aspectos. Controvirtió, de un lado, lo referido al momento a partir del cual comenzó a correr el curso de la prescripción en relación con los apelantes, en tanto se les atribuyó *complicidad primaria* en el hecho de defraudación investigado; pues para el *a quo* el curso de la prescripción comenzó a correr para todos los intervinientes —se tratare de autores o partícipes— el día 11-XI-1996 en que se formuló la denuncia que dio origen a las actuaciones penales, siendo que a esa fecha a quien se le imputó la autoría del hecho, continuaba en su carácter de mandatario, como "administrador judicial del acervo patrimonial correspondiente al juicio sucesorio". Computando el plazo de prescripción a partir de ese hito temporal, el tribunal determinó que al momento de expedirse (el 5-IX-2002), la extinción de la facultad persecutoria penal no había operado.

La defensa adujo que lo así resuelto era claramente violatorio del art. 67 del Código Penal, en tanto establece que la prescripción corre, se suspende o se interrumpe *separadamente* para cada uno de los partícipes del delito (cf. texto anterior a la ley 25.990). Y que, tal como lo había resuelto oportunamente el Juez de Garantías, el comienzo del

término de prescripción para quienes fueron considerados partícipes debe computarse a partir el día 3-VI-1995, en tanto esa sería “la última actividad imputable” a esos intervinientes; fecha desde la cual habría operado la prescripción.

La Suprema Corte resolvió —por mayoría—, con el voto de los doctores Hitters, Soria, Roncoroni, De Lazzari y Kogan que sea cual fuere el criterio que se adopte sobre el problema de fondo traído a esta instancia, de todas formas la acción penal se hallaba prescripta. Entendió que se había tornado abstracta la discusión acerca de si en caso de participación criminal existe un momento único de inicio del término para todos los agentes (art. 63 del C.P.) o si cabe entender que, a pesar de tratarse de un hecho único, la oportunidad del aporte de cada interviniente da lugar a un término individual de prescripción con fundamento en las previsiones del art. 67 de la ley penal, pues, tanto desde la fecha anterior —como postula la defensa— como desde la posterior —tomada por la Cámara— han transcurrido los seis años que deben ser computados a fin de concluir que la acción penal se había extinguido (arts. 62 inc. 2 y 173 del Cód. Penal).

Por otro lado, como venía firme la decisión del juez de grado que estableció, aplicando la doctrina anterior nacida al amparo del término “secuela del juicio” del art. 67, apartado cuarto del C.P. —previo a la reforma de la ley 25.990—, que no hubo interrupción de la prescripción dado que en autos no se produjo acusación fiscal [siguiendo el precedente “*Balchumas*” (11)], y dicho requerimiento efectivamente aún no había tenido lugar, no existían actos procesales interruptores del curso de la prescripción. Asimismo, quedó constatado que los imputados tampoco habían cometido nuevos delitos en el período que correspondía ser considerado.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de la existencia de un concurso real de delitos (art. 55, C.P.), por aplicación de la denominada “tesis del paralelismo”, adoptada como doctrina legal de la Suprema Corte a partir del precedente “*Vasallo*” (P. 79.797, sent. del 28-V-2003, ya citado), y posteriormente consagrada legislativamente mediante la reforma del art. 67 del Código Penal (ley 25.990), dijo la Corte que en nada podía considerarse afectado el curso de la prescripción.

El juez Genoud votó en disidencia. En lo que atañe al tema del instituto de la prescripción que merece ser resaltado entendió que ella no había operado en el caso, pues “**la necesidad de resolver la cuestión previa, referida a su extinción, ha suspendido su curso**”, por aplicación de la regla de suspensión prevista en el art. 67, primer párrafo del Código Penal.

El voto minoritario explicó que el curso de la prescripción estuvo suspendido desde el momento mismo que la defensa solicitó su declaración, concluyendo que “el tiempo que duró el juicio sobre la cuestión previa [la relativa a la existencia de los presupuestos para la declaración de la prescripción de la acción penal], no puede ser en beneficio exclusivo del imputado —en la medida que el plazo no es irrazonable—, porque ello importaría dejar la acción en sus manos, con menoscabo de defensa de las otras partes (art. 18 de la CN)”.

La mayoría discrepó con este criterio, concluyendo, por el contrario, que no se ha configurado en el caso ninguna causal de suspensión del curso de la prescripción. Destacó que el empleo de una fórmula amplia en el primer párrafo del art. 67 del Código Penal —tal la que alude a “resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio”— no es motivo suficiente para postular una interpretación como la sostenida por la minoría. Dijo que ni el significado que debe atribuirse a la palabra “juicio” en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, ni los posibles alcances de la expresión “otro juicio” avalan la idea de que a partir de que se reclama la prescripción nace un motivo de suspensión de su curso.

---

(11) Cfr. P. 44.190, sent. de 8-VI-1993.

Consideró, además, que esa solución resultaba "... objetable a tenor del alcance que corresponde otorgarle a las garantías del imputado en el juicio penal, como también lo es desde la propia lógica del instituto de la prescripción de la acción punitiva estatal y en atención al tenor literal del texto del art. 67 en su primera alternativa". Finalmente, recalcó que ese criterio "conlleva una indebida restricción al ejercicio del derecho de defensa (art. 18, CN)". Pues, lo contrario implicaría colocar a la defensa en la disyuntiva de elegir entre continuar sometido a proceso —cuando según sus proyecciones la facultad persecutoria estatal se ha extinguido— o ejercer un acto de defensa que, en el razonamiento objetado, operaría en su perjuicio, al suspender el término de la prescripción mientras se dilucida tal extremo. Concluyendo, por ello, también —al igual que la postura mayoritaria— en la prescripción de la acción penal en el caso y la inexistencia de actos configurativos de la causal de suspensión.

#### VII. El instituto de la prescripción en supuestos de "pluralidad de delitos"

a) La Corte, con su actual integración, anticipándose a la modificación legislativa, sustituyó la tradicional postura que seguía la llamada "tesis de la acumulación" en materia de cómputo prescriptivo en concurso real de delitos (CP., art. 55), por la de la solución "paralela". Este cambio vio la luz a partir del ya varias veces citado precedente "*Vasallo*" (P. 79.797, sent. de 28/5/2003), con el voto mayoritario de los doctores Hitters, Soria, De Lázari, Roncoroni y Kogan. En cambio, se mantuvieron en la posición anterior, adscribiendo a la solución de la sumatoria los doctores Negri y Pettigiani.

Como ya se anticipara, hoy el dilema quedó definido legislativamente en la reforma del art. 67 quinto párrafo del Código Penal, por la ley 25.990 y, desde entonces, sobre ello hay amplio consenso entre todos los miembros de la Suprema Corte provincial.

b) Hasta antes de la reforma de la ley 25.990, la Suprema Corte no había adoptado la solución del cómputo paralelo en lo que atañe al *concurso ideal de delitos* (C.P., art. 54), solamente adscribió a esa solución, el juez Soria desde las causas P. 66.793, "*J. s./Abuso de armas*", sent. de 9-XII-2003 y P. 85.149 "*T. J. H. s./Calumnias e injurias en concurso ideal*", sent. de 29-IX-2004.

En dichas oportunidades argumentó que a efectos de determinar si ha operado o no el plazo de prescripción deben analizarse separadamente cada uno de los delitos atribuidos al imputado en concurso ideal, de igual modo en que se analiza en el supuesto de concurso material de delitos, pues —en su opinión— la regla que determina que el plazo de prescripción debe correr independientemente para cada delito no autoriza a efectuar distingos, sea que se trate de una u otra clase de figuras concursales.

A partir del precedente P. 69.527 caratulado: "*C., G. s/Robo agravado*", sent. del 22-IX-2004, el doctor Genoud también suscribió esa solución del cómputo paralelo para las hipótesis de concurso ideal de delitos, sumándose a la posición minoritaria.

Después de la reforma de la ley 25.990, la mayoría de los ministros de la Suprema Corte también adscribieron a esa postura "paralelismo"), operando el cambio de doctrina a partir de la causa P. 60.932, sent. de 30-V-2005.

Puede leerse la explicación dada por el juez Hitters. El referido magistrado sostuvo que la nueva redacción del quinto párrafo del art. 67 del Código Penal, a diferencia del texto anterior prevé expresamente la prescripción "paralela" cuando hay pluralidad de delitos, lo cual ocurre claramente si se trata de concurso real. Pero —a su vez— la prescripción independiente es posible —en rigor, dijo, imperativa— cuando un único evento encuadra en más de un tipo penal. En efecto, si se considera el régimen legal —de fondo y procesal— de las acciones penales hay que concluir que el paralelismo debe regir todos los concursos. Un único hecho puede dar origen a más de una acción penal. Así, pueden pensarse casos en los cuales una conducta encuadre en un delito de acción pública y también en un delito de acción privada (falsa denuncia y calumnia,

arts. 109 y 245 del C.P.) y en la medida en que existe pluralidad de acciones, cada una prescribe en forma separada (“paralelamente”), se trate de un concurso real o ideal de delitos. La imposibilidad de acumulación de causas que tramitan por delitos de acción privada y delitos de acción pública en el proceso penal establecido por la ley 11.922 (y sus modificatorias, art. 382) constituye, una clara demostración de que las acciones son varias —aunque el hecho sea único— y dan base a procesos separados, con sus propias “secuelas del juicio”, de manera que la suerte de la prescripción en cada caso, no se confunde.

El juez De Lázari mantiene la posición originaria. Considera que tratándose de un supuesto de concurso ideal de delitos “para el cómputo de la prescripción de la acción penal debe tomarse en consideración el plazo fijado por la pena mayor (*vid.*, a *mayor abundamiento*, [sus] votos en las causas P. 69.527, sent. del 22-IX-2004 y P. 83.668, sent. del 6-X-2004)”, pues a su entender ello no se ha modificado con la reforma operada por la ley 25.990, ya que la inclusión de la voz “delito” en el apartado quinto del art. 67 del Código Penal sólo tiene gravitación para el supuesto de concurso real o material y no para el concurso ideal en el que, por definición, existe una única acción o conducta con pluralidad de calificaciones que no se excluyen entre sí (C.P., art. 54).

c) En lo que respecta a este tema una sola cosa más para destacar. El doctor Soria al aplicar la tesis del paralelismo indistintamente a cualquier clase de concurso puso de resalto que, obviamente, quedaban al margen de esta problemática los supuestos del llamado “concurso aparente de leyes”, puesto que en tales casos no hay un verdadero concurso de delitos, sino que prevalece la norma especial por sobre el tipo genérico (concurso aparente por *especialidad*), o un delito adquiere plenitud frente a otro ante un supuesto de *subsidiariedad* expresa o tácita o rige una relación de *consumción*. De modo tal que sólo la norma prevalente se aplica. Dado que en cualquiera de estas hipótesis no se está en presencia de diversos delitos con diferentes escalas penales, a los que, por ende, le corresponden distintos plazos de prescripción de la acción, sino que se trata de una única infracción penal, la solución del cómputo separado se torna evidentemente un sinsentido.

### VIII. Reflexiones finales

Seguramente, tanto en el ámbito académico como en el jurisprudencial quedan aún muchos aspectos del instituto de la prescripción de la acción penal que merecen especial atención y discusión a la luz de la reforma introducida por la ley 25.990, dado que normalmente las reformas legislativas —como ya lo advirtiera premonitoriamente Soler— corren detrás de “las exigencias de la realidad política y social” (12), despreocupadas de la necesidad e importancia de una adecuada sistematización.

No cabe ninguna duda que con el nuevo diseño legal se ha refirmado la decisión de mantener el efecto interruptor de la actividad judicial por “actos de procedimientos”, así como la de que reporten ese efecto también los principales actos de la etapa sumarial o instructoria, tomando en ese sentido postura por la interpretación más conservadora a que dio lugar la tan controvertida locución “secuela del juicio”.

De todos modos, queda por reflexionar si la ratificación del legislador común de que ciertos actos del procedimiento (los enumerados en los incisos “b” a “e”) tienen virtualidad interruptora, es compatible con los textos de los pactos internacionales, hoy constitucionalizados (CN, 75 inc. 22), en cuanto ello importa alongar el término de duración del proceso penal, en detrimento del derecho del imputado a un juicio rápido (13).

(12) Cfr. Soler, *Interpretación de la ley*, ed. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 172.

(13) Según algunos autores, una solución estrictamente compatible con el Estado de derecho y respetuosa de los pactos internacionales, en especial, en lo que atañe al plazo razonable de duración del proceso penal debería haber llevado directamente a la derogación de

En otro nivel, resta descifrar si el antiguo dilema entre trámites de la instrucción que no podrían aparejar secuela por no formar parte del juicio propiamente dicho, en contraposición a algunos actos relevantes del debate o juicio, que podrían tener virtualidad para generar ese efecto interruptor del curso de la prescripción, sigue en pie, si es verdad —como cierto sector doctrinal y jurisprudencial justificaba— que la solución viene impuesta desde el texto constitucional. En otras palabras: si la ley fundamental admite que diligencias previas al juicio propiamente dicho, entendido como debate oral, público, contradictorio y continuo (esto es, el juicio del que habla el art. 18 de la Constitución Nacional, con las características que impone el régimen republicano de gobierno —CN, art. 1—), puedan enervar el curso de la prescripción. Desde esta perspectiva crítica, también el nuevo diseño de la prescripción trazado por el legislador en la ley 25.990 merece ser expuesto a ese test de constitucionalidad.

Resta además profundizar la discusión respecto del alcance del principio de retroactividad de la ley penal más benigna en lo que atañe al instituto de la prescripción de la acción penal. En mi parecer, no debería perderse de vista que la decisión del estado de auto-limitarse en la persecución penal es una manifestación más del *ius puniendi* que traduce —al igual que los cambios operados en el contenido de la conducta y la sanción— un significado en la valoración del hecho delictivo que no puede ser menospreciada, si es que se le quiere otorgar verdadero vigor a la garantía de libertad (retracción del *ius puniendi*) que está en la base del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Obviamente, que habla a favor de la reforma operada por la ley 25.990 el establecimiento de un catálogo cerrado de los actos que ostentan efecto interruptor. En ese aspecto, el sistema de *numerus clausus* debe ser bienvenido en tanto intenta, a la par que maximizar el principio de taxatividad legal, poner coto a la discrecionalidad judicial y a la desigualdad que antes imperaba, pues cada tribunal podía establecer más o menos a su antojo cuáles actos del procedimiento eran hábiles para hacer nacer de nuevo el curso de la prescripción, sin un criterio rector unificador. Asimismo, ha sido un gran avance que se haya puesto fin a la discusión del sistema más apropiado para resolver el cómputo del plazo prescriptivo en los supuestos de concurso de delitos, al adscribir derechamente a la *tesis del paralelismo*. Respecto de las otras implicancias indicadas, queda abierto un promisorio debate que es de esperar permita actuar con mayor racionalidad el poder punitivo estatal.

---

la interrupción de la prescripción de la acción penal por actos del procedimiento (cf. Pastor, *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, ed. Del Puerto, Bs. As., 1993, pág. 114). Aunque puede verse que el autor ha procurado formular una interpretación respetuosa del Estado de derecho [tesis restringida] que permitía salvar un mínimo de legitimidad de la vieja fórmula de la "secuela del juicio". También, aludiendo a la ilegitimidad de la interrupción de la prescripción por actos del procedimiento, en su obra *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2002, pág. 457.

De manera tajante, Binder ha rechazado categóricamente la interrupción de la prescripción por la actividad judicial, considerándola contraria a nuestro sistema constitucional (cf. *Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio*, en *Doctrina Penal*, ed. Depalma, Bs. As., 1990, N° 49/50, págs. 281 y s.).

# DERECHO DE FAMILIA MEDIDAS DE RESGUARDO

María Silvia Morello de Ramírez

*A mi padre*

**Sumario:** I. Presentación. II. Mandato constitucional preventivo (Ac. 98.260, sent. 12-VII-2006). A. Hechos. B. El fallo. C. Voto del Dr. Pettigiani. III. Violencia familiar (Ac. C99.204, sent. 20-IX-2006). A. Hechos. B. El fallo. IV. Conclusión.

## I. Presentación

En el presente trabajo se habrán de abordar dos fallos del Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires —Ac. 98.260, sent. 12-VII-2006; C 99.204, sent. 20-IX-2006— que tienen en común revalorizar el papel de la judicatura como garantía de la vigencia de los derechos humanos, en especial de los niños en las relaciones de familia. En el primero, por tratarse de un grupo desfavorecido de la sociedad, conformado por un accidentado cuadripléjico con dos hijos adolescentes, depresivo, sin trabajo formal, único sostén, que exhibía situaciones de riesgo vital; en el segundo, por tratarse de otro grupo que atravesaba condiciones existenciales de especial vulnerabilidad ante la amenaza de repetirse hechos de violencia de parte del padre hacia la esposa e hijos.

Valiéndose del proceso como herramienta útil para cumplir con este cometido, la Corte ha puesto en marcha su capacidad creativa (1) para hacer realidad la efectividad de los derechos, al identificar estos dos grupos como merecedores de *protección preferente* del Estado, arbitrando para ello medidas inmediatas de resguardo.

## II. Mandato constitucional preventivo (Ac. 98.260, sent. 12-VII-2006).

A. Hechos: En un juicio de daños y perjuicios por un accidente en la vía pública, el actor —que circulaba en bicicleta— fue embestido por un automóvil, sufriendo graves lesiones físicas. Reclamaba una medida autónoma fundada en las disposiciones contenidas en el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial consistente en cubrir los gastos de rehabilitación de su salud y adelantar el pago de una suma equivalente a una canasta básica para el grupo familiar. Esta solicitud fue desestimada por el Juez de Primera Instancia. Apelado este pronunciamiento, la Cámara consideró que lo que en realidad requería el actor era un anticipo de tutela jurisdiccional; sin embargo los presupuestos de esta excepcional medida no resultaban suficientemente justificados. La Cámara rechaza la medida y en la instancia extraordinaria este criterio se confirma.

---

(1) Cfr. Cecilia P. Grosman, en “Los derechos del niño en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad”, L.L. 1999-F-1052; Oteiza, Eduardo, “El debido proceso”, en “Debido Proceso. Realidad y debido proceso”, Rubinzal Culzoni, pág. 5 y sigtes.

B. El fallo (2): No obstante lo expuesto, en el examen de las actuaciones, la Corte analiza *otra realidad*: que una persona se encuentra ante una *debilidad manifiesta* (3), debido a su condición económica —changanín—, física —cuadripléjico— y familiar —jefe de una familiar monoparental—, sin que pueda generar recursos propios para afrontar tales contingencias. Es decir, se revela un riesgo previsible para las condiciones de existencia digna no sólo del actor, sino de las personas que tiene a su cargo, dos menores de edad. No obstante ello, tal como se expresó precedentemente, no estaban dadas las condiciones para imponer al demandado o a la Compañía Aseguradora una medida autosatisfactiva; en cambio sí lo estaban para que el Estado provincial interviniera, y protegiera este grupo vulnerable, a través de prestaciones positivas, que permitieran al progenitor cumplir con la responsabilidad parental.

¿Qué camino toma la Corte para resolver este delicado problema que se suscita y que no permite cerrar los ojos ante su evidencia?

Interesa recordar que los Tribunales han sido particularmente receptivos a los reclamos judiciales cuando se pone en juego derechos sociales fundamentales (4); en este recorrido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación diferencia el tratamiento, adecuándolos a sus características, mediante estas directivas:

- a. al estar presente *la necesidad de tutela urgente*, el estándar probatorio tiene una menor exigencia, ya que sólo se limita, a verificar la verosimilitud del derecho y la irreversibilidad de las consecuencias que se producirían de mantenerse la omisión ilícita (5);
- b. al estar en juego derechos que cuentan con **tutela constitucional**, el estándar procesal tiene una flexibilidad mayor, ya que el juez debe encauzar los trámites por la vía más expeditiva y evitar que el riesgo de las formas pueda

---

(2) El fallo plantea otros aspectos interesantes, pero centraré el análisis sobre la concesión de medidas de resguardo. La mayoría de fundamentos se logra con los votos de los Dres. de Lázzari, Kogan, Genoud, Roncoroni y Hitters. El Dr. Soria comparte las motivaciones expuestas por el doctor de Lázzari, sin embargo entiende pertinente encauzar la comunicación al Poder Administrador del mandato constitucional preventivo por vía de superintendencia. El Dr. Pettigiani arriba al mismo resultado que la mayoría, pero expone sus propios fundamentos.

(3) Expresión utilizada por el Dr. Alejandro Martínez Caballero, en Sentencia C-251 de 1997, ministro de la Corte Constitucional Colombiana.

(4) Cfr. CSJN, 24-11-2000, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", Fallos 323:3:3229; ídem, 16-10-2001, "M., M. c/ M. S y A. S.", L.L. 2001-F-504, entre otros; ver también "La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004", ADC Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, esp. Cap. VIII, págs. 325/377. Respecto de la jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ver Loianno, Adelina, "Los derechos económicos sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma", pág. 54, Suplemento La Ley Constitucional, 1 de noviembre de 2006, en especial punto V; respecto de fallos de otros tribunales, cabe destacar el del Juzgado de Menores Nro. 2, Paraná, 2002/06728, "Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Provincia de Entre Ríos", con comentario de Germán Bidart Campos, "Una sentencia que supo dar curso efectivo a los derechos sociales, encontrar al sujeto pasivo y determinar su obligación", en L.L. 2002-E-267.

(5) CSJN, 7-3-2006 "Rodríguez, Karina c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo" y CSJN 7-3-2006 "Esquivel", donde se ordenó a la provincia de Buenos Aires y al Municipio de Quilmes que cubran las necesidades nutricionales básicas de sus habitantes; ver también CSJN, 25-5-2003, "Díaz Brigida c/ Bs. As., Pcia. de Bs. As. y otro (Estado Social de la Nación s/ amparo)".



conducir a la frustración de los derechos, por lo que se requiere un mayor activismo judicial (6).

Como es sabido el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional establece un ámbito de protección específico para los niños, la mujer, los ancianos y los discapacitados: ello implica legislar y promover políticas tendientes a efectivizar *la igualdad de trato y de oportunidades*, y en especial, garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados de derechos humanos (7).

El camino transitado en beneficio del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales alcanza otro logro: en los precedentes del Máximo Tribunal nacional antes citados, el Estado integraba la litis, con carácter de parte (8); el precedente aquí anotado tenía otros protagonistas: el dueño del automotor y la Compañía Aseguradora. Sin embargo, el Alto Tribunal provincial, en ejercicio de su función de garante de la efectividad de los derechos y para evitar que éstos sean vulnerados, sortea este obstáculo acudiendo a la figura del *mandato constitucional preventivo*, cuya finalidad es anotar al Poder Administrador las circunstancias extremas antes detalladas para que de ser constatadas cumpla con las mandas constitucionales que fluyen de los convenios internacionales suscritos por la Argentina (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Sobre este aspecto, se señala que “no ha de hallarse contradicción en el hecho de que por un lado la medida cautelar autónoma solicitada sea rechazada y, por el otro, se ordene la intervención del Poder Administrador, tercero ajeno al proceso civil entablado. Lo primero concierne al conflicto individual que ha sido juzgado. Lo segundo se

---

(6) CSJN Fallos 324:122; causa L. 1153.XXXVIII “Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional” del 15 de junio de 2.004, conf. Dictamen del Señor Procurador General de la Nación, y sus citas; CSJN 23-XI-2004, “Maldonado, Sergio Adrián s/materia previsional s/ recurso de amparo”; 24.793, CS,2007/03/11, A., F. El Máximo Tribunal nacional ha señalado también que cuando se encuentra comprometida la salud y el normal desarrollo de los menores, se “requiere la especial atención no sólo de quienes están obligados a su cuidado sino *de los jueces y de la sociedad*, pues, la consideración primordial del interés del menor, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos que los concierne, viene a orientar y *condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de tales casos*”, en “Martín, Sergio G. y otros c. Fuerza Aérea Argentina”, La Ley Online 8/6/2004; ídem C.S.J.N. 24.766 “Gallardo, Guadalupe y otros c/ Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso”, 20-2-2007; 111.350 CSJN, 2007/03/13, con nota de Jáuregui, Rodolfo, “Una paradigmática lección de la Corte: el derecho a la salud psicológica y el interés superior del niño. Más allá de ritualismos y fundamentalismos”, L.L. diario del 19 de abril de 2007.

(7) MINYERSKY, Nelly, “La adopción internacional. Convención sobre Derechos del Niño. Constitución de 1994”, en Derecho de Familia N. 11, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 23; Casa, Laura-Arias Amicone, Marcos, “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tutela más inclusiva”, Doctrina Judicial, La Ley, del 24 de enero de 2007, pág. 131 y sigtes.

(8) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Polino” afirmó que “...la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte, y parte es quien tiene un interés contencioso que antepone al de un contrario, algo que le es propio, que pertenece a su esfera jurídica, que debe debatir con un adversario que invoca un derecho opuesto y contradictorio. Parte es quien tiene algo que perder o ganar del resultado del pleito es decir a quien la sentencia afectará para bien o para mal de una manera concreta directa y específica”, “Polino, Héctor y otro c. Nación Argentina”, de fecha 7 de abril de 1994, en Fallos, 317:355; cfr. también Durante, Alfredo, quien relaciona las obligaciones internas e internacionales entre la Nación, la provincia de Buenos Aires y la comuna para los asuntos que interesan al conjunto de la sociedad, en especial referencia al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —“Rodríguez”—, en “La libertad para morir de hambre y el federalismo de concertación”, Suplemento La Ley Constitucional, 22 de agosto de 2006, pág. 26 y sigtes.

cubre con el mandato constitucional preventivo de garantizar la efectividad de los derechos sociales, que el Poder Judicial como parte integrante de los organismos del Estado está facultado a impulsar. Tanto es así que la legitimación del órgano jurisdiccional para adoptar oficiosamente medidas de la naturaleza de la aplicada en esta litis, surge a partir de lo dispuesto en los artículos 4 y 27.2 de la Convención de los Derechos del Niño que obligan a los Estados partes a adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención, del mismo modo lo habilita el art. 11, párrafo primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para dar ayuda a los padres”.

Esta vía preventiva—mandato constitucional— tiene la virtualidad, por un lado, de evitar al justificable el inicio de un nuevo proceso, con el dispendio de tiempo que ello demandaría; por el otro, de ser un instrumento de conocimiento de los derechos con que cuenta; por último de conceder una herramienta útil para hacer exigibles los derechos a partir de la sentencia. Sobre este último aspecto, cabe señalar que mientras la mayoría de la Corte incluye esta resolución en las jurisdiccionales mandamentales (9); el Dr. Soria entiende pertinente encauzar la comunicación del mandato constitucional preventivo *por vía de superintendencia*.

Pero, ¿cuáles fueron los fundamentos aportados por la Corte, para dar apoyatura argumental a la concesión del reclamo?

- a. el valor de la persona, en una sociedad marcada por la iniquidad social corolario de las reglas del mercado; de ahí el reconocimiento del derecho a gozar de mínimas condiciones materiales de existencia, sin las cuales no es posible vivir *una vida digna* (10);
- b. el peso de las consecuencias adversas, si no se actúa preventivamente para revertir esa situación de desamparo; de ahí el concepto de “*riesgo previsible* para las condiciones de existencia digna para el reclamante y su grupo familiar” (11);
- c. la protección de determinados *grupos vulnerables*, a través de reglas específicas en el ámbito constitucional y en convenios internacionales; de ahí la *argumentación jurídica* de asegurar la protección integral de sus derechos” (12).

(9) Ver Ac. 82.656, sent. 30-III-2005; Jorge Peyrano describe la utilidad del mandato preventivo del siguiente modo “se puede hasta llegar a obligar a asumir determinadas conductas a quienes son absolutamente ajenos al proceso dentro del cual se emite” en “Escorzo del mandato preventivo”, en J.A. 1992-I-888; ver también del mismo autor, “La jurisdicción preventiva en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada”, Suplemento Especial de La Ley de octubre de 2005 que lleva por título “Cuestiones procesales modernas”; Bionda, Rodrigo, “La recepción del mandato preventivo en la Suprema Corte bonaerense”, Doctrina Judicial, La Ley, 2006, pág. 542 y sigtes.

(10) Cfr. María Rosa Cilurzo, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la interpretación de variables (mutables)”, Suplemento La Ley Constitucional, del 22 de agosto de 2006, p. 1 y sigtes.; García Canclini, Néstor, “La globalización imaginada”, Paídos. Estado y Sociedad, Argentina, 1999, pág. 108.

(11) Cecilia Grosman afirma que “el Estado debe asumir los riesgos de la desigualdad creada por el sistema económico y social y ofrecer a los padres y madres de familia la posibilidad de mantener y educar a sus hijos”, en art. citado en nota 1.; Arango, Rodolfo, “El concepto de derecho social fundamental”, Universidad de Colombia, ed. Legis, 2005, pág. 4-57.

(12) Rodolfo Arango, citando a Guido Corso sostiene que: “el derecho social presupone una situación de desigualdad a superar; es derecho del excluido, del discriminado, del menos

- d. Aún más: **mediante una interpretación sistemática** de normas constitucionales y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño y los restantes tratados con jerarquía constitucional, el máximo Tribunal, con sede en La Plata, justifica el contenido prestacional de la decisión judicial.

Es por ello que el precedente en análisis relaciona, a través de una *construcción jurídica*, cuatro órdenes de derechos fundamentales, con cita de varios cuerpos normativos (13): el derecho a la vida en condiciones dignas, la promoción de medidas que favorezcan la integración de una persona con discapacidad, la protección de la familia monoparental—grupo social identificado como de mayor vulnerabilidad— y la realización de los derechos de la infancia.

De otro modo, no dar respuesta al reclamo del actor sería incompatible con la **coherencia** del ordenamiento jurídico y desconocería de manera directa derechos constitucionales, como el *derecho fundamental a la vida*, que debe entenderse no como simple existencia, sino como existencia en condiciones dignas y, en donde la pertenencia al grupo, la amenaza del daño inminente y el plano constitucional en que se sitúa el asunto, determinan la titularidad y la efectividad del derecho (14).

Las características de grupo a que hace referencia el fallo no son otras que las descritas por el Comité de Evaluación de Seguimiento de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, que en su informe preliminar de 2004 sobre la situación de la Argentina, señala como grupo particularmente perjudicado las personas que han sufrido accidentes de tránsito y no pudieron acceder a una rehabilitación para reinsertarse en el mercado laboral (15).

Sabido es que uno de los principales problemas que se plantean con respecto a la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales, lo constituye la imposibilidad de avanzar el Poder Judicial sobre competencias propias del Poder Legislativo. Sin embargo, la necesidad del reconocimiento quedó demostrada, principalmente, a través de *los efectos que acarrearía su negación*: la falta de autonomía del actor por estar completamente anulada por factores físicos —cuadripléjico— y la ausencia del otro progenitor para ejercer el rol parental —familia monoparental— frente a sus hijos adolescentes, dejaría sin medios de subsistencia a este grupo familiar, el que incluso no cuenta con ninguna prestación derivada de la seguridad social, por revestir el reclamante la condición de trabajador no dependiente.

---

protegido a tomar parte en los beneficios de la vida en comunidad a los que le da derecho la posición formal de igualdad ante la ley. El derecho social sirve para hacer a un lado la desigualdad y la injusticia de la posición de partida. Es un derecho del individuo y no del grupo al que el sujeto jurídico pertenece, pero la pertenencia al grupo —social o humano— determina la titularidad del derecho"; en ob. cit. p. 89 y nota 91.

Victor Abramovich y Christian Courtis distinguen a su vez los grupos vulnerables y las fuentes donde surge esta delimitación, además de incluir entre las medidas inmediatas de protección especial que el Estado debe adoptar sin poder justificar su omisión en la falta de recursos; en "Los derechos sociales como derechos exigibles", ed. Trotta, 2002, pág. 80 a 82, en especial nota 36). Cfr. también Gialdino, Rolando "La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes entre otros derechos", en JA 2003-I, 1079 y sigtes.

(13) Cfr. las citas legales en el punto IV B. quinto párr. de la sentencia en análisis.

(14) Cfr. Arango, Rodolfo, ob. cit. nota 12, p. 89.

(15) Publicado en [www.periodismosocial.org.ar](http://www.periodismosocial.org.ar)

Respecto del *derecho a la salud*, el máximo Tribunal provincial avanza en la necesidad de promover medidas que favorezcan la integración de una persona con discapacidad cuando el entorno socioeconómico agrava la incidencia de la discapacidad (16). Es por ello que se interpreta que este derecho tiene un contenido *inclusivo* que no sólo abarca la atención de la salud oportuna, "sino una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad" (17). A la vez que el riesgo en su violación cuando está en juego la salud de una persona no permite esperar porque la prohibición de discriminación es inmediata, no está supeditada, ni a una implantación gradual, ni a la disponibilidad de recursos (18)

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha sostenido la obligación del Estado de garantizar a las personas con discapacidad, el acceso a los servicios de asesoramiento necesarios, a fin de poder realizar sus derechos y cumplir sus obligaciones dentro de la familia (19); supuesto que se efectiviza a través del mandato preventivo dispuesto por la justicia.

Otro rasgo sobresaliente de la sentencia es la alusión a la *protección a la familia monoparental*. Como afirman Víctor Abramovich-Christián Cuourtis este derecho "supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia" (el subrayado me pertenece) (20).

En este sentido dable es señalar que el supuesto en análisis, familia monoparental a cargo del padre, tiene como elemento definitorio, las mayores dificultades para sostener la crianza y socialización de los adolescentes, máxime si se evalúa su delicado estado de salud que lo imposibilita para trabajar, a la vez, ser el único proveedor de las necesidades vitales básicas de sus hijos.

El tipo de familia abierto, aceptado en la Constitución y en los pactos, permite identificar varias formas familiares (21). Entre ellas, la familia monoparental, en condiciones desiguales por atravesar esas contingencias desfavorables, requiere de la adopción de medidas especiales de protección: el Estado debe ofrecer al padre la posibilidad de mantener y educar a sus hijos a través de prestaciones positivas.

Es por ello, y tal como lo ha venido sosteniendo la Corte a través de otros precedentes (22), la protección constitucional de la familia monoparental, en las circunstan-

---

(16) cfr. Villaverde, María Silvia, "La respuesta judicial a las personas con discapacidad. El señorío de la llamada del otro a mi responsabilidad respecto a él", J. A. 2002-II, pág. 1427; SCBA, Ac. B 58.760, sent. 7-III-2.007; ONU, Observación General de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N. 5 (1994), puntos 9 y 18.

(17) Cfr. art. 2 párrafo 2, y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ONU, Observación General del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N. 14 (2000), en especial puntos 3, 4, 9, 11 y 12 b) iii.

(18) ONU, Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N. 14, 12 b) i y 30.

(19) ONU, Observación General N. 14 antes citada punto 12 b) i

(20) Ob, cit. en nota 12, pág. 34.

(21) Cfr. Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa, "Derecho constitucional de la familia", T I, pág. 69, Ediar, 2006, con cita del Dr. Bidart Campos; Roca, Encarna, "La responsabilidad civil en el derecho de familia", en la obra "Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio", dirigido por Juan Antonio Moreno Martínez, ed. Dykinson 2000, Madrid, pág. 540.

(22) Ac. 76.548, sent. 30-V-2001, ver voto del Dr. Negri; Ac. 84.856, sent. 26-II-2003.

cias apuntadas, merece un tratamiento diferenciado (art. 14 bis de la Constitución Nacional), acorde con el reconocimiento de grupo vulnerable (23).

Por último, el cuerpo colegiado provincial evalúa *las consecuencias* de la imposibilidad de trabajar del padre en el destino de sus hijos: *la realización de los derechos de la infancia* tiene implicancia refleja de la situación de sus padres.

El Comité de los Derechos del Niño ha identificado a la adolescencia, como un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa *vulnerabilidad* y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre estos figura la adquisición de una identidad personal...” También ha afirmado el organismo internacional antes citado que “durante la adolescencia, un número cada vez mayor de jóvenes abandona la escuela y empieza a trabajar para ayudar a sus familias o para obtener un salario en el sector estructurado o no estructurado” (24).

Se evidencia entonces que la no-discriminación implica que los dos menores adolescentes que integran este grupo familiar, no estén en inferiores condiciones que los chicos que alcanzan la adultez habiendo atravesado este período vital sin necesidad de empezar a trabajar. En consecuencia la adopción de medidas especiales de protección es el punto de partida: evitar que el trabajo de los menores sea el único medio de subsistencia de esta familia; como explica Aída Kemelmajer de Carlucci “ponernos a todos en las mismas condiciones para que todos podamos partir desde el mismo punto” (25).

De lo que se trata en síntesis es que “los derechos económicos sociales y culturales de los niños y también sus derechos civiles, se hallan íntimamente asociados a los de sus progenitores. Si éstos no se respetan, también resultan desconocidos los derechos de sus hijos” (26).

### C. El voto del Dr. Pettigiani.

El Dr. Pettigiani efectúa consideraciones de índole personal —aunque se pliega al criterio expuesto por la mayoría de la Corte—. En primer lugar destaca que, dadas las especialísimas circunstancias de autos, a fin de no frustrar la *debida tutela jurisdiccional en tiempo y forma* (art. 15 de la Constitución de la Provincia) que exige una justicia

---

(23) Cfr. Informe del Organismo Mundial de la Salud sobre violencia familiar del año 2003, que identifica a la familia monoparental —con un solo progenitor— como uno de los indicadores de riesgo, capítulo tercero, editado por Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Recy, Anthony B. Zwi y Rafael Lozano, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Sanitaria Panamericana, Oficina Regional de la O.M.S., 525 twenty-third St., NW Washington D. C. 20037, E.U.A., 2003; ver también la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 57 y 58, que habilita a este organismo internacional para recolectar datos sobre distintos aspectos del derecho a la salud.

(24) ONU, Observación General N° 4 (2003), Naciones Unidas, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, puntos 2 y 8.

(25) “La finalidad de las acciones positivas es cambiar las pautas culturales”, <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=32632>.

(26) Cfr. Grosman, Cecilia, art. cit. en nota 1.

de acompañamiento y para dar efectiva y oportuna aplicación al mandato constitucional previsto en los arts. 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y art. 36, inc. 8 de su par provincial, como asimismo al insito peligro en la demora que porta el pedimento que motiva estas actuaciones y que de concretarse puede dejar vacía de contenido la intervención jurisdiccional, entiende procedente el reclamo. Por último manifiesta que “de no ser así, los dispositivos normativos individualizados —con expresa mención al derecho a la salud, en conexión con el derecho a la vida; la protección integral de la familia, a través del mantenimiento y subsistencia del grupo familiar— *pasarían a ser enfáticas enumeraciones programáticas carentes de operatividad real y su efectivo desconocimiento podrían generar la responsabilidad internacional del estado Argentino* (27).

### III. Violencia Familiar (Ac. C 99.204, sent. 20-IX-2006).

A. Hechos: Una adolescente se presenta ante una de las Asesorías de Incapaces de la Ciudad de La Plata, adjuntando copia de acta labrada en la Fiscalía General, a fin de denunciar hechos de violencia y agresión física realizados por su progenitor. En razón de ello la menor tuvo que retirarse del domicilio en el cual habitaba junto a sus padres y sus hermanos —uno mayor de 25 años, otro menor de 18, otra de 13 y un varón de 7 años—; el episodio había surgido porque intervino en defensa de su hermana de 18 años. El progenitor la expulsó de la casa mediante amenazas.

La Asesora de Menores inicia una acción de violencia familiar, solicitando que se tome alguna de las medidas previstas en la ley 12.569, inclusive la exclusión del hogar, destinadas a evitar la reiteración de algún hecho violento hacia el grupo familiar. El Tribunal de Familia, denegó esta medida, sin haber realizado previamente la audiencia con los menores involucrados, ni haber dispuesto la exclusión del hogar u otra medida concreta, no aplica las disposiciones de ese régimen especial de protección contra la violencia familiar. La representante del Ministerio Pupilar interpone recurso de revocatoria con reconsideración en subsidio, el cual fue denegado; luego, dedujo recurso de inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte anula de oficio la sentencia recurrida.

B. El fallo: ¿cuáles fueron los motivos para anular de oficio la sentencia?

A través del estímulo provocado por el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Asesora de Menores, el Dr. Hitters, quien vota en primer término, advierte falencias en la sentencia, ya que el Tribunal de origen omitió precisar los presupuestos fácticos y las cuestiones esenciales de la litis “*impidiendo así al Superior Tribunal el debido ejercicio de la casación*”. Lo cierto es que para el ministro recién mencionado, las postulaciones del quejoso “no tuvieron en el Tribunal respuesta alguna, cuando requerían del dictado de medidas adecuadas ante la delicada conflictividad que se sometiera a su conocimiento, en particular la protección del grupo familiar respecto de las conductas de violencia psíquica y física que se imputaban al padre de la joven. En definitiva, concluye que la sentencia impugnada no ha atendido los puntos fundamentales del litigio planteado por lo que hacen necesaria su anulación. A su turno, el Doctor De Lázzari, se pliega a esta solución por entender que “la magnitud del vicio apuntado se enraíza en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado para casos extremos...”. Agrega que “el grave remedio procesal de la anulación de oficio en la instancia extraordinaria sólo corresponde cuando los vicios de la sentencia recurrida hayan obstado sustancialmente a la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley o su debido conocimiento por la Corte, como así en excepcionales situaciones incompatibles con el debido proceso. Para finalizar explicando que “es un remedio extremo sólo utilizable cuando no hay otra solución idónea, en tanto trae aparejados toda una serie de infortunios”.

(27) cfr. Hitters, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales”, en diario La Ley del 7 de mayo de 2007.

En relación al acceso a la justicia, el citado magistrado se pregunta: ¿de qué valdría expresar que tiene legitimación si no se da respuesta a un reclamo concreto de tutela jurisdiccional?; ¿de qué valdría afirmar que no se ha incurrido en denegación de justicia si ante la situación de riesgo denunciada no se imprime un trámite acorde de protección a las víctimas en tiempo útil? Además aborda el tratamiento del acceso a la justicia de los desiguales. En la caracterización de grupo vulnerable, por atravesar circunstancias desfavorables al hallarse afectados sus integrantes por hechos de violencia doméstica, encuentra obligado al Estado en garantizar el acceso a la jurisdicción en condiciones de igualdad. Para alcanzar este cometido prescribe la necesidad de arbitrar de parte del Poder Judicial, *medidas de cooperación*, que contemplen acompañar a las víctimas en concretar el resguardo solicitado.

El Dr. Pettigiani coincide en anular de oficio el fallo al estimar que antes de definir la exclusión del hogar solicitada, debió realizarse previamente la audiencia con los menores involucrados, toda vez que “el derecho del menor a ser oído constituye una *garantía sustancial* que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho (con cita expresa de los arts. 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño)”. En este sentido, también destaca que la imperatividad de las normas y plazos fijados en la ley 12.569 de la Provincia de Buenos Aires, impone, en razón de los bienes jurídicos tutelados, *la urgente celebración de la audiencia con los menores involucrados en la problemática* (28).

El Dr. Genoud coincide con el Dr. Pettigiani respecto a la necesidad de haber oído a los menores y al resto del grupo familiar, como garantía constitucional del debido proceso legal (art. 12 CDN). Aún más, dentro de un amplio espectro de medidas previstas en la ley de violencia familiar —en especial el art. 7 de la ley 12.569—, el Juez debió dictar medidas de protección, para evitar nuevas agresiones. Sin embargo, lo único que se le prohibía *era no hacer nada*. Por ello llega a la conclusión de que “quedarse impasible frente a la violencia, cuando tiene a su alcance una gama de opciones para ofrecer protección a personas tan vulnerables como las que sufren agresiones, máxime cuando estamos hablando de menores” es por demás censurable. De lo contrario, si no se da una intervención oportuna en auxilio de la víctima, *“le sumaríamos a la violencia en el hogar la violencia institucional”*.

La Dra. Kogan ahondó en la necesidad imperiosa del Tribunal de adoptar medidas urgentes, acorde con la naturaleza del proceso de violencia familiar, *tendientes a neutralizar la crisis familiar*. En especial, menciona *el informe de interacción familiar*, pieza clave para detectar la magnitud de los daños físicos y psicológicos producidos y para analizar el riesgo de la situación de violencia planteada. En este sentido, aclaran Ida Scherman-Estela Montero que dicho informe señala si se trata de una familia con violencia estructural (en tanto patrón de relación crónico, permanente o repetitivo cíclicamente) o con violencia episódica (en tanto los episodios de violencia son aislados, excepcionales o responden a una situación en particular); para así definir distintos caminos de presentarse uno u otro tipo de violencia (29). De ahí la importancia decisiva en llevarse a cabo esta medida y el reproche que merece la actuación del Tribunal por no haber dispuesto su concreción (30). También menciona la Dra. Kogan el incumplimiento del art. 9 de la ley 12.569, toda vez que no fueron solicitados los *antecedentes judiciales /o policiales* de la persona denunciada. En otras palabras, analiza el acceso a

(28) Ver voto del Juez Pettigiani en Ac. 71.380, sent. del 24-X-2001, “O.,L. c/P., D. E. S/Tenencia de hijo”, Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002, publicado en L.L. 2003-A-425, con nota de L.P. Ferraro.

(29) En “Violencia Familiar. La aplicación de la ley 12.569. La crisis económica”, Revista de Derecho de Familia, N° 22, pág. 73 y nota 11.

(30) El dictamen de la Procuradora y el voto del Dr. Genoud también ahondan en esta crítica.

la justicia como la disponibilidad de un buen servicio: que el sistema brinde la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial (31).

#### IV. Conclusión

De lo que se ha expuesto hasta aquí, pueden obtenerse algunas conclusiones:

- a. en el ámbito de los derechos constitucionales, cuando existe el riesgo en las condiciones de existencia digna, al involucrar grupos familiares identificados como de mayor vulnerabilidad, que no permiten la dilación en el dictado de medidas protectorias, la intervención del Poder Judicial se presenta como legítima, atento el rol de garante en su efectividad.
- b. en el ámbito de tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia de grupos vulnerables "no merece ser conceptuado como la posibilidad formal de llegada a una institución en particular, sino como la inserción de estrategias activas para promover la admisión por parte de individuos que de otra manera no actuarían para obtener el reconocimiento de sus derechos" (32).

Sobre estos dos aspectos, los fallos anotados permiten apreciar la función de la Corte bonaerense en alcanzar ese reconocimiento alejado de las ficciones.

---

(31) Cfr. Birgin, Haydée- Kohen Beatriz, "El acceso a la justicia como derecho", en la obra "Acceso a la justicia como garantía de igualdad", ed. Biblos, 2006, pág. 19.

(32) Cfr. Villaverde, María Silvia, "La violencia doméstica es una violación de los derechos humanos. Régimen jurídico de la violencia familiar en la provincia de Buenos Aires: decreto reglamentario 2875/2005 de la ley 12.569. Anexos I, A y B", Lexis Nexis N. 5/2006, mayor, pág. 491.



# COMPETENCIA MATERIAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (1)

Homero Miguel Villafañe

## I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto abordar, en apretada síntesis y desde una perspectiva que privilegia el análisis de los precedentes dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al resolver los conflictos de competencia planteados entre los jueces de primera instancia en lo contencioso administrativos y jueces o tribunales de otros fueros (2), el alcance de la materia contencioso administrativa.

Como fácil resulta advertir, los aludidos decisorios van conformando la doctrina jurisprudencial que, caso a caso, define en concreto, los supuestos incluidos y excluidos en la materia.

## II. Bases constitucionales

### a. Norma estructural

El artículo 166, quinto párrafo, establece que: *“Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”*.

### ANALISIS

El precepto contiene los siguientes elementos que vertebran el concepto de materia contencioso administrativa: i) un caso; ii) originado por la actuación u omisión;

---

(1) El presente ha sido elaborado sobre la base de dos trabajos anteriores: i) “Operatividad de la cláusula constitucional que establece la nueva competencia en materia contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, publicado en la Revista La Ley Buenos Aires, año 10, número 1, febrero de 2003 y ii) “Competencia material contencioso administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, publicado en la Revista La Ley Buenos Aires, Año 13, Número 3, abril de 2006.

(2) En virtud de lo establecido en el artículo 7 inc. 1º, segundo párrafo del C.P.C.A. ley 12.008 —texto según ley 13.101—: “...Los conflictos planteados entre un juez contencioso administrativo o una Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo y un Tribunal de otro fuero, serán resueltos por la Suprema Corte de Justicia, causando ejecutoria su decisión...”. La cláusula no hace más que precisar la atribución que corresponde al Alto Tribunal, en función del artículo 161 inciso 2º de la Constitución Provincial.

iii) de la Provincia, Municipios, entes descentralizados y otras personas; iv) en ejercicio de la función administrativa.

Cabe formular una breve reseña de cada uno.

**a.1.: Caso:** Tawil (3) expone que la C.S.J.N. ha exigido, a efectos de considerar configurada una causa (caso), que: i) exista una controversia entre partes que afirmen y contradigan sus derechos, provocada por parte legítima y en la forma establecida por las respectivas normas procesales (excluyendo las consultas y las peticiones de declaraciones generales); ii) que dicha controversia no sea abstracta por carecer, quien la promueve, de un interés económico o jurídico que pueda ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse, no siendo suficiente a esos efectos invocar un perjuicio futuro, eventual o hipotético; iii) que el agravio alegado recaiga sobre el peticionante y no sobre terceros.

**a.2.: Originado por la actuación u omisión:** el caso es "originado", esto es, se configura, se motiva, tiene principio, nace "por", es decir, a partir o a causa de "la actuación u omisión".

El género "actuación" comprende diversos comportamientos, ya sean operaciones materiales (hechos jurídicos [entre los que quedan incluídas las vías de hecho]) o declaraciones intelectuales, (actos administrativos [individuales o generales] y bilaterales); el género "omisión" incluye tanto las formales (silencio administrativo) cuanto las materiales, sean estas últimas fácticas o jurídicas (incumplimientos en la ejecución de la actuación debida para el cumplimiento de los objetivos impuestos al órgano (obligaciones de hacer o dar algo concreto o de dictar una reglamentación que permita hacer operativo el ejercicio de un derecho).

**a.3.: De la Provincia, los municipios, entes descentralizados y otras personas:** la fórmula, por su amplitud, supera las limitaciones impuestas en otros tiempos respecto de la actuación de órganos o sujetos distintos a la "autoridad administrativa". En consecuencia, resultan legitimados pasivos todos aquellos órganos o personas [públicos estatales, públicos no estatales, privados] en tanto su obrar u omitir haya sido en ejercicio de la función administrativa.

**a.4.: En el ejercicio de funciones administrativas:** éste es el "núcleo duro" de la materia contencioso administrativa, de allí la necesidad de establecer precisiones sobre su alcance.

- i) **Etimológicamente:** administrar significa "servir a" (ad: a; ministrare: servir), concepto que deja al desnudo que el ejercicio de la función administrativa importa una actividad de servicio, teleológicamente orientada a la satisfacción del interés general.

La imposibilidad de definir "a priori" el contenido concreto de ese "servir" es una consecuencia del carácter contingente del desarrollo político-económico-socio-cultural, o expresándolo de otra forma, producto de los cambios de concepción sobre los cometidos que el Estado debe asumir para satisfacer las necesidades públicas (Estado gendarme / benefactor / subsidiario).

- ii) Según el **criterio subjetivo** la función administrativa es aquella que realiza el Poder Ejecutivo y los órganos y sujetos que actúan en su esfera. Concepción estatutaria del derecho administrativo, ya superada.
- iii) Conforme un **criterio residual** la función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción. Si bien con-

---

(3) TAWIL, Guido Santiago. "Administración y justicia", Depalma, 1993, pág. 471.

tribuye a una ubicación temática, como todo criterio por defecto, poco aporta conceptualmente.

- iv) De acuerdo a un **criterio objetivo** la función administrativa es la actividad que de manera práctica, inmediata, concreta, desarrolla el Estado con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas o el interés público. Gordillo (4) lo critica al señalar que “este tipo de definición material no puede prosperar pues la función administrativa comprende actividades que son materialmente idénticas a la función legislativa (reglamentos) y a la función jurisdiccional (decisión de un recurso jerárquico / actividad de los órganos administrativos que desarrollan actividad “jurisdiccional”), tomadas éstas también en sentido objetivo.
- v) En consecuencia, este autor propone la construcción de un **criterio mixto (orgánico-material o subjetivo-objetivo)** según el cual “función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales, así como también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares merced a una potestad conferida por el Estado...”
- vi) El **criterio normativo**. Aunque compartiendo el propuesta antecedente, el Dr. Comadira (5) incorpora un nuevo elemento, el **régimen jurídico**: “Una conceptualización de las funciones del Estado que tome en cuenta, exclusivamente, su régimen jurídico permite afirmar que la función administrativa, caracterizada por las notas que definen su régimen exorbitante... aparece en la mayor parte de la actividad de los órganos y entes del poder administrador—subjetivamente considerada— y en parte de la actividad de los órganos que integran el Poder Legislativo y Judicial —la no abarcada por el régimen jurídico propio de las funciones legislativa y jurisdiccional—.

En consecuencia, según este autor, se encuentran excluidos del ámbito de la función administrativa, entre otros, los actos parcialmente regidos por el derecho privado, pues tienen un régimen jurídico diferente del que corresponde a la función administrativa.

Por su parte, Cassagne (6) define a la función administrativa como aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público. Considera un error suponer que toda actividad de la administración pública es función administrativa, destacando la diversidad esencial de los regímenes jurídicos aplicables, dando como ejemplo la actividad bancaria oficial.

- vii) **Criterio adoptado por el Código Procesal contencioso administrativo (ley 12.008)**: el legislador optó, básicamente, por el criterio “normativo”, al señalar que son contencioso administrativos los casos regidos por el derecho administrativo (art. 2 “in fine” ley 12.008), excluyendo de su conocimiento las controversias que se encuentren regidas por el derecho privado o por las normas o convenios laborales y las que tramitan mediante los juicios de

---

(4) GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, 4ª edición, 1997, Tomo I, Capítulo IX, página 13 y sigs.

(5) COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, 1996, pág. 115.

(6) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, T. I, pág. 78.

desalojo, interdictos y las pretensiones posesorias (art. 4 incisos 1 y 2 ley 12.008).

No se advierte que tal opción resulte contraria al ordenamiento constitucional; antes bien, pareciera estar en línea con la noción moderna del derecho administrativo (rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta (7), así como con la especialización exigible a los nuevos magistrados integrantes del fuero (ver cláusula transitoria, art. 217, 2º párrafo, Constitución Provincial), consistente con una perspectiva que atiende al principio de división del trabajo (precisamente, en función de la materia).

Por lo demás, el propio texto constitucional habilita a la legislatura a determinar la competencia de los tribunales de justicia (8), excepto las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia (9).

***b. Otras normas constitucionales que influyen en la determinación de la competencia contencioso administrativa***

El artículo 166 segundo párrafo determina que la legislatura “... Asimismo podrá establecer una instancia de revisión judicial especializada en materia de faltas municipales”.

A su turno, el artículo 172 edicta que “La legislatura establecerá Juzgados de Paz en todos los partidos de la Provincia que no sean cabecera de departamento judicial, pudiendo incrementar su número conforme al grado de litigiosidad, la extensión territorial y la población respectiva. Serán competentes, además de las materias que les fije la ley, en faltas provinciales, en causas de menor cuantía y vecinales. Asimismo podrá crear, donde no existan Juzgados de Paz, otros órganos jurisdiccionales letrados para entender en cuestiones de menor cuantía, vecinales y faltas provinciales...”

Por fin, el artículo 216 prevé que “En los partidos donde no existieren Juzgados de Paz y hasta tanto entren en funciones los órganos previstos en el artículo 172 entenderán en materia de faltas provinciales o contravencionales los Juzgados Criminales y Correccionales en la forma que determine la ley”.

No obstante la total “judicialización” —con jerarquía constitucional— de las decisiones en materia de faltas provinciales [arts. 172 y 216; art. 106 Decreto Ley 8031/73 (10)], como queda de manifiesto, su conocimiento y decisión no fue atribuida al fuero contencioso administrativo, sino a los Juzgados de Paz Letrados o Juzgados en lo Correccional.

Por su parte, las impugnaciones formuladas contra los actos dictados por los “jueces” de faltas o los intendentes en ejercicio de dicha función, cuya resolución se atribu-

(7) GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Fundación Derecho Administrativo. Año 1997. Tomo I, cap. V, pág. 29.

(8) Artículo 166 primer párrafo: “... La legislatura establecerá tribunales de justicia determinando los límites de su competencia territorial, los fueros, las materias y, en su caso, la cuantía. Organizará la policía judicial”.

(9) Determinada por el texto constitucional en el capítulo II de la Sección Sexta (arts. 161 a 165).

(10) “La jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los jueces de paz letrados en sus respectivos partidos, y donde no existieren juzgados de paz letrados por los jueces de primera instancia en lo criminal y correccional, que al efecto serán “jueces de faltas”.

ye a los jueces en lo correccional (arts. 19, 54 y 57 del Decreto Ley 8751/77; art. 24 C.P.P. - texto según ley 13.183), significa el establecimiento de una excepción respecto de la competencia atribuida a los "tribunales competentes en lo contencioso administrativo", en tanto no cabe hesitación que tal actuación importa, tanto material como normativamente, "ejercicio de función administrativa".

### **c. Primeras precisiones**

**1. Los casos originados por el ejercicio de las funciones jurisdiccionales o legislativas no corresponden a la materia contencioso-administrativa:** Una primera consecuencia de esta conceptualización es que los casos en que se controvierta la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa o jurisdiccional, aun cuando se resuelva por aplicación de los mismos principios y normas, resultan ajenos a la competencia material contencioso administrativa.

En tal sentido cabe señalar que la Suprema Corte de Justicia ya había sustentado tal parecer al resolver la causa B-64.674 "Ramos", res. del 30-X-02, en la que el accionante promovió una acción de daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires y los magistrados integrantes del Tribunal de Familia nº 2 del Departamento Judicial San Isidro, juzgó que en la causa no se persigue una indemnización derivada del ejercicio de funciones administrativas, sino de actividad judicial estrictamente tal, razón por la cual consideró que la causa resultaba ajena al contencioso-administrativo. Tal doctrina fue reiterada en las causas B-64.846 "Frangul", res. del 27-XII-02; B-65.353 "Faster", res. del 19-III-03; B-65.974 "Olivera", res. del 1-X-03.

Recientemente, con un mayor desarrollo argumental, en las causas B-65.991 "Ginzo", res. del 19-IV-06 y B-68.624 "Díaz", res. del 24-V-06, por mayoría, mantuvo la referida doctrina.

Por tal razón, cabe dudar respecto de la constitucionalidad del artículo 83 del código adjetivo que, al sustituir el artículo 3º de la ley 8132, atribuye competencia para entender en las actuaciones originadas por esa ley (supuesto de condena judicial penal errónea), a los tribunales del fuero contencioso administrativo.

**2. Los casos originados por la actuación en materia de faltas municipales no corresponden a la materia contencioso administrativa:** la jurisdicción para el conocimiento y decisión de las impugnaciones contra tales actos se atribuye a los jueces en lo correccional (arts. 19, 54 y 57 del Decreto Ley 8751/77; art. 24 C.P.P. —texto según ley 13.183—).

**III. El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 12.008 —texto según ley 13.101—**

1) Siguiendo el concepto constitucional, el artículo 1º del C.P.C.A. ley 12.008 establece, en el inciso 1º, en una fórmula sintética, la competencia material contencioso-administrativa, aunque precisando —con corrección— que los tribunales conocen y deciden las pretensiones deducidas en tal marco.

**1. Corresponde a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de las funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código.**

Seguidamente, sólo respecto de los entes u órganos estatales, establece que su actividad se presume realizada en ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo, aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho.

**2. La actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los Municipios y de los demás entes provinciales o municipales, se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regidas por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho.**

De este punto es posible extraer una serie de postulados:

a) La actividad de los órganos o entes estatales se presume realizada en ejercicio de la función administrativa y regida por el derecho administrativo.

b) La actividad de los órganos o entes estatales se presume realizada en ejercicio de la función administrativa, aun cuando se aplicaren **por analogía** normas de derecho privado o principios generales del derecho.

c) A contrario, la actividad de los órganos y entes estatales regida **directamente** por normas de derecho privado o por normas o convenios laborales, es **ajena a la competencia contencioso-administrativa** (ver art. 4 incisos 1º y 2º).

2) Seguidamente, el Código formula una enunciación meramente ejemplificativa de casos incluidos en la competencia material contencioso administrativa.

No desarrollaremos, en abstracto, los aludidos supuestos, sino tan solo compendiamos —tal como se señalara en el inicio—, diversos precedentes de la Suprema Corte de Justicia, dictados en ejercicio de la atribución de resolver los conflictos de competencia, en una etapa liminar del proceso (adviértase, en tal sentido, que no habiéndose aún corrido traslado de la demanda, la accionada, de entenderlo oportuno, se encuentra habilitada a plantear la excepción de incompetencia [art. 35, inc. 1º, ap. a] ley 12.008).

Así, en el artículo 2º establece:

**La competencia contencioso administrativa comprende las siguientes controversias:**

**1. Las que tengan por objeto la impugnación de actos administrativos, de alcance particular o general. Quedan incluidas en este inciso las impugnaciones que se deduzcan en contra de las resoluciones emanadas del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Fiscal y de cualquier otro Tribunal de la Administración pública, así como las que se deduzcan en contra de actos sancionatorios dispuestos en el ejercicio de la policía administrativa —a excepción de aquellas sujetas al control del órgano judicial previsto en los artículos 166, segundo párrafo, 172 y 216 de la Constitución de la Provincia y art. 24 inciso 3) (11) de la ley 11.922.**

#### PRELIMINAR

Aunque no guarda directa relación con la temática de este trabajo, me permito señalar que la ley 13.405 (B.O.P. 20-XII-05) ha atribuido el conocimiento y decisión de las pretensiones impugnatorias de los actos emanados del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Fiscal de Apelación, en instancia originaria y juicio pleno, a las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo, pretensión que ha de canalizarse a través de las reglas del proceso ordinario (ver art. 5º).

(11) "El Juez en lo Correccional conocerá: ... 3) En carácter originario y de alzada respecto de faltas o contravenciones municipales, policiales o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes y 4) En la queja por denegación de los recursos en ella previstos.

De tal modo se rompe nuevamente con el sistema de doble instancia ordinaria, que ya había sido puesto en crisis por la ley 13.325 en relación a las impugnaciones de las resoluciones de Colegios o Consejos Profesionales (12).

Recientemente la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata declaró la inconstitucionalidad de tal precepto (13).

#### SUPUESTOS EXCLUIDOS

Si bien, como principio, corresponde a la competencia contencioso-administrativa el conocimiento y decisión de pretensiones impugnatorias de actos administrativos (14), tal postulado reconoce variadas excepciones.

Sin pretender formular un análisis acabado y más allá de lo expuesto en relación a las faltas municipales, nos permitimos señalar las siguientes:

##### **a. Observaciones del Registro de la Propiedad:**

Resultan ajenas a la materia contencioso administrativa las impugnaciones formuladas contra las observaciones que formule el Registro de la Propiedad, en tanto el

---

(12) Por medio de la ley 13.325 se modificó el artículo 74 del C.P.C.A. ley 12.008, estableciendo, respecto de la impugnación de resoluciones de Colegios o Consejos Profesionales —en esencia— un “recurso directo” por ante las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo. Las Cámaras de Apelación declararon la inconstitucionalidad de tal reforma (vgr. Pronunciamientos de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata “G, D. P. c/ Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria” y “Ribelli, Juan José s/ Recurre denegatoria de inscripción [San Isidro], sents. ambas del 28-VI-05).

(13) Causa N° 3456 “Fernández, Aníbal Domingo c/ Honorable Tribunal de Cuentas s/ Pretensión anulatoria (374)”, res. del 24-X-06. En tal causa el citado órgano jurisdiccional decidió: “1. Declarar inconstitucional el artículo 5° de la ley 13.405 e inaplicable al caso suscitado, por transgredir los artículos 16 de la Constitución Nacional, 11, 15, 160 y 166 de la Constitución de la Provincia (conf. art. 57 CPBA); 2. Remitir al curso de las pretensiones del Código Contencioso Administrativo (ley 12.008), el trámite de la impugnación deducida en la causa (conf. arts. 1, 2 inc. 1, 12, 13, 14, 16, 18 y concs. del CCA); 3. Declarar, a ese fin, la competencia en primera instancia del Juzgado que previno, dejando sin efecto la declaración de incompetencia de fojas 55 (conf. art. 7 inc. 1 del CCA); 4. Devolver los autos al órgano jurisdiccional de origen.

(14) En tal sentido es dable señalar que al resolver un conflicto de competencia entre la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial y la de Apelación y Garantías en lo Penal, ambas del Departamento Judicial La Plata, a propósito de un recurso de apelación deducido en los términos del artículo 42 de la ley 11.477 contra la disposición 17/2001 emanada de la Dirección Provincial de Fiscalización de la actividad pesquera la Suprema Corte sostuvo que correspondía entender a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo. A tal efecto consideró: i) que el citado artículo 42 de la ley 11.477 consagra una modalidad singular de enjuiciamiento de las decisiones sancionatorias de la Administración en materia de pesca, cuyo conocimiento atribuye a la Cámara de Apelaciones de La Plata, sin especificar a cuál de todas las que integran el Departamento Judicial aludido; ii) que el artículo 2.1 de la ley 12.008 define como controversia incluida en la materia establecida en el artículo 166 in fine de la Constitución, a la impugnación de actos administrativos, de alcance general o particular, incluyendo aquellas que se deduzcan contra actos sancionatorios dispuestos en el ejercicio de la policía administrativa, regla de la que se exceptúan los supuestos en que el control judicial corresponde a los órganos mencionados en los artículos 166, segundo párrafo, 172 y 216 de la Constitución de la Provincia, o en el artículo 24 inc. 3° del Código Procesal Penal, por tratarse de faltas o contravenciones o de otras infracciones cuyo enjuiciamiento es confiado a los jueces correccionales; iii) que en el caso la impugnación articulada se halla comprendida en los términos del citado artículo 2 inciso 1° del C.P.C.A. y no participa de las notas de excepción que la norma establece en su último párrafo para asignar su conocimiento a un órgano del fuero penal (Ac. 91.506 “Copeca S.A. apela multa”, res. del 31-VIII-05).

artículo 44 del Decreto Ley 11.643 —texto según art. 85 de la ley 12.008 según ley 13.101— atribuye el conocimiento a las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Plata.

**b. Actos del Registro de las Personas:** Lo mismo cabe predicar respecto de las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa competente en materia de nombre de las personas (art. 3 “in fine” ley 18.248 (15) (16).

**c. Sanción de decomiso de bienes aplicada por la Dirección Provincial de Rentas** [arts. 74 a 82 del Código Fiscal t.o. según Res. M.E. 120/04 (17)]: Al resolver la cuestión de competencia planteada en la causa B-68.431 “Saavedra” res. del 23-XI-05, el Alto Tribunal Provincial atribuyó la competencia a la Justicia en lo Correccional. Así se dijo que la elevación de las actuaciones dispuesta por la Dirección Provincial de Rentas al Juzgado en lo Correccional en turno obedecía a lo normado en el Código Fiscal —art. 80— respecto de la necesidad de que ese órgano judicial se expida sobre la legalidad de la sanción dispuesta por lo que, de acuerdo a las diversas disposiciones antes recordadas, compete al Juez en lo Correccional de La Matanza continuar con el trámite y resolución de la presente causa. Detalló que se encuentra establecida una vía específica para la revisión judicial de la legalidad de la sanción de decomiso de bienes, aún sin interposición de recurso alguno por parte del interesado, a cargo del Juzgado en lo Correccional, lo que evidencia que el caso resulta ajeno a la competencia contencioso administrativa, quedando comprendido en la excepción prevista por el segundo párrafo *in fine* del inciso 1º del artículo 2 de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—. A mayor abundamiento se destacó que el artículo 24 inc. 3º del Código Procesal Penal —ley 11.922 y modif.— dispone que los juzgados en lo correccional entenderán en

(15) “... Las resoluciones denegatorias del Registro del Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los quince días hábiles de notificadas”.

(16) Recientemente la Suprema Corte se expidió en el sentido indicado, al resolver la cuestión de competencia planteada en la causa B-69.046 “Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata; Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata. Recurso de apelación “directo” contra la resolución en materia de nombre de las personas. Ley 18.248 (Decreto Ley Pcia. 10.072/83), res. del 21-III-07). Para así decidir consideró: “El decreto ley nacional 8204/63 establece como organismo encargado de inscribir los actos y hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, tanto para la Nación como para las provincias. En cuanto al nombre y apellido de las personas físicas, la ley 18.248 dispone que las resoluciones denegatorias de inscripción dictadas por el Registro del Estado Civil serán recurribles ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los quince días de notificadas (art. 3º). Por su parte, la Provincia de Buenos Aires dictó el decreto ley 10.072/83 por el cual se rige el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y en cuanto al punto de interés para resolver la cuestión planteada fijó la competencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata para conocer en el recurso de apelación contra las resoluciones denegatorias del Director del Registro de las Personas (art. 6). Desde esta atalaya, el “recurso de apelación directo” interpuesto ... se inserta dentro de la competencia que tiene atribuya el órgano jurisdiccional de alzada en lo civil y comercial del Departamento Judicial de La Plata. Por otro lado, debe destacarse que el ordenamiento procesal administrativo, en el artículo 79, tanto en su texto originario —ley 12.008—, como en las redacciones que del mismo dispusieron las leyes modificatorias —13.101 y 13.325— no ha alterado la competencia en la materia objeto de la presentación de los recurrentes”.

(17) Título X “De la incautación y decomiso de bienes”. Artículo 79: “El interesado podrá interponer, con efecto suspensivo, en contra de la resolución que disponga la sanción, recurso de apelación ante el Juez Correccional de turno, dentro de los tres días hábiles de notificada la misma. El recurso deberá presentarse debidamente fundado ante la autoridad que dictó la resolución que se recurre, quien, dentro de las veinticuatro (24) horas corridas, deberá elevarlo junto con todos los antecedentes del caso al Juez competente. La sentencia que se dicte será inapelable...”



carácter originario y de alzada respecto de faltas o contravenciones municipales, policiales o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes, para el caso el Código Fiscal.

**d. Decisiones adoptadas por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas en materia de policía societaria [Decreto Ley 8671/76 (18)]:** Al resolver la cuestión de competencia planteada entre las Cámaras Civil y Comercial y Contencioso Administrativo del Departamento Judicial La Plata, la Suprema Corte sostuvo que "... debe repararse que aun cuando en términos generales la "policía societaria" participa de las notas propias de la función administrativa, en el Decreto Ley 8671/76 ha sido diseñado un régimen específico, sin que pueda sostenerse su abierta incompatibilidad con el contenido esencial de la cláusula del contencioso administrativo (art. 166, in fine, Constitución Provincial), enunciado éste que, vaya dicho también, confía a la ley la determinación de las especificaciones normativas necesarias para su adecuado desarrollo. Por lo demás, este tratamiento diferencial a los fines impugnativos, tal el objeto de estas actuaciones, se presenta de modo similar en otros campos de la policía administrativa (vgr. lo atinente a las faltas municipales; arts. 19, 55 y concs. Decreto Ley 8751/77 con sus reformas; 24.3 ley 11.922 texto según ley 13.183; 2º inc. 1º C.P.C.A., bien que con sostén constitucional específico, art. 166, segundo párrafo, Const. Pcial.) (causa B-68.569 "Federación 2 de junio de Bomberos Voluntarios", res. del 24-V-06).

Tal doctrina fue reiterada en las causas B-68.407 "Asociación de Fomento Social y Deportivo Mayo s/solicita veedor" res. del 3-V-06; B-68.494 "Sociedad Bomberos Voluntarios de La Matanza", res. del 14-VI-06; B-68.669 "Club San Fernando", res. del 8-XI-06.

**e. Impugnación de la actualización del importe de la tasa de justicia en un concurso preventivo practicada por la Dirección Provincial de Rentas:** En la causa B-68.039 "Falabella, Ricardo y otros s/ Incidente de impugnación en concurso preventivo" (res. del 6-X-04) al resolver la cuestión de competencia, la Suprema Corte señaló que la petición que origina las actuaciones se funda en lo dispuesto en el art. 280 de la ley 24.522 que dispone que "toda cuestión que tenga relación con el objeto principal del concurso y no se halle sometida a un procedimiento especial, debe tramitarse en pieza separada, en la forma prevista por las disposiciones de este capítulo". El Tribunal ha resuelto que es competente el juez del proceso principal para entender en la tramitación y resolución de incidentes promovidos en el mismo (accessorium sequitur principale, conexión y economía procesal). Por tales razones resulta competente el Juez en lo Civil y Comercial.

**2. Las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentren regidas por el derecho administrativo.**

**a. Concesionaria del servicio público portuario:** En la causa B-64.542 "PE-COM ENERGIA S.A. c/ EXOLGAN S.A. s/ amparo", res. del 18-XII-02, la firma accionante —invocando su condición de usuaria del servicio público portuario del Puerto de Dock Sud— promovió acción de amparo contra la empresa denominada Exolgan S.A. —a quien la Provincia de Buenos Aires le concesionó el referido servicio—

---

(18) Artículo 10: "De toda resolución del órgano de aplicación que cause agravio podrá recurrirse ante las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, dentro de los cinco (5) días de notificado. Si el apelante tuviese su domicilio fuera del partido de La Plata el plazo mencionado quedará ampliado a razón de un día por cada 200 kilómetros o fracción que no baje de cien. Artículo 11: El recurso deberá interponerse y fundarse ante el órgano de aplicación, el que en el plazo de 48 horas dictará resolución concediéndolo o denegándolo. Concedido el recurso, el órgano de aplicación remitirá las actuaciones al Tribunal que corresponda por orden de turno.

cuestionando la actitud de la demandada que, ilegítimamente, había resuelto facturar las operaciones de comercio exterior en dólares estadounidenses, por lo que pretendió se la condene a ajustarlas a las disposiciones de la ley 25.561 —a la que adhirió la Provincia por ley 12.858— hasta tanto la autoridad competente resolviera la renegociación de las mismas. La Corte entendió que tal como había sido expuesta y formulada la pretensión, el caso resultaba de la competencia contencioso administrativa (actuación u omisión de una empresa concesionaria de un servicio, regido por el derecho público local).

**b. Concesionaria vial:** Se demandó a la concesionaria vial de la ruta 11 “Camino del Atlántico S.A.C.V.”, a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Castelli por la responsabilidad que a cada uno le cabe en el control, cuidado de las condiciones de mantenimiento y desenvolvimiento regular de la circulación en los corredores viales (arts. 1 inc. 2º y 2 incs. 2 y 4, ley 12.008, —texto según ley 13.101—), a propósito de la existencia de animales sueltos. La Suprema Corte decidió que la competencia corresponde al fuero contencioso administrativo (B-68.386 “Sanchez”, res. del 1-III-06).

**3. Aquellas en las que sea parte una persona pública no estatal, cuando actúe en el ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo.**

Surge del propio Código (art. 79 —texto según ley 13.325—), que corresponde a la materia contencioso administrativa el conocimiento y decisión de toda impugnación contra actos de gravamen emanados de los Colegios o Consejos Profesionales, así como las decisiones relativas a la intervención y reorganización de Colegios o Consejos Profesionales. De consuno con dicha atribución, el codificador derogó el procedimiento previsto por el Decreto Ley 9398/79 (art. 84).

Por lo demás, se mantiene la competencia contencioso administrativa en lo atinente a la impugnación de actos dictados por las Cajas de Previsión Social para profesionales.

**4. Las que versen sobre la responsabilidad patrimonial generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas de derecho privado.**

En esta temática, quizá como en ninguna otra, se advierten dificultades para determinar, frente a concretas situaciones de hecho, el órgano jurisdiccional competente para resolver la causa.

A continuación se reseñan algunos de los principales decisorios del Tribunal.

**a) Casos incluidos**

**Daños en establecimientos educativos:**

- **B-68.001 “Mozcuzza, Carolina c/Instituto Superior General Pueyrredón y otr.”, res. del 8-IX-04 (daños en un establecimiento educativo):** La accionante promueve demanda ante la justicia civil y comercial, contra el Instituto Superior General Pueyrredón S.R.L., la Provincia de Buenos Aires y/o contra quienes resulten civilmente responsables por los daños y perjuicios derivados de un hecho ocurrido el 22-VIII-00, que le provocó una lesión física, fundando la pretensión en los artículos 1109, 1113 y 1117 del Código Civil.

El Juez que previno decide inhibirse por considerar que el caso corresponde a la competencia contencioso administrativa (art. 2 inc. 4º ley 12.008). El Juez en lo Contencioso Administrativo no aceptó la declinación, entendien-

do que la responsabilidad de propietario del establecimiento educativo privado es una obligación respecto de la cual se aplica el derecho privado, y que la intervención del Estado Provincial en el contralor de la contratación de un seguro por parte de la escuela es responsabilidad que se activa a partir de la insolvencia del propietario del establecimiento educativo.

La Suprema Corte, considerando que la **pretensión contra la Provincia se fundaba en la omisión en el ejercicio de la función administrativa**, atribuye la competencia al Juzgado en lo Contencioso-administrativo.

#### **Daños en atención hospitalaria:**

- **B-68.005 “Carrizo, Federico A. c/ Munic. de Necochea y otros”, res. del 8-IX-04:** El accionante promueve una acción por daños y perjuicios derivados de un hecho ocurrido el día 21 de septiembre de 2002 y su posterior atención médica en el Hospital Municipal “Dr. Emilio Ferreyra”, que concluyó con la amputación de su pierna izquierda por encima de la rodilla. Funda su pretensión en los artículos 512, 902, 919, 1069, 1074, 1086, 1109, 1113 y 3980 del Código Civil.

La Suprema Corte, considerando que en el caso se demanda en forma conjunta y solidaria a la Municipalidad de Necochea y a agentes suyos que, según se alega, obraron negligentemente al atender al demandante en el hospital público, concluye fácilmente que se trata de un caso aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa, en tanto **el hecho dañoso se produjo por el ejercicio de la función administrativa**, en el ámbito de una dependencia que existe para satisfacer necesidades colectivas y por parte de agentes estatales cuya designación obedece a la finalidad de cumplir tal cometido.

#### **Daños derivados accidentes de tránsito**

- **B-68.014: “Binzugna, Paula A. c/ Ministerio de Seguridad s/ daños y perjuicios”, res. del 22-IX-04 (patrullero):** Se promueve demanda por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires, derivados de un hecho ocurrido el día 13 de mayo de 2004, que concluyó con el fallecimiento de María Cristina Binzugna, quien en vida fuera la madre de las presentes. La pretensión se funda en los artículos 1077/1079, 1081, 1083, 1084, 1109, 1113 y ccdtes. Código Civil. En el caso, el factor de atribución de responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires, es, según lo expuesto en la demanda, el carácter de dependiente de ella que tenía, a la fecha del accidente, quien conducía el móvil policial que embistió a la señora Binzugna, y el hecho de que el vehículo es de su propiedad. Si bien esa constatación no es bastante a los fines de **determinar si se trata o no de un caso contencioso administrativo, para lo cual debe dilucidarse si el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa**, teniendo en cuenta que de las constancias de la causa no surge ningún elemento que permita afirmar que en el momento del accidente la camioneta de la Policía Bonaerense no se encontraba afectada a la realización de los cometidos específicos de la fuerza y la presunción establecida por el artículo 1 inciso 2° de la ley 12.008.—texto según ley 13.101—, debe concluirse que se trata de un supuesto aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa (arts. 166, Constitución de la Provincia, 1 inc. 1° ley 12.008 —texto según ley 13.101—)
- **A-68.207 “Suárez, Héctor c/ Gómez, Julio y otros s/ pretensión indemnizatoria”, res. del 11-V-05 (chofer del Ministro de Salud):** El apoderado de los accionantes promueve demanda contra Julio Angel Gómez, el Minis-

terio de Salud de la Provincia de Buenos Aires y contra la Municipalidad de Berazategui, por los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito ocurrido en la intersección de las calles 7 y 34 de la Ciudad de La Plata el día 29 de abril de 2002, que concluyó con el fallecimiento de Germán Héctor Suárez, quien en vida fuera hijo y hermano de los mandantes. Refiere que de la causa penal labrada con motivo del accidente —I.P.P. nro. 140.129— que tramita ante la Unidad Funcional de Instrucción N° 10 de La Plata, surge que existe un comodato entre el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires —comodante— y la Municipalidad de Berazategui —comodatario— extendido bajo la Resolución N°000 0404, con vigencia por cinco (5) años a partir del día 10-I-02. Funda su pretensión en lo normado en los artículos 1067, 1068, 1069, 1078, 1079, 1083/1085, 1109, 1110, 1113 y concordantes del Código Civil, art. 118 de la ley 17.418, arts. 165 y ccs. del C.P.C.C.

El proceso fue iniciado ante el Juzgado en lo Civil y Comercial n° 17 del Departamento Judicial de La Plata órgano que resuelve declararse incompetente por considerar que en las actuaciones se ventilan cuestiones que en razón de la materia son competencia de los Tribunales Contencioso Administrativos. El juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata no aceptó la declinación de competencia efectuada por el magistrado en lo civil y comercial, sobre la base de no encontrarse controvertido el ejercicio de funciones administrativas, como que tampoco le son aplicables al caso normas de derecho público. Así refiere que "...se advierte la falta de 'función administrativa', toda vez que, si bien el señor Julio Angel Gómez, pueda ser chofer del Ministerio de Salud, ello resulta incidental en la causa toda vez que no atribuye especial naturaleza administrativa a la materia en discusión...". Ante ello dispuso elevar los autos a esta Suprema Corte (fs. 81/82).

La Suprema Corte consideró que es competencia del nuevo fuero en lo contencioso administrativo, entender y resolver las controversias suscitadas por la actuación o la omisión en el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos mencionados en el art. 166 de la Constitución Provincial. En particular, les corresponde decidir las que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el derecho público, cuando actúan en ejercicio de función administrativa, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del Derecho Privado (cfr. arts. 166 in fine de la Constitución Provincial; 1 incs. 1º y 2º y 2 inc. 4º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Al efecto recordó que interpretando ese plexo normativo, ha resuelto que eran casos contencioso administrativos y, por tanto, propios de su competencia originaria y transitoria, aquellos en los que se procura actuar la responsabilidad estatal ante la lesión de derechos o intereses producida por el ejercicio de la función administrativa (doctr. causas B. 64.553, "Gaineddu", res. del 23-IV-03; B. 65.489, "Mazzei", res. del 4-VI-03; B. 67.408, "Mancuso", res. del 19-V-2004; B. 68.001 "Mozcuza" y B. 68.005, "Carrizo", ambas res. del 8-IX-04; B. 68.014, "Binzugna", res. del 22-IX-04). En este caso el factor de atribución de responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires es, según lo expuesto en la demanda, el carácter de dependiente de ella que tenía, a la fecha del hecho dañoso el señor Julio Angel Gómez y la titularidad del vehículo que envistió a la víctima. Si bien esta constatación no es bastante a los fines de determinar si se trata o no de un caso contencioso administrativo, *para lo cual debe dilucidarse si el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa*, teniendo en cuenta que de las constancias de la causa no surge ningún elemento que permita afirmar que en el momento del accidente el vehículo automotor marca Ford Escort, patente BIM 307, propiedad de la Provincia de Buenos Aires —según

afirma el actor—, no se encontraba afectado a la realización de los cometidos específicos de la Provincia y/o de la comuna de Berazategui, y la presunción establecida por el artículo 1 inciso 2º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—, debe concluirse que se trata de un supuesto aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa (arts. 166, Constitución de la Provincia, 1 inc. 1º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—). *Se trata de hacer efectiva la responsabilidad estatal, cuestión que debe ser resuelta por aplicación de normas y principios de derecho público, conclusión que no varía por el hecho de que deba acudir, para su solución, al método de integración analógica.* Como se dijo antes, está expresamente previsto en el código de la materia que esta clase de asuntos corresponde a los tribunales contencioso administrativos aun cuando “...se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado” (art. 2 inc. 4, ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Del relato efectuado en la presentación inicial y de las constancias obrantes en la causa es posible presumir en esta instancia y al solo efecto de determinar qué juez deberá entender en los presentes actuados que el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa, teniendo en cuenta que en razón de la función que desarrollaba el agente Gómez y la hora en la que se produjo el hecho fatal, no es extraño afirmar —como lo hace el actor en la demanda, ver fs. 33 vta.— que se encontraba prestando servicios en su calidad de chofer del Ministerio de Salud de la Provincia.

- **A-68.208 “Portela, Martín c/ Provincia de Bs. As. s/ pretensión indemnizatoria” (patrullero y autobomba), res. del 11-V-05:** El señor Martín Portela, por propio derecho promueve demanda al solo efecto de interrumpir la prescripción contra la Provincia de Buenos Aires y/o quien fuera responsable por los daños y perjuicios derivados de un hecho ocurrido el día 13 de julio de 2002, que tuvo como resultado daños en su persona y materiales en su rodado (fs. 3/4). Con posterioridad, amplía la demanda a fs. 118/139, acompañando prueba documental. Allí relata los hechos que provocaron los daños referidos. Entiende que corresponde responsabilizar al Estado provincial en su condición de titular de los vehículos policiales y del autobomba utilizados el día 13-VII-02, así como también en su carácter de principal de los agentes policiales y bomberos que en ejercicio de sus funciones, con imprudencia y negligencia, ocasionaran el accidente que motiva estos autos. Funda su pretensión en lo normado en los artículos 1107, 1109, 1112, 1113 y conc. del Código Civil.

El proceso fue iniciado ante el Juzgado en lo Civil y Comercial nº 5 del Departamento Judicial de La Plata, órgano que resolvió declararse incompetente por considerar que corresponde “...al fuero contencioso administrativo el tratamiento de los casos originados en la actuación u omisión de la Provincia, Municipios, entes descentralizados y otras personas en el ejercicio de funciones administrativas... y por imperio del carácter de orden público, improrrogable, que la normativa otorga a la competencia de dicho fuero...” y remitir la causa al Juez en lo Contencioso Administrativo. El juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 1 de La Plata no aceptó la declinación de competencia efectuada por el magistrado en lo civil y comercial, sobre la base de no encontrarse controvertido el ejercicio de funciones administrativas ni le son aplicables al caso normas de derecho público. Así refiere “...que en autos se reclama la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al accionante por el accidente de tránsito sufrido como consecuencia del actuar negligente tanto del personal policial como el de Bomberos, en ocasión de cumplir con sus funciones, considero el desempeño de tal actividad es un factor de imputación al sujeto público estatal que resulta incidental en la causa de modo que no atribuye especial naturaleza administrativa a la materia en discusión...”.

La Suprema Corte reitera que es competencia del nuevo fuero en lo contencioso administrativo, entender y resolver en las controversias suscitadas por la actuación o la omisión en el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos mencionados en el art. 166 de la Constitución Provincial. En particular, les corresponde decidir las que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el derecho público, cuando actúan en ejercicio de función administrativa, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del Derecho Privado (cfr. arts. 166 in fine de la Constitución Provincial; 1 incs. 1º y 2º y 2 inc. 4º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Reiteró el Alto Tribunal que, interpretando ese plexo normativo, ha resuelto que eran casos contencioso administrativos y, por tanto, propios de su competencia originaria y transitoria, aquellos en los que se procura actuar la responsabilidad estatal ante la lesión de derechos o intereses producida por el ejercicio de la función administrativa (doctr. causas B. 64.553, “Gaineddu”, res. del 23-IV-03; B. 65.489, “Mazzei”, res. del 4-VI-03; B. 67.408, “Mancuso”, res. del 19-V-2004; B. 68.001 “Mozcuzza” y B. 68.005, “Carrizo”, ambas res. del 8-IX-04; B. 68.014, “Binzugna”, res. del 22-IX-04). En este caso el factor de atribución de responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires es, según lo expuesto en la demanda, el carácter de dependientes que tenían, a la fecha del accidente, quienes conducían el móvil policial y el autobomba implicados en el accidente de tránsito y el hecho de que los vehículos son de su propiedad. Si bien esa constatación no es bastante a los fines de determinar si se trata o no de un caso contencioso administrativo, *para lo cual debe dilucidarse si el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa*, teniendo en cuenta que de las constancias de la causa no surge ningún elemento que permita afirmar que en el momento del accidente la camioneta de la Policía Bonaerense y el coche bomba perteneciente a los Bomberos de la Provincia, no se encontraba afectada a la realización de los cometidos específicos de la fuerza y la presunción establecida por el artículo 1 inciso 2º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—, debe concluirse que se trata de un supuesto aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa (arts. 166, Constitución de la Provincia, 1 inc. 1º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Se trata de hacer efectiva la responsabilidad estatal, cuestión que debe ser resuelta por aplicación de normas y principios de derecho público, conclusión que no varía por el hecho de que deba acudir, para su solución, al método de integración analógica. Como se dijo antes, está expresamente previsto en el código de la materia que esta clase de asuntos corresponde a los tribunales contencioso administrativos aun cuando “...se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado” (art. 2 inc. 4, ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Del relato efectuado en la presentación inicial y de las constancias obrantes en la causa es posible presumir en esta instancia y al solo efecto de determinar qué juez deberá entender en los presentes actuados que el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa.

#### Daños por omisión en el ejercicio del poder de policía

- B-68.023: “Ipuche, Ana Lía c/ Terrarosa, Carmen y otr.”, res. del 6-X-04: Se promueve una acción de daños y perjuicios derivados de un hecho ocurrido el día 1º de agosto de 2002, que concluyó con lesiones corporales, especialmente la fractura de la base del dedo índice de la mano derecha de la demandante. La pretensión se funda en los artículos 499, 512, 902, 1067, 1068, 1078, 1083, 1086, 1109, 1110 y 1113 del Código Civil.

En el caso se demanda a la Municipalidad de San Fernando, por ser quien —según manifiesta la actora— tenía a su cargo el contralor de las condicio-

nes de mantenimiento y funcionamiento de los locales comerciales que se habiliten en ese partido (art. 1 inc. 2º, ley 12.008, texto según ley 13.101—). De tal suerte, no obstante la fundamentación autónoma que en la demanda se efectúa en punto a la responsabilidad civil de la Municipalidad, se concluye que se trata de un caso aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa en tanto **el hecho dañoso se produjo por la omisión en el ejercicio de la función administrativa en el ámbito del denominado “poder de policía” que poseen las comunas en relación a la actividad comercial** que se desarrolla en su ámbito (arts. 166, 5to. párr. Constitución de la Provincia; 1º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—; 25, 27 y conc. del Decreto Ley 6769/58).

- **B-68.029 “Romero, Juan c/ Munic. de Vicente López s/ daños y perjuicios”, res. del 29-IX-04:** El accionante promueve acción de daños y perjuicios contra la Municipalidad de Vicente López, por el hecho ocurrido el día 26-VII-02, que concluyó con lesiones corporales en la mano derecha y brazo izquierdo del demandante. La pretensión se funda en los artículos 902, 1068, 1078, 1083, 1086, 1112, 1113, 1196 y 1198 del Código Civil.

Se demanda a la Municipalidad por ser el Centro Cultural Munro, donde ocurriera el hecho que produjo el daño psicofísico alegado por el actor, dependiente de la Dirección de Cultura de esa comuna, como asimismo por ser de su competencia el contralor de las condiciones de mantenimiento y funcionamiento de ese Centro (art. 1 inc. 2º, ley 12.008, —texto según ley 13.101—). De tal suerte, no obstante la fundamentación autónoma que en la demanda se efectúa en punto a la responsabilidad civil de la Municipalidad, se concluye fácilmente que se trata de un caso aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa en tanto **el hecho dañoso se produjo por la omisión en el ejercicio de la función administrativa en el ámbito del denominado “poder de policía” que poseen las comunas en relación a los lugares con concurrencia de público que se desarrolla en su ámbito** (arts. 166, 5to. párr. Constitución de la Provincia; 1º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—; 25, 27 y conc. del Decreto Ley 6769/58).

#### **Daños derivados de abusos de personal policial:**

- **B-68.052 “Echaire, Jorge y otros c/ Niemachuk, Mirta y otros s/ daños y perjuicios”, res. del 20-X-04:** Los accionantes promueven demanda contra la Provincia de Buenos Aires, Mirta Miemachuk y Federico Alegre, por los daños y perjuicios derivados de un hecho ocurrido el día 24 de mayo de 2001, que concluyó con daños psico-físicos sufridos por los presentantes. Fundan su pretensión en los artículos 1068, 1069, 1072, 1073, 1075, 1077, 1078, 1079, 1083, 1086, 1109 y concordantes del Código Civil y 109 y siguientes del Código Penal.

A juicio del Tribunal, en la causa es evidente la existencia de dos pretensiones, una contra Mirta Liliana Niemachuk y Federico David Alegre, en virtud de los artículos 1109 y conc. del Código Civil, por haber sido los denunciados de la Investigación Penal Preparatoria nro. 62.617 en la cual se librara una orden de allanamiento en el domicilio de los actores y **otra dirigida contra la Provincia de Buenos Aires en el ejercicio de la función administrativa que tiene por fundamento el abuso del personal policial (Comisaría 1º de Moreno) en ocasión del allanamiento de su morada.**

Aún considerando que la indemnización pretendida por la actora con relación al Estado provincial tiene un origen distinto a su pretensión dirigida contra los particulares denunciados, la existencia de una situación como la detallada ubica al caso dentro de la competencia de los jueces en lo conten-

cioso administrativa (art. 166 de la Constitución Provincial), no correspondiendo la declaración parcial de incompetencia tal como lo dispone el Juez Contencioso Administrativo, toda vez que tanto la conducta de los denunciantes como la del personal policial durante la ejecución de la orden de allanamiento, no puede ser desmembrada en dos juicios distintos sin alterar los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva (arts. 15 de la Constitución Provincial; 36 inc. 2º del C.P.C.C.; 77 inc. 1º ley 12.008 —texto según ley 13.101—; doct. causa B. 68.001 “Mozcuzza”, res. del 8-IX-2004).

#### **Daños provocados por agente policial con el arma reglamentaria:**

- **B-68.198: “Iñiguez, Olga s/ Beneficio de litigar sin gastos”, res. del 4-V-05:** Del relato efectuado en la presentación inicial y de las constancias obrantes en la causa es posible presumir en esta instancia y al solo efecto de determinar qué juez deberá entender en los presentes actuados que *el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa, teniendo en cuenta el “estado de policía” en el que se encontraba el demandado Raúl Rodolfo Smith (arts. 3 y 90/93 del decreto ley 9550/80 y 8 de la ley 12.155) y la presunción establecida por el artículo 1 inciso 2º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—*. Sin perjuicio de su condición de disponibilidad, se denuncia en la demanda la utilización de un arma autorizada expresamente por la institución policial.

#### **Daños derivados de un accidente de trabajo sufrido por quien prestaba tareas comunitarias en el marco del Programa Jefes de Hogar:**

- **B-68.051 “Wakula, Alejandro L. c/ Municipalidad de la Costa y otro s/ Accidente de Trabajo”, res. del 13-X-04:** El accionante promueve demanda contra la Municipalidad de la Costa pretendiendo se lo indemnice por los daños sufridos —fractura de tibia y peroné de la pierna derecha— como consecuencia de un accidente de trabajo prestando tareas comunitarias en el marco del Programa Jefes de Hogar, el día 26 de junio de 2002. Funda su pretensión en lo normado en los artículos 1078, 1109 y 1113 del Código Civil.

El proceso fue iniciado en fecha 23-VI-04 por ante un Tribunal del Trabajo del Departamento Judicial de Dolores. El Tribunal resuelve declararse incompetente por considerar que no se configuran los presupuestos establecidos en el art. 2 de la ley 11.653, siendo la materia en debate en la presente causa ajena a la atribuida al fuero laboral. En consecuencia, remite la causa al Juez en lo Civil y Comercial. La jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 de Dolores resuelve declinar su competencia por considerar que la presente litis se encuentra normada dentro de la competencia de la justicia contencioso administrativa conforme lo dispuesto por el art. 2 inc. 4º de la ley 12.008. Ante ello resolvió remitir la causa al juez Contencioso Administrativo. Este último magistrado, se declara incompetente, por entender que cuando los daños reclamados provienen “de la actuación del Estado en el campo del Derecho Civil Mercantil, la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado o sea el Código Civil” y que en el caso de autos “si bien se relata la producción de un accidente de trabajo también es cierto que se reclama una indemnización de carácter civil y basada en un seguro de responsabilidad civil, todo ello invocando la aplicación directa del Código Civil”. Como consecuencia de ello, eleva los autos a la Suprema Corte.

El Superior Tribunal, considerando que el programa “Jefes de Hogar” establecido por el Decreto nacional n° 565/2002 tiene por objeto “brindar una



ayuda económica a sus titulares indicados en el art. 2º, con el fin de garantizar el Derecho Familiar a la Inclusión Social”, tendiente a asegurar: a) la concurrencia escolar de los hijos, así como el control de la salud de los mismos; b) la incorporación de los beneficiarios a la educación formal; c) su participación en cursos de capacitación que coadyuven a su reinserción laboral; d) su incorporación en proyectos productivos o en servicios comunitarios de impacto ponderable en materia ocupacional —art. 3—. El decreto mencionado denomina “beneficio” a la retribución concedida —arts. 5 y 6—, *debiendo entenderse como un subsidio otorgado en el marco de una actividad de fomento por parte de un programa implementado por la administración nacional y descentralizado operativamente en cuanto a su ejecución a través de cada Provincia y por medio de los municipios —art. 9—*. En el caso se demanda a la Municipalidad de la Costa, por ser en beneficio y por cuenta de esta comuna —según se alega en la demanda—, las tareas comunitarias que se encontraba desempeñando el actor al momento de producirse la lesión física por la que reclama la indemnización. Asimismo solicita se cite a la Compañía de Seguros “Provincia Seguros”, por encontrarse vinculada al Municipio al momento de ocurrido el hecho dañoso (art. 1 inc. 2º, ley 12.008, —texto según ley 13.101—). Es competencia del nuevo fuero en lo contencioso administrativo, entender y resolver en las controversias suscitadas por la actuación o la omisión en el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos mencionados en el art. 166 de la Constitución Provincial. En particular, les corresponde decidir las que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el derecho público, cuando actúan en ejercicio de función administrativa, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del Derecho Privado (cfr. arts. 166 in fine de la Constitución Provincial; 1 incs. 1º y 2º y 2 inc. 4º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Esta Suprema Corte, interpretando ese plexo normativo, ha resuelto que son casos contencioso administrativos, aquellos en los que se procura actuar la responsabilidad estatal ante la lesión de derechos o intereses producida por el ejercicio de la función administrativa (doctr. causas B. 64.553 “Gaineddu”, res. del 23-IV-03; B. 65.489 “Mazzei”, res. del 4-VI-03; B. 67.408 “Mancuso”, res. del 19-V-2004; B. 68.001 “Mozcuza” y B. 68.005 “Carrizo”, ambas res. del 8-IX-04 y B. 68.014 “Binzugna”, res. del 22-IX-04; B.68.029 “Romero”, res. del 29-IX-04, entre otras). De tal suerte, no obstante la fundamentación autónoma que en la demanda se efectúa en punto a la responsabilidad civil de la Municipalidad, se concluye que es un caso aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa *en tanto el hecho dañoso se produjo en el marco de una relación establecida entre el beneficiario y la comuna en el ejercicio de la función administrativa* (arts. 166, 5to. párr. Constitución de la Provincia; 1º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—; 2, 3 y 9 del Decreto nacional nro. 565/2002; 25, 27 y conc. del decreto ley 6769/58). En autos se trata de hacer efectiva la responsabilidad estatal, cuestión que debe ser resuelta por aplicación de normas y principios de derecho público, conclusión que no varía por el hecho de que deba acudir, para su solución, al método de integración analógica. Como se dijo antes, está expresamente previsto en el código de la materia que esta clase de asuntos corresponde a los tribunales contencioso administrativos aun cuando “...se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado” (art. 2 inc. 4º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Por todo ello y en tanto la jurisdicción atribuida al nuevo fuero contencioso administrativo es improrrogable (art. 6, ley 12.008 —texto según ley 13.101—), se resuelve que resulta competente para decidir en autos el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de Dolores.

**Daños provocados por la presunta infracción a los deberes de cuidado en la ejecución de una obra pública:**

- **B-68.746 “Quintilli, Mariela c/ Consorcio de Copropietarios de Edificio Vermida V y otros/ pretensión indemnizatoria” (res. del 20-IX-06):** Según el relato de la demanda cuando la accionante caminaba por el frente del edificio Vermida V tropieza a consecuencia de una irregularidad importante existente en la vereda y que pertenece a una obra de instalación de agua corriente de la empresa Obras Sanitarias, que carece de tapa protectora, cayendo violentamente al piso.

Planteada la cuestión de competencia entre el Juzgado Civil y Comercial y el contencioso administrativo, la Suprema Corte consideró que la sociedad estatal codemandada tiene a su cargo la prestación, administración, explotación, mantenimiento, control, ampliación, renovación, construcción, estudios, investigación y aplicación de nuevas tecnologías de los servicios de provisión de agua potable, desagües cloacales, industriales y/o cualquier otro carácter y en general de saneamiento básico en el Partido de General Pueyrredón, así como la explotación, captación y utilización de las aguas destinadas a tal fin. Por otro lado, OSSE se encuentra facultada a ejercer el control y custodia de las instalaciones y la red externa destinada a la prestación del servicio. De ese plexo normativo surge el deber de cuidado que —según la actora— se ha infringido por parte de la prestadora del servicio público y que le produjo el daño alegado. De tal suerte, no obstante la fundamentación autónoma que en la demanda se efectúa en punto a la responsabilidad civil de “Obras Sanitarias Sociedad del Estado” se concluye fácilmente que se trata de un caso aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa en tanto el hecho dañoso se produjo por la omisión en el ejercicio de la función administrativa.

- **B-68.705 “Romano, Claudia c/ Consorcio de copropietarios de edificio Seaside y otros/pretensión indemnizatoria”, res. del 20-IX-06:** sustancialmente similar a la anterior.

**Daños provocados por una empresa constructora al ejecutar una obra pública:**

- **B-68.409 “Telefónica de Argentina”, res. del 15-II-06:** Una empresa que colocaba postes de alumbrado público en la vía pública cortó un cable subterráneo de la empresa Telefónica de Argentina. El factor de atribución de responsabilidad a la Municipalidad de La Matanza es, según lo expuesto en la demanda, la titularidad del poste de alumbrado público. Si bien el Alto Tribunal Provincial entendió que esta constatación no es bastante a los fines de determinar si se trata o no de un caso contencioso administrativo, para lo cual debe dilucidarse si el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa, teniendo en cuenta que de las constancias de la causa no surge ningún elemento que permita afirmar que la obra de colocación de postes de alumbrado público que se estaba llevando a cabo por parte de la firma Construman S.A. no lo sea en cumplimiento de los cometidos públicos específicos de la comuna (arts. 27 incs. 2º y 5º y 52 del Decreto ley 6769/58), y la presunción establecida por el artículo 1, inciso 2º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101— concluyó que se trataba de un supuesto aprehendido por la cláusula general que define la materia contencioso administrativa (arts. 166, Constitución de la Provincia, 1 inc. 1º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—).

**Responsabilidad patrimonial del funcionario público:**

- **A-68.233 “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Volpi, Miguel A. s/ Pretensión indemnizatoria, res. del 26-V-05:** El representante del Banco de la Provincia de Buenos Aires promueve demanda por daños y perjuicios contra el señor Miguel Angel Volpi, quien se desempeñaba como agente de esa entidad bancaria. Relata que a consecuencia de los hechos investigados en el sumario 11.312, el accionado habría participado de diversas maniobras calificadas por el Directorio como conducta no excusable en grado de imprudencia, que provocó un perjuicio patrimonial al Banco, según la resolución 2128/98. Agrega que con fecha 2-X-03, el Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires, resolvió promover las acciones pertinentes por encontrarlo responsable de los eventos dañosos, recordando que durante la instrucción sumarial el hoy demandado reconoció su intervención en las operaciones origen de este reclamo —resolución 1563/00—. Funda su pretensión en lo normado en los artículos 1112, 1137, 1869 y conc. del Código Civil, en las disposiciones de la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires —ley 9.434 y modif.—.

El proceso fue iniciado ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2 del Departamento Judicial de Trenque Lauquen, órgano que resolvió declararse incompetente por considerar que la demanda se promueve por hechos que ocurrieron en cumplimiento de un contrato de empleo público que tenía el Banco de la Provincia con el accionado. Agrega que la Suprema Corte se ha pronunciado en ese sentido, declarando que la cuestión litigiosa era propia de la materia contenciosa administrativa. Ante ello dispone remitir los autos al Juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata. El juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata no aceptó la declinación de competencia efectuada por el magistrado en lo civil y comercial, sobre la base de no encontrarse controvertido el ejercicio de funciones administrativas, como asimismo que no le son aplicables al caso normas de derecho público. Así refiere “... si bien, en autos, el hecho que diera origen a la presente demanda ocurrió dentro de una relación de empleo público, estando el demandado en el ejercicio de la función administrativa...” considera que “... el desempeño de tal actividad es un factor de imputación al sujeto público estatal que resulta incidental en la causa, toda vez que, al momento de interponerse la presente acción indemnizatoria, aquella relación había concluido como consecuencia del sumario que se le interpusiera al Sr. Volpi...” elevando los autos a esta Suprema Corte.

El Alto Tribunal Provincial sostuvo que interpretando el plexo normativo, ha resuelto que era un caso contencioso administrativo y, por tanto, propio de su competencia originaria y transitoria, aquel en el cual —como en la especie— se procuraba actuar la responsabilidad patrimonial del ex agente estatal ante la lesión de derechos del Banco de la Provincia de Buenos Aires (doctr. causa B. 66.465, “Banco Provincia de Buenos Aires”, res. del 23-VI-04). *En el caso se trata de hacer efectiva la responsabilidad del ex empleado del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de lo normado en los artículos 163 y 165 del Reglamento de Disciplina del Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia, cuestión que debe ser resuelta por aplicación de normas y principios de derecho público, conclusión que no varía por el hecho de que deba acudir, para su solución, al método de integración analógica.*

**b) CASOS EXCLUIDOS:****1) Promovidos con anterioridad a la puesta en marcha del nuevo sistema:**

En primer término, esclareciendo los efectos de la puesta en marcha del nuevo sistema respecto de los procesos promovidos con anterioridad, la Suprema Corte re-

solvió que la competencia se determina con arreglo a las normas vigentes en oportunidad de iniciarse el proceso, y atendiendo al estado de cosas existente en dicha oportunidad, como asimismo que las leyes que pusieron en funcionamiento el fuero en lo contencioso administrativo carecen de efectos retroactivos.

- **B-68.327 “Savona, Claudia y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión Indemnizatoria”, res. del 24-VIII-05:** El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 27 de La Plata se declaró incompetente para conocer en una pretensión indemnizatoria, decisorio confirmado por la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de ese Departamento Judicial.

Al tomar intervención en autos la Suprema Corte destacó que no existe norma específica que autorice una remisión como la ordenada por el juez civil y comercial, sino todo lo contrario. La Constitución Provincial dispone que las causas iniciadas hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo deberán ser tramitadas en el órgano que posea la competencia —Suprema Corte— hasta su finalización (arts. 215 de la Const. Prov. y 78 inc. 1° de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—). Y si bien el presente no es un caso de la competencia originaria que el Tribunal tenía atribuida, una correcta exégesis de tal plexo normativo, impone concluir que se buscó evitar la remisión de las causas en trámite a los nuevos juzgados a crearse.

Por lo tanto, y considerando que la competencia se determina con arreglo a las normas vigentes en oportunidad de iniciarse el proceso, y atendiendo al estado de cosas existente en dicha oportunidad, como asimismo que las leyes que pusieron en funcionamiento el fuero en lo contencioso administrativo carecen de efectos retroactivos, no procede la remisión por incompetencia de los juicios iniciados con anterioridad al 15 de diciembre de 2003 a los nuevos juzgados en lo contencioso administrativo (art. 27 y concs. ley 12.074 —texto según ley 13.101— y Acuerdo n° 3034 del 18-XI-03 de esta S.C.J.B.A.; Podetti, J. Ramiro, “Tratado de la Competencia”, 1973, pág. 48 y sigs.; Palacio, Lino “Manual de Derecho Procesal Civil”, 1989, pág. 222; doct. causa B. 68.056 “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 3-XI-2004; A. 68.187, “Saénz Rozas”, res. del 20-IV-05; B. 68.241 “Salinas”, res. del 8-VI-05). De allí que, aun cuando el proceso de conocimiento haya sido iniciado con el objeto de hacer efectiva una pretensión indemnizatoria contra la Provincia de Buenos Aires por su responsabilidad “en ejercicio de funciones administrativas”, en tanto la competencia del fuero contencioso administrativo para decidir en estos juicios ha sido circunscripta por reglas expresas al supuesto señalado en los párrafos anteriores, los órganos jurisdiccionales que deben intervenir en esta clase de asuntos son los correspondientes al fuero civil y comercial (doctr. causa B. 68.077, “Arrúa González”, res. del 24-XI-04; B. 68.126, “Pavón”, res. del 25-II-05). Como ha señalado con acierto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la jurisdicción ejercida por órganos judiciales en conflicto es de la misma naturaleza —como ocurre en autos—, la oportunidad para el planteamiento de cuestiones de competencia reconoce la limitación establecida por las correspondientes disposiciones procesales, pues sin perjuicio del carácter de orden público de las normas que reglan aquélla, debe tenerse presente que la misma condición tienen los preceptos legales que tienden a lograr la pronta terminación de los procesos, cuando no se oponen a ello principios fundamentales que puedan impedirlo (Fallos 234:786, 256:780 y 307:569). No altera la solución arribada el carácter de improrrogable de la competencia en razón de la materia (art. 6, ley 12.008 —texto según ley 13.101—), toda vez que de esa cualidad no se sigue que el punto atinente a la jurisdicción pueda ser resuelto *ex officio* en cualquier estado del proceso, en tanto el principio contrario reconoce fun-

damentos superiores vinculados con la seguridad jurídica y la economía procesal (Fallos 254:470, 261:291 y 307:569, cit.). Por lo tanto, se resuelve que resulta competente para decidir en autos el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 27 de La Plata.

## 2) Pretensión fundada en normas laborales:

- **B-67.860 “Di Giorno, Ana B. c/ García, Raúl y otros s/ Despido y cobro pesos, res. del 09-VI-04:** La acción fue radicada originariamente por ante el Tribunal del Trabajo N° 3 del Departamento Judicial San Martín. El 14-10-03 el aludido Tribunal resolvió declarar su incompetencia en razón de la materia, en tanto surge del escrito de demanda y documentación acompañada que la Municipalidad de Tres de Febrero resulta co-demandada en autos con motivo del despido indirecto denunciado por la accionante. En consecuencia resolvió remitir las actuaciones al Juzgado en lo contencioso administrativo con dicha competencia material habilitado en el Departamento Judicial San Martín. El Titular del Juzgado en lo Contencioso administrativo del Departamento Judicial San Martín, al plantear el conflicto de competencia en los términos del artículo 7° apartado 1° de la ley 12.008 —texto según ley 13.101— pone de manifiesto que el caso no resulta originado por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de la Municipalidad demandada, considerando que la cuestión debatida es ajena a la materia, ya que se trata de un conflicto laboral que se encuentra regido por el derecho privado o por normas o convenios laborales (art. 4° inc. 1° C.P.C.A. ley 12.008 —texto según ley 13.101—).

La Suprema Corte, considerando la pretensión deducida —*indemnización por despido*—, los hechos expuestos en el escrito postulatorio —*la accionante se habría desempeñado como empleada del bufete ubicado en la sede del Centro Deportivo Municipal perteneciente a la Municipalidad de Tres de Febrero (Ce. De. M. n° 1), atendiendo al público, cobrando, atendiendo a proveedores, elaborando comidas, explotación que la Municipalidad habría otorgado a determinadas disciplinas deportivas (ver punto 2. Hechos — fs. 129 vta/130)— y el derecho invocado (arts. 242 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo; Decreto 264/02 y Decreto 256/03)—, dejan en evidencia que el caso resulta ajeno a la competencia contencioso administrativo, quedando comprendido en la excepción prevista por el inciso 1° del artículo 4° del C.P.C.A. ley 12.008 —texto según ley 13.101—. Por consiguiente, declara que resulta competente para conocer y decidir en autos el Tribunal del Trabajo N° 3 del Departamento Judicial San Martín.*

- **B-67.889 “López, Lidia Violeta c/ Asoc. Coop. Hospital Vicente López y otro s/ Despido”, res. del 07-VII-04:** La acción fue radicada originariamente por ante el Tribunal del Trabajo N° 3 del Departamento Judicial San Isidro. Al contestar la demanda la apoderada de la Municipalidad de Vicente López (co-demandada) planteó, entre otras excepciones, la incompetencia del Tribunal, sosteniendo que el vínculo que une a la Administración con sus agentes no es el de una relación laboral nacida de la ley del contrato de trabajo (20.744) sino que es una relación de empleo público normada por la ley 11.757 (punto II). Habiéndosele corrido traslado a la parte actora de la mentada excepción, sostuvo la competencia del Tribunal del Trabajo, aduciendo que las prestaciones realizadas por la actora fueron de índole laboral existiendo entre ella y las demandadas una relación de trabajo. El 04-12-03 el aludido Tribunal resolvió declarar su incompetencia en razón de la materia, en tanto la demandada resulta ser una persona de derecho público, que mantiene con sus agentes una relación de igual carácter, por lo que el objeto del servicio cumplido hace que su situación se encuentre regida por el derecho público local. El Titular del Juzgado en lo Contencioso administrativo

del Departamento Judicial San Isidro, al plantear el conflicto de competencia en los términos del artículo 7º apartado 1º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101— pone de manifiesto que no advierte relación o convenio que ligue, administrativamente, a la comuna co-demandada con la actora, afirmando, por otra parte, que no se desprende de la relación entre la Cooperadora co-demandada y la actora el ejercicio de función administrativa.

La Suprema Corte, considerando que la pretensión deducida —indemnización por despido—, los hechos expuestos en el escrito postulatorio —la accionante se habría desempeñado como empleada de la Asociación Cooperadora del Hospital de Vicente López, en carácter de empleada administrativa, categoría cajera 2 (ver punto II. Hechos— fs. 42 vta.) y el derecho invocado (arts. 62, 63, 68, 177, 178, 242, 243, 245 ley 21297, ley 25.013)—, dejan en evidencia que el caso resulta ajeno a la competencia contencioso administrativa, quedando comprendido en la excepción prevista por el inciso 1º del artículo 4º del C.P.C.A. ley 12.008 —texto según ley 13.101— (doct. causa B-67.860 “Di Giorno”, res. del 09-06-04), atribuyó la competencia al Tribunal del Trabajo.

- **B-68.109 “Torres, Carlos Jorge c/ Unidad Ejecutora Ferroviaria (Ministerio de Obras y Servicios Públicos), res. del 3-II-06:** En el caso la Corte reitera la doctrina: “La pretensión deducida —indemnización por despido—, los hechos expuestos en el escrito postulatorio —el accionante se habría desempeñado como supervisor de mantenimiento del área de transporte de la dotación Remedios de Escalada y como encargado de reparaciones— y el derecho invocado —arts. 242, 245 y concs. de la ley 20.744; ley 24.013, ley 25.877 y ley provincial 11.653— dejan en evidencia que el caso resulta ajeno a la competencia contencioso administrativa, quedando comprendido en la excepción prevista por el inciso 1º del art. 4º de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—.

### 3) Pretensión fundada en normas de derecho privado:

- **B-68.280 “De Nápole, Hugo L. c/ Banco Provincia”, res. del 27-VII-05:** Del relato efectuado por el actor en su presentación se desprende que la indemnización de daños y perjuicios solicitada tiene origen en una relación jurídica regida por el derecho privado. En efecto: en el caso se pretende responsabilizar al banco por un hecho propio del giro comercial de esa entidad financiera como es el cobro de una deuda por un contrato de mutuo, regulado por el Código Civil y por la ley 21.526, ajena a la función administrativa que desempeña el Banco de la Provincia de Buenos Aires y por lo tanto propia de la competencia de los juzgados en lo civil y comercial (arts. 166, Constitución Provincial; 1 y 4 inc. 1º, ley 12.008 —texto 13.101—; doct. causa B-68.125, “Esquelino”, res. del 23-II-05). Por lo tanto, se resuelve que resulta competente para decidir en autos el titular del Juzgado en lo Civil y Comercial.
- **B-68.293 “Gwizdala, Eduardo c/ Provincia de Bs. As.”, res. del 10-VIII-05:** Se pretende hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Banco de la Provincia de Buenos Aires por haber iniciado erróneamente una acción judicial por el cobro ejecutivo de un saldo deudor de una cuenta corriente que el actor tenía en la sucursal San Justo de esa entidad financiera, trabado un embargo sobre su propiedad y por haber informado de esa circunstancia a distintos registros públicos y privados. Del relato efectuado por el actor en su presentación se desprende que la indemnización de daños y perjuicios solicitada tiene origen en una relación jurídica regida por el derecho privado. En efecto: en el caso se pretende responsabilizar al banco por un hecho

propio del giro comercial de esa entidad financiera como es el cobro de una deuda por el saldo deudor de una cuenta corriente, regulado por la legislación comercial y por la ley 21.526, ajena a la función administrativa que desempeña el Banco de la Provincia de Buenos Aires y por lo tanto propia de la competencia de los juzgados en lo civil y comercial (art. 166, Constitución Provincial; 1 y 4 inc. 1º, ley 12.008 —texto 13.101—; doctr. causa B-68.125, “Esquelino”, res. del 23-II-05).

- **B-68.815 “Rijuca S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora”, res. del 20-IX-06:** La accionante demanda por los daños que se habrían verificado en el portón de ingreso al inmueble de su propiedad, objeto de un contrato de locación. La Suprema Corte, considerando que de la presentación inicial como de la documentación acompañada, se desprende que la demanda deducida tiende a hacer efectiva una pretensión indemnizatoria contra la Municipalidad por los daños irrogados a consecuencia del incumplimiento de un contrato de locación de inmueble regido por el derecho privado (arts. 1493, 1561 y sigs. C.C.), sin que surja que el daño irrogado haya sido consecuencia de la actuación u omisión en el ejercicio de funciones administrativas, resuelve que resulta competente el Juzgado Civil que previniera.

**c) Análisis:**

Los precedentes reseñados permiten la formulación de algunas consideraciones.

1) De los decisorios se desprende, como principio, la preponderancia del criterio “objetivo o material” de función administrativa, en tanto el dato determinante es que la conducta lesiva (hecho u omisión) haya sido con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa, sin atender al fundamento jurídico de la pretensión.

No cabe duda alguna que si el fundamento jurídico de la pretensión se halla en normas de carácter público, es decir ante supuestos de responsabilidad derivada de un marco contractual administrativo; de responsabilidad extracontractual lícita [basada en principios de derecho público, básicamente constitucionales (arts. 16, 17, 28 Const. Nac.) o de responsabilidad extracontractual ilícita, con apoyo en la “falta de servicio”, con sustento en el artículo 1112 del Código Civil, a tales efectos considerada —por la doctrina científica administrativa— norma de derecho público (de reenvío), la materia es contencioso administrativa.

Mas, según nuestro parecer, cabría analizar la posibilidad de una solución diferente cuando la pretensión tiene sustento en la aplicación directa del Código Civil (vgr. art. 1113, segunda parte —riesgo o vicio de la cosa—). Si el accionante pretende un resarcimiento fundado simplemente en la titularidad estatal de la cosa riesgosa (vgr. patrullero, autobomba o cualquier otro vehículo oficial), sin argumentarse la existencia de una “falta de servicio”, la circunstancia que el accidente se produzca con ocasión o en ejercicio de la función administrativa (materialmente considerada), no importa, sin más, que el régimen jurídico aplicable resulte “público”. En tales supuestos, tal pretensión debería ser atendida —como cualquier otro accidente de tránsito—, por el juez en lo civil y comercial, pues tal es el marco normativo que da respuesta al caso.

2) No obstante el principio antes enunciado, cabe señalar que —con una postura más apegada al criterio “normativo”— el Tribunal ha resuelto que resultan ajenos a la competencia contencioso administrativa los casos regidos por el derecho laboral o por el derecho privado (mutuos del Banco Provincia), habiendo sostenido tal posición aun frente al supuesto de la eventual responsabilidad del Banco Provincia, basada en la promoción indebida de un proceso ejecutivo por un error existente en la determinación de un saldo de cuenta corriente.

3) En definitiva, de los precedentes reseñados se desprende que el Alto Tribunal, en principio, se inclina por reconocer, en materia de responsabilidad del Estado, la competencia material contencioso-administrativa.

Sin perjuicio de la observación apuntada precedentemente, cabe destacar que el criterio actual resulta útil a fin que otorgar un marco de previsibilidad a los operadores jurídicos respecto a cuál es el órgano jurisdiccional competente en cada caso.

#### 5. Las relacionadas con la aplicación de tributos provinciales o municipales.

La relación jurídica tributaria, indudablemente, satisface las exigencias apuntadas al analizar la norma constitucional, para subsumir en la competencia contencioso-administrativa.

#### 6. Las relativas a los contratos administrativos.

##### a) CASOS INCLUIDOS

- B-66.654 “Municipalidad de Berazategui c/ Coviare S.A. s/ Incumplimiento de contrato. Daños y perjuicios”, res. del 23-VI-04: La Municipalidad de Berazategui acciona contra la empresa Coviare S.A. —concesionaria de la construcción, mantenimiento y explotación de la autopista La Plata-Buenos Aires— persiguiendo que se declare el incumplimiento de la accionada respecto de un convenio que ambas partes celebraron para llevar a cabo la realización de una obra vial, consistente en la ejecución de un distribuidor que permitiera la conexión del tránsito vehicular de Berazategui con la aludida autovía. Pretende, concretamente, se determine la inejecución contractual de la accionada y se la compulse a su cumplimiento. En caso contrario, se determine el valor de la obra a los fines de condenar a la accionada al pago de dichas cifras para poder llevar a cabo, por un tercero, la obra inconclusa. Por último, reclama el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la inobservancia del convenio.

El magistrado resolvió inhibirse considerando que la materia debatida era propia de la competencia originaria, que transitoriamente ejercía la Suprema Corte. Siendo indudable que la pretensión de la actora se sustenta en la falta de cumplimiento de un supuesto convenio de naturaleza administrativa (pues fue celebrado por la comuna actora, en el marco de un régimen de derecho público, con la finalidad de satisfacer un interés colectivo y dar cumplimiento a un cometido de igual índole), no caben dudas acerca de la naturaleza contencioso administrativa de la cuestión.

- B-67.752 - “Martiarena, Héctor c/ Munic. Gral. San Martín s/ Ejecutivo”, res. del 28-V-04.
- B-68.041 - “Insaurralde c/ Munic. Gral. San Martín s/ Ejecución de convenio”, res. del 6-X-04

El accionante, quien se desempeñaba en la empresa Alvarez y Patiño S.A. (que tenía a su cargo el servicio de recolección de residuos domiciliarios en el partido) promueve demanda contra la Municipalidad de Gral. San Martín, reclamando el cobro de una suma de dinero, en concepto de *incumplimiento de un acta-acuerdo que —según postula— la comuna demandada suscribió con el sindicato de choferes de camiones*, comprometiéndose a garantizar el pago de la totalidad de las sumas adeudadas al personal dependiente de la citada firma.

La Suprema Corte entendió que la celebración del acta-acuerdo resulta una inequívoca expresión del ejercicio de la función administrativa, por lo que es



claro que el presente es un caso que subsume en la cláusula general (art. 1 inc. 1 y 2).

- **B-68.040 “Municipalidad de General Pueyrredón c/ Amadis S.A. s/ pretensión indemnizatoria”, res. del 03-XI-04:** La Municipalidad de General Pueyrredón promueve, por ante la Justicia en lo Civil y Comercial, una *acción de repetición contra la firma Amadis S.A., con el objeto de hacer efectivo el pago correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de lo abonado por ella en los autos caratulados “González, y otros c/ Amadis S.A. y Munic. Gral Pueyrredón s/ Indemnización por despido”,* que tramitara por ante el Tribunal del Trabajo N° 1 de Mar del Plata, en la que fuera condenada solidariamente junto a la aquí demandada. El magistrado con competencia civil y comercial se declara incompetente, remitiendo los autos al Juzgado en lo Contencioso administrativo, por considerar que la acción de repetición intentada encontraría sustento en la relación contractual de carácter administrativo que mantuvieron la Municipalidad de General Pueyrredón con la firma Amadis S.A. (concesionaria de playas públicas). La titular del Juzgado Contencioso administrativo N° 2 no aceptó la declinación de competencia por entender que la demanda de repetición no trasunta actuación u omisión de la comuna en el ejercicio de funciones administrativas, sino que, por el contrario, se trata de una acción civil regida por el derecho privado.

A criterio de la Suprema Corte del relato efectuado por la accionante en su presentación, como de la documentación acompañada, se desprende que el crédito invocado tiene origen en el cumplimiento, por parte de la comuna, de una sentencia impuesta por un Tribunal del Trabajo, por la cual se condenó solidariamente a la Municipalidad de General Pueyrredón y a Amadis S.A. a abonar una indemnización a un grupo de guardavidas, y que la relación entre el municipio y la demandada surge como consecuencia de un contrato administrativo de concesión de playas públicas y lo dispuesto en la Ordenanza 7994/90. Por tanto, el caso corresponde a la competencia contencioso administrativa.

#### b) CASOS EXCLUIDOS

- **B-68.093 “Tres Comas S.A. c/ Munic. de Lomas de Zamora s/ Materia a categorizar”, res. del 22-XII-04:** La accionante promueve demanda pretendiendo el cobro de los alquileres adeudados por la Municipalidad de Lomas de Zamora, como consecuencia de un contrato de locación de inmuebles —regido por el derecho privado—. La Suprema Corte considerando que de las cláusulas del contrato en cuestión surge la existencia de una convención regulada por el derecho privado, que no manifiesta el ejercicio de función administrativa, atribuye su conocimiento al fuero en lo civil y comercial.
- **B-68.575 “Rodríguez Bruno, Deolinda c/ Pcia. Bs. As. y otro s/ materia a categorizar”, res. del 30-VIII-06:** La accionante pretende el pago de una suma de dinero en concepto de seguro de vida por el fallecimiento de su concubino. El Alto Tribunal Provincial, considerando que del relato de la accionante se desprende que la acción tiene por objeto el cobro de una suma de dinero en concepto de indemnización por el fallecimiento de su concubino (deuda originada en concepto del contrato de seguro de vida colectivo regido por la ley 17.418), atento la existencia de una convención regulada por el derecho privado que no manifiesta el ejercicio de la función administrativa, determina que la competencia corresponde al Juzgado Civil y Comercial.
- **B-68.603 “Obra Social Ferroviaria c/ Poder Ejecutivo y otro s/ materia a categorizar”, res. del 06-IX-06:** La accionante promovió demanda de

desalojo motivado en el incumplimiento por parte del Ministerio de Salud y Acción Social del pago de los alquileres adeudados. La Suprema Corte, considerando que la acción impetrada tiene por objeto el desalojo del inmueble que ocupaba la Provincia en virtud de un contrato de locación regido por el derecho privado, resuelve que resulta competente el Juzgado Civil y Comercial.

- **B-68.561 “Reppucci, José Miguel c/ Dirección de la Comedia de la Pcia. Bs. As. y otros”, res. del 6-IX-06:** El accionante reclama el pago de los alquileres adeudados desde el mes de agosto de 2004 hasta el desalojo (febrero 2005).

La Corte, considerando que del relato efectuado por el actor, así como de la documentación acompañada, se desprende que el crédito reclamado tenía su origen en el cumplimiento de un contrato de locación de inmueble regido por el derecho privado, que no manifiesta ejercicio de la función administrativa, determina que la competencia corresponde al Juez Civil y Comercial.

- **B-68.811 “Harguinteguy, Francisco c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 20-IX-06:** La pretensión deducida consiste en la cancelación a través de la consignación en pago del monto de una deuda que el accionante tiene con el Banco de la Provincia de Buenos Aires, a consecuencia de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

La Suprema Corte considerando que el Código Civil establece que el pago por consignación se practicará a través del depósito judicial de la suma que se debe (art. 756) y regula los casos, requisitos y efectos que tiene esta forma de cancelación de deuda (arts. 757 a 763). Que en ese marco, la pretensión esgrimida en la especie por el actor contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires —pago de una suma de dinero por un contrato regulado por el derecho privado—, es propia del giro comercial de la entidad financiera, ajena a la función administrativa que desempeña el banco referido y por lo tanto propia de la competencia de los juzgados en lo civil y comercial (arts. 166, Constitución Provincial; 1 y 4 inc. 1º, ley 12.008 —texto 13.101—; doct. causas B-68.125, “Esquelino”, res. del 23-II-05 y B-68.293 “Gwizdala”, res. del 10-VIII-05). En efecto, no surge de autos que el objeto de la pretensión de la actora se deduzca en un caso originado por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas (arts. 166 de la Constitución de la Provincia y 1 de la ley 12.008 —texto según ley 13.101—).

Siendo así, es posible presumir en esta instancia, y al solo efecto de determinar qué juez deberá entender en los presentes actuados, que el caso es ajeno a la competencia de los juzgados en lo contencioso administrativo.

### C) Análisis:

Como se desprende del desarrollo precedente, en materia contractual el Tribunal se ha atenido mucho más al criterio “normativo” a efectos de fijar la competencia material.

#### **7. Las que promuevan los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el Derecho Administrativo.**

En el nuevo sistema los entes públicos estatales también pueden asumir la condición de demandantes, pretendiendo contra acciones u omisiones de otras personas que ejerciten funciones administrativas en tanto lesionen sus intereses. Incluso podrán

promover una pretensión impugnatoria contra sus propios actos si los considerase ilegítimos (es la denominada, en otros ordenamientos, acción de lesividad).

Con todo, no cabe perder de vista que los "conflictos interadministrativos" tienen otro cauce de solución y quedan, por tanto, excluidos de la competencia contencioso administrativo (art. 4 inciso 3º del C.P.C.A. ley 12.008 —texto según ley 13.101—).

### **8. Las relacionadas con la ejecución de tributos provinciales.**

#### **A) Análisis**

1) La ley 13.101 que reformara el Código Procesal Contencioso Administrativo, ley 12.008, incorporó como materia contencioso administrativa la ejecución de tributos provinciales, excluyendo las ejecuciones fiscales de origen municipal, cuya decisión continuó a cargo de los Juzgados en lo Civil y Comercial o de Paz letrados (art. 3º Decreto Ley 9122 —texto según ley 13.101—).

Tras la reforma introducida a la ley 12.074 por la ley 13.405, la competencia de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo se ve extendida en esta temática, ya que no sólo será Tribunal de alzada en los procesos que tramiten por ante los juzgados en lo contencioso administrativo, sino que entenderá, en grado de apelación, en todos las ejecuciones de créditos fiscales de naturaleza tributaria.

No obstante, no puede perderse de vista que aún no ha sido puesto en marcha el nuevo fuero de ejecuciones tributarias, razón por la cual el esquema anterior sigue vigente.

En efecto, conforme lo resolviera el Alto Tribunal en la causa B-69.034 "Cámara de Apelación en lo contencioso administrativo La Plata. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial —Sala II— Quilmes s/ Conflicto de competencia en autos "Municipalidad de Berazategui c/ Roumieu, Miguel s/ Apremio", res. del 21-III-07, en la que la comuna perseguía el cobro de la tasa municipal por alumbrado, barrio, limpieza, servicios sanitarios y conservación de la vía pública, "... la cuestión relativa a la competencia para decidir en los juicios de apremio, luego de la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, puede suscitar dudas en tanto se trata de casos susceptibles de ser encuadrados en los amplios términos en los que se ha establecido la cláusula general que define la materia contencioso administrativa (arts. 166, Constitución de la Provincia y 1, ley 12.008; doctr. causas B-67.796 "Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires"; B-67.800, "Caja de Previsión Social para Abogados"; B-67.836, "Cooperativa Eléctrica y Servicios Anexos", resoluciones todas del 19-V-2004). Para disipar estas dudas el legislador, al fijar los límites de la competencia de los jueces del nuevo fuero especializado, ha dispuesto que a éstos les corresponde resolver en materia de ejecuciones tributarias provinciales iniciadas por vía de apremio, pero no en los que el crédito cuyo cobro se procura no es de naturaleza tributaria y en los juicios de apremio que promuevan las municipalidades, supuestos en los cuales ha previsto expresamente la competencia de los jueces en lo civil y comercial (arts. 2 inc. 8º, ley 12.008 —texto según ley 13.101— y 3, decreto ley 9.122/78 —texto según ley 13.101—). De allí que, aun cuando se trate asuntos genéricamente comprendidos en la materia tributaria (art. 2 inc. 5º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—), en tanto la competencia del fuero contencioso administrativo para decidir en los juicios de apremio ha sido circunscripta por reglas expresas al supuesto señalado en el párrafo anterior, los órganos jurisdiccionales que deben intervenir en este tipo de ejecuciones son los correspondientes al fuero civil y comercial. En otros términos: los únicos procesos de apremio cuya decisión ha sido confiada a los jueces en lo contencioso administrativo son aquellos en los que se persigue el cobro de tributos provinciales, es decir, de sumas que en concepto de impuestos, tasa o contribuciones han de ingresar al patrimonio de la Provincia. En este caso el juicio ha sido iniciado por una Municipalidad que persigue el cobro de una tasa municipal, por lo que el objeto de la ejecución, inequívocamente, no

es un “tributo provincial” sino un “tributo municipal”. Agregó que ello no se ve alterado por la sanción de la ley 13.435 que crea el “Fuero de Ejecuciones Tributarias” con competencia en las ejecuciones de los créditos fiscales por tributos, sus accesorios y sus multas de la Provincia o Municipalidades contra sus deudores (art. 1º), toda vez que no habiendo hasta el momento entrado en funcionamiento tales órganos es aplicable lo establecido en el artículo 6º de la citada ley. Allí se dispone que “los jueces actualmente competentes de cada departamento judicial —en el caso el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 del Departamento Judicial Quilmes y la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de ese departamento judicial— continuarán recibiendo y tramitando las ejecuciones de créditos de la Provincia y de las Municipalidades hasta la puesta en funcionamiento de los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias” (cfr. causa B-68.962 “Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata”, res. del 14-II-2007”).

2) Según mi parecer, la incorporación de las ejecuciones tributarias como materia contencioso administrativa no parece ajustada a la manda constitucional, en tanto éstas no suponen un caso originado por la actuación u omisión en el ejercicio de funciones administrativas sino, en puridad, un caso promovido ante la omisión del contribuyente respecto al pago de los mentados tributos.

A dicha razón cabe adunar una de orden práctico: la mayoría de las causas iniciadas por ante los Juzgados en lo Contencioso Administrativo han sido —precisamente— los apremios provinciales (aproximadamente un 70% del total), causas que podrían tener una mayor agilidad si se distribuyeran en el fuero en lo civil y comercial (atento la mayor cantidad de estos órganos jurisdiccionales por Departamento Judicial), permitiendo a los aludidos juzgados concentrarse en la amplia competencia material asignada.

3) De todos modos, la aludida asignación a favor de los Juzgados en lo contencioso administrativo es transitoria.

En efecto, como ya señaláramos, mediante ley 13.435 (B.O.P. 09-I-06) se ha creado el “Fuero de Ejecuciones Tributarias”, provinciales y municipales, compuesto por un juzgado de primera instancia en cada departamento judicial, excepto en la Ciudad de La Plata en que tendrán asiento dos.

No obstante, la cuestión subsiste en relación a la competencia que en grado de apelación se les asigna a las Cámaras de Apelación.

#### b) Excepciones:

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reseñar seguidamente algunos decisorios de la Corte por los que excluyó apremios de la competencia contencioso administrativa:

#### Cobro por servicios u obras públicas:

- B-67.835 “Cooperativa de Electricidad y Servicios Anexos Zona Sur Pdo. 25 de Mayo Ltda. c/ Tironi, Silvero s/ Apremio”, res. del 26-V-04: Mediante la promoción de un apremio la Cooperativa de Electricidad de la Zona Sur del Partido de 25 de Mayo Limitada, que ejecutara una obra de pavimentación —obra pública contratada por la administración municipal—, persigue el cobro de una suma de dinero contra el accionado, en su carácter de titular registral de un inmueble frentista.

La Suprema Corte, considerando —tal como lo resolviera en la causa B-67.836 “Coop. Electr. y Serv. Anexos Sur Pdo. 25 de Mayo Ltda. c/ Amadeo, Oscar s/ Apremio”, res. del 19-05-04—, que los únicos procesos de apremio cuya decisión ha sido confiada a los jueces en lo contencioso admi-

nistrativo son aquellos en los que se persigue el cobro de tributos provinciales, es decir, de sumas que en concepto de impuestos, tasas o contribuciones han de ingresar al patrimonio de la Provincia, decide que el caso resulta ajeno a la competencia atribuida a los aludidos órganos jurisdiccionales.

- **B-67.964 “Gigas S.R.L. contra Vizgarra, Irma s/ Cobro Ejecutivo”.** 11-VIII-04: La firma Gigas S.R.L. inició un juicio de apremio para hacer efectiva una deuda por un certificado de obra del tendido de la red de gas natural en la Municipalidad de General Sarmiento. Afirma que habiendo intimado a los vecinos en atención a lo dispuesto en los arts. 45 y 46 de la Ordenanza 165/73, la demandada no pagó su deuda. El proceso fue iniciado ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 9 del Departamento Judicial de San Martín, órgano que resolvió declararse incompetente por considerar que la materia involucrada en el caso se encuadraba en las previsiones de los artículos 1 inc. 1° y 2 inc. 2° de la ley 12.008, remitiendo los autos al Juzgado en lo Contencioso Administrativo de ese Departamento Judicial. El juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de San Martín resolvió declararse incompetente por considerar que la acción intentada tiene por objeto hacer efectiva una deuda por conceptos que no son de naturaleza tributaria provincial. Agregó que el art. 3° del decreto ley 9122/78 y la ley 12.008 excluyen de la competencia del fuero contencioso administrativo en materia de apremios la ejecución de las deudas municipales (fs. 15/16).

La Suprema Corte, considerando que recientemente había resuelto que la cuestión relativa a la competencia para decidir en los juicios de apremio, luego de la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, puede suscitar dudas en tanto se trata de casos susceptibles de ser encuadrados en los amplios términos en los que se ha establecido la cláusula general que define la materia contencioso administrativa (arts. 166, Constitución de la Provincia y 1, ley 12.008; doct. causas B-67.796 “Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires”; B-67.800 “Caja de Previsión Social para Abogados”; B-67.836 “Cooperativa Eléctrica y Servicios Anexos”, resoluciones todas del 19-V-2004), destacó que para disipar estas dudas el legislador, al fijar los límites de la competencia de los jueces del nuevo fuero especializado, ha dispuesto que a éstos les corresponde resolver en materia de ejecuciones tributarias provinciales iniciadas por vía de apremio, pero no en los que el crédito cuyo cobro se procura no es de naturaleza tributaria, supuestos en los cuales ha previsto expresamente la competencia de los jueces en lo civil y comercial (arts. 2 inc. 8°, ley 12.008 —texto según ley 13.101— y 3, decreto ley 9122/78 —texto según ley 13.101). De allí que —añadió—, aun cuando se trate asuntos genéricamente comprendidos en la materia tributaria (art. 2 inc. 5°, ley 12.008 —texto según ley 13.101—) o, como en este caso, en los que es parte una persona pública no estatal que puede entenderse actúa en ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo (art. 2 inc. 2°, ley 12.008 —texto según ley 13.101—), en tanto competencia del fuero contencioso administrativo para decidir en los juicios de apremio ha sido circunscripta por reglas expresas al supuesto señalado en el párrafo anterior, los órganos jurisdiccionales que deben intervenir en este tipo de ejecuciones son los correspondientes al fuero civil y comercial. En otros términos: *los únicos procesos de apremio cuya decisión ha sido confiada a los jueces en lo contencioso administrativo son aquellos en los que se persigue el cobro de tributos provinciales, es decir, de sumas que en concepto de impuestos, tasa o contribuciones han de ingresar al patrimonio de la Provincia.* En este caso lo que la empresa Gigas S.R.L. pretende cobrar por la vía ejecutiva del apremio es el precio de una obra pública de tendido de gas natural contratada por la administración municipal, de modo tal que, indudablemente, no se trata de un “tributo provincial” en los términos señalados

en el párrafo anterior, circunstancias que, por sí, basta para determinar que el caso resulta ajeno a la competencia atribuida a los órganos jurisdiccionales del fuero contencioso administrativo (cfr. doct. causas B. 67.836 “Cooperativa de Electricidad”, res. 19-V-04, B. 67.880 “Cooperativa de Elect. y Serv. Zona Sur del Departamento de 25 de Mayo Ltda.”, res. 7-VII-04). Por lo expuesto, resuelve que resulta competente para decidir en autos el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 9 del Departamento Judicial de San Martín.

La misma doctrina sostuvo, posteriormente, en las causas B-67.902, “Cooperativa Eléctrica Ltda. de Norberto de la Riestra” res. del 4-VIII-04 y B-68.062, “Cooperativa Eléctrica Ltda. de Norberto de la Riestra” res. del 3-XI-04.

#### Cobro de multas

- **B-67.798 “Ministerio de Trabajo Prov. Bs. As. c/ Clínica Güemes s/ Apremio”, res. del 26-V-04:** Mediante la promoción de un apremio el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires persigue el cobro de una suma de dinero contra la Clínica Güemes, en carácter de multa aplicada en ejercicio de la policía del trabajo —ley 10.149 y Decreto reglamentario N° 6409/84—.

La Suprema Corte, considerando que —tal como lo resolviera en la causa B-67.796 “Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires c/ Clínica Güemes s/ Apremio” res. del 19-05-04—, los únicos procesos de apremio cuya decisión ha sido confiada a los jueces en lo contencioso administrativo son aquellos en los que se persigue el cobro de tributos provinciales, es decir, de sumas que en concepto de impuestos, tasas o contribuciones han de ingresar al patrimonio de la Provincia, decide que el caso resulta ajeno a la competencia atribuida a los aludidos órganos jurisdiccionales.

Otros precedentes en la materia que sostienen la doctrina: B-67.996 “Fisco Provincial c/ Sabartes”, res. del 1-IX-04; B-68.073 “Fisco Provincial c/ Beynor S.R.L.”, res. del 10-XI-04; B-68.533 “Fisco Provincial c/ Formatos Eficientes”, res. del 22-III-06.

#### Ejecuciones promovidas por los colegios o cajas profesionales

- **B-68.255 “Caja de Seguridad Social para profesionales en Ciencias Económicas c/ Municipalidad de Moreno”, res. del 15-VI-05.** El Alto Tribunal sostuvo que la cuestión relativa a la competencia para decidir en los juicios de ejecución, como el de la especie, luego de la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, puede suscitar dudas en tanto se trata de casos susceptibles de ser encuadrados en los amplios términos en los que se ha establecido la cláusula general que define la materia contencioso administrativa (arts. 166, Constitución de la Provincia y 1, ley 12.008; doct. causas B. 67.796 “Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires”; B. 67.800, “Caja de Previsión Social para Abogados”; B. 67.836, “Cooperativa Eléctrica y Servicios Anexos”, resoluciones todas del 19-V-04). Para disipar estas dudas el legislador, al fijar los límites de la competencia de los jueces del nuevo fuero especializado, ha dispuesto que a éstos les corresponde resolver en materia de ejecuciones tributarias provinciales iniciadas, pero no en los que el crédito cuyo cobro se procura no es de naturaleza tributaria, supuestos en los cuales ha previsto expresamente la competencia de los jueces en lo civil y comercial (arts. 2 inc. 8°, ley 12.008 —texto según ley 13.101— y 3, decreto ley 9122/78 —texto según ley 13.244—).

De allí que, aun cuando se trate de asuntos genéricamente comprendidos en la materia tributaria (art. 2 inc. 5º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—) o, como en este caso, en los que es parte una persona pública no estatal que puede entenderse actúa en ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo (art. 2 inc. 3º, ley 12.008 —texto según ley 13.101—), en tanto la competencia del fuero contencioso administrativo para decidir en los juicios de ejecución ha sido circunscripta por reglas expresas al supuesto señalado en el párrafo anterior, los órganos jurisdiccionales que deben intervenir en este tipo de ejecuciones son los correspondientes al fuero civil y comercial (doctr. causa A. 68.212, “Caja de Previsión y Seguro Médicos”, res. del 11-V-05).

*En otros términos: los únicos procesos de apremio cuya decisión ha sido confiada a los jueces en lo contencioso administrativo son aquellos en los que se persigue el cobro de tributos provinciales, es decir, de sumas que en concepto de impuestos, tasa o contribuciones han de ingresar al patrimonio de la Provincia. A mayor abundamiento debe remarcarse que la norma atiende, a su vez, a los juicios de este tipo iniciados por el Fisco Provincial, detalle diferencial con la presente contienda. Esta solución no varía en la especie por encontrarse instrumentada la deuda en dos certificados de cancelación de deuda municipal emitidos en el marco de la ley 11.756, ni por ser una comuna la accionada.*

Por tales razones resuelve que resulta competente para decidir el Juzgado en lo Civil y Comercial.

- Tal doctrina se reiteró en la causa B-68.367, “Caja de Previsión Social para Abogados” res. del 12-X-05.

**9. Las que versen sobre limitaciones al dominio por razones de interés público, servidumbres administrativas y expropiaciones.**

La reforma al Código dispuesta por la ley 13.101 incluyó en la materia contenciosa —sustrayéndola de la civil y comercial— los casos de limitaciones a la propiedad privada en el interés público.

En ello sigue la buena doctrina, en tanto tales limitaciones son regidas por el derecho administrativo (art. 2611 del Código Civil).

**La enunciación anterior es meramente ejemplificativa. No implica la exclusión del conocimiento por los Tribunales Contencioso administrativos de otros casos regidos por el derecho administrativo.**

Finalmente, conforme surge de la letra de la parte final del artículo, son casos contencioso administrativos aquellos regidos por el derecho administrativo.

Nos permitimos reiterar que el legislador, adoptando partido ante la generosidad de la cláusula constitucional, asumió como criterio definitorio de la función el régimen jurídico aplicable. Si bien, como quedó dicho, existen otros criterios a efectos de determinar el concepto de función administrativa, la opción escogida no parece arbitraria ni irrazonable, por lo que no advertimos vicio respecto de su constitucionalidad.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2007  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e.l. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA



# LA LEY



347