[CIJur] Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires

Cuaderno Temático de Dictámenes 2022

# LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SUS TRES RAMAS

Cuaderno Temático de Dictámenes 2022

# LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SUS TRES RAMAS

# Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

De tal suerte, los letrados que participan en su elaboración son quienes en una virtual interpretación auténtica intervienen en la selección y organización del material de los cuadernos que edita el Centro de Información Jurídica del MPBA.

De allí también que en el Cuaderno Temático de Dictámenes va precedido de una breve nota introductoria explicativa de su contenido.

En los Cuadernos se ponen de relieve temáticas transversales a las distintas ramas del derecho, primordialmente de orden constitucional y procesal. No cabe duda, asimismo, que las áreas especiales que sustantivizan las Salas de Relatoría (penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar) también proyectan su particular impronta y fisonomía respecto de la solución que se propicia para el remedio extraordinario implicado.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

# Nota Introductoria

En este Cuaderno se han seleccionado diversos dictámenes que se han considerados más paradigmáticos, emitidos por el titular del organismo, en relación a la legitimación procesal del Ministerio Público en sus tres ramas.

Se trata de una publicación que agrupa y sistematiza las opiniones emitidas en sus dictámenes, por el Procurador General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en relación a la intervención procesal del Ministerio Público Fiscal (en materia penal y en materia no penal), de la Defensa y, de los Asesores de Incapaces.

Dicha sistematización se ve reflejada en el índice, con títulos y subtítulos correspondientes, donde se encuentra primeramente una introducción al tema, luego, en algunos casos, una sinopsis del dictamen, con la transcripción de los fragmentos que exponen el desarrollo jurídico del derecho bajo estudio, los cuales pueden no llevar el orden original que se encuentra en el documento y; luego se consigna el texto completo del dictamen.

# [ Índice ]

## LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SUS TRES RAMAS

**1.Legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal (en materia penal y en materia no penal)** ..... 19

**1.1. Intervención procesal del MPF, en materia penal** ..... 21

**1.1.1. Suspensión de juicio a prueba. Violencia de Género. Oposición del Ministerio Público Fiscal. Solicitud de elevación a juicio. Instrumentos internacionales. Obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Sentencia arbitraria. Legitimación para recurrir del Ministerio Público Fiscal** ..... 21

**Dictamen P 135.995-1** "Dra. María Laura Elvira D´Gregorio -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N.° 108.231 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a B., A. D.", fecha: 14 de septiembre de 2022 ..... 33

**1.1.2. Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil** ..... 22

**1.1.2.1. Auto de responsabilidad penal del fuero penal juvenil. Sentencia arbitraria. Recurso casatorio. Interpuesto por el Ministerio Público Fiscal. Procedencia** ..... 23

**Dictamen P 135.734-1** "Jorge Armando Roldán-Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.° 101518 del Tribunal de Casación Penal, sala II", fecha: 5 de septiembre de 2022 ..... 47

**1.1.2.2. Libertad condicional. Menor de edad. Recurso deducido por la señora Agente Fiscal del fuero minoril. Procedencia** ..... 23

**Dictamen P 126.187-1** "Marsiglio, María de los Ángeles -Fiscal- s/ rec. ext. inap. de ley", fecha: 9 de octubre de 2015 ..... 57

**1.2. La intervención en materia no penal del Ministerio Público Fiscal** ..... 23

**1.2.1. Acción de impugnación de filiación de estado. Vista al Agente Fiscal** ..... 26

**Dictamen C 123.575-4** "G., E. J. y ots. s/ reclamación de estado", fecha: 4 de diciembre 2020 ..... 57

**1.2.2. Sucesión testamentaria, en las condiciones previstas por el ordenamiento procesal vigente; (art. 728 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial); cuyo artículo determina que el Ministerio Público cesará de intervenir una vez aprobado el testamento, dictada la declaratoria de herederos, o reputada vacante la herencia** ..... 26

**Dictamen C 119.213-1** "L., R. J. s/ sucesión testamentaria", fecha: 9 de mayo de 2017 ..... 99

**1.2.3. Procesos relativos a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, de conformidad con los arts. 52 y 54 de la ley 24.240 y 27 de la ley 13.133** ..... 26

**1.2.3.1. Trámite del secuestro prendario, regulado por el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962. Protección del consumidor. Normas protectorias de los derechos del consumidor** ..... 26

**Dictamen C 124.147-1** "Toyota Compañía Financiera de Argentina S.A. s/ Propedo, Sebastián Ezequiel s /acción de secuestro (art. 39 ley 12.962)", fecha: 15 octubre de 2021 ..... 107

**1.2.3.2. Relación de consumo financiero o de crédito para consumo. Participación obligada del Ministerio Público Fiscal. Omisión incurrida de dar intervención al funcionario fiscal. Régimen protectorio del consumidor. Nulidad de lo actuado** ..... 27

**Dictamen C 123.763-1** "I. H. J. E. c / D. R. P. s/cobro ejecutivo", fecha: 14 de julio de 2021 ..... 123

**1.2.3.3. Intervención obligada del Ministerio Público Fiscal. Funciones y alcance de la intervención del MP** ..... 29

**Dictamen C 124.384-1** "A. M. B. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ daños y perjuicios. incumplimiento contractual", fecha: 19 de abril de 2021 ..... 133

**1.2.3.4. Intervención del Ministerio Público. Actuación obligatoria como fiscal de ley** ..... 30

**Dictamen A 74.951** "Pereyra, Germán y otros c/ Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima -ABSA- s/ amparo colectivo", fecha: 13 de febrero de 2019 ..... 151

**1.2.3.5. Dictamen C 121.127-1** "T., C. A. y otro c/ D. A S.A. s/ cumplimiento de contratos civiles comerciales", fecha 17 de marzo de 2017 ..... 209

**1.2.3.6. Derechos del consumidor. Ministerio Público. Intervención** ..... 31

**Dictamen C 119.562-1** "C., M. C. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico", fecha: de fecha 7 de octubre 2015 ..... 209

**1.2.3.7. Dictamen C 119.253** "Camderros, Lidia M. y ot. c/ Francés Administradora de Inversiones S. A, y ot. s/ daños y perjuicios", fecha: 24 de octubre de 2014 ..... 209

**1.2.4. Acción inconstitucionalidad. Intervención del Ministerio Público para que dictamine** ..... 32

**Dictamen I 75.278-1** "Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Procónsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad decreto 401/2017", fecha: 30 de julio 2020 ..... 209

**2. Legitimación del Ministerio Público de la Defensa** ..... 233

**2.1. Fueros Civil y Comercial, de Familia** ..... 235

**2.1.1. Ámbito de actuación propio del área de la Defensa Pública. Los alcances de su intervención en el trámite de los procesos judiciales seguidos ante los fueros civil y comercial, laboral. Representación del "ausente procesal". Ejercicio de la defensa del "ausente" que revista el carácter de legitimado pasivo o demandado. Principio dispositivo** ..... 235

**Dictamen C 123.033-1** "V., S. B. c/ V. M. I. s/ revisión de cosa juzgada", fecha: 29 de abril de 2019 ..... 239

**2.1.2. Legitimación procesal del Defensor Oficial ante la incomparecencia de herederos. Expropiación de los bienes. Ausente procesal** ..... 237

**Dictamen C 121.810-1** "R., H. O. c/ Fisco de la Prov. de Buenos Aires s/ expropiación inversa", fecha: 23 de noviembre 2017 ..... 239

**2.2. Fuero Penal** ..... 237

**Dictamen P 132.188-2** "C., C. A. s/ recurso extraordinario de nulidad", fecha: 06 de septiembre de 2019 ..... 239

**2.3. Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil** ..... 238

**Dictamen P 134.355-1** "Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/queja en causa N.º 52.327 del Tribunal de Casación Penal, sala I", fecha: 25 de octubre de 2021 ..... 239

**3. La intervención del Ministerio Público. Asesores de Incapaces** ..... 251

**3.1. Fueros Civil y Comercial, de Familia** ..... 253

**3.1.1. Asesora de Incapaces. Representante del menor. Cuestiones federales. Interés superior del niño. Derecho de defensa. Intervención. Deberes y facultades. Omisión. Nulidad. Actuación del Ministerio Público esencial y legitima. Convención de los Derechos del Niño. Artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional** ..... 253

**Dictamen C 124.857-1** "C. C. D. c/ G. S. B. y otro/a s/ daños y perj. autom. c/les. o muerte (exc.Estado)", fecha: 28 de noviembre de 2022 ..... 269

**3.1.2. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Apoyos. Nuevo tratamiento Código Civil y Comercial de la Nación. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** ..... 256

**Dictamen C 124.337-5** "M. C., C. d . l. A . s/ determinación de la capacidad jurídica", fecha: 8 de junio de 2021 ..... 281

**3.1.3. Intervención de los Asesores de Incapaces, en el marco de los procesos vinculados con la presunta comisión del delito de usurpación y/o en los procesos de desalojos en los que se dispongan medidas de reintegro del inmueble que puedan afectar los derechos o intereses de personas menores de edad** ..... 256

**Dictamen C 119.405-1** "Viviendas 18 de Julio Sociedad Civil c/ N., D. R. s/ desalojo por falta de pago", fecha: 27 de febrero de 2019 ..... 299

**3.1.4. Legitimación de la Asesora para recurrir. Justicia. Acceso. Derechos constitucionales. Derecho a la tutela judicial efectiva** ..... 257

**Dictamen C 122.321-1** "F.R. s/ determinación de la capacidad jurídica", fecha: 31 de octubre de 2018 ..... 309

**3.1.5. Recurso extraordinario de inaplicabilidad. Asesor de Incapaces. Legitimación para actuar. Funciones del Asesor de Menores. Menores. Intereses. Intervención del Ministerio Público Tutelar. Nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada** ..... 257

**Dictamen C 122.102-1** "Asesoría de Incapaces uno Lomas de Zamora c/ N. J. L. s/acciones de impugnación de filiación" de fecha 26 de abril de 2018 ..... 321

**3.1.6. Queja. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Intervención necesaria del Ministerio Público Tutelar. Se retrotrae el estado de la causa. Falta de intervención del Asesor de Incapaces** ..... 260

**Dictamen C 121.209-1** "Herederos de C., L. A. S.A. y ot. s/ cobro ordinario de sumas de dinero", fecha: 27 de noviembre 2017 ..... 331

**3.1.7. Tribunal de Familia. Violencia Familiar. Víctimas menores de edad. Asesora de Menores. Solicitud de medidas cautelar en resguardo del grupo familiar** ..... 262

**Causa Ac. 99.204** «O., N. N. s/ protección contra la violencia familiar", fecha: 18/09/2006

**3.2. Fuero Laboral** ..... 262

**3.2.1. Falta de notificación al Ministerio Público Pupilar. Nulidad de oficio. Legitimación del Ministerio Público para impulsar el proceso. Obligación de notificación. Representante promiscuo de los menores** ..... 262

**Dictamen L 83.196** "D. G. , R. y otros contra P. S.A. y otros s/ cobro de pesos, accidente in itinere", fecha: 26 de diciembre de 2002 ..... 353

**3.3. Participación de la Asesoría de Incapaces en causas penales** ..... 263

**3.3.1. Asesor de Menores e Incapaces. Intervención necesaria. Deberes y Facultades. Rol del Asesor de Incapaces. Actuación del Ministerio Público. Menores. Derechos y garantías** ..... 263

**Causa P 133.483-1** "P., K. -Particular Damnificada- s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.º 76.292 del Tribunal Casación Penal, Sala V", fecha: 23 de agosto del 2021 ..... m

**3.3.2. Legitimación de la Asesora de Menores. Naturaleza procesal de la cuestión. Intervención del representante promiscuo de los menores de edad** ..... 265

**Dictamen P 131.370-1** " R., J. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 29 de octubre de 2018 ..... 361

**3.3.3. Dictamen P 128.556-1** "G., G. Particular Damnificada s/ recurso de queja", fecha: 1 de noviembre de 2017 ..... 395

**3.3.4. Asesora de Menores. Legitimación activa para peticionar y recurrir. Amenazas en el contexto de violencia familiar. Interpone recurso de avocación ante la Suprema Corte. Derechos fundamentales. Corpus iuris internacional. Inaplicabilidad de la mediación penal a los casos de violencia** ..... 266

**Dictamen P 118.953,** "Dra. SCHERMAN, Ida Ariana s/ solicita intervención inmediata de la Suprema Corte. avocación", fecha: 09/10/2012 ..... 407

**Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes; en los casos pertinentes, los datos personales de las partes han sido anonimizados**

# INTRODUCCIÓN

Conforme lo regulado por ley 14442 (ley del Ministerio Público) el *"Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales*" (art.1), está encabezado *"por el Procurador General quien ejerce la superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público conforme el artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires"*[1] *y " se compone por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa como áreas funcionalmente autónomas"* (art.2), el mismo "*es parte integrante del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de sus funciones, su organización es jerárquica y está regida por los principios de: unidad, flexibilidad y descentralización*"(art 3).

**1**. Conf. El artículo 189 de la Carta Magna provincial "*El Ministerio Público será desempeñado por el procurador [...] ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público.*"

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

# LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En materia penal y en materia no penal

# 1.Legitimación procesal del Ministerio Público Fiscal (en materia penal y en materia no penal)

## 1.1. Intervención procesal del MPF, en materia penal

A partir de la reforma procesal penal en la provincia de Buenos Aires, introducida por la ley 11922 (B.O.23/01/1997), el Ministerio Fiscal aparece dentro del nuevo esquema con un papel altamente protagónico, a quien le corresponde la titularidad del ejercicio de la acción penal pública. En tal sentido, su intervención se perfila y define por una clara actividad en representación de los intereses generales tutelados por el ordenamiento penal.

Acentúa al respecto, el art. 56[1] del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos que el Ministerio Público es el encargado de promover y ejercer la acción penal de carácter público y, se establece en su art. 267[2] que la Investigación Penal Preparatoria está a cargo del MPF según las disposiciones de la ley y la reglamentación que se dicte.

Surgiendo así, la ley orgánica del Ministerio Público 12061 (B.O.09/01/1998), que posteriormente fuera derogada por la ley 14442 (B.O. 26/02/2013). En dicha ley el Ministerio Público Fiscal encuentra regulada sus funciones, siendo el encargado de promover y ejercer la acción pública penal, recibir denuncias, practicar la investigación penal preparatoria, intervenir como parte acusadora en los juicios que se llevan a cabo, decidir la intervención de la Policía Judicial y dirigir a la Policía en función judicial, interpone los recursos de ley.

### 1.1.1. Suspensión de juicio a prueba. Violencia de Género. Oposición del Ministerio Público Fiscal. Solicitud de elevación a juicio. Instrumentos internacionales.

1. **artículo 56 del CPP (Texto según Ley 13943)** "El *Ministerio Público promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria.* "

2. **artículo 267 del CPP** "*La Investigación Penal Preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, según las disposiciones de la ley y la reglamentación que se dicte, debiendo el Fiscal proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos que aparezcan cometidos en la circunscripción judicial de su competencia.*
*Si fuere necesario practicar diligencias fuera de su circunscripción, podrá actuar personalmente o encomendar su realización a quien corresponda. ...*"

**Obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Sentencia arbitraria. Legitimación para recurrir del Ministerio Público Fiscal**

**Dictamen P 135.995-1** "Dra. María Laura Elvira D´Gregorio -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N.° 108.231 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a B., A. D.", fecha: 14 de septiembre de 2022

### 1.1.2. Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil

La Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1990, otorgándole en 1994 rango constitucional. Los niños, niñas y adolescentes poseen, además de los derechos reconocidos a las personas adultas, un plus de protección procedente de su condición especial.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 13634 (B.O.02/02/2007), por la cual se establecen los Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, complementaria de la ley N.° 13298 (B.O. 27/01/2005), de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños), y creó un proceso penal juvenil similar al proceso de adultos, modificando la estructura del proceso penal seguido a las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a los estándares internacionales.

Incorporó principios jurídicos y garantías constitucionales, siguiendo los principios rectores de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Se reemplazó el paradigma tutelar por el paradigma de la protección integral de los derechos del niño.

Conforme al principio de especialización, en el artículo 18 la ley 13634 establece que el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil estará integrado por una serie de órganos que cuentan especialidad en la materia, como lo son: los Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil, los Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil, los Juzgados de Garantías del Joven y el Ministerio Público del Joven (compuesto por Fiscales y Defensores Oficiales que intervienen en todas las etapas del proceso).

#### 1.1.2.1. Auto de responsabilidad penal del fuero penal juvenil. Sentencia arbitraria. Recurso casatorio. Interpuesto por el Ministerio Público Fiscal. Procedencia

**Dictamen P 135.734-1** "Jorge Armando Roldán-Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.º 101518 del Tribunal de Casación Penal, sala II", fecha: 5 de septiembre de 2022

Al dictaminar se sostuvo que "de acuerdo a una interpretación sistemática y armónica del régimen procesal penal juvenil y de mayores (por ser esta la norma supletoria), resulta irrazonable exigir, para interponer el recurso de casación contra una decisión del fuero juvenil, esperar al dictado de la pena para dar admisibilidad al recurso del Ministerio Público Fiscal".

Como así que, "esa interpretación provocaría una extensa tramitación de la etapa recursiva, circunstancia que no puede ser avalada. Nótese que contra el auto de responsabilidad penal juvenil la defensa también tiene habilitada la vía recursiva (por ser sentencia equiparable a definitiva) pudiendo articular los recursos que considere pertinentes contra ese auto".

Se añadió que, "en definitiva, la razonable y armónica interpretación de los arts. 1, 61, 62, 448 y 452 del CPP, llevan a sostener que, contra el auto de responsabilidad penal juvenil, tanto la defensa como la fiscalía pueden articular recursos; así, sólo una vez sellados los aspectos que incluyen aquel auto -por falta de impugnación de ambas partes- queda habilitada la discusión de la pena".

#### 1.1.2.2. Libertad condicional. Menor de edad. Recurso deducido por la señora Agente Fiscal del fuero minoril. Procedencia

**Dictamen P 126.187-1** "Marsiglio, María de los Ángeles -Fiscal- s/ rec. ext. inap. de ley", Fecha: 9 de octubre de 2015

### 1.2. La intervención en materia no penal del Ministerio Público Fiscal

Asimismo, la ley del Ministerio Público establece que son deberes y atribuciones del Agente Fiscal, en lo pertinente: "En materia civil, comercial, laboral y de justicia de paz, dictaminar en aquellos supuestos previstos por las leyes, cuando se

manifestare afectación del interés público con gravedad institucional, o requerir medidas en defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad" (artículo 29, inciso 4°, de la Ley N.° 14.442).

Antes de efectuar el desarrollo del compilado de dictámenes emitidos por la Procuración General, vinculados a su legitimación procesal y sus competencias extrapenales del Ministerio Público Fiscal, corresponde hacer mención a la Resolución N.º 315/18 de la Procuración General, al Acuerdo N.° 3957/19 de la SCBA, así como también a la Resolución SC N.° 1578/21 la Suprema Corte de Justicia, con la asistencia del Procurador General.

**Resolución N.° 315/183 de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, de fecha 27 de abril de 2018**

Mediante el dictado de la norma de referencia, el Procurador General en su carácter de titular del Ministerio Público y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, visto las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, la Ley N.° 14.442, con el propósito

---

3. **Resolución PG315/2018, artículo 1 "...**

**a.** *procesos cuyas pretensiones remitan a la defensa del ambiente y de los recursos naturales; del patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico (artículos 41 de la Constitución Nacional; 28 y 44 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y normas reglamentarias; Ley nacional N.° 25.675; Ley provincial N.° 11.723 y normas concordantes).*

**b.** *procesos concernientes a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, en la etapa inicial de la causa (antes de expedirse el juez en torno a la competencia o, en su caso, una vez trabada la litis), y antes del dictado de la sentencia que resuelve el fondo del asunto (artículos 42 de la Constitución Nacional; 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Ley nacional N.° 24.240 -art. 52- y Ley provincial N.° 13.133 -arts. 27 y 30-).*

**c.** *procesos que involucren actos de disposición sobre el propio cuerpo o lo atinente a la ablación e implante de Órganos o materiales anatómicos (artículo 56 del Código Civil y Comercial y Ley nacional N.° 24.193).*

**d.** *procesos en los que se debatan cuestiones de familia: acciones de estado; nombre; declaración de ausencia; oposición y nulidad matrimonial (artículos 62 a 72, 80, 411 inciso "c" y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación).*

**e.** *procesos sucesorios, en las condiciones previstas por el ordenamiento procesal vigente (artículo 728, inciso 1°, del Código Procesal Civil y Comercial).*

**f.** *procesos concursales y de quiebras, en los términos del artículo 276 de la Ley N.º 24.522.*

**g.** *planteos atinentes a la determinación de la competencia; cuestiones de conexidad y acumulación de procesos.*

**h.** *planteos concernientes a la inconstitucionalidad de normas.*

**i.** *planteos de prescripción, en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio.*

**j.** *planteos relativos a la habilitación de la instancia judicial, en los casos de los expedientes que tramitan ante el fuero contencioso administrativo.*

**k.** *excusaciones y recusaciones de jueces.*

**l.** *excepciones previas: en los casos de incompetencia, litispendencia y cosa juzgada (artículo 345, incisos 1°, 4° y 6°, respectivamente, del Código Procesal Civil y Comercial).*

**m.** *ejecución de multas, en los términos del artículo 35 inciso 3 del Código Procesal Civil y Comercial.*

**n.** *cualquier otra intervención prevista en las leyes vigentes."*

avanzar, de acuerdo a los recursos disponibles, en el fortalecimiento de las áreas del Ministerio Público Fiscal involucradas en la competencia extrapenal, de especial relevancia en orden a la defensa de los derechos y garantías de los habitantes de la provincia de Buenos Aires, a tal fin, y habiéndose advertido disparidad de criterios en orden a las materias en que interviene actualmente el Ministerio Público Fiscal en estos ámbitos, corresponde adoptar medidas que procuren uniformar y coordinar estas cuestiones en todos los departamentos judiciales.

En este sentido, el Procurador General, a través del artículo 1 de la norma, instruyó a los fiscales generales integrantes del Ministerio Público Fiscal a intervenir en los supuestos previstos por el artículo 29, inciso 4°, de la Ley N.° 14.442, en las materias que se señalan en el mismo (6), cualquiera sea la naturaleza de la acción interpuesta.

**Acuerdo N.° 3957 de la SCBA, de fecha 27 de noviembre de 2019**

La Suprema Corte de Justicia, mediante el acuerdo de referencia decidió limitar las disposiciones de la antes mencionada Resolución N.° 315/18 del Procurador General, declarando la nulidad parcial de ésta.

Y atento a lo sostenido en sus considerandos de acuerdo a lo dispuesto en su art.1, declara la nulidad de los artículos 1° -incisos “a”, “b”, “c’ , “g’”, “h”, “i”, “j”, “k”, “l” y “m”- y 2° de la Resolución de la Procuración General N° 315/18.

**Resolución SC N.º 1578/21** la Suprema Corte de Justicia, con la asistencia del Procurador General, estableció mediante la resolución de referencia, los supuestos de intervención procesal en materia no penal del Ministerio Público Fiscal.

Por su orden, mediante el artículo 1 de la Resolución determinó que la intervención procesal en materia no penal del MPF se suscitará en los supuestos, señalados en el mismo[4], de conformidad con las normas que la rigen.

---

**4. Resolución SC N.1578/21 artículo 1°: “***La intervención procesal en materia no penal del Ministerio Público Fiscal se suscitará en los siguientes supuestos, de conformidad con las normas que la rigen:*
En los procesos en los que se debatan cuestiones de familia vinculadas a acciones de estado, nombre, declaración de ausencia y oposición y nulidad matrimonial, en los términos de los arts. 62 a 72, 80, 411 inc. “c”, 608 inc. “d”, 617 inc. “c”, 714 in fine y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación;
En los procesos sucesorios, en las condiciones previstas por el ordenamiento procesal vigente; (art. 728 inc. 1° del Código Procesal Civil y Comercial);

### 1.2.1. Acción de impugnación de filiación de estado. Vista al Agente Fiscal.

**Dictamen C 123.575-4** "G., E. J. y ots. s/ reclamación de estado", fecha: 4 de diciembre 2020

### 1.2.2. Sucesión testamentaria, en las condiciones previstas por el ordenamiento procesal vigente; (art. 728 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial); cuyo artículo determina que el Ministerio Público cesará de intervenir una vez aprobado el testamento, dictada la declaratoria de herederos, o reputada vacante la herencia

**Dictamen C 119.213-1** "L., R. J. s/ sucesión testamentaria", fecha: 9 de mayo de 2017

### 1.2.3. Procesos relativos a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, de conformidad con los arts. 52 y 54 de la ley 24.240 y 27 de la ley 13.133

#### 1.2.3.1. Trámite del secuestro prendario, regulado por el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962. Protección del consumidor. Normas protectorias de los derechos del consumidor

**Dictamen C 124.147-1** "Toyota Compañía Financiera de Argentina S.A. s/ Propedo, Sebastián Ezequiel s/acción de secuestro (art. 39 ley 12.962)", fecha: 15 octubre de 2021

El Procurador General en la intervención que le cupo, de conformidad con la vista conferida, en los términos de lo prescripto por el art. 283 del Código Procesal

---

En los procesos concursales y de quiebras, según lo establece el art. 276 de la ley 24.522;
En los procesos relativos a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, de conformidad con los arts. 52 y 54 de la ley 24.240 y 27 de la ley 13.133.
***artículo 2:*** *El Ministerio Público Fiscal podrá intervenir en los procesos debidamente inscriptos en el registro creado por el Acuerdo 3660, en los que se litiguen derechos de incidencia colectiva en general, concernientes a la protección del ambiente o a la tutela de usuarios de servicios públicos y de infraestructuras públicas, en los siguientes supuestos:*
Frente al desistimiento o abandono de la acción colectiva, con el objeto de pronunciarse y decidir fundadamente acerca de la eventual continuidad de las actuaciones, en sustitución de la parte actora;
Ante la conciliación o transacción en el proceso colectivo, a fin de dictaminar acerca de la validez y procedencia del acuerdo presentado para homologación, teniendo en consideración el interés público comprometido y el del colectivo afectado.
***artículo 3:*** *En los procesos en los que se controvierta la constitucionalidad de una ley, que tramiten sin la participación del órgano competente para la defensa de su validez, siempre que no se afectare la celeridad y economía de las tramitaciones, estuvieran en juego derechos no disponibles y se tratare de cuestiones jurídicas complejas o novedosas, el juez del tribunal, a su sana discreción, podrá solicitar la intervención del Ministerio Público Fiscal para que dictamine acerca de la cuestión constitucional debatida.*
***artículo 4:*** *Lo establecido en los artículos precedentes no excluyen otras formas de intervención previstas específicamente en las leyes vigentes."*

Civil y Comercial, consideró que la Suprema Corte debería hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, casar consecuentemente, el pronunciamiento de grado y, asumiendo la competencia positiva que le acuerda el art. 289 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial, declarar la inaplicabilidad del trámite de secuestro prendario regulado por el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962, a la relación de consumo que se tuvo por verificada en autos, determinando el cauce procesal en la que habrá de reconducir la acción el acreedor a los fines de asegurar la bilateralización del proceso y el cumplimiento de las exigencias impuestas por el art. 36 de la ley 24.240.

Las consideraciones vertidas dejan en evidencia, la procedencia del remedio procesal interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal de Mercedes en tanto ha logrado demostrar eficazmente que la sentencia objeto de impugnación viola los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva de los consumidores a la par que desconoce el principio protectorio consagrado en el art. 42 de la Constitución nacional al privilegiar la aplicación al caso del art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962, sin llevar a cabo la tarea de integrarlo con los arts. 1, 2, 3, 4, 36, 37 y 65 de la Ley de Defensa del Consumidor y 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial.

#### 1.2.3.2. Relación de consumo financiero o de crédito para consumo. Participación obligada del Ministerio Público Fiscal. Omisión incurrida de dar intervención al funcionario fiscal. Régimen protectorio del consumidor. Nulidad de lo actuado

**Dictamen C 123.763-1** "I. H. J. E. c / D. R. P. s/cobro ejecutivo", fecha: 14 de julio de 2021

El Procurador General en la intervención que le cupo, en las presentes actuaciones, de conformidad con la vista conferida, consideró efectivamente el contenido argumental del escrito de protesta cotejado, en lo pertinente, con los datos proporcionados por la MEV en orden a la cantidad de ejecuciones en trámite promovidas por el señor H. J. E. I. en el departamento judicial de La Plata, lo persuade de que el título objeto de la presente ejecución resulta, *prima facie*,

representativo de una relación de consumo financiero o de crédito para consumo.

En esa inteligencia, habiendo ratificado luego de la compulsa de las actuaciones físicas remitidas, que el Ministerio Público Fiscal no fue convocado en todo el curso del proceso a los fines de brindarle la oportunidad de ejercer las funciones que los arts. 52 de la ley nacional 24.240 y 27 del Código de Implementación de los Derechos de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Buenos establecido por la ley 13.133 le encomiendan, corresponde que la Procuración General a su cargo asuma la intervención que la ley le ha conferido con el propósito de subsanar o sanear en esta etapa tardía la falencia incurrida por los magistrados de las instancias ordinarias, al privar al funcionario fiscal competente de la posibilidad de cumplir con su misión de custodia del orden público y fiscal del ordenamiento jurídico en su integridad.

Es en ejercicio de la legitimación invocada que, ocurrió a plantear la nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir de la providencia dictada con fecha 28 de diciembre de 2016, por la que fuera ordenado el libramiento de mandamiento de intimación, ejecución y embargo, incluida la ulterior sentencia de trance y remate, dictada el 19 de octubre de 2017, en tanto los mencionados actos procesales fueron emitidos por la sentenciante de origen sin dar previa audiencia al representante del Ministerio Público Fiscal, a los fines de que asuma las funciones derivadas de su rol de fiscal de la ley con la que lo invisten los arts. 52 de la ley nacional 24.240 y 27 de la ley local 13.133.

Consecuentemente, consideró que la Suprema Corte debería decretar la nulidad de todo lo actuado en estas actuaciones a partir de la irregularidad del trámite mencionada (arts. 1, 3, 36, 52 y 65, ley 24.240 y 27, Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, ley provincial 13.133 citados), haciendo lugar con el alcance indicado al recurso extraordinario de nulidad deducido por la ejecutada.

### 1.2.3.3.Intervención obligada del Ministerio Público Fiscal. Funciones y alcance de la intervención del MP

**Dictamen C 124.384-1** "A. M. B. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ daños y perjuicios. incumplimiento contractual", fecha: 19 de abril de 2021

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida (conf. arts. 278, 279 y cctes. C.P.C.C.B.A), estimó que el remedio incoado no puede prosperar en tanto que la crítica desarrollada por el impugnante en su prédica, partiendo de una subjetiva interpretación de los alcances del Acuerdo 3957/19 de esa Suprema Corte, desoye en forma absoluta el mandato legal que al respecto consagran ambos plexos tuitivos de consumidores y usuarios -nacional y provincial- a través de lo normado por los arts. 52 de la Ley 24.240 y 27 de la Ley 13.133, en cuanto determinan en forma coincidente que el Ministerio Público "actuará obligatoriamente como fiscal de la ley", tal como fuera decidido por el órgano de alzada en el pronunciamiento impugnado, regulaciones que -vale la pena destacar- conservan a la fecha del presente dictamen plena vigencia, la que tampoco puede verse empañada por el dictado del Acuerdo 3957/19 por esa Suprema Corte provincial.

Dicha previsión normativa derivaba del orden público comprometido en los procesos en los que se controvirtieran derechos de consumidores y usuarios, ponderando para ello la legitimación que el artículo 1° de la ley del Ministerio Público provincial le atribuye a la institución para el cumplimiento de su función de custodia de los intereses de la sociedad y de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

En ocasión de emitir el Acuerdo 3957/19 y disponer la nulidad de algunas de las disposiciones contenidas en la Resolución P.G. 315/18, la Suprema Corte limitó la mentada invalidez -en lo que a esta parcela de intervención del Ministerio Público Fiscal se refiere- sólo en cuanto determinaba las oportunidades de participación que se pretendieron reglamentar a través del inciso "b" del artículo 1° de la mentada Resolución P.G. 315/18, mas no a la necesaria participación de los representantes fiscales legalmente establecida a través de disposiciones normativas cuya vigencia permanece incontrovertida.

### 1.2.3.4. Intervención del Ministerio Público. Actuación obligatoria como fiscal de ley

**Dictamen A 74.951, "**Pereyra, Germán y otros c/ Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima -ABSA- s/ amparo colectivo" fecha: 13 de febrero de 2019

Reza el dictamen, en lo que se refiere a la intervención del Ministerio Público en este tipo de litigio, que la ley 13.133 ("Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios"), en su artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley, en forma concordante lo establecido en el artículo 52 de la ley nacional 24.240.

La intervención por parte del Ministerio Público, no tiene como objeto representar al interés meramente individual o particular, presuntamente perjudicado en la relación de consumo, ni tampoco su actuación obedece a hacerlo en representación o como coadyuvante en favor de alguna asociación de consumidores sobre las que hace referencia el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, sino que responde a la defensa de intereses de carácter colectivo y en la protección del orden público y de la ley, como así en resguardo del debido proceso en el que se encuentra involucrado un derecho de incidencia colectiva (arts. 1, 21 incs. 7 y 24 de la ley 14.442; 27 de la ley 13.133 y 240 del CCC; SCJBA, B 60.013, "*Fiscal de Estado* ", res., 27-04-1999; B 59.100, "*Alemano* ", res., 05-05-1998; Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. arts. 3°, III y VIII, par. 3 a 5; 8; 14 y 32; Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, "*Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor*", La Ley 2010-C, 1281, capítulo cuarto).

A la impronta penal con la que la sociedad vincula a los Fiscales, puede agregársele una faceta más proactiva y protectoria de los bienes y los derechos de incidencia colectiva de la comunidad sumado al de un Ministerio Público como magistratura de control a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad (CSJNA, "*Fallos*", "*Cacciatore, Osvaldo Andrés y otros*", T. 311:593;1988, su dictamen y citas; "*Lamparter*", T. 315:2255;1992, consid. sexto y superadores de las limitaciones por entonces sostenidas por sus votos, en dicha

causa, ídem consid. sexto; "*Flores*", T. 319:1855; 1996, consid. tercero; v. Dictamen PGN in re "*Unión de Usuarios y Consumidores*", 30-09-2009; "*Fiscalía de Investigaciones Administrativas*", T. 336:2293; 2013, consid. noveno; "*Yan*", 341:413; 2018, consid. tercero, sobre la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal, entre otros).

### 1.2.3.5. Dictamen C 121.127-1 "T., C. A. y otro c/ D. A S.A. s/ cumplimiento de contratos civiles comerciales", fecha 17 de marzo de 2017

### 1.2.3.6. Derechos del consumidor. Ministerio Público. Intervención

**Dictamen C 119.562 "**C., M. C. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico", fecha: de fecha 7 de octubre 2015

En relación al tema en estudio, en el presente ante la vista conferida, la ex Procuradora General, consideró oportuno, que antes de proceder a dar respuesta a dicha convocatoria, "reiterar el criterio de este Ministerio Público en los supuestos como el de autos, en los que, pese a que alguna de las partes ha fundado sus pretensiones en las normas de defensa del consumidor, no se ha dado la debida y oportuna intervención -legalmente obligatoria a sus representantes en las instancias de grado en su carácter de Fiscal de la ley (doctrina de los dictámenes emitidos en las causas C. 118.270, C. 119.060, C. 119.253, C. 119.304, C. 114.208, C. 116.847, e.o.), más precisamente en la actuación ante el órgano de Alzada, trámite en el que únicamente se ha procedido a girar las actuaciones después de dictado el pronunciamiento de mérito, al sólo efecto de su notificación...".

En este orden de ideas, se remarcó que dicha inobservancia - falta de intervención del MPF-, debiera ser evitada en un futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades, pero especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia.

### 1.2.3.7. Dictamen C 119.253 "Camderros, Lidia M. y ot. c/ Francés Administradora de Inversiones S. A, y ot. s/ daños y perjuicios", fecha: 24 de octubre de 2014

En lo que hace al objeto de estudio del presente dictamen, advierte el Organismo que pese a las previsiones del artículo 52 de la Ley N° 24.240 (11), en la causa no se

le había dado la intervención que dicha normativa prevé por parte del Ministerio como fiscal de la ley.

A continuación, sostiene que, en razón de ello y pese a la gravedad de la omisión, y tal como se lo ha venido sosteniendo en dictámenes cuyas circunstancias de hecho resultan análogas al presente, razones de economía procesal mueven a la Procuración a tomar intervención en el presente, en el estado en que se encuentra, evitando justamente a la parte que podría tutelar el plexo protectorio invocado, mayores dilaciones e inconvenientes

En tal sentido, manifiesta la importancia de evitar la inobservancia de su intervención para prevenir eventuales nulidades, y especialmente, para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado. (12)

### 1.2.4. Acción inconstitucionalidad. Intervención del Ministerio Público para que dictamine

**Dictamen I 75.278-1** "Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Procónsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad decreto 401/2017", fecha: 30 de julio 2020

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 135.995-1

**“Dra. María Laura Elvira D´Gregorio -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N.° 108.231 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a B., A. D.”, fecha: 14 de septiembre de 2022**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Dra. María Laura Elvira D´-Gregorio -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 108.231 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV, seguida a B., A. D."

**P 135.995-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala IV del Tribunal de Casación Penal rechazó -por inadmisible- el recurso de la especialidad articulado por la Fiscal General del Departamento Judicial Necochea, doctora Analía Duarte, contra la decisión de la Cámara de Apelación y Garantías de ese departamento judicial que confirmó la suspensión de juicio a prueba en favor de A. D. B. (v. sent. de 23/VI/2021).

**II.**

Frente a ello, la Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, doctora María Laura E. D´Gregorio, dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que fue declarado admisible por el intermedio (v. res. de 4/XI/2021).

**III.**

La recurrente denuncia que la inadmisibilidad declarada al recurso de casación oportunamente incoado significó el total desconocimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado.

Apunta que en autos se otorgó y confirmó la suspensión de juicio a prueba en favor de B., imputado por el delito de amenazas calificadas. Que tal beneficio no resultaba procedente habida cuenta que los delitos imputados al encausado se sucedieron en un contexto de violencia de género, contexto que los sentenciantes optaron por negar pese a encontrarse fundada en dichacircunstancia la oposición del Ministerio Público Fiscal a la aplicación de tal instituto.

Recuerda la descripción de la materialidad ilícita que el Fiscal asentó en la requisitoria de elevación a juicio donde destacó como uno de los elementos de prueba la denuncia formulada por la víctima de autos donde refirió que dos años antes de lo ocurrido su hija (S. A. G., de 20 años de edad) había terminado su noviazgo con el imputado y que la relación entre ellos había sido muy conflictiva, a punto tal que S. llegó a solicitar una restricción de acercamiento contra B. y le fue oportunamente otorgada.

Aduna que al momento de oponerse a la suspensión del juicio a prueba, el Fiscal de la causa hizo hincapié en los casos de violencia de género que circundaban los hechos atribuidos a B., reiterando la solicitud de elevación a juicio, pese a todo lo cual, el titular del Juzgado de Garantías n° 2 del Departamento Judicial Necochea la concedió con el argumento de la corta edad de B. y la inexistencia de antecedentes penales, imponiéndole la realización de un tratamiento terapéutico y manteniendo la prohibición de acercamiento tanto hacia la denunciante como a su hija y su domicilio, por un perímetro inferior a los 200 metros.

Tal decisión es la que viene recurriendo ese Ministerio Público Fiscal hasta esta instancia extraordinaria.

Repasa las razones por las que el Tribunal de Casación Penal declaró inadmisible el recurso homónimo y denuncia que el revisor dictó una sentencia arbitraria, carente de la debida fundamentación, apartada de las constancias de la causa y desconocedora de preceptos y obligaciones asumidas por el Estado argentino.

Previo repasar los antecedentes del caso, la recurrente reafirma que el contexto de violencia de género alegado resultó probado. En ese sentido, recuerda que el imputado ejerció violencia física en varias oportunidades contra quien fue su novia (S., menor de edad en aquel entonces), hija de la víctima de autos.

Aditó, que la señora R. fue quien impulsó a su hija para que formule las denuncias correspondientes contra B. por las violencias sufridas, pero que éste fue sobreseído en razón de su minoría de edad, no así por haberse probado la inexistencia de los delitos denunciados.

Postula que ese contexto descripto fue el que debió ponderarse en los distintos órganos jurisdiccionales para decidir -contextualizadamente- si existió o no violencia de género en los hechos denunciados, cuestión asentada por el Fiscal en cada oportunidad procesal que tuvo; ello, pese a achacársele lo contrario.

Alega que entonces no es correcta la aseveración del *a quo* que tildó de "hecho aislado en el tiempo" (al igual que los camaristas) lo vivido por la hija de la denunciante con el imputado previo al hecho del *sub lite*, siendo que la circunstancia de haber transcurrido tres años desde los ataques relatados hasta las amenazas que motivaron estos autos en nada modifican el contexto de violencia de género en el cual se desenvolvió toda la relación, que en definitiva se coronó con la proliferación de amenazas agravadas sufridas, evidenciándose la relación directa entre éstas y todo lo anteriormente vivenciado con B.

Así, que el hecho de que la víctima sea una mujer, la madre de la ex pareja del imputado, quien impulsó en su oportunidad a su hija a culminar aquella relación violenta y denunciar a B., debe ser especialmente ponderado al momento de dilucidar si estamos o no ante un hecho de violencia de género.

Entiende que los sentenciantes también acompañaron este razonar, pese a otorgar el beneficio. Que ello resultó patente con la

circunstancia de que tanto el juez garante como los camaristas dispusieron la prohibición de acercamiento ya referida, y tal decisión no pudo tener sustento lógico si hubiesen entendido los hechos violentos de la relación del imputado con la hija de la víctima como meros hechos aislados en el tiempo sin vinculación alguna con el ilícito de autos.

A las respuestas recibidas de los sentenciantes en punto a la falta de desequilibrio de poder para tener por no acontecida la violencia de género, la recurrente alega que negarlo deviene imposible, puesto que el imputado se presentó en horas de la madrugada en el domicilio de una mujer que se encontraba sola y durmiendo, golpeando fuertemente la puerta para que ésta salga, mostrándole un cuchillo que llevaba consigo y pidiéndole que salga para hablar. Que tal relato muestra a las claras esa desigualdad y dominación por parte de B. contra la señora R., dominación que sólo pudo ser superada por el oportuno arribo de las fuerzas policiales que terminaron por aprehender al imputado y secuestrar el arma que portaba.

Reafirma que los organismos jurisdiccionales no pueden desconocer el contexto de violencias y padecimientos de la víctima de autos y el de su hija a manos del imputado. Que la imposición de la prohibición de acercamiento a ambas mujeres evidencia el contexto violento que al mismo tiempo es negado, lo que -reitera- obsta afirmar que se trató de un hecho aislado.

De otro lado, tilda de irrazonable la afirmación del intermedio en punto a que el Fiscal no alegó en su requisitoria de elevación a juicio el contexto de violencia de género, puesto que surge de las constancias de la causa que tal acto del acuse contó con dicha referencia.

Suma, que sin perjuicio de haber referido la circunstancias violentas que circundaban al caso, al momento de efectuar la requisitoria de elevación a juicio no existía pedido alguno por parte de la defensa de aplicar el instituto de suspensión del juicio a prueba, pero que amén de ello, el Fiscal indicó que eventualmente se expediría en relación a las condiciones

previas de su otorgamiento en la audiencia pertinente, audiencia que fue celebrada luego y en la que el acusador -ante el primer pedido de la defensa del instituto- expresó su negativa al otorgamiento por entender que el hecho importaba un supuesto de violencia de género.

Por ello concluye que existiendo una requisitoria de elevación a juicio y una fundada oposición a suspenderlo, contenedoras ambas de las referencias de un contexto de violencia de género, mal puede achacársele el desprendimiento de las constancias de la causa.

De seguido, aborda en detalle el contenido de los instrumentos internacionales que interpretan los lineamientos de la violencia de género y la eventual responsabilidad internacional del Estado al convalidar decisiones de esta índole (art. 7 de la Convención deBelem do Pará; Recomendación general n° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).

Gráfica y resume todo lo dicho en la circunstancia de que no puede olvidarse que la señora R. (denunciante y víctima de autos) es la tercera vez que lleva a B. ante la justicia por hechos de violencia cometidos contra ella y contra la humanidad de su hija, sin recibir respuesta alguna de los órganos jurisdiccionales ni arribar siquiera a un juicio oral y público.

Por último, sostiene que la realización del juicio oral resultaba absolutamente necesaria en el caso y que la decisión de conceder el instituto de la suspensión de juicio a prueba y la consecuente e inevitable extinción de la acción penal cumpliendo los requisitos establecidos allí no solo propaga la impunidad del agresor, sino que además impide conocer lo sucedido. Cita en apoyo el fallo “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**IV.**

Sostendré el recurso interpuesto porla Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal (arts. 21 inc.8, ley 14.442 y 487, CPP).

A los argumentos desarrollados por la impugnante, que comparto y hago propios, añadiré lo siguiente.

Advierto liminarmente que el argumento basal utilizado por el Tribunal de Casación Penal para inadmitir el recurso de su especialidad fue aquel vinculado con la inexistencia de un contexto de violencia de género estrechamente vinculado con las amenazas agravadas que dieran origen a los presentes actuados; ello, puesto que de haber aceptado tal hipótesis, los restantes argumentos esbozados por el *a quo* perderían virtualidad.

Por tal circunstancia, creo necesario comenzar recordando los términos de la acusación que la Fiscal de la causa volcó en su requisitoria de elevación a juicio.

El Ministerio Público Fiscal indicó que "*[...] el día 25 de Octubre de 2020, siendo aproximadamente las 7:00 hs. el sr. A. D. B., de 18 años de edad, se hizo presente en inmediaciones del domicilio de calle ... n° ... de ..., quien se encontraba temblando y exaltado, previo a golpear la puerta de dicho domicilio, desde el exterior del mismo, y llevando un cuchillo de 20 cm de largo con mango de madera en uno de los bolsillos del pantalón, a viva voz manifestó que quería hablar y que saliera, dirigiendo sus palabras hacia la titular de la residencia, sra. A. N. R., quien fuera suegra del sr. B., como así también le refirió: 'Quiere que le muestre algo?', llevando su mano hasta el bolsillo donde tenía el cuchillo, oportunidad en que la señora R., conmovida en ánimo por la situación y atemorizada de recibir algún tipo de agresión se comunicó al Servicio de Emergencias 911. Posteriormente, se hace presente en el lugar personal del Comando de Patrullas de Necochea quienes, previo utilización de la fuerza mínima e indispensable, materializan la identificación, aprehensión y ulterior traslado del ciudadano B. hasta el asiento de sede policial*".

Así, a partir de estos hechos enrostrados a B., es que se asienta todo el camino recursivo que llega hasta esta sede, derrotero que ha sido acabadamente descripto por la recurrente.

De todas maneras creo necesario apuntar sintética y ordenadamente los ejes argumentales a partir de los cuales el Tribunal de Casación Penal decidió la inadmisibilidad del recurso homónimo, a saber:

1.Que la impugnación dirigida por el Ministerio Público Fiscal contra el otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba no encuadra en los supuestos de recurribilidad previstos en el artículo 450 del Código Procesal Penal.

2.Que se encuentra abastecido en autos la doctrina conocida como "doble conforme", aplicable no solo a la parte imputada sino también al acusador.

3.Que la decisión atacada no porta vicio de arbitrariedad alguno ni compromete obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino, siendo relevante atender a las particulares circunstancias del caso (contexto), que no pueden ser desatendidas.

4.Que las violencias ejercidas por el imputado, alegadas por el acuse, resultaron ser un hecho aislado.

5.Que la oposición fiscal no se ajusta a las constancias de la causa, toda vez que en la requisitoria de elevación a juicio no refirió el contexto de violencia de género que ahora cimenta su embate.

6.Que la suspensión del juicio a prueba contiene naturaleza coercitiva, puesto que sirve para observar el comportamiento del imputado que, de no respetar las pautas allí establecidas, le hará perder el beneficio otorgado y se reanudará el proceso.

Así, en primer lugar y en relación al primero de los argumentos referenciados indicó el revisionista que la decisión en crisis no encuadraba en ninguno de los supuestos de recurribilidad del artículo 450 del Código Procesal Penal. Empero, tal afirmación desconoce la doctrina de esa Suprema Corte de Justicia que tiene dicho que los autos que conceden la suspensión de juicio a prueba son equiparables a sentencias definitivas, puesto

que pueden ocasionar un agravio de insusceptible reparación ulterior (*mutatis mutandis*, P- 126.462, sent. de 15/VI/2016).

Sumo a ello, que de modo análogo a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Góngora", el planteo acusador (calificación de los hechos como violencia de género y consecuente procedencia o no de la suspensión de juicio a prueba) no podría ser reeditado por el Ministerio Público Fiscal en etapas ulteriores del proceso, pues de acuerdo a los fundamentos y al sentido de la decisión, su posibilidad de oponerse a la interpretación que allí se asigna a las normas del tratado internacional en juego se agota en esta oportunidad.

De otro lado, la legitimación del acuse para recurrir -que el intermedio niega-, tampoco encuentra anclaje respaldatorio en autos. Como quedó referenciado en los antecedentes aquí volcados, la Fiscal detalló la plataforma fáctica imputada a B. en la requisitoria de elevación a juicio y, al ser anoticiada de laspretensiones defensistas y previo a la audiencia que estipula el art. 404 del código adjetivo, remarcó que se expediría en ella sobre los presupuestos de concesión.

Celebrada la audiencia, el acusador manifestó que se oponía a la aplicación del instituto del art. 76 bis del Cód. Penal toda vez que el delito imputado a B. lo era en un contexto de violencia contra la mujer.

Con estas menciones, la legitimación para recurrir del Ministerio Público Fiscal no puede ser discutida.

Por otro lado, el argumento de haberse cumplido el doble conforme tampoco es aceptable, pues de sobra es conocido que ello no obsta a la recurribilidad cuando se presentan en el caso agravios continentes de cuestiones federales suficientemente planteadas, como en el caso.

A cuento de ello, empieza a vislumbrarse el argumento central -que ya identifiqué y referí- utilizado por el casacionista para inadmitir el recurso de su especialidad.

Es que el intermedio alegó que el pronunciamiento confirmatorio de la suspensión de juicio a prueba no portaba vicio de arbitrariedad alguno ni comprometía las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, cuando ello -como bien quedó reseñado en párrafos anteriores- no se compadece con las circunstancias que rodearon el hecho motivo de autos.

Para así decidir, el *a quo* argumentó que las denuncias de violencias anteriores que pesaban sobre el imputado resultaban ser hechos aislados, insuficientes para acreditar el contexto de violencia de género que pretende el acusador.

Ese modo de sentenciar, habida cuenta de lo hasta aquí descripto, denota una total fragmentación delas constancias de la causa y la omisión de analizar circunstanciadamente el hecho que tuvo por víctima a la señora R., recortando la conducta final del imputado y desconectándola arbitrariamente de todos los antecedentes que rodearon el hecho y que no dejan duda alguna del contexto de violencia de género que el Ministerio Público viene alegando.

Es que para determinar si el hecho imputado debió o no quedar comprendido en los términos de la "Convención de Belem do Pará" el juzgador debió analizar y ponderar necesariamente el contexto fáctico y jurídico del hecho, esto es, las circunstancias anteriores y concomitantes que dieron motivo al dictado de una medida restrictiva de acercamiento y que fue debidamente acreditada por la damnificada.

El sentenciante desconsideró el real alcance los hechos y la normativa internacional aplicable al no percibir en toda su complejidad los actos descriptos por el acusador en el requerimiento formulado oportunamente y las constancias de las denuncias acompañadas en las diversas presentaciones impugnativas que tienen como victimario a B. y víctimas a la hija de la aquí denunciante y a ella misma.

La proliferación de las amenazas se encuentra ineludiblemente ligada a la conflictiva de base que remite al referido contexto de violencia de género, y como se sabe, es doctrina de la corte federal (*in re* "Góngora") que todo comportamiento portador de un significado de violencia ejercida contra la mujer se encuentra excluido de la posibilidad de aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba.

De otro lado, la crítica que hizo el intermedio en cuanto le achacó al acuse no haber descripto en su requisitoria de elevación a juicio el contexto de violencia de género, se muestra como una alegación meramente dogmática y arbitraria, desprendida del real contenido del auto referido donde la materialidad infraccionaría endilgada contó con debido detalle circunstanciado del contexto violento que lo precedió y acompaño hasta el hecho aquí investigado.

Por último, la desprendida alegación de la naturaleza coercitiva del instituto concedido a B., no alcanza para soslayar la obligación del Estado argentino en materia de prevención de violencia contra la mujer, puesto que por todo lo hasta aquí dicho, se encuentra especialmente negada la aplicación de la suspensión de juicio a prueba en los casos como el *sub lite*.

Para más, no debe olvidarse que la doctrina de la arbitrariedad también procura asegurar respecto del Ministerio Público Fiscal la plena vigencia del debido proceso que se dice conculcado, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, lo que no acontece en el caso.

Con ese norte, se ha resuelto hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación si la sentencia impugnada se limitó al análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa; siendo que tal déficit la descalifica como acto jurisdiccional, lo que conduce a dejarla sin efecto. (Cfr. Causa P. 130.562, sent. de 20/II/2019).

Para concluir, esa Suprema Corte de Justicia tiene dicho que "*[...] Corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el fiscal si el fallo del Tribunal de Casación penal no constituye una derivación razonada del derecho vigente con referencia a las circunstancias comprobadas de la causa, pues [...] el revisor no procedió a la consideración* íntegra *y armónica de todos los elementos en juego en una totalidad hermenéutica probatoria, sino que fundó su convicción en un análisis superficial y fragmentado de las probanzas valoradas en el proceso.*" (Causa P. 131.457, sent. de 29-12-2020, entre otras).

Así, la sentencia recurrida configura una hipótesis de sentencia arbitraria, lo que solicito así se declare.

Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería acoger favorablemente el recurso interpuesto por la Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal.

La Plata, 14 de septiembre de 2022.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 135.734-1

**“Jorge Armando Roldán-Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.º 101518 del Tribunal de Casación Penal, sala II”, fecha: 5 de septiembre de 2022**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Jorge A. Roldán -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa n° 101.518 del Tribunal de Casación Penal, sala II"

**P 135.734-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala II del Tribunal de Casación Penal, el 10 de diciembre de 2020, resolvió declarar inadmisible el recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal contra el auto de responsabilidad penal dictado por el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil n° 1 del Departamento Judicial Quilmes que, bajo el procedimiento de juicio abreviado, declaró a D. A. T. M., autor penalmente responsable del delito de lesiones graves en los términos del art. 90 del Cód. Penal y difirió la valoración en la aplicación o no de sanción penal en los términos del art. 372 del CPP, hasta el cumplimiento de los extremos establecidos en el art. 4 de la ley 22.278, manteniéndolo privado de su libertad ambulatoria en establecimiento dependiente de la Secretaría de Niñez y Adolescencia Provincial.

**II.**

Contra ese decisorio el Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que fue admitido por el *a quo*.

**III. a. Admisibilidad**

En este tramo, es importante remarcar que el recurrente destacó que el auto dictado por el Tribunal de Responsabilidad Penal Ju-

venil resolvió no imponer pena hasta que estén satisfechos los requisitos que marca el art. 4 de la ley 22.278. Expuso que tal auto de responsabilidad tiene las características de una sentencia de mérito, por cuanto fija los extremos de la materialidad ilícita, la autoría y la calificación legal. Y, por otro lado, sostuvo que la Corte provincial, en un caso reciente, despejó la cuestión interpretativa de las normas que aquí están en juego en el fallo P. 132.328.

b. Procedencia

Denuncia el recurrente que el pronunciamiento atacado resulta arbitrario por brindar un fundamento aparente e interpretar irrazonablemente normas procesales.

Aduce que el criterio sustentado por el tribunal intermedio relativo a la falta de legitimidad recursiva contra un auto de responsabilidad penal del fuero penal juvenil consagra una exégesis irrazonable de los arts. 61 y 62 de la ley 13.634 -y sus modificatorias- y afecta los principios de bilateralidad e igualdad de armas en el proceso penal.

Esgrime que la limitada interpretación llevada a cabo por el *a quo* restringió indebidamente las facultadas del Ministerio Público Fiscal en casos de sentencias adversas.

Añade el recurrente que se trata de una sentencia definitiva, donde no se fijó pena, por lo que es posible sostener que la pena impuesta es inferior a la mitad de la requerida.

Destaca que el tribunal casatorio no merituó el art. 452 del CPP correctamente, pues aquel hace expresa referencia a los arts. 448 y 449 del mismo cuerpo; de allí que, justamente, el Fiscal de instancia viene alegando la errónea aplicación del art. 90 y la inobservancia del art. 79, ambos del Cód. Penal, causal prevista en el art. 448 del CPP.

Finalmente arguye que las leyes deben ser interpretadas y aplicadas de modo razonable y armónico. Cita en su apoyo precedentes de la CSJN.

**IV.**

Sostengo la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley articulada por el representante del Ministerio Público Fiscal por compartir los fundamentos desarrollados a los que allí me remito (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP). Asimismo, añadiré algunas consideraciones.

a.El Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil n° 1 del Departamento Judicial Quilmes, el 25 de noviembre de 2019, bajo el procedimiento de juicio abreviado, declaró a D. A. T. M., autor penalmente responsable del delito de lesiones graves en los términos del art. 90 del Cód. Penal y difirió la valoración en la aplicación -o no- de sanción penal en los términos del artículo 372 del CPP, hasta el cumplimiento de los extremos establecidos en el artículo 4° de la ley 22.278, manteniéndolo privado de su libertad ambulatoria en establecimiento dependiente de la Secretaría de Niñez y Adolescencia Provincial.

Contra ese pronunciamiento, la Agente Fiscal interviniente interpuso recurso de casación agraviándose de la errónea aplicación del art. 90 y la inobservancia del art. 79 ambos del Cód. Penal, al no haber valorado adecuadamente los elementos probatorios (en especial, los informes forenses). De allí que tildó al pronunciamiento atacado como carente de un razonamiento lógico.

Por su parte, el Tribunal de Casación, el 10 de diciembre de 2020, declaró inadmisible la vía intentada por la Agente Fiscal al entender que "*El artículo 1° de la ley 13.634 explica que en todo aquello en que no sean modificadas, son aplicables las normas de la ley 11.922. La letra del artículo 62 -de la citada ley- aplicable indica expresamente que el Ministerio Público Fiscal y el particular damnificado pueden recurrir 'sólo' en dos casos (inciso 1°, el sobreseimiento; e inciso 2°, en los supuestos de los artículos 448 y 449 del CPP). Esta Sala tiene dicho que la lectura correcta de la norma no implica que solamente puede impugnarse el sobreseimiento 'en' los casos de los artículos 448 y 449 del CPP. Se presentan dos alternativas diversas. La primera, el sobreseimiento (siempre). Y la segunda, cada vez que entren en juego las motivaciones de los artículos 448 y 449 del CPP en tanto*

*y en cuanto lo sean decisiones distintas al sobreseimiento. Tal interpretación fue la misma que se formuló desde esta Sala en orden al artículo 452 del CPP, en causas de mayores. Señalado lo anterior indico que siguen vigentes las limitaciones que emergen de otras normas también aplicables, así artículos 450 y 452 del CPP. Conforme lo que vengo desarrollando considero que el recurrente carece de la legitimación necesaria para intentar la impugnación bajo análisis ya que la decisión recurrida no se trata de una sentencia absolutoria, de un sobreseimiento ni se impuso al joven una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida, con lo que no se satisface la exigencia requerida por el artículo 452 antes citado. La decisión no integra el catálogo de supuestos que allí se agrupan y por ende el Fiscal no detenta vocación recursiva a través de este medio de ataque*".

Paso a dictaminar.

En primer lugar, tiene dicho esa Corte que "*[...] puede controlar la interpretación y aplicación realizada por el tribunal inferior con respecto de las normas procesales que regulan la materia recursiva, a efectos de que no se vulneren el debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18, Const. nac.; conf. P. 108.244, sent. de 4-IX- 2013; e. o.). Más allá de la excepcionalidad de la doctrina que invoca -arbitrariedad de sentencias-, no debe olvidarse que ella también procura asegurar, respecto del Ministerio Público Fiscal, la plena vigencia del debido proceso que se dice conculcado (conf. doctr. Fallos: 299:17; 331:2077), exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente (Fallos: 311:948 y 2547; 313:559 y 321:1909) lo que no se aprecia en el sub examine*" (cfr. causa P. 131.163, sent. de 14-X-2021, e/o).

En ese sentido, el impugnante apertura correctamente la competencia de esa Corte mediante la alegación de la excepcional doctrina de la arbitrariedad de sentencias (conf. art. 14, ley 48, dctr. "Strada", "Di Mascio", "Christou", CSJN).

Despejados esos aspectos, el *a quo* sostiene que si bien el art. 448 del CPP posibilita recurrir a las partes por diversas causales, dicha nor-

ma debe ser compatibilizada con las limitaciones que emergen de los arts. 450 y 452 del CPP. En especial, esgrimió que "*[...] la decisión recurrida (auto de responsabilidad penal del fuero penal juvenil) no se trata de una sentencia absolutoria, de un sobreseimiento ni se impuso al joven una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida, con lo que no se satisface la exigencia requerida por el artículo 452 antes citado*".

Como se observa, el *a quo* obturó el progreso del recurso Fiscal por considerar que no tiene legitimidad ya que aún no se ha impuesto al joven una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida.

De todo este derrotero, y de acuerdo a una interpretación sistemática y armónica del régimen procesal penal juvenil y de mayores (por ser esta la norma supletoria), resulta irrazonable exigir, para interponer el recurso de casación contra una decisión del fuero juvenil, esperar al dictado de la pena para dar admisibilidad al recurso del Ministerio Público Fiscal.

Esa interpretación provocaría una extensa tramitación de la etapa recursiva, circunstancia que no puede ser avalada.

Nótese que contra el auto de responsabilidad penal juvenil la defensa también tiene habilitada la vía recursiva (por ser sentencia equiparable a definitiva) pudiendo articular los recursos que considere pertinentes contra ese auto.

Una vez firme el auto de responsabilidad penal juvenil -por falta de impugnación de la defensa- se deberá llevar adelante la cesura de juicio, momento en que se definirá la pena -o no- para el joven. Recién allí, el Ministerio Público Fiscal estaría habilitado -según la interpretación del *a quo*- a recurrir aspectos como la materialidad, la autoría o calificación que no sólo han quedado firmes, sino que habilitarían nuevamente a la defensa a impugnar esos aspectos en caso de que se agrave la situación del imputado, lo cual luce irrazonable.

Tal propuesta ha encontrado aval en diversos pronunciamientos de esa Corte (cfr. *mutatis mutandi*, causas P. 116.252, sent. de 12/III/2014 y P. 120.295 sent. de 16/VII/2014).

En definitiva, la razonable y armónica interpretación de los arts. 1, 61, 62, 448 y 452 del CPP, llevan a sostener que contra el auto de responsabilidad penal juvenil, tanto la defensa como la fiscalía pueden articular recursos; así, sólo una vez sellados los aspectos que incluyen aquel auto -por falta de impugnación de ambas partes- queda habilitada la discusión de la pena.

Finalmente considero que la alzada, equivocadamente, fusiona las causales que prevé el art. 452 incs. 2 y 4 del CPP, cuando -en rigor- son dos supuestos diversos. Supeditar el inc. 4 a que exista una pena inferior a la mitad de la requerida por el Ministerio Público Fiscal implica apartarse del texto de la ley, lo que ahonda la arbitrariedad denunciada por el recurrente.

En esa línea, y tal como lo indicó el impugnante, esa Corte ha sostenido que "*[...] el inc. 2 no alude directamente a algún tipo de decisión recurrible sino a los motivos del recurso de casación y a los supuestos en los cuales no es necesaria la reserva*" (cfr. causa P. 132.328, resol. de 7/VII/2020).

De allí que los arts. 61 y 62 de la ley 13.634 -en remisión al art. 448, CPP- simplemente exigen que se esté frente a una "sentencia definitiva" y que se denuncie "la errónea aplicación de un precepto legal", extremos que se encontraban satisfechos con el recurso casatorio articulado por el Ministerio Público Fiscal contra el auto de responsabilidad penal juvenil.

**V.**

Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte de Justicia debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, revocar la resolución

atacada y remitir las actuaciones al tribunal intermedio para el dictado de un nuevo pronunciamiento conforme a los alcances aquí desarrollados.

La Plata, 5 de septiembre de 2022.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte

de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.575-4

**“G., E. J. y ots. s/ reclamación de estado”, fecha: 4 de diciembre 2020**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

G., E. J. y ots. s/ Reclamación de Estado"

**C 123.575-4**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de Lomas de Zamora confirmó la sentencia dictada por el juez de la instancia anterior que, a su turno –v. fs. 842/855-, resolvió declarar la caducidad de la acción de impugnación de paternidad promovida por N. M., S. M. G., E. J. G. y E. G. G.– cuyo fallecimiento en el curso del proceso motivó la presentación en juicio de sus herederos, M. A. B. y N. V. B., quienes en su nombre la continuaron- contra M. S. G. y P. J. G., en los términos de lo dispuesto por el art. 263 del Código Civil, con costas a las accionantes vencidas (fs. 1015/1022 vta. y decisión aclaratoria de fs. 1041/1042).

**II.**

Contra lo así resuelto se alzó la coactora S. M. G. quien, con patrocinio letrado, dedujo recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley (ver escrito de fs. 1031/1040), cuya concesión dispuso el tribunal de grado a fs. 1068 vta.

**III.**

Recibidas las actuaciones en esta Procuración General a mi cargo en vista de las vías impugnativas incoadas (v. fs. 1074; fs. 1076 y fs. 1077), procederé seguidamente a responderla, siguiendo el orden de su formulación.

a.- Recurso extraordinario de nulidad:

i.- En sustento de la pretensión nulificante impetrada, denuncia la recurrente la violación del art. 168 de la Constitución provincial, en razón de sostener que el órgano de alzada omitió el tratamiento de una cuestión esencial llevada oportunamente a su conocimiento y decisión, en ocasión de expresar los agravios fundantes de la apelación deducida contra el fallo emitido por el magistrado de primera instancia (v. fs. 881/887 y vta.). Tal, el planteo enderezado a cuestionar la legitimación para obrar de los accionados con fundamento en la ausencia de vínculo biológico alguno con su difunto padre, don V. G., y en la ineficacia jurídica del reconocimiento de paternidad por él efectuado en la ciudad de Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe, con fecha 3 de enero de 1974 con relación a ambos, teniendo en cuenta que -según su apreciación- sus respectivos nacimientos habían sido inscriptos con anterioridad por su verdadero progenitor, señor S. G., ante el Registro Civil de las Personas de la ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires, y la expresa prohibición contenida en el art. 250 del Código Civil -por entonces vigente-, que vedaba terminantemente tal proceder, en la medida que - según sostiene- ello importa contradecir una filiación previamente establecida a su respecto.

En otro orden, aduce que los magistrados actuantes soslayaron acometer un prolijo estudio de las constancias obrantes en la causa, déficit que, en su parecer, concurre a descalificar la bondad formal del pronunciamiento y que sindica patentizado en el tramo destinado a examinar la declaración prestada por la señora M. E. G. a quien se le atribuyó el carácter de co-actora, siendo que su participación en el proceso obedeció a la citación que oportunamente se le efectuara en calidad de testigo (v. fs. 629/631).

ii.- Breve y sintéticamente individualizados hasta aquí los motivos sobre los que reposa la queja invalidante incoada, estoy en condiciones de adelantar mi criterio adverso a su procedencia.

Lo entiendo así, pues la mera lectura del pronunciamiento impugnado pone en evidencia que la cuestión que se reprocha preterida

en la protesta mereció la expresa atención de los juzgadores de alzada, tanto en el tramo de la sentencia destinado a reseñar los agravios sometidos a su consideración por la parte actora (v. fs. 1015 vta./1016), cuanto en la propuesta decisoria (v. fs. 1017), circunstancia que conduce, sin más, a descartar la consumación del vicio omisivo denunciado al amparo del art. 168 de la Carta local, con independencia de que el sentido, enfoque y alcance que le asignaron para la dilucidación del asunto ventilado en autos, no satisfaga las pretensiones de la presentante.

No resulta ocioso recordar, una vez más, que la omisión de cuestiones esenciales que motiva la sanción de nulidad prevista en la cláusula constitucional citada es aquella en la que incurre el tribunal por descuido o inadvertencia y no cuando la misma ha sido materia de expresa consideración en la sentencia (conf. S.C.B.A., causas C. 86.944, sent. del 11-VI-2008; C. 101-537, sent. del 26-VIII-2009; C. 108.026, resol. del 3-XI-2010; C. 111.875, sent. del 13-III-2013; C. 118.096, sent. del 1-VI-2016 y C. 120.245, sent. del 19-IX-2018, entre muchas más), más allá del mérito o acierto con que haya sido abordada (conf. S.C.B.A., causas C. 91.542, sent. del 6-V-2009 y C. 116.644, sent. del 18-IV-2018).

De allí que el análisis de las críticas enderezadas a censurar el modo como la alzada encaró los planteos que los litigantes sometieron a su conocimiento o a denunciar la eventual violación de normas legales sustanciales -como las que se formulan en la pieza impugnativa-, se halle detraído del acotado ámbito de actuación propio de la vía de nulidad intentada.

Idéntica suerte adversa merece correr el restante argumento con el que la recurrente promueve la declaración de nulidad que reclama, habida cuenta de que la incorrecta calificación de la testigo M. E. G. en el carácter de coactora (v. fs. 1020 vta. "*in fine*") configura, en mi parecer, un evidente error material, involuntariamente deslizado por el tribunal actuante en la confección de la pieza sentencial, subsanable por el propio contexto de las consideraciones en ella vertidas (conf. S.C.B.A., causas Ac. 94.637, resol. del 22-VI-2005 y C. 96.641, sent. del 22-XII-2010), o bien por el carril de la

aclaratoria, previsto por los arts. 166 inc. 2° y 267 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial, que la aquí recurrente se abstuvo de transitar.

Sin perjuicio de lo cual, salta a la vista que el agravio en comentario remite, en definitiva, a un típico error de juzgamiento que sólo podrá ser abordado en la instancia casatoria por conducto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y no por la presente vía de nulidad (conf. S.C.B.A., causas C. 99.145, sent. del 15-IV-2009; C. 121.570, sent. del 8-XI-2017; C. 120.303, sent. del 6-XI-2019 y C. 120.506, sent. del 6-XI-2019, entre otras).

i.- En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, considero –como adelanté en el inicio del dictamen- que el recurso extraordinario de nulidad deducido no debe prosperar y así debería declararlo V.E., legada su hora de dictar sentencia.

III. b.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley:

i.- Ingresando ahora en el análisis del intento revisor deducido, observo que su estructura argumental se asienta sobre un doble orden de premisas, a saber: la presencia de absurdo en la valoración de las probanzas meritadas que acompaña con la denuncia de violación de los arts. 384 y 456 del Código Procesal Civil y Comercial, y la errónea aplicación de la doctrina legal que dimana de la causa C. 119.093, fallada por ese alto Tribunal en fecha 5-X-2016.

Comienza la impugnante su exposición con la afirmación de que el progreso de la defensa de caducidad del derecho de impugnar el reconocimiento de filiación ejercido en autos fue dispuesto en la instancia de origen y confirmado, luego, por el órgano de alzada, sobre la base de un fundamento falso y huérfano de todo rigor jurídico, cual es el referido al supuesto trato de hermanos que juzgaron mantenido entre los actores y los demandados, a lo largo de un tiempo significativamente superior al del plazo de caducidad de la acción determinado por el art. 263 del Código Civil aplicado en el pronunciamiento de grado y confirmado por el órgano de Alzada.

Sostiene que dicha conclusión determinante para definir la suerte adversa de la acción promovida fue elaborada por los magistrados de la sede ordinaria sobre la base de una groseradesinterpretación material del testimonio rendido por su medio hermana, señora M. E. G., quien en ningún pasaje de su deposición de fs. 629/631 declaró, insinuó o sugirió siquiera que entre ella y los accionados hubiera mediado un vínculo o relación fraternal como absurdamente se afirmó en la sentencia en crisis. Antes bien, prosigue, de su declaración surge claro que sólo visitó a su hermano G. G. –hijo de la señora B. y de V. G. y medio hermano suyo y de los demandados- a Cañada de Gómez, Santa Fe, en dos o tres oportunidades a lo largo de diecisiete años, únicas ocasiones en las que tuvo contacto con los accionados M. S. y P. J., sin que de ello pueda inferirse que esos encuentros hayan importado un "trato hermanado" como -a su juicio- absurdamente lo calificaron los sentenciantes de grado.

En adición y a todo evento, agrega que también revela un razonamiento reñido con la lógica transmigrar a su parte el presunto conocimiento atribuido a la testigo nombrada respecto de la falsa filiación de los accionados con su padre, teniendo en cuenta la naturaleza del vínculo fraternal que los une y el escaso contacto habido entre todos e los. En todo caso -asegura-, la caducidad del derecho de impugnar el reconocimiento de paternidad habría operado sólo con relación a la testigo y no a su respecto.

En otro orden, descalifica –al amparo de las doctrinas del absurdo y de la sentencia arbitraria- la vacua entidad otorgada por los órganos de ambas instancias ordinarias a la negativa exteriorizada por los accionados a someterse a la prueba genética de ADN para esclarecer la filiación paterna cuestionada en el presente proceso.

En ese sentido expresa que el art. 4 de la ley 23.551, receptado por el art. 579 del Código Civil y Comercial, establece clara y categóricamente que cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable se levará a cabo el examen genético, añadiendo seguidamente que: "*...la negativa a someterse a los exámenes y análisis*

*necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente*". Los términos de la disposición transcripta, sumado al carácter de orden púbico que la impregna, según su apreciación, no dejan margen alguno librado a la discrecionalidad del juzgador para que pueda relativizar y/o negar el valor indiciario que la renuencia entraña por expreso mandato legal, indicio que en la especie, ha sido desconocido por los sentenciantes en el pronunciamiento cuestionado.

Por último, se agravia la recurrente de que los juzgadores de la sede ordinaria se hayan apartado de las directrices impartidas por esa Suprema Corte en ocasión de fa lar en la causa C. 119.093, en fecha 5 de octubre de 2016, en cuanto declara que el Estado nacional y los estados provinciales han asumido el deber social de garantizar el emplazamiento filiatorio de los habitantes de esta Nación "*...derivándose consecuentemente el deber de los poderes públicos de investigar los lazos filiatorios cuando éstos son desconocidos, facilitando y colaborando en la búsqueda, localización u obtención de información tendiente a su descubrimiento...*". Destacando, en lo que aquí interesa, que: "*...al juez le es permitido, en cumplimiento de la función estatal encomendada, llevar adelante las medidas jurisdiccionales necesarias para obtener la verdad real en el emplazamiento filiatorio de los individuos (arts. 579, 580 y ccdtes. Cód. Civ. y Com.), de modo que la paternidad reclamada no termine siendo declarada como resultado de una ficción que deje subyacente la duda*", como a la postre -enfatiza-, ocurre en el supuesto de autos.

ii.- Previo a emitir la opinión requerida por el art. 283 del ordenamiento civil adjetivo, estimo necesario efectuar un repaso de los antecedentes relevantes del caso traído a dictamen, en la inteligencia de que facilitará acceder a su acabada comprensión y contribuirá a hallar la solución que en derecho corresponde.

En ese cometido, principiaré por consignar las constancias obrantes en el proceso sucesorio del señor V. G. (Expte. n° ... ,"G., V. s/ Sucesión ab intestato"), padre de los demandantes del juicio de impugnación del reconocimiento de paternidad extramatrimonial por él efectuado respecto de quienes resultan legitimados pasivos, M. S. y P. J. G., cuya remisión a la Procu-

ración General a mi cargo me encargué oportunamente de solicitar a la instancia de origen, por intermedio de la Secretaría Civil de ese alto Tribunal (ver fs. 1075 y fs. 1076).

Del examen de esas actuaciones que tengo a la vista, surge que en fecha 13 de mayo de 2004, la señora M. E. G. y D. L. y el señor V. A. G. y R. se presentaron ante el fuero civil y comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora con el objeto de iniciar la sucesión de su padre, señor V. G., cuyo fallecimiento denunciaron ocurrido el día 13 de abril de 2004, conforme da cuenta el certificado de defunción agregado a fs. 23. Acreditaron el vínculo filial invocado a través de las partidas de nacimiento que lucen agregadas a fs. 24 y fs. 29, respectivamente (v. fs. 25/26 vta.).

Tras diligenciarse los trámites peticionados en el escrito inicial, la señora M. E. G. –abogada en causa propia- hizo una nueva presentación en el proceso a los fines de denunciar la existencia de otros descendientes del causante, identificando en ese carácter a: S., G. y E. G., nacidas del vínculo matrimonial de su padre fallecido con la señora N. M. y, también, a G. G., nacido de otra unión sentimental mantenida por su padre con la señora A. B. (v. fs. 69 y vta.).

Tiempo después, tuvo lugar la presentación en autos del letrado apoderado de la cónyuge supérstite del causante, señora N. M. y de las hijas nacidas del matrimonio de nombres E. J., S. M. y E. G. G. M., quien manifestó que en fecha 5 de mayo de 2004 había abierto el proceso sucesorio de V. G. ante el Juzgado de Paz de Villa Gesell, Provincia de Buenos Aires, motivo por el que solicitó la prórroga de jurisdicción del sucesorio a dicho ámbito territorial (v. fs. 83/84).

Desestimada oportunamente la prórroga peticionada, la sucesión de V. G. quedó definitivamente radicada en el Juzgado Civil y Comercial n° 9 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora -causa a la que se le acumularon las actuaciones tramitadas ante el Juzgado de Paz de Villa Gesell (v. fs. 146/147)-, cuyo titular, en fecha 1 de diciembre de 2004, procedió a dictar la correspondiente declaratoria de herederos incluyendo a todos los hasta aquí nom-

brados como universales herederos del nombrado V. G., con excepción del denunciado G. G., quien hasta entonces no se había presentado al sucesorio a hacer valer sus derechos (v. fs. 182/183).

Inmediatamente después de su dictado, el día 28 de diciembre de 2004, se presentaron al proceso sucesorio en estudio la señora M. S. G. y los señores P. J. G. y G. V. G. quienes, bajo el mismo apoderamiento letrado, invocaron ser descendientes en primer grado del causante, filiación que acreditaron mediante las partidas de nacimiento que acompañaron al efecto a fs. 194 y vta., fs. 196 y vta. y fs. 195 y vta., respectivamente (v. fs. 209/210).

Dicha presentación recibió favorable respuesta por parte del juez de la sucesión quien, el día 7 de febrero de 2005 dispuso ampliar la Declaratoria de Herederos dictada a fs. 182/183, en los siguientes términos: que por el fallecimiento de V. G. le suceden en carácter de universales herederos sus hijos: E. G., S. M. y E. J. G. y M.; M. E. G. y D. L.; V. A. G. R. y V. y M. S., G. V. y P. J. G. y B., y su cónyuge supérstite N. M. (v. fs. 212/213).

Tras sucederse cuestiones e incidencias vinculadas a la conservación y administración del acervo hereditario que no vienen al caso mencionar en esta apretada síntesis, se observa que el día 15 de mayo de 2006 se presentaron al proceso la señora M. E. G. y D. L. y el señor V. A. G. y R. V. con el objeto de poner en conocimiento del juez de la sucesión que la señora M. S. G. y el señor P. J. G. no son hijos biológicos de su difunto padre, razón por la cual denunciaron la existencia de cosa juzgada írrita o fraudulenta y en su virtud peticionaron que se deje sin efecto la ampliación de la declaratoria de herederos de fs. 212/213 en cuanto incluyó a los nombrados en calidad de herederos de don V. G. y que se decrete la nulidad de todos los actos procesales que le sucedieron con relación a ellos (v. fs. 330/333).

En apoyo de la pretensión de marras, manifestaron que la señora M. S. nació en la ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires, el día 3 de mayo de 1969, habiendo sido inscripta como hija del señor S. G. y de la señora A. E. B., en prueba de lo cual acompañaron fotocopia simple del acta de

nacimiento agregada a fs. 329, denunciando, asimismo, que en la misma situación se encuentra el señor P. J. aunque no pueden precisar con exactitud los datos de su filiación paterna en el momento de la aludida presentación.

Refieren que no obstante el emplazamiento de estado que portaban, los nombrados fueron nuevamente inscriptos con posterioridad como nacidos en la ciudad de Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe, con distinta filiación paterna y diversa fecha de nacimiento conforme dan cuenta las partidas que aquéllos oportunamente adjuntaron al juicio sucesorio a los fines de ser incluidos en la Declaratoria de Herederos obrante a fs. 212/213 (v. fs. 194 y vta. y fs. 196 y vta.).

Con pie en que la apuntada anomalía importó una flagrante violación de la prohibición contenida en el art. 250 de Código Civil, tacharon de nulidad la inscripción que de sus nacimientos realizó su padre fallecido junto con la señora A. B. al amparo de la ley de amnistía n° 6976, por imperio de lo dispuesto en el art. 953 del citado ordenamiento legal e impugnaron el reconocimiento de paternidad efectuado respecto de ambos.

Por último, ofrecieron prueba y expresaron tener conocimiento de la existencia de una acción de filiación iniciada en fecha 16/12/2005 por la cónyuge supérstite N. M. y las hijas nacidas del matrimonio señoras S. M., E. J. y E. G. G. y M., con el objeto de esclarecer los mismos hechos denunciados, en trámite por ante el mismo juzgado, bajo el número ..., caratulada "G. E. y otras" (v. fs. 330/333 cit.), presentación que fue tenida presente para su oportunidad (v. providencia de fs. 334, suscripta por la Secretaria del órgano jurisdiccional).

Tiempo después, en fecha 19 de marzo de 2007, los presentantes de fs. 330/333 vta., M. E. G. y D. L. y V. A. G. R., ocurrieron nuevamente ante el juez del sucesorio, esta vez acompañados por la cónyuge supérstite del causante, N. M. y por sus medio hermanos S. M., E. G. y E. J. G. M. y G. V. G. y B., con el objeto de agregar en copia certificada las partidas de nacimiento de C. P. A. G. y de M. S. G., expedidas por el Registro Civil de las Personas, Delegación Necochea, Provincia de Buenos Aires (v. fs. 377 y vta. y fs. 381 y

vta.) y acreditar a través de las mismas los hechos anticipados con anterioridad en orden a la denunciada doble filiación paterna de M. S. y C. P. A. G. (v. fs. 384/385).

En esta nueva oportunidad, se ocuparon de dejar en claro que, si bien por distintas vías procesales, todos los descendientes que suscriben la presentación persiguen el esclarecimiento de la denunciada irregularidad con idéntico objeto, esto es, el desplazamiento de estado filial paterno de M. S. y C. P. A. G. y su consiguiente exclusión de la sucesión del causante V. G. mediante la declaración de nulidad de la ampliación de la declaratoria de herederos obrante a fs. 212/213. Sobre el particular, indicaron que un grupo de herederos emprendió el camino de la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad sustanciada en los autos en trámite por ante el mismo órgano jurisdiccional, y otro, a través de la cosa juzgada írrita o fraudulenta denunciada a fs. 330/333 (v. fs. 384/385 cit.).

Dicha presentación mereció el siguiente proveído: "*Banfield, 29 de marzo de 2007.- Agréguese.- Téngase presente lo expuesto y ocurra el peticionante por la vía respectiva*" (v. fs. 386).

Insatisfechos con ese modo de proveer, el 17 de octubre de 2007 todos los firmantes de la presentación de fs. 384/385 ocurrieron nuevamente ante el juez interviniente en los autos sucesorios a los fines de solicitarle que se sirva ordenar la formación del respectivo incidente de nulidad en los términos del art. 175 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 392/393), recibiendo la siguiente respuesta jurisdiccional: "*Banfield, 23 de octubre de 2007.-En atención a lo solicitado en la presentación en vista como así en el escrito glosado a fs. 329/333 de las presentes actuaciones diré que frente a la existencia de partidas que son instrumentos públicos, las mismas son válidas hasta que por sentencia firme quede declarada la falsedad de su existencia; por lo cual no corresponde hacer lugar a la petición en vista*" (v. fs. 394).

Apelada que fue esta providencia aclaratoria por N. M. y E. J. G. M. y por M. E. G. y D. L. y V. A. G. y R. (v. fs. 396; fs. 398/402 y fs. 404/407), la causa arribó a los estrados de la Cámara departamental, cuya Sala

II resolvió desestimar el progreso de las apelaciones deducidas sobre la base de sostener, básicamente, que la nulidad de los instrumentos públicos se rige por reglas y andariveles distintos de los que imperan en materia de nulidad de actos jurídicos. En adición agregó que sin perjuicio de que los actos inexistentes pueden ser declarados de oficio en todos los casos, las constancias obrantes en autos no permiten vislumbrar la existencia de una nulidad manifiesta como denuncian los recurrentes, por lo que correspondía confirmar lo resuelto por el juzgador de la instancia de origen a fs. 394 (v. fs. 415 y vta.).

A fs. 477 y vta. se denuncia y acredita el fallecimiento de la coheredera E. G. G. y M. y se presentan sus hijos M. A. B. y N. V. B. a tomar la intervención que les corresponde en el carácter de herederos invocado (25/9/2008).

A fs. 500 y vta. se denuncia y acredita el fallecimiento de la coheredera N. M. (cónyuge supérstite de V. G.) y se solicita se declare abierta su sucesión (15/7/2010), lo que así declaró el juez de la causa (v. fs. 501).

A fs. 523/524 se dictó la DH de M. declarando como sus herederos a sus hijas S. M. y E. J. G. y M. y a sus nietos M. A. y N. V. B. en representación de su madre pre fallecida E. M. G. (17/12/2010).

El ajustado resumen de las actuaciones llevadas a cabo en el marco de la sucesión de don V. G. -en todo aquello que interesa para la dilucidación de la cuestión traída a dictamen-, nos permite extraer que las personas demandadas en el juicio de impugnación de reconocimiento de paternidad que tengo en vista, M. S. G. y P. J. G., fueron instituidos en el carácter de herederos de aquél a través de la Declaratoria de Herederos obrante a fs. 212/213, a tenor de las partidas de nacimiento por ellos acompañadas a través de los instrumentos públicos agregados a fs. 194 y vta. y fs. 196 y vta., calidad que fue desconocida, resistida y opugnada por el resto de los herederos reconocidos en ese acto procesal con fundamento -para ser breve- en la ausencia de vínculo biológico que los una al causante y en la nulidad del acto de reconocimiento plasmado en los asientos registrales agregados en prueba de la filiación invocada –v. fs. 194 y vta. y

fs. 196 y vta., cit.- atento el hecho que sostienen como incontrastable de que sus propios nacimientos habrían sido previamente inscriptos con diversa filiación paterna, tal como a juicio de la actora recurrente lo acreditan las actas expedidas por el Registro Civil de las Personas, Delegación Necochea, Provincia de Buenos Aires, que lucen agregadas a fs. 377 y vta. y fs. 381 y vta.

iii.- A su turno, de las constancias obrantes en el mencionado proceso sucesorio (v. fs. 525/527 de aquel proceso universal) también resulta la existencia de una instrucción penal preparatoria iniciada por M. E. G., heredera del causante actuando como abogada en causa propia, identificada como IPP N°... , caratulada "G. C. A. y otros s/ Estafa Procesal y Falsedad Ideológica de Instrumento Público, Denunciante: G., M. E.", cuya remisión a esta sede fuera oportunamente gestionada a través de la Sala de Relatoría Civil, Comercial y Laboral de esta Procuración General y cuya copia en archivo PDF se adjunta al Sistema SIMP Procedimientos para su ulterior remisión conjunta a esa Suprema Corte con el presente dictamen.

Del análisis de lo actuado en tal investigación, cuyas piezas tengo en este acto a la vista, resulta que la denunciante, a partir de la presentación en el proceso sucesorio de M. S. G. o G. y de C. P. A. G. o P. J. G., a quienes respectivamente sindica como las mismas personas, aunque con una doble inscripción de nacimiento violatoria de lo normado por el art. 250 del Código Civil por entonces vigente, habría imputado a ambos sujetos la posible comisión del delito de alteración del estado civil tipificado en el art. 138 del Código Penal, así como también la del delito de estafa procesal, regulado en el art. 172 del mismo cuerpo normativo, al inducir mediante ardid o engaño al juez del proceso sucesorio a través de la presentación de partidas falsas, para lograr su inclusión en la declaratoria de herederos del causante, V. G., respecto de quien invocan la calidad de hijos, con el ánimo de despojar a los legítimos herederos -tal la condición que reviste la denunciante- de lo que por derecho les corresponde con relación al acervo sucesorio dejado por aquel a su fallecimiento, manifestando también que dichas conductas podrían encuadrarse además en el ámbito del delito de falsedad de documentos en general, tipificada en el art. 292 del Código Penal.

No obstante ello así, luego de requerir copias certificadas del proceso sucesorio antes aludido, la Agente Fiscal interviniente -Dra. Andrea S. Nicolletti- terminó por desestimar la investigación al concluir que no resultaba constitutiva de delito alguno la conducta atribuida y objeto de investigación en dichas actuaciones. Ello así, con fundamento en que tales circunstancias habían sido también denunciadas al Magistrado interviniente en el juicio sucesorio en varias ocasiones, mereciendo una respuesta negativa por los órganos competentes del fuero civil y comercial, primero, en los términos que resultan de la transcripción literal de la providencia dictada en aquel proceso universal por el juez de primera instancia con fecha 23 de octubre de 2007 -en la que se alude a que dado el carácter de instrumento público de las partidas oportunamente acompañadas por los denunciados, su validez ha de permanecer enhiesta hasta que por sentencia firme se declare la falsedad de su existencia-, luego confirmada por el órgano de Alzada a través del pronunciamiento del 26 de febrero de 2008, que también se encargó de transcribir, con alusión a la norma contenida en el art. 989 del Código Civil pronunciamientos ambos, ya citados párrafos arriba). Concluyó así que de las resoluciones adoptadas en sede civil y comercial que transcribiera se desprendía que la forma de atacar la eventual falsedad de las partidas de nacimiento cuestionadas que podrían haber inducido a error al magistrado a cargo del juicio sucesorio era la redargución de falsedad contemplada en el art. 989 del Código Civil, por lo que hasta tanto las mismas no fueran impugnadas por dicha vía, resultaban plenamente válidas (v. fs. 16 y 17 de la IPP mencionada).

**IV.**

Sentadas las consideraciones que preceden, resulta pertinente formular un repaso de lo actuado en el curso de la presente causa sobre impugnación de paternidad, correlacionándolo, en lo que sea relevante destacar, con las constancias recogidas párrafos arriba del juicio sucesorio y de la IPP referenciada, en el entendimiento de que ello nos permitirá adquirir un cabal conocimiento del conflicto suscitado en torno de la identidad y filiación paterna de M. S. y P. J. y de las herramientas procesales empleadas por sus contradictores

con el objetivo de lograr su desplazamiento de estado y su correlativa exclusión del acervo hereditario de su difunto padre.

La acción fue promovida en fecha 16 de diciembre de 2005 por quienes fueran reconocidas en la sucesión de V. G. en el carácter de cónyuge supérstite y de hijas nacidas de esa unión matrimonial en las declaratorias de herederos de fs. 182 y vta. y fs. 212/213 del expediente sucesorio -es decir, por N. M. y por S. M., E. G. y E. J. G. y M.-, nueve meses después de que los demandados M. S. y P. J. fueran instituidos en calidad de herederos del causante mediante la ampliatoria dictada el día 7 de febrero de 2005, obrante a fs. 212/213 cit. (v. fs. 14/18 vta.).

Por su intermedio, las nombradas ocurrieron a impugnar el reconocimiento de paternidad que había exteriorizado don V. G. al inscribir sus respectivos nacimientos ante el Registro Civil de Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe, en fecha 3 de enero de 1974, al amparo de la ley de amnistía 6976, emplazándolos en el estado de hijos propios, junto a quien fuera la progenitora, Sra. A. E. B. Fundaron el progreso de la acción en la denuncia de que ninguno de ellos resulta ser hijo biológico del causante, habida cuenta de que la filiación paterna de ambos co-demandados habría sido ya reconocida - tal como lo afirman en su demanda- por el señor S. G., conforme ilustra el acta de nacimiento de M. S. acompañada a fs. 6 y vta., extremo que, según la apreciación de las accionantes, torna nulo, de nulidad absoluta, el acto de reconocimiento posterior realizado por el causante en franca y abierta contradicción con la filiación paterna anteriormente establecida con relación a los codemandados, por imperio de lo dispuesto en los arts. 1044, 1047 y 250 del Código Civil. Ofrecieron prueba e invocaron el derecho en que apoyan sus pretensiones (v. fs. 14/18 vta. cit. y fs. 27/28 vta.).

A fs. 316/327 vta. tuvo lugar la presentación de los demandados S. M. G. y P. J. G. que ocurrieron a contestar la acción contra ellos deducida, en fecha 4-6-2008 según el cargo fechador obrante a fs. 327 vta.

Contra su progreso opusieron, de inicio, las excepcio-

nes de defecto legal en la formulación de la demanda en tanto omiten dirigirse contra la sucesión de V. G.; la de falta de legitimación activa respecto de N. M. para impugnar el reconocimiento realizado por su cónyuge premuerto; y la de caducidad del derecho de impugnar a la luz del plazo bianual establecido en el art. 263 del Código Civil y el tiempo transcurrido para instar la presente acción.

A continuación, procedieron a desconocer las partidas de nacimiento emitidas por el Registro del Estado Civil de la ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires, cronológicamente anteriores al asiento registral que de sus respectivos natalicios formalizaran el señor V. G. y la señora A. E. B. en el Registro de Estado Civil de la ciudad de Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe. Negaron categóricamente que las mismas se refieran a sus personas. También negaron, por no constarles, que ellos no sean hijos biológicos de aquél y que porten la doble identidad paterna denunciada por los accionantes.

En ese sentido, se ocuparon de señalar las diferencias sustantivas existentes entre ambos instrumentos públicos en cuanto a las fechas y el lugar de sus respectivos nacimientos y a la filiación paterna en ellos registrada. Por ese motivo, rechazaron rotundamente someterse a la prueba de investigación genética propuesta por las actoras, con el argumento de que resulta "*...moralmente impropio, contrario a sus más íntimos valores familiares e injuriante para la memoria de V. G., quien en vida fuera un padre ejemplar, indagar sobre el nexo biológico de los hijos que voluntaria y legalmente ha reconocido*". Y, a todo evento y en subsidio, ofrecieron examen de ADN con quien figura como padre en las partidas de nacimiento expedidas en Necochea, Provincia de Buenos Aires, señor S. G., cuya citación a las presentes actuaciones dejaron solicitada.

Relataron, luego, que desde que tienen uso de razón, durante su crecimiento y al cabo de treinta años hasta que murió, el único padre que conocieron fue V. G. quien, además de reconocerlos voluntariamente como hijos propios, ejerció el vínculo paternal con sobradas muestras de amor y responsabilidad, gestando un universo de relaciones afectivas y sociales, incluidos sus restantes hijos con quienes han integrado una comunidad familiar por más

de treinta años. De allí que culminaron su presentación manifestando que: "*... durante toda su vida*, V. G. *desarrolló un comportamiento coherente al acto de reconocimiento de su paternidad sobre nuestras personas...*".

Por último, ofrecieron pruebas documental, instrumental, confesional y testimonial, como así también los estudios de histocompatibilidad inmunogenética (HLA) o el estudio de tipificación del ADN entre M. S. G. y el señor S. G., y peticionaron que se tenga por impugnada la partida de nacimiento de M. S. acompañada por los demandantes, solicitando la citación de aquel en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 316/327 y vta. citada).

Corrido el traslado respectivo de las excepciones articuladas, las actoras procedieron a refutar su procedencia con fundamento en las razones fácticas y jurídicas que al efecto brindaron (v. fs. 358/361), quedando las mismas en condiciones de ser resueltas por el juzgador de origen quien dispuso, finalmente, hacer lugar a la defensa de caducidad del derecho de impugnar la filiación paterna esgrimida por los demandados por imperio de lo prescripto por los arts. 259, 262 y 263 del ordenamiento civil sustantivo (v. fs. 385/387).

Dicha decisión fue objeto de apelación por parte de las accionantes (v. fs. 391) cuya procedencia fundaron en los agravios vertidos en el escrito de fs. 395/396, oportunamente replicados por los demandados a través de la contestación de fs. 399/403.

Llegado su turno, la Sala I de la Cámara de Apelación departamental dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2009, por medio de la cual dispuso revocar, por prematuro, el decisorio atacado (v. fs. 408/409), resolución que motivó el alzamiento extraordinario de los accionados mediante recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, nulidad e inconstitucionalidad (v. fs. 414/419 vta.), cuya concesión fue oportunamente denegada por el tribunal de grado a fs. 422.

Devueltas las actuaciones a la instancia de origen para la prosecución de su trámite, a mediados del año 2010, el juzgador a car-

go resolvió rechazar la excepción de defecto legal y postergar para la sentencia definitiva el tratamiento de la excepción de falta de legitimación activa de la señora N. M. (v. fs. 436/437), luego de lo cual, abrió la causa a prueba, ordenando la formación de los respectivos cuadernos (v. fs. 441 y fs. 469).

A fs. 27 y fs. 28 del cuaderno de prueba de la parte actora lucen diligenciados sendos oficios dirigidos al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires y al de la Provincia de Santa Fe.

En oportunidad de responderlo, el Registro Civil bonaerense remitió las copias certificadas de los asientos de inscripción correspondientes a los nacimientos de las siguientes personas:

1)En el acta n° 3 se consigna el nacimiento de G. P. C. A., ocurrido en la ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires, el día 27 de noviembre de 1970. En el acta se consigna como madre a la señora A. E. B., con cédula de identificación n° ... (declarante) y como padre al señor G. S., con cédula de identidad n° ... (v. acta n° 3 obrante a fs. 37/40 del cuaderno de prueba parte actora y fs. 513/516 de la foliatura del principal).

2)Y en la labrada bajo el n° 351, el de G. M. S., nacida en la ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires, el día 3 de mayo de 1969, consignándose como madre a la señora A. E. B., con cédula de identidad n° ... y como padre al señor S. G., con cédula de identidad n° ... (declarante) (v. acta n° 351 a fs. 43/46 del cuaderno de prueba de la parte actora o fs. 517/520 de la foliatura principal).

Lo propio hizo el Registro Provincial santafecino en ocasión de contestar el oficio recibido, es decir, remitió las copias certificadas de las actas de inscripción correspondientes a los nacimientos de P. J. G. y a M. S. G. halladas en esa dependencia. En la nota de envío, se dejó expresa constancia que según surge de su texto, las mismas fueron redactadas sin la presentación de certificaciones médicas de nacidos vivos (v. fs. 64 y vta. del cuaderno de prueba de la parte actora y fs. 538 de la foliatura del expediente principal).

En el asiento de inscripción de nacimiento n° 3, se deja constancia de que el día 3 de enero de 1974 comparecieron ante el Oficial Público del Registro del Estado Civil don V. G., L.E. n° . y doña A. E. B., L.E. ... y declararon que en Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe, nació P. J. G. el día 17 de noviembre de 1971, de sexo masculino y que es hijo de ambos. Se dejó debida constancia de que la inscripción se efectúa en virtud de la ley de amnistía n° 6976 en vigencia, presentando como testigos a los señores O. G. B., DNI ... y E. A. G., L.E. n° ... . Firmando ambos declarantes al pie (v. fs. 65/65 vta. del cuaderno de prueba actora y fs. 540 de la foliatura principal). Y en el asiento de inscripción n°2, consta que en la misma fecha, esto es, el 3 de enero de 1974, comparecieron ante el Oficial Publico del Registro del Estado Civil don V. G., L.E. n° ... y doña A. E. B., L.E. n° . declarando que en Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe, nació M. S. G. el día 19 de noviembre de 1967, de sexo femenino, que es hija de ambos. Dejándose constancia de que la inscripción se efectúa en virtud de la ley de amnistía n° 6976, en vigencia y que presentaron como testigos a don O. G. B., DNI . y E. A. G., L.E. n° Firmando ambos declarantes al pie (v. fs. 65 y fs. 66, respectivamente del cuaderno de prueba parte actora, y fs. 539 y fs. 540 de la foliatura del principal).

Producida la prueba confesional y testimonial ofrecida por la parte actora, el juez de la causa dispuso correr vista de las actuaciones a la Asesoría Pericial de La Plata a los fines de que lleve a cabo la pericia biológica tendiente a determinar la existencia de vínculo biológico entre los codemandados y el fallecido V. G. (v. fs. 554 y fs. 80 cuaderno de prueba). Para llevar adelante la tarea encomendada, la dependencia citada solicitó la comparecencia de las partes involucradas en la fecha que al efecto designó -18/4/2012- para la realización de la toma de muestras indispensables para cumplir con la labor encargada (v. fs. 555). Mas la incomparecencia de los coaccionados frustró la producción de la pericia ofrecida por las accionantes quienes, sin más, solicitaron al juzgador que tenga por renuentes a los demandados, petición que fue tenida presente (v. fs. 562 y vta. y fs. 563 -fs. 88 y 89 cuaderno de prueba parte actora).

Vencido el período probatorio, el juez de origen desestimó el pedido de negligencia formulado por ambas partes contendientes luego

de lo cual informó el actuario las probanzas producidas en el curso del proceso y aquéllas pendientes de realización (v. fs. 807/808 vta.).

A continuación, los legitimados pasivos formalizaron sendas presentaciones con el propósito de desistir, por un lado, de la prueba testimonial y biológica genética ofrecida subsidiariamente con quien figura como padre de M. S. G. en la partida de nacimiento expedida por el Registro de las Personas de Necochea, Provincia de Buenos Aires, señor S. G., desistimiento que mereció la admisión del magistrado actuante (v. fs. 809/810 y fs. 811). Y de peticionar, por el otro, que se declare la caducidad de las pruebas testimonial e informativa pendientes de producción por la parte actora, así como la negligencia de la pericial genética en virtud de los fundamentos expuestos al efecto (v. fs. 812/814 vta.), las cuales recibieron favorable resolución por el magistrado actuante a fs. 815 y fs. 817, respectivamente.

Presentado por los demandados el alegato de bien probado (v. fs. 820/837) y una vez firme el llamamiento de autos (v. fs. 840 y fs. 841), el **juez de primera instancia** procedió a dictar la sentencia obrante a fs. 842/855, que -como dejé señalado en el prólogo del presente dictamen- declaró la caducidad del derecho de impugnar la filiación paterna de los accionados y rechazó, consiguientemente, el progreso de la acción, sin perjuicio de otra serie de consideraciones que formuló en torno del resto de las cuestiones debatidas.

Fundó en sustancia, el sentido de su decisión en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en los alcances del art. 263 del Código Civil luego de la reforma introducida por la ley 23.264, en cuanto si bien amplió la legitimación activa más allá del padre y el hijo reconocido, estableció respecto de los terceros interesados un plazo de caducidad de dos años.

Por otra parte, argumentó que si bien ambas partes hicieron aportes probatorios, no ha podido llevarse a cabo la pericia genética -que calificó de *probatio probattisima* para los procesos de filiación-, en virtud de la

incomparecencia de los codemandados y de su señora madre, A. B., al lugar y en la fecha indicados para la extracción de muestras de sangre. Y a renglón seguido, reputó que el indicio contrario a la postura de quien se negare a someterse a los exámenes y análisis necesarios determinado por el art. 4 de la ley 23.515 no resulta de aplicación |en la especie "...*ya que en mi opinión la mentada 'renuencia' tiene que ver con el carácter de quien se dice ser el progenitor sanguíneo y no de los hijos de éste. En efecto, la citada norma, en su esencia tiene como finalidad la protección al derecho personalísimo de un sujeto a conocer su identidad, promoviendo la investigación de sus orígenes paterno-filiales. Aquí se intenta invertir el sentido de la norma, es decir que la presunción legal de la renuencia colisiona con la presunción legal de paternidad por haberse inscripto ante autoridad pública*" (v. sentencia de origen, fs. 848, el subrayado viene del original).

Sostuvo también que fuera de la pretensión de hacer efectivo el indicio de la reticencia al estudio genético, la parte actora no aportó prueba alguna tendiente a acreditar la ausencia de vínculo biológico entre su padre V. G. y los coaccionados, siendo que a los fines de demostrar la falsedad de la filiación que resulta del reconocimiento es admisible toda clase de pruebas destinadas a la comprobación de hechos que hagan imposible el vínculo impugnado pues de lo contrario, continúa en pie la validez del reconocimiento así documentado. Y agregó que "...*frente a la presunción que emerge del acto voluntario de reconocimiento de paternidad efectuado por V. G. y plasmado legalmente en instrumento público, no puede adquirir preponderancia la reticencia de los accionados en efectuarse el análisis genético*" (v. fs. 850 vta. "*in fine*").

Recordó, asimismo, la doctrina elaborada por esa Suprema Corte en el precedente jurisprudencial Ac. 73.293, del 25-III-1999, según la cual: "*si bien la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación, no es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial*". Para añadir, seguidamente, que "*No pudiendo lograrse el criterio*

*de objetividad requerido y desde que nos encontramos frente a la protección y defensa de un interés privado pero al mismo tiempo al amparo de un interés social; estimo que la mejor solución es aquella que tome en cuenta este juego de intereses con aquella consideración primordial. En materia de investigación de la filiación, la existencia de derechos constitucionales personalísimos, que impiden violentar la voluntad de quien se resista (o como en el caso se muestre renuente) a someterse a la prueba biológica, debe analizarse en confrontación a garantías y derechos -de análoga prelación- (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y la ley 23.847) sin desatender a las cuestiones de orden público, que en el caso de autos, han impreso a los demandados la condición de hijos del causante V. G., por acto jurídicamente relevante, válido y plenamente eficaz*" (v. fs. 851).

A renglón seguido, el juez de origen procedió a valorar los asientos registrales emitidos por el Registro Nacional de las Personas de la Provincia de Buenos Aires que dan cuenta de las inscripciones de nacimiento de M. S. G. y de C. P. A. G. (v. fs. 513/516 y 517/520, respectivamente), restándoles todo grado de relevancia para la dilucidación de la controversia ventilada en autos. En abono de ese juicio de valor, señaló las diferencias detectadas de su cotejo con los instrumentos expedidos por el Registro Nacional de las Personas de la Provincia de Santa Fe (v. fs. 538/540), no sólo con relación al prenombre del codemandado P. J. G., sino también respecto de las fechas de nacimiento de ambos accionados, a lo que agregó que las partidas labradas en el territorio bonaerense se exhiben incompletas en tanto carecen de las firmas de ambos progenitores, mientras que las labradas en el territorio santafecino cuentan con la suscripción de los dos y los accionantes nada han dicho "*...en torno a demostrar cuál es la real fecha de nacimiento de los demandados (no se dijo ni probó el nosocomio -bonaerense o santafecino- donde pudieron haber nacido los mismos* (v. fs. 851 *in fine*/851 vta.).

En el considerando siguiente, el magistrado actuante se ocupó de verter algunas reflexiones vinculadas al instituto de la caducidad de la acción de impugnación contemplado en el art. 263 del Código Civil destacando, con cita de Eduardo Zannoni, que encuentra fundamento en la consolidación del estado de familia del que goza el hijo por un lapso prudencialmente breve, lo cual

constituye, a su vez, un requerimiento de estabilidad de las relaciones jurídicas familiares y, de ese modo prosiguió, la caducidad se inserta en la teoría general de las acciones de estado de familia procurando que su ejercicio no afecte indefinidamente, ni siquiera por demasiado tiempo, la certeza del estado mismo.

Lo propio hizo con relación a los fundamentos que dieron origen a la ley 23.511, particularmente respecto de los efectos jurídicos que acarrea la negativa a someterse a las pruebas biológicas en una acción de reclamación de estado en pos de procurar la consolidación del derecho constitucional a la identidad personal.

Por fin, en el considerando tercero y luego de admitir el complejo marco de situación llamado a resolver atento la falta de producción de la prueba genética susceptible de aportar absoluta certeza para la dilucidación de la cuestión debatida, el juez de origen procedió a conjugar la presunción legal de la reticencia, si bien aclarando que la misma es aplicable en otro tipo de reclamaciones como sería la búsqueda de la identidad de parte de quien refiere no ser hijo de una persona o bien ser hijo de otra distinta a la que aparece como su progenitor, con el resto de las probanzas rendidas en la causa.

En ese cometido, comenzó por referirse a las versiones cruzadas extraídas de la ponderación de la prueba testimonial colectada en el proceso toda vez que por un lado, los testigos ofrecidos por las accionantes, coincidieron en afirmar que éstas no tenían conocimiento de la existencia de los demandados sino hasta después de su presentación en el juicio sucesorio de V. G., mientras que los testimonios rendidos a propuesta de los legitimados pasivos, por el otro, fueron contestes en asegurar que los ocho hijos matrimoniales y extramatrimoniales del causante nombrado tenían trato familiar desde hacía más de 30 años, circunstancia que lo llevó a desestimar su eficacia probatoria con sustento en que sus decires se neutralizan negativamente.

No obstante lo expuesto con relación a la prueba de testigos, el sentenciante de origen destacó, sin embargo, con fuerza definitoria para arribar a la solución del caso en juzgamiento, el testimonio rendido por

M. E. G., hija del fallecido V. G. y medio hermana de las demandantes que ofrecieron su deposición.

Y así, sobre la base de que en varios pasajes de su declaración obrante a fs. 629/631 la testigo dijo que desde que tenía 29 años de edad -contaba con 46 años al momento de declarar- conocía de la existencia de los demandados, si bien afirmó reconocerlos como hijos de la pareja de su padre -Sra. B.- y que el trato que les dispensaba su padre era como hijos, el juzgador consideró difícil "*...creer que durante todo ese período de tiempo (17 años al menos) en que trató con los demandados, nunca se haya preguntado por el apellido de éstos, los cuales a esa fecha llevaban el mismo que la testigo y, en base a ello, deducir que podrían ser hijos de su progenitor o al menos hallarse inscriptos por éste como hijos propios. Difícil me resulta también presumir que ésta también hermana de los actores no haya comentado con ellos sobre la existencia de estos otros sujetos en tan alongado plazo de tiempo, por lo que se desmorona el planteo tendiente a demostrar que recién ante su presentación en el juicio sucesorio tomaron conocimiento intentando impugnar la paternidad de* V. G." (v. fs. 853 vta./854).

Con pie en el apuntado razonamiento, el juez de primera instancia concluyó que la testigo mencionada, ofrecida por la propia parte actora, ha dado cuenta de que los accionantes ya habrían tomado conocimiento de la presunta irregularidad registral como hijos del causante de los aquí demandados con anterioridad a su presentación en el expediente sucesorio, lo que -a juicio del sentenciante de primer grado- torna operativa la prescripción de la acción establecida por el artículo 263 del Código Civil (v. fs. 854 cit.).

La sentencia dictada fue apelada por ambas partes (v. fs. 858 y vta., por los demandados y fs. 861, por los actores), elevándose las actuaciones a la Sala Primera de la Cámara departamental que había prevenido (v. fs. 869).

Expresaron sus respectivos agravios los accionados a fs. 879/880 y los demandantes a través del escrito de fs. 881/887 vta., oportunamente replicados a fs. 889/899 vta., por los últimos y a fs. 900/902 vta., por los primeros.

Previo a dictar sentencia, el tribunal de alzada dispuso correr vista de lo actuado al señor Agente Fiscal (v. fs. 906) quien se notificó a fs. 907 vta., a la par que ordenó, como medida para mejor proveer, la realización de un análisis genético de ADN entre los demandados M. S. G. y P. J. G. y el fallecido V. G., intimándolos a individualizar la sepultura de los restos del causante dentro de los diez días de notificados y bajo apercibimiento de ley, a los fines de proceder a la exhumación del cadáver para llevar a cabo el examen dispuesto, con la intervención de la Asesoría Pericial del Departamento Judicial de La Plata (v. fs. 908 y vta.).

La parte demandada se alzó contra el acierto de la prueba biológica ordenada mediante el recurso de reposición deducido a fs. 914/919 cuya procedencia fue rechazada *in límine* por la alzada a fs. 920 y vta. Por lo que diligenciados los oficios respectivos a la Asesoría Pericial del Departamento Judicial de La Plata y solicitada por la parte actora la designación de la fecha para que se lleven a cabo las extracciones de sangre correspondientes, los demandados, por derecho propio, formalizaron la presentación de fs. 934/938 por medio de lo cual ratificaron la voluntad expresada en ocasión de responder la acción en el sentido de no someterse al examen genético de ADN con los restos cadavéricos del señor V. G., ordenado por el tribunal de grado como medida para mejor proveer, en virtud de las razones de índole procesal y constitucional que al efecto expusieron.

Frente a la oposición manifestada, el órgano revisor interviniente puso en conocimiento de los demandados que "*...En este tipo de procesos el fin principal es el hallazgo de la verdad, y por ello reconoce amplitud probatoria al establecer las normas que lo gobiernan la admisibilidad de toda clase de pruebas, y de otro lado, se despreocupa de quién debe producirlas al disponer que podrán ser decretadas de oficio, lo cual pone en jaque la aplicación del imperativo del propio interés particular*", a lo que añadió, a continuación, que: "*En la especie, y a criterio del Tribunal, el interés debatido trasciende el ámbito meramente privado, al estar involucrado necesariamente el derecho a la identidad de las personas y el correcto emplazamiento de su verdadero estado de familia; derechos*

*amparados por la Constitución nacional en su art. 75 inc.22, a través del cual son incorporados diversos tratados sobre derechos humanos*".

En mérito de las consideraciones formuladas, los magistrados actuantes declararon que la negativa expresada por los accionados redundaría en una presunción en su contra, en los términos del art. 4 de la Ley 23.511 (v. fs. 942 y vta.)

El Fiscal General departamental tomó conocimiento del estado de autos (v. fs. 946)

Luego de ciertas vicisitudes procesales que implicaron una denuncia por prejuzgamiento formulada por los accionados a partir de la aludida resolución, finalmente desestimada (v. fs. 996/997), tras ser notificados de la fecha y hora fijadas para concurrir a la Oficina Pericial departamental -15 de agosto de 2017- a los fines de llevar adelante las prácticas de rigor para el estudio de histocompatibilidad ordenado, la representación letrada de los coaccionados ocurrió al proceso a los fines de reiterar, una vez más, el firme convencimiento de sus mandantes en el sentido de no prestar conformidad a la realización del análisis genético de ADN ordenado, con sustento en ejercicio del derecho constitucional a la protección de la intimidad que les asiste (v. fs. 1002/1007), luego de lo cual obra el informe de la Asesoría Pericial departamental en el que se deja constancia de que no ha sido posible la obtención de las muestras de ADN atento la incomparecencia de los citados (v. fs. 1009), todo lo cual motivó a la coactora E. J. G. a solicitar al tribunal que tenga a los demandados por renuentes (v. fs. 1013).

Con posterioridad, tuvo lugar el dictado de la **sentencia definitiva del órgano de alzada** obrante a fs. 1015/1022 vta., confirmatoria de la recaída en primera instancia, objeto de los recursos extraordinarios sometidos a dictamen, a la luz de los arts. 283 y 297 del ordenamiento civil adjetivo.

A través de la misma, el órgano revisor -dando respuesta a los agravios desarrollados por la parte actora impugnante y más allá de lo actuado en la fase previa al dictado del pronunciamiento definitivo, con relación

a la producción de la prueba genética ordenada en uso de sus facultades instructorias- ponderó por un lado, que frente a la presunción emergente del acto voluntario de reconocimiento de paternidad efectuado por el Sr. V. G. y plasmado en sendos instrumentos públicos de los que resultan -entre otros- los datos relativos al padre y la madre de los demandados, no podía adquirir preponderancia la reticencia de aquellos a efectuarse el análisis genético. Ello así, al tiempo que también destacó las consideraciones formuladas en el decisorio de primera instancia en cuanto a que no se estaba ante la renuencia contemplada en el art. 4 de la Ley 23.511, pues la misma tiene que ver con la situación en la que se encuentra aquel a quien se atribuye la calidad de progenitor sanguíneo y no la de sus hijos, pues la aludida presunción tendría como finalidad la protección al derecho personalísimo de un sujeto a conocer su identidad, promoviendo la investigación de sus orígenes paterno-filiales, intentando en estas actuaciones los accionantes invertir su alcance, pues a su juicio la presunción legal de la renuencia colisionaría en el caso con la de paternidad emergente del mentado reconocimiento inscripto ante autoridad pública, cuya impugnación además no hubo sido articulada por las vías legales conducentes a tal fin, en referencia a la redargución de falsedad -conf. art. 393 del C.P.C.C.B.A.-.

Siguiendo esa línea argumental y luego de señalar que se encontraba frente a la protección y defensa de un interés privado pero al mismo tiempo al amparo de un interés social, estimó oportuno ponderar que en materia de investigación de la filiación se está ante derechos constitucionales personalísimos que impiden violentar la voluntad de quien se muestre renuente a la prueba biológica, conducta que debe ser analizada en confrontación a garantías y derechos de análoga prelación (art. 75 inc. 22 de la CN), sin perder de vista que en el caso traído a juzgamiento los demandados revestían la calidad de hijos por acto jurídicamente relevante, válido y plenamente eficaz, todo lo que además atañe a la seguridad jurídica y a la estabilidad del estado de familia que crea el aludido reconocimiento (v. fs. 1019/1020 vta.).

Y en un segundo orden de consideraciones, también estimó que de la compulsa de la prueba producida con alusión a la confesional, tes-

timonial y documental acompañada, debía también confirmarse la declaración de caducidad de la acción de impugnación decidida en la instancia de origen a la luz de lo normado por el art. 263 del C. Civil según ley 23.264, con motivo del transcurso del plazo de caducidad desde que los impugnantes habrían tomado conocimiento del acto de reconocimiento formulado por el Sr. V. G. con relación a los co-demandados. Ello así, sin perjuicio de la errónea fundamentación referida en el párrafo primero del considerando VI del aludido pronunciamiento en el que se hace alusión al plazo anual del art. 593 del C. Civil y Comercial (v. fs. 1020 vta.), ulteriormente corregido con la cita normativa de los arts. 259, 262 y 263 del C. Civil, incluida en la parte final del considerando citado, tal como había sido así resuelta por el magistrado de origen, cuya confirmación fuera asimismo dispuesta en el fallo de alzada impugnado (v. fs. 1020 vta./1021 vta.).

v.- La exhaustiva y minuciosa reseña de las actuaciones llevadas a cabo tanto en el juicio sucesorio del señor V. G., como en el presente proceso de impugnación de reconocimiento de filiación paterna y en la Instrucción Penal Preparatoria oportunamente requerida, cuyas constancias en PDF se adjuntan conjuntamente con este dictamen, pone de manifiesto que si bien cinco hijos del causante desconocieron el carácter de descendientes coherederos que invocaron poseer la señora M. S. y el señor P. J. en oportunidad de presentarse en la sucesión de aquél con fecha 28 de diciembre de 2004, peticionando la ampliación de la declaratoria de herederos dictada días antes, a los fines de ser reconocidos como tales, esta última petición fue inmediatamente acogida por el juez del proceso universal quien, en fecha 7 de febrero de 2005, procedió a dictar la ampliación solicitada de conformidad con las partidas acompañadas para acreditar el vínculo de filiación paterna por ambos invocado con relación al *de cujus* (v. fs. 182/183; fs. 209/210 y fs. 212/213 del expte. sucesorio).

Así es, en aquella presentación inicial del expediente sucesorio los demandados en el presente pleito -conjuntamente con su hermano, señor G. V. G. y B., nacido el 27 de diciembre de 1974 (v. fs. 195 y vta.)- acompañaron sendas fotocopias certificadas de los testimonios expedidos por el Registro

del Estado Civil de las Personas de la Provincia de Santa Fe de las actas en las que constan las inscripciones de sus respectivos nacimientos realizadas por el causante señor V. G. y por la señora A B. en fecha 3 de enero del año 1974 en la ciudad santafecina de Cañada de Gómez, al amparo de la ley provincial de amnistía n° 6976, por entonces vigente (v. fs. 194 y vta. y fs. 196 y vta.)

En el asiento de inscripción n° 2, figura registrado que el 3 de enero de 1974 comparecieron ante el Oficial Publico del Registro del Estado Civil sito en la ciudad santafecina mencionada, don V. G., L.E. n° ... y doña A. E. B., L.E. n° ... declarando que en Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe, nació M. S. G. el día 19 de noviembre de 1967, de sexo femenino que es hija de ambos. Se dejó debida constancia de que la inscripción se efectúa en virtud de la ley de amnistía n° 6976 en vigencia y que presentaron como testigos a don O. G. B., DNI . y a don E. A. G., L.E. n° ... . Firmando ambos declarantes al pie (v. fs. 194 y vta. del juicio sucesorio y fs. 65 y fs. 66, respectivamente del cuaderno de prueba parte actora, y fs. 539 y fs. 540 de la foliatura del proceso de impugnación).

Y en el asiento de inscripción n° 3, consta que el día 3 de enero de 1974 comparecieron ante el Oficial Público del Registro del Estado Civil ubicado en la ciudad de Cañada de Gómez, Provincia de Santa Fe, don V. G., L.E. n° ... y doña A. E. B., L.E. y declararon que en esa ciudad santafecina nació P. J. G. el día 17 de noviembre de 1971, de sexo masculino y que es hijo de ambos. Se dejó debida constancia de que la inscripción se efectúa en virtud de la ley de amnistía n° 6976 en vigencia, presentando como testigos a los señores O. G. B., DNI ... y E. A. G., L.E. n° Firmando ambos declarantes al pie (v. fs. 65/65 vta. del cuaderno de prueba actora y fs. 540 de la foliatura principal).

Sin embargo, la validez del acto de reconocimiento de filiación extramatrimonial exteriorizado por el nombrado señor V. G. con relación a ambos y plasmado a través de los instrumentos públicos a los que acabo de hacer mención, fue objeto de sucesivos cuestionamientos por el resto de los herederos que integraron tanto la primigenia Declaratoria de Herederos de fs. 182/183

cuanto la ampliatoria que le sucedió a fs. 212/213 del expediente sucesorio.

En efecto, vale recordar de la reseña de antecedentes confeccionada en los acápites precedentes, que en distintos tiempos y por diversos carriles procesales todos ellos terminaron por coincidir en afirmar que M. S. y P. J. no son hijos biológicos de su difunto padre (y cónyuge, en el caso de la señora M.), circunstancia en la que fundaron su pretensión de desplazarlos del estado de familia paterno por ellos invocado, y dejar sin efecto la ampliación de la declaratoria de herederos obrante a fs. 212/213 que los invistió en ese carácter, de manera de excluirlos de la sucesión de V. G. por carecer de vocación hereditaria a su respecto.

Como ya fuera señalado, las primeras en denunciar el hecho fueron la cónyuge supérstite del causante y las hijas nacidas de esa unión matrimonial, señoras N. M. y S. M., E. G. y E. J. G. quienes, en fecha 16 de diciembre de 2005, promovieron la acción de impugnación de la paternidad reconocida por el causante en ocasión de inscribir como hijos propios a las personas contra quienes dirigieron la pretensión, señora M. S. y señor P. J. . En sustento de su afirmación sostuvieron, en suma, que la filiación paterna de los demandados se hallaba ya establecida en cabeza del señor S. G. quien inscribió el nacimiento de M. S. como hija suya y de la señora A. B. (v. documento agregado a fs. 6 y vta. y prueba informativa obrante a fs. 517/520 del proceso de impugnación), paternidad que también le fue asignada a P. J. en ocasión de que su madre, señora A. E. B., inscribiera su respectivo nacimiento (v. fs. 513/516 del expediente de mención).

La señalada circunstancia, aseveraron, imponía que se declare la nulidad absoluta de las posteriores inscripciones de nacimiento tardías efectuadas por V. G. junto a la señora A. B. en la Provincia de Santa Fe, en contradicción con la filiación paterna anteriormente establecida respecto de ambos coaccionados, por imperio de las prescripciones contenidas en los arts. 250, 953, 1044 y 1047 del Código Civil.

Idéntico planteo formularon meses después otros dos hijos extramatrimoniales del fallecido V. G., si bien en el marco de su juicio su-

cesorio. Me refiero a la presentación efectuada el 15 de mayo de 2006 por la señora M. E. G. y D. L. y señor V. A. G. R. y V. , con el objeto de poner en conocimiento del juez de la sucesión que M. S. y P. J. no son hijos biológicos del causante sino del señor S. G. y la señora A. B., basando en la apuntada circunstancia la existencia de cosa juzgada írrita o fraudulenta que imponía que se dejara sin efecto la ampliación de la declaratoria de herederos obrante a fs. 212/213, en cuanto invistió a los nombrados en ese carácter y se declarara la consecuente nulidad de todos los actos procesales que le sucedieron con relación a ellos, adjuntando, en prueba de su afirmación, una fotocopia simple del acta de nacimiento de M. S. G. labrada en el Registro de las Personas de la ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires (v. fs. 329 y fs. 330/333 del proceso sucesorio).

La pretensión de marras fue ratificada el día 19 de marzo de 2007 por los presentantes de fs. 330/333 acompañados, esta vez, por las tres hijas matrimoniales de V. G. y por su cónyuge supérstite (actoras del proceso de impugnación de paternidad) y por otro de sus hijos, señor G. V. G. y B. -quien originariamente se había presentado pidiendo la ampliación de la declaratoria de herederos junto a sus hermanos, aquí co-demandados-, todos los cuales ocurrieron ante el juez a cargo de la sucesión para agregar las partidas de nacimiento originales de M. S. G. y de C. J. P. G. expedidas por el Registro Civil de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, Delegación Necochea, pretendiendo acreditar, por su intermedio, los extremos denunciados en su anterior presentación en orden a la doble identidad y filiación paterna que ostentarían los mencionados y a la nulidad de la inscripción posterior efectuada por su difunto padre en contradicción con la filiación paterna previamente establecida con su verdadero progenitor, comportamiento que reputan expresamente vedado por el art. 250 del Código Civil, por entonces vigente (v. fs.384/385).

Del caso es recordar que la pretensión fue desestimada por el juzgador de la sucesión con el argumento de que "*...frente a la existencia de partidas que son instrumentos públicos, las mismas son válidas hasta que por sentencia firme quede declarada la falsedad de su existencia...*" (v. fs. 394), decisión que

fue luego confirmada por la Cámara de Apelaciones interviniente (v. fs. 415 y vta.).

Ahora bien, la delicada y compleja situación que resulta de la descripción de antecedentes formulada párrafos arriba, debatida en todas las actuaciones conexas desde hace más de quince años a la fecha, configurada en suma, por la alegada coexistencia por los accionantes de dos eventuales reconocimientos paterno filiales incompatibles respecto de los demandados o de un posible doble emplazamiento de estado respecto de las mismas personas, férreamente resistido por los accionados quienes desconocieron ser los sujetos cuyos nacimientos acreditaron aque los con la adjunción de las partidas oportunamente anexadas y acerca de las que dan cuenta las constancias documentales agregadas a fs. 37/40 del cuaderno de prueba parte actora y fs. 513/516 de la foliatura del principal (acta n° 3), así como a fs. 43/46 del mismo cuaderno o fs. 517/520 de la foliatura principal (acta n° 351), expedidas por el Registro Civil de las Personas, Delegación Necochea, Provincia de Buenos Aires, exorbita el interés individual de los litigantes involucrados en la contienda -netamente patrimonial, para quienes denunciaron el hecho en estos autos y en la sucesión y además y también personalísimo, en el caso de los demandados en este proceso-, comprometiendo seriamente al orden público por cuya defensa y custodia debe velar este Ministerio Público bajo mi conducción (art. 29, inc. 4, ley 14.442). Dicha situación de excepcionalidad, por lo trascendente de las cuestiones en juego, impone abordar la problemática en toda su dimensión, más a lá de los lindes demarcatorios del pronunciamiento cuestionado y de la impugnación deducida por la recurrente.

Es dable traer aquí a colación, en mérito a las semejanzas con el tenor del asunto sometido a dictamen, el caso planteado en la causa C. 97.191, fa lada por V.E. a través del pronunciamiento del 9-VI-2010, en tanto la pretensión que lo encabeza no tiene por finalidad la búsqueda de un emplazamiento familiar sino, antes bien, el desplazamiento filiatorio que las personas demandadas esgrimen detentar social y legalmente, tal como acontece en la especie (ver S.C.B.A., causa C. 97.191 cit., sent. del 9-VI-2010).

Así es, en estas actuaciones quienes tachan e impugnan la filiación paterna de los accionados han aportado como prueba determinante de

su posición los instrumentos públicos expedidos por los Registros de Estado Civil y Capacidad de la Provincia de Buenos Aires que, según afirman, acreditarían las previas inscripciones de nacimiento de las mismas personas aquí demandadas, acaecidas con anterioridad y con diferente filiación paterna, en violación a lo establecido al respecto por el art. 250 del C. Civil, de aplicación al momento de efectivizarse el sindicado como segundo reconocimiento filiatorio con relación a los demandados.

A su turno, por su parte, estos últimos han resistido la procedencia de la acción fundando su oposición, en primer lugar, en la negativa de tratarse de los mismos sujetos cuyo nacimiento acreditan las partidas acompañadas por los accionantes, sobre la base de las diferentes fechas y lugares de alumbramiento y en el caso particular de P. J., la diversidad de prenombres, circunstancia a la que además añaden los títulos expedidos con posterioridad a aquellos, por la institución homónima de la Provincia de Santa Fe, que acreditan el reconocimiento filiatorio realizado por quienes aparecen en ellos como ambos progenitores (padre y madre) de los co-demandados M. S. y P. J. G., aunada a la posesión de estado de hijos que esgrimieron disfrutar de parte del fallecido V. G. y que estiman acreditada con las pruebas producidas en autos.

Siendo ello así y más allá de la controversia que pudiera suscitarse en torno a la cuestión del absurdo endilgado en la protesta en torno a la valoración de la prueba ponderada para decidir en favor de la caducidad alegada al amparo de lo previsto por el art. 263 del C. Civil, favorablemente acogida en ambas instancias ordinarias, en especial en cuanto al mérito del testimonio rendido por M. E. G., hija del fallecido V. G. y medio hermana de las demandantes que ofrecieron su deposición, es lo cierto que la mera compulsa comparativa de los instrumentos públicos de mención no permite concluir de manera fehaciente que a través de sendos pares de instrumentos se constaten identidades y filiaciones paternas diversas para las mismas personas, M. S. G. o G. y C. P. A. G. o P. J. G.

En efecto, en coincidencia con la valoración formulada al respecto en el decisorio de primera instancia, oportunamente reseñado en el *racconto* de antecedentes del presente dictamen, del cotejo de los asientos re-

gistrales emitidos por el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, que dan cuenta de las inscripciones de nacimiento de M. S. G. y de C. P. A. G. (v. fs. 513/516 y 517/520, respectivamente) con los que corresponden a los acompañados por los demandados para acreditar su vínculo filiatorio con relación a V. G., provenientes del Registro de las Personas de la Provincia de Santa Fe (v. fs. 538/540), resultan notables diferencias en torno, no sólo al prenombre del codemandado P. J. G., sino también respecto de las fechas de nacimiento de ambos accionados, debiendo destacarse además la circunstancia de que las partidas labradas en el territorio bonaerense se exhiben incompletas en tanto carecen de las firmas de ambos progenitores, mientras que las labradas en el territorio santafecino cuentan con la suscripción de los dos. Tales discordancias no se afeblecen por la ausencia de discusión por ninguno de los litigantes acerca del emplazamiento de estado materno que ambos portan en cabeza de la señora A. E. B., en tanto y en cuanto, además, quienes debían desvirtuar mediante prueba en contrario los alcances de los dichos autenticados por el Oficial Público interviniente en la expedición de las partidas de las que resulta el aludido reconocimiento por V. G. de su paternidad con relación a los co-demandados -tal como fuera señalado por el sentenciante de primer grado- nada dijeron ni aportaron como era su carga realizar, "*...en torno a demostrar cuál es la real fecha de nacimiento de los demandados...*" (v. fs. 851 *in fine*/851 vta.), en tanto ni si quiera se afirmó y por ende, tampoco se acreditó, "*...el nosocomio -bonaerense o santafecino- donde pudieron haber nacido los mismos*" (v. fs. cit.)

Tamaña discordancia registral en orden al lugar, fechas de nacimientos asentadas y nombres (en el caso de P. C. A. G. o de P. J. G.), sumada a la carencia de acreditación relativa a la existencia de actas de certificaciones médicas correspondientes a sendos alumbramientos, abren un amplio margen de hesitación acerca de la atribuida identidad de sujetos que, según mi apreciación, no alcanza a ser zanjada por la alegada presunción que los accionantes pretenden desprender de la renuencia a la prueba de histocompatibilidad puesta de manifiesto por los demandados, en orden a lo normado por el art. 4 de la ley 23.511, poniendo al descubierto la fragilidad argumentativa de la ponencia actoral, sien-

do que conforme las reglas que gobiernan la carga de la prueba -tal lo ya anticipado párrafos arriba-, a los accionantes les cabía aportar, como imperativo del propio interés (arg. art. 375 del C.P.C.C.B.A.), los elementos de convicción necesarios para desvirtuar lo que resulta del reconocimiento filiatorio acreditado con las partidas de fs. 539 y 540 -título - y del estado de hijos que también invocaron dispensado por quien figura como su progenitor, a lo largo de los años de relación que mantuvieran hasta la fecha de su fallecimiento, acreditado con la abundante prueba documental acompañada -fotografías, misivas, tarjetas de salutación y demás piezas escritas que ilustran acerca de la comunidad familiar habida entre los sujetos involucrados (v. fs. 205/267)-, corroborada con varias de las testimoniales producidas (v. fs. 629/631, 724, 768/70).

Señalo que la aludida fragilidad argumental no alcanza a ser zanjada en absoluto a partir de la pretensa aplicación al caso de la presunción legal invocada por los accionantes a partir de la renuencia de los demandados para la efectivización de la prueba biológica ofrecida al respecto (art. 4 de la Ley 23.511, cuyo alcance aparece reproducido en la letra del art. 579, último párrafo, del C. Civil y Comercial). Es que en consonancia con la doctrina legal emergente del precedente de V.E. antes citado, individualizado como causa C. 97.191 (sent. del 9-VI-2010), que estimo de aplicación en la especie, dicha clase de presunción normativa podría legar a resultar trascendente en el ámbito de un proceso de emplazamiento de filiación. Pero al igual que lo destacado por V.E. en el precedente de mención -y lo afirmado en estos obrados tanto en el decisorio de primera instancia, como en el de Alzada- ese no es el objeto de autos, sino todo lo contrario, pues estas actuaciones tienen por fin impugnar la paternidad extramatrimonial que los demandados habrían ostentado durante un largo lapso temporal.

Se dijo también en el aludido precedente, en otro aspecto que según mi apreciación resulta relevante para la dilucidación del presente, que "*... La acción tiene su origen en un conflicto de orden patrimonial suscitado entre las partes...*", "*... no tiene(n) como objeto la búsqueda de un emplazamiento filiatorio, sino todo lo contrario: aquí se pretende derribar una filiación social y legalmente establecida. Por tal motivo, la prueba de ese hecho negativo debe ser*

*contundente y absolutamente demostrativa de la ausencia de vínculo biológico...*". Y a continuación se agregó que siendo ello así, "*en función de la faz dinámica del derecho a la identidad (constituido por el patrimonio ideológico cultural de la personalidad hacia el exterior que trasciende en el presente y en el futuro)*", no podía obviarse la importancia que para el caso cobra el trato de hij[o]s que, en vida, fuera dispensado a favor de los demandad[o]s. "*Aquí, ese derecho resguardado constitucionalmente en su faz estática (que comprende el origen biológico de la persona), es cuestionado por una persona ajena a quien lo ejerce. '... El derecho a la propia identidad; el derecho a que la propia filiación legal coincida con la filiación biológica; el derecho a la intimidad personal; el derecho a la integridad corporal; el derecho a emplazar, mantener y cuidar los vínculos parentales, más muchos etcéteras, forman una unidad que, como derecho personal en el rubro de los derechos humanos, tiene un sujeto titular indudable. Esta persona es a la que corresponde cada uno de los derechos recién ejemplificados: el derecho a la verdad filiatoria, a la identidad personal, a la integridad corporal, etc...' (Bidart Campos, Germán J., "El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida", "La Ley", 2003-F-435). En autos, se ha entablado una acción que no ha tenido en miras salvaguardar el interés familiar, sino el propio interés patrimonial de la actora. Por ello, la delicada situación planteada implicaba demostrar, de manera contundente, la inexistencia del vínculo filial del que dan cuenta los títulos de estado acompañados, extremo que en estas actuaciones no ha sido cumplido. Lo contrario, llevaría a que se configurara una situación de aporía (conf. arts. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 y 16 inc. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 5 inc. 1, 11 inc. 2 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*" (del voto del Dr. Negri, que conformara la opinión de la mayoría en el pronunciamiento emitido en la causa C. 91.171 cit.).

Replicando la aplicación al caso bajo análisis de la aludida doctrina legal de V.E., no puedo sino coincidir con la ponderación realizada en el pronunciamiento de grado en cuanto estimó que la presunción establecida en el art. 4 de la Ley 23.511 frente a la reticencia al examen de histocompatibilidad no debía

ser ponderada en la especie como indicio contrario a la posición de los renuentes, pues la misma tiene que ver con la situación en la que se encuentra aquel a quien se atribuye la calidad de progenitor sanguíneo y no la de sus hijos, en tanto la aludida presunción tendría como finalidad la protección al derecho personalísimo de un sujeto a conocer su identidad, promoviendo la investigación de sus orígenes paterno-filiales, mientras que en estos obrados los accionantes pretenden invertir su alcance, desatendiendo que aque la colisionaría con la de paternidad emergente del mentado reconocimiento inscripto ante autoridad pública, documentado en los títulos acompañados (Partidas de nacimiento expedidas por el Registro de las Personas de la Pcia. de Santa Fe) y respaldado por la posesión de estado constatada con el conjunto de pruebas valoradas en ambas instancias ordinarias, por las que se tuvo por acreditado el trato de hijos dispensado por V. G. con relación a M. S. G. y a P. J. G.

Finalmente, es dable también memorar la conclusión a la que arribara V.E. en el precedente de mención en cuanto a que "*...ante la dudosa verosimilitud o razonabilidad de la pretensión incoada...los efectos adversos que surgen del indicio previsto por el art. 4 de la ley 23.511, no pueden aplicarse...*", pues "*...la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación* (Ac. 51.583, *sent. del* 17-X-1995; Ac. 62.514, *sent. del* 15-IV-1997; Ac. 80.536, *sent. del* 11-IX-2002, C. 85.363, *sent. del* 27-VIII-2008)" (conf. S.C.B.A., causa C. 97.191, ya cit.). En palabras de la Corte Suprema de la Nación, "*no se trata de desconocer los términos de la ley sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos precedentemente enunciados, arribe a condiciones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les*

*exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia*" (CSJN, Fa los, 302:1284).

Las conclusiones apuntadas resultan suficientes, según mi apreciación, para desestimar los reproches que al respecto porta la queja extraordinaria en estudio en orden a descalificar –al amparo de las doctrinas del absurdo y de la sentencia arbitraria- la vacua entidad otorgada por los órganos de ambas instancias a la negativa exteriorizada por los accionados a someterse a la prueba genética de ADN para esclarecer la filiación paterna cuestionada en el presente proceso.

Tampoco estimo que le asista razón a la impugnante en punto a los agravios dirigidos a cuestionar la ausencia de actividad probatoria que imputa a los demandados en orden a desmerecer la validez y autenticidad de las actas de nacimiento labradas por el Registro Civil de las Personas de la ciudad de Necochea, Provincia de Buenos Aires, pues más allá de lo alegado al respecto (v. réplica de fs. 316/327 y vta.), la discordancia en cuanto a la identidad en los prenombres, fechas y lugares de alumbramiento respecto de las que justifican el reconocimiento filiatorio formulado con relación a los accionados por el causante V. G., que acredita el título filiatorio por ellos invocado en su presentación al sucesorio de aquel, torna irrelevante la orfandad de acreditación endilgada.

Por idénticos motivos también se afeblecen los reproches de la recurrente por los que cuestiona la ponderación de lo normado por el art. 256 del Código Civil (actual art. 584 del C.C. y C.) en cuanto establecía que la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico, con el argumento de que la equivalencia consagrada por la norma podía surtir efectos, según el caso, respecto de una persona que no tuviera una filiación establecida en una partida de nacimiento anterior. Es que no es ocioso rememorar que el emplazamiento del estado de familia requiere del título de estado en sentido formal, puesto que sólo mediante él -en palabras de Zannoni- se

hace oponible *erga omnes* y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al estado. La posesión de estado crea, en los hechos, un estado aparente de familia; así, el estado filial que podrá convertirse en el estado de familia de hijo a través del emplazamiento, si media reconocimiento o sentencia que declara la paternidad. Ahora bien, la ya destacada discordancia de datos entre las partidas de nacimiento tantas veces confrontadas en estas actuaciones, echa por tierra la línea argumental desarrollada por la quejosa en orden a la reputada violación de lo establecido por el art. 250 del Código Civil, en consonancia con el art. 40 del decreto ley 8204/63, vigentes al momento de los hechos, pues no luce comprobado en la especie, al menos con las pruebas producidas 8art. 384 C.P.C.C.B.A.), que los accionados estuvieran emplazados en forma previa al mentado reconocimiento de paternidad efectuado por V. G. como hijos de otra persona, intentando así imponerle a aquel el deber previo de impugnar un vínculo de filiación primigenio, para luego poder practicar el aludido reconocimiento.

Por último, tampoco advierto que merezca mejor suerte la imputación de violación a la doctrina legal de V.E. que la quejosa cita en su prédica, al sostener que, al decidir como lo hicieron, los jueces de grado se habrían apartado de las directrices impartidas por esa Suprema Corte en ocasión de fa lar en la causa C. 119.093, en fecha 5 de octubre de 2016, en cuanto fuera allí declarado que el Estado nacional y los estados provinciales han asumido el deber social de garantizar el emplazamiento filiatorio de los habitantes de esta Nación "*...derivándose consecuentemente el deber de los poderes públicos de investigar los lazos filiatorios cuando éstos son desconocidos, facilitando y colaborando en la búsqueda, localización u obtención de información tendiente a su descubrimiento...*". Ello así, por un doble orden de razones. En primer lugar, pues no se replican en estas actuaciones, relativas a la impugnación de paternidad promovida por terceros interesados, las circunstancias fácticas conjugadas en el precedente aludido -obsérvese que la causa citada en respaldo del agravio versaba sobre una acción de filiación-, por lo que resulta de aplicación aque la doctrina legal de V.E. según la cual "*No es atingente la argumentación del recurso que se basa en la supuesta violación de la doctrina legal de es[t]e Tribunal si las circunstancias fácticas no son*

*asimilables al caso en juzgamiento*" (conf. S.C.B.A., causas C. 119.882, sent. del 13-VII-2016; C. 119.665, sent. del 15-VIII-2018; entre otras). Y en un segundo orden de consideraciones, pues la doctrina legal que se reputa infringida carece de la entidad que se le atribuye en tanto la transcripción parcial formulada al respecto por la recurrente, no es sino la opinión personal de uno de los ministros integrantes de ese Cimero Tribunal, expresada en su voto -sufragio del Dr. Pettigiani- que, al no concitar la adhesión -en ese aspecto- del resto de los magistrados lamados a intervenir, no constituye en rigor el concepto de "doctrina legal" acuñado al amparo de lo establecido por el art. 279 del C.P.C.C.B.A. (conf. S.C.B.A., causas C. 112.716, sent. del 7-V-2014; L. 120.113, sent. del 3-V-2018; Rc. 122.171, resol. del 20-III-2019; e. o.).

**IV.**

En tales condiciones, sobre la base de los fundamentos hasta aquí expresados, estimo que corresponde que V.E. desestime el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y, consecuentemente, con el alcance formulado en las consideraciones precedentes, se disponga a declarar la improcedencia de la acción promovida en cuanto persigue el desplazamiento del estado de familia filial ostentado por los demandados con relación al fallecido señor V. G. a través del reconocimiento de su paternidad acreditado con los títulos oportunamente acompañados en el proceso sucesorio de aquel, tantas veces aludidos en el presente dictamen.

La Plata, 4 de diciembre de 2020.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 119.213-1

**“L., R. J. s/ sucesión testamentaria”, fecha: 9 de mayo de 2017**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"L., R. J. s/ Sucesión Testamentaria"

**C. 119.213**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul revocó la resolución dictada por el juez de la instancia anterior -fs. 88 y aclaratoria de fs. 198/203 vta.- en cuanto dispuso poner en posesión de la herencia a los legatarios instituidos en el testamento por acto público otorgado por el señor R. J. L. -fs. 68/74-, al juzgar inexistentes la totalidad de los legados dispuestos en los puntos 1º a 8º de la cláusula sexta del testamento en cuestión. Impuso las costas en el orden causado (ver fs. 684/692 vta. y aclaratoria de fs. 699/703 vta.).

Arribó a tal solución luego de afirmar que el causante sometió la virtualidad de los legados establecidos en los puntos 1º a 8º de la cláusula sexta del testamento otorgado, a un suceso futuro e incierto, cual era que su esposa falleciera antes que él, conforme expresó en el encabezado de la cláusula en comentario en los siguientes términos: "*Si su esposa falleciera antes que* él, *no regirá indivisión alguna de los bienes y los mismos se distribuirán de la siguiente manera ...*". Y que al no haberse cumplido el hecho condicionante contemplado por el testador -esto es, el prefallecimiento de su cónyuge-, caían, por inexistentes, los legados enumerados a través de esos 8 puntos siguientes al enunciado transcripto como regla condicionante.

Agregó que la interpretación arribada no se ve empañada por los términos insertos en el punto 11 º de la referida cláusula sexta que reza: "*Los legados, regirán después que fallezca su esposa y según ella lo disponga*", en tanto dicha mención carece de trascendencia al contener una afirmación que

resulta obvia. Ello así, pues si la cláusula sexta estaba destinada a regir en el caso de que la esposa del testador falleciera antes que él, es a todas luces evidente que sus disposiciones podrían haber quedado alteradas por algún testamento que, con todo derecho, podría haber otorgado su cónyuge.

**II.**

Dicha forma de resolver la controversia oportunamente planteada por el coheredero R. M. L. en torno de la operatividad y vigencia de los legados -fs. 61/62 y fs. 90/90 vta.-, fue objeto de sendos recursos extraordinarios deducidos por la viuda del testador, señora E. C. L. de L. y por cuatro de sus hijos, señores C. F., M. L. A., F. D. y E. J. L. -fs. 740/756 vta.- y por el señor Asesor de Menores en ejercicio de la representación de T. E. L. C., E. A. y E. P. L., por entonces, menores de edad -fs. 820/823 vta.-, cuya concesión dispuso el órgano de apelación actuante a fs. 760/761 vta. y fs. 824/825, respectivamente.

Tras sucesivas contingencias ocurridas en el curso del trámite de elevación de la causa ante los estrados de ese alto Tribunal -insuficiencia del depósito exigido por el art. 278 del ordenamiento civil adjetivo; notificación de la sentencia definitiva al señor funcionario del Ministerio Pupilar; mayoría de edad alcanzada por algunos de los beneficiarios de los legados cuestionados; adhesiones y ulteriores desistimientos impugnativos (ver fs. 810, fs. 846/848, fs. 865/866 vta., fs. 879/880 vta.; fs. 920/922, fs. 928/929 y fs. 930)-, V.E. se sirve correrme vista de las actuaciones en los términos de los arts. 38, inc. 1º, "b" y 283 del Código Procesal Civil y Comercial (ver fs. 943).

**III.**

En camino de emitir la opinión que me es requerida en esta sede casatoria por el ordenamiento procesal vigente, observo que sólo han quedado en pie los embates extraordinarios deducidos por el señor F. D. L. -fs. 740/756 vta.- y por el señor Asesor de Incapaces en representación de E. A. P. -quien a la fecha, conserva su condición de menor de edad según surge de la copia del certificado de nacimiento obrante a fs. 95-, fundado en la presentación de fs. 820/823 vta.

Habiendo adquirido firmeza el tramo de la resolución dictada por el juez de primera instancia a fs. 88 que dispuso aprobar y declarar la validez del testamento origen del presente proceso sucesorio, circunstancias éstas que determinan el cese de la intervención del Ministerio Público según lo prescripto por el art. 728, inc. 1º del Código Procesal Civil y Comercial, pongo en conocimiento de V.E. que sólo habré de expedirme con relación al intento revisor incoado por el funcionario del Ministerio Pupilar, a luz de lo dispuesto por el art. 13, inc. 7º de la ley 14.442, más allá de la actuación desplegada por el funcionario reemplazante del señor Fiscal General a fs. 658/660 vta., cuyo dictamen fue compartido en el pronunciamiento en crisis.

Delimitado así el alcance de mi participación en autos, observo que el señor Asesor de Incapaces interviniente invoca la afectación de los derechos de sus pupilos menores de edad, quienes en su condición de legatarios, se ven privados de su potencial derecho a una parte de los bienes relictos.

Con denuncia de violación de los arts. 17 de la Constitución nacional, 10 y 31 de su par provincial y errónea aplicación de los arts. 1198, 3606, 3610, 3771, 3772 y 3773 del Código Civil, censura el recurrente, en ajustada síntesis, la interpretación llevada a cabo por la Alzada en torno de las disposiciones insertas en el testamento extendido por el causante - en particular, en lo atinente al contenido de la cláusula sexta y su correlación con lo expresado en el punto 11º de la misma-, que tilda de parcial, descontextualizada y apegada a la literalidad de sus términos y eludiendo, de ese modo, indagar la verdadera voluntad del testador *in totum*.

Se agravia de que el órgano revisor de grado haya procedido a simplificar la cuestión suscitada en torno de la vigencia de los legados, refugiándose en la literalidad de la primera parte de la cláusula sexta del testamento que párrafos arriba transcribiera, a la que asigna el carácter de regla básica general de interpretación a la que han de subordinarse las

restantes disposiciones testamentarias, con desprecio del criterio de protección familiar que impregna todo el cuerpo del testamento, valorado en su conjunto, condensado en los términos contenidos en el punto 11º de la cláusula de mención cuyo textual contenido también hube de referenciar en el punto 1 de este dictamen, al que le restó total valor y trascendencia.

Sostiene que, contrariamente a lo resuelto en el pronunciamiento contra el cual se levanta, el citado punto 11 º de la cláusula sexta en comentario exhibe con precisión la real voluntad del causante en torno de la existencia de los legados aunque su cónyuge lo sobreviviera, legados condicionales, claro está, pues quedarían sujetos a lo que aquella pudiera disponer. Esta hermenéutica -asevera- es la que mejor se adecua al espíritu de protección familiar que informa todo el acto de disposición de última voluntad del *de cujus*, en beneficio de sus nietos -cuyos derechos representa promiscuamente en el proceso- y tiene por consecuencia la circunstancia de que la adquisición del derecho al legado es potencial.

**IV.**

En mi opinión, el remedio procesal bajo examen adolece de notoria insuficiencia técnica, razón por la cual estimo que esa Suprema Corte debería rechazarlo.

Ello es así, a poco que se advierta que la temática que motiva el alzamiento del señor representante del Ministerio Pupilar constituye una típica cuestión de hecho propia, como tal, de las instancias de mérito y exenta de censura en casación, principio que sólo puede ceder frente a la denuncia y eficaz acreditación del supuesto excepcional de absurdo que, en la especie, el recurrente se abstiene de invocar y, mucho menos, de poner en evidencia.

En ese sentido se ha pronunciado reiteradamente esa Suprema Corte, al decir que "*la interpretación de la voluntad del testador constituye, por regla, una cuestión de hecho exclusivamente librada a*

*los jueces de grado y ajena a la jurisdicción extraordinaria de este Tribunal, salvo que se invoque y demuestre acabadamente la existencia de absurdo*" (conf. S.C.B.A., causas Ac. 32.843, sent. del 26-VI-1984; Ac. 46.253, sent. del 7-IV-1992; C. 103.107, sent. del 3-111-2010 y C. 109.983, sent. del 6-V-2015, entre otras).

Sin perjuicio de que el apuntado déficit resulta por sí bastante para sellar definitivamente la suerte adversa del embate en estudio, he de señalar, no obstante, que los argumentos esgrimidos en la protesta con el propósito de poner al descubierto los errores de juzgamiento que se imputan cometidos por los magistrados de grado -tales, que en el apego a la literalidad del texto de la cláusula sexta la Cámara prescindió de encarar un análisis íntegro y completo de la totalidad de las cláusulas testamentarias, de modo de permitirle extraer de su conjunto la verdadera voluntad del testador-, no superan el nivel de la mera discrepancia del autor de la protesta con la línea interpretativa seguida por el tribunal de alzada, sin hacerse cargo de rebatir directa y concretamente cada uno de los fundamentos vertidos en el fallo a los fines de edificar la solución adoptada.

Sobre el particular, cuadra rememorar invariable e inveterada doctrina de esa Suprema Corte, según la cual resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que no cumple con las exigencias contenidas en el art. 279 del ordenamiento civil adjetivo, al no controvertir los fundamentos en los cuales se basa el fallo, limitándose a esbozar argumentos que trasuntan la mera disconformidad con la sentencia dictada, alcanzando la crítica solamente a constituir una mera discrepancia subjetiva con el criterio del juzgador, dejando así incumplida la carga recursiva impuesta (conf. S.C.B.A., causas C. 112.228, sent. del 8-V-2013; C. 116.699, sent. del 2-VII-2014; C. 104.967, sent. del 17-XII- 2014; C. 115.291, sent. del 22-IV-2015 y C. 120.307, sent. del 21-XII-2016, entre tantas más).

En mérito de lo hasta aquí señalado, concluyo -corno adelanté- que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley impetrado es insuficiente, por lo que entiendo debería V.E. desestimarlo.

La Plata, 9 de mayo de 2017.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 124.147-1

**“Toyota Compañía Financiera de Argentina S.A. s/ Propedo, Sebastián Ezequiel s /acción de secuestro (art. 39 ley 12.962)”, fecha: 15 octubre de 2021**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Toyota Compañía Financiera de Argentina S.A. s/ Propedo, Sebastián Ezequiel s/Acción de Secuestro (art. 39 Ley 12.962)"

**C 124.147-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes revocó la sentencia dictada por la señora jueza de la instancia anterior que, en el marco de la acción de secuestro promovida por Toyota Compañía Financiera de Argentina S.A. contra Sebastián Ezequiel Propedo, decidió declarar la inaplicabilidad del art. 39 de la Ley de Prenda con Registro a la relación de consumo en la que encuadró el vínculo jurídico existente entre las partes y la consiguiente aplicación del art. 36 de la ley 24.240. Dispuso, asimismo, que una vez firme la resolución, se decidirá el modo procesal en el que continuarán las actuaciones (v. decisorio del 2/12/2019).

Como consecuencia de la resolución revocatoria adoptada el órgano de alzada ordenó que los autos continúen según su estado (v. sentencia de fecha 12 de mayo de 2020).

**II.**

Contra dicho pronunciamiento se alzó el señor Fiscal General departamental, doctor Pablo A. Merola, mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley plasmado en la presentación electrónica del 13-VII-2020 que, denegado en la instancia ordinaria -v. 30-VII-2020- fue finalmente concedido por V.E. -queja mediante- a través de la

resolución dictada el día 8-VI-2021 en la que también se sirvió conferirme vista de las actuaciones en los términos de lo prescripto por el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial.

**III.**

En ejercicio de la legitimación que le acuerdan los arts. 27 de la ley 13.133 y 52 de la ley 24.240, el señor magistrado del Ministerio Público Fiscal manifiesta su disconformidad con el pronunciamiento revocatorio dictado por el tribunal de segunda instancia en cuanto decidió dar curso a la acción de secuestro prendario promovida por la parte actora, excluyendo la aplicación al caso del sistema de protección del consumidor contenido en la ley 24.240. En esa dirección, plantea las siguientes impugnaciones:

a.no habiendo sido materia de controversia en autos la calificación legal del vínculo jurídico habido entre las partes como de consumo, la lisa y llana aplicación del trámite especial de secuestro que el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962, otorga a determinados acreedores, resulta violatoria del orden público tuitivo de los derechos de los consumidores y usuarios consagrado por el art. 42 de la Constitución nacional.

b.La decisión así adoptada se aparta de la directiva impartida por esa Suprema Corte en el sentido de que la colisión entre dos órdenes normativos exige la búsqueda de soluciones que armonicen y concilien razonadamente el conjunto de las disposiciones legales que integran el ordenamiento jurídico a los fines de asegurar la plena vigencia de los principios que informan el régimen protectorio de los consumidores (SCBA causas C. 109.305, “Cuevas”, resol. del 1-IX-2010 y C. 121.684, “Asociación Mutual Asís”, resol. del 14-VIII-2019

c.El fundamento expuesto en el fallo en el sentido de que la ley 12.962 en comentario no ha sido derogada ni modificada por ninguna disposición del estatuto del consumidor ni por el Código Civil y Comercial cuyo art. 2220 referido a la prenda con registro remite sin cortapisas a la regulación

contenida en la legislación especial, se exhibe dogmática al desconocer que el sólo hecho de que el procedimiento no prevea la participación del deudor difiriendo su defensa para un juicio ordinario posterior conspira contra la efectiva vigencia de los postulados básicos que informan el sistema legal de protección del consumidor anclado en el art. 42 de la Constitución de la Nación.

d.La resolución dictada mediante la utilización de viejos axiomas y argumentos dogmáticos, optó por brindar supremacía a la aplicación del art. 39 de la ley de prenda con registro sin intentar siquiera adecuar o armonizar su operatividad con las reglas y principios que emanan de los arts. 1, 3, 4, 19, 36 y 37 de la ley 24.240 y 1092, 1093, 1094, 1095, 1097, 1098, 1100, 1117/1122, 1384/1389 del Código Civil y Comercial que repelen su aplicación contra el consumidor en las operaciones financieras y de crédito para el consumo.

e.Cuestiona, por último, la invocación del fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia nacional *in re* "Ford Credit Financiera S.A. c. Novoa, Jorge" del 18-X-2006 (Fallos: 329:4352) realizada por el sentenciante de grado en respaldo de la solución jurídica adoptada, en razón de sostener que el criterio en él sentado ha sido abandonado por el Máximo Tribunal a través de la sentencia dictada con posterioridad *in re* "HSBC Bank Argentina S.A. c/Martínez, Ramón Vicente s/secuestro prendario" de fecha 11 de junio de 2019, en la que refiriéndose puntualmente al asunto controvertido en las presentes actuaciones declaró que: "... privar al deudor -en la relación de consumo- de todo ejercicio de defensa, en forma previa al secuestro del bien prendado, podría colocarlo en una situación que no se condice con la especial protección que le confiere el art. 42 de la Constitución Nacional..."

Finaliza su presentación recursiva con la cita de jurisprudencia nacional y provincial enrolada en el criterio hermenéutico que postula de aplicación en la especie, cual es: proceder a la declaración de inaplicabilidad del secuestro prendario regulado por el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962, a las operaciones financieras de crédito para consumo atento

su manifiesta y palmaria incompatibilidad con los principios de los derechos del consumidor de raigambre constitucional, peticionando a ese alto Tribunal que así lo decida, llegada su hora.

**IV.**

En mi opinión, los argumentos que vertebran el alzamiento extraordinario sujeto a dictamen abastecen las exigencias impuestas por el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que, desde ahora, habré de propiciar su acogimiento.

1.De modo preliminar, debo resaltar que no escapa a mi análisis la circunstancia de que la resolución objeto de embate no observó las formalidades del acuerdo y voto individual de los jueces que integran el órgano sentenciante con arreglo a las previsiones contenidas en el art. 168 de la Constitución de la Provincia, mas la singular naturaleza de la acción procesal promovida con sustento en el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962, unida al hecho de que no se declaró su anulación oficiosa en ocasión de resolverse el recurso de queja deducido oportunamente -v. resol. de 8-VI-2021-, me conducen a inferir que V.E. ha considerado que la decisión apelada se halla eximida del cumplimiento de dichas formalidades, a pesar de habérsela equiparado a sentencia definitiva a los fines de la admisibilidad de la impugnación extraordinaria incoada.

Es en esa inteligencia que ingresaré en el tratamiento del remedio procesal interpuesto con el objeto de que esa Suprema Corte cuente con la opinión de esta Procuración General a mi cargo de acuerdo a lo previsto en el art. 283 del ordenamiento civil adjetivo.

2.La cuestión sometida a revisión nos enfrenta al desafío de encarar de una vez la problemática que desde tiempo atrás viene ocupando la atención de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia nacional y provincial como lo es la vinculada a examinar la compatibilidad del procedimiento del secuestro prendario consagrado por el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificad por

la ley 12.962 en el marco de las operaciones financieras para consumo. O, expresado en otros términos, si los postulados fundamentales que inspiran la protección del consumidor, de rango constitucional y legal, toleran la aplicación de la vía procedimental a la que habilita la normativa citada a determinados acreedores enderezada al secuestro *inaudita parte* del bien objeto de la garantía para su ulterior remate extrajudicial, sin intervención del deudor consumidor, ni recurso alguno.

Viene al caso recordar que el art. 39 de la Ley de Prenda con Registro, en lo que resulta pertinente destacar, reza: "*Cuando el acreedor sea una institución oficial o bancaria, se prescindirá del trámite judicial procediendo el acreedor a la venta de los objetos prendados en la forma prescripta por el art. 585 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar un juicio ordinario los derechos que tenga que reclamar al acreedor. Para facilitar la venta prevista en este artículo, ante la presentación del certificado prendario, el Juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno. El trámite de la venta extrajudicial preceptuado en este artículo no se suspenderá por embargo de los bienes, ni por concurso, incapacidad o muerte del deudor*".

Como dejé dicho, no pocas polémicas ha suscitado el abordaje del asunto que nos convoca tanto en el ámbito jurisdiccional como en el académico dando lugar a la elaboración de dos posturas marcadamente antagónicas que, a grandes rasgos, pueden sintetizarse entre aquella que defiende la constitucionalidad, vigencia y plena aplicabilidad de la acción de secuestro prendario previsto en el art. 39 de la Ley de Prenda con Registro sin que interese la condición de consumidor o no del deudor prendario contra el que se la deduce (v. a guisa de ejemplo, Sala I, Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Matanza en "Rombo Compañía Financiera S.A. c/Ruiz Fuentes, Juana s/ Acción de Secuestro", sentencia de 13-III-2018 y Sala I, Cámara de Apelación Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, en "PSA Finance Argentina Compañía Financiera Sociedad Anónima c/Chávez, Juan Alberto s/Acción de Secuestro -art. 39, ley 12.962-, sentencia de 18-X-2018) y, aquella otra que niega

rotundamente la aplicación del instituto en el marco de las operaciones financieras de crédito para consumo, sea por conducto de la declaración de inconstitucionalidad (v. disidencia Dr. Posca en "Rombo c/Ruiz" cit., Cám. Civ. y Com. La Matanza cit.) o sea a través de su inaplicabilidad o desplazamiento en tanto veda al deudor la oportunidad de ser oído y la preeminencia que en el orden de prelación jerárquica asignan al art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (ver en esta línea Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín en "Fiat Crédito Cía. Financiera S.A. c/De Natale, César Leandro", sentencia de 2-II-2017; Sala Tercera, Cámara de Apelación Civil y Comercial de Mar del Plata, en "Banco Santander Rîo S.A. c/Pelayes, Silvina Soledad s/Acción de Secuestro -art. 39, ley 12.962-", sentencia de 17-IV-2019; Sala I Cámara Civil y Comercial de Azul en "Banco Santander Río c/Ver, Florencia Paola s/Acción de Secuestro", sent. del 30-IV-2019; Sala Segunda de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Azul en "Rombo Compañía Financiera S.A. c/Pedroza, Juan Emanuel s/Acción de Secuestro -art. 39, ley 12.962-", sentencia de 12-VI-2019, e.o.).

Entre ambos extremos oscilan las soluciones jurídicas adoptadas por los tribunales de segunda instancia existentes en el territorio provincial en pos de superar la contradicción que exhiben los regímenes normativos en pugna: el protectorio de los consumidores y usuarios contenido en la ley 24.240, de un lado y el procedimiento especial prendario que consagra el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962, del otro, diferencias interpretativas que a esta altura del debate conviene que ese alto Tribunal proceda a zanjar a través del dictado de una decisión que siente doctrina legal en torno de la materia, en ejercicio de la función uniformadora que tiene a su digno cargo desempeñar (conf. art. 31 bis, último párrafo, ley 5827, texto según ley 13.812).

3.Formulada la breve introducción que antecede, corresponde ahora ocuparse de las críticas recursivas destinadas a descalificar el acierto del pronunciamiento de grado que, revocando el recaído en la instancia anterior, juzgó de aplicación a la relación de consumo constatada en el "*sub-lite*" el art. 39 de la Ley de Prenda con Registro y dispuso la continuación de los autos según su estado, decisión que, huelga decir, se ha**ll**a claramente inscripta en la

primera de las posturas interpretativas recién comentadas.

Para así resolver, el tribunal colegiado actuante recordó que en anteriores precedentes se había expedido sobre la validez constitucional y aplicabilidad de la norma legal de mención sobre la base de considerar que la presunción de constitucionalidad de las leyes se ve reforzada cuando se trata de una norma de reciente sanción legislativa o que ha sido implícitamente ratificada por el legislador como órgano máximo de la representación popular. Principio que estimó primordial para la dilucidación del asunto puesto en discusión pues "*...si bien la ley 12.962 (que ratificó el dec. ley 15.346/46) data de 1947, al sancionarse recientemente el Código Civil y Comercial (ley 26.994 de octubre de 2014), el legislador no la derogó ni la modificó. Antes bien, en el capítulo referido a la prenda, especialmente contempló la 'prenda con registro' en el art. 2220. definiéndola en forma similar a lo prescripto por dicha ley, y en la parte final estableció: 'Esta prenda se rige por la legislación especial". "Evidentemente* -continuó- *el legislador conocía la ley de prenda (de aplicación pacífica desde hacía 70 años) y no tuvo ninguna intención de dejarla de lado, pese a que incorporó los principios fundamentales de la ley 24.240 en el Título 'Contratos de consumo' (arts. 1092 a 1122). Cierto es que en el art. 1094 se regula la interpretación y prelación normativa en las relaciones de consumo, y en su parte final dice: 'En caso de duda sobre la interpretación de este Código o de las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor'. Pero ello -como la norma indica- es en caso de duda sobre la interpretación de las normas, pero aquí no hay ninguna duda, ya que el art. 39 del dec. ley 15.346/46 (ratif. por ley 12.962) es de una claridad meridiana, máxime cuando se lo confronta con el art. 2220 que remite, en el caso de la prenda, a la legislación especial".*

Destacó, seguidamente, la alzada que: "*...el principio tradicional ´la ley general no deroga ni modifica, implícita o tácitamente la ley especial´ mantiene plena vigencia* (C.S.J.N., *Fallos* 337:329)" y es expresamente receptado en el art. 963 del Código Civil y Comercial acerca de la prelación normativa en materia contractual.

En adición y refuerzo de los argumentos vertidos, agregó que "*...la Corte Suprema Nacional -bajo la plena vigencia de la LDC y del art. 42 de la C.N.- ha desestimado el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 del dec. ley 15.348/46 (ratif. por ley 12.962), argumentando que el agravio que le causa al deudor el secuestro del automotor puede ser subsanado por las vías procesales adecuadas (con cita del art. 195 y ss del C.P.C.C. (Fallos 329:4352, ´Ford Credit Financiera S.A. c. Novoa, Jorge´, 18/10/2006; dictamen del Procurador General al que remite la Corte).*", pronunciamiento que calificó de suma importancia dado que, pese al texto expreso del art. 39 de la ley de prenda con registro, habilita la posibilidad de que el deudor, frente al secuestro del bien, peticione medidas cautelares y formule los planteos que estime pertinentes.

4.Pues bien, como anticipé al iniciar este capítulo, estimo que las consideraciones expuestas por el señor representante del Ministerio Público Fiscal departamental logran su propósito de poner al descubierto el error de juzgamiento endilgado al sentenciante de grado en la interpretación y aplicación de la normativa legal involucrada en la dilucidación de la controversia suscitada en torno de la compatibilidad y procedencia de la acción de secuestro prevista por el art. 39 del dec. ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962 a los sujetos comprendidos en el sistema protectorio implementado por la ley 24.240.

Así es, al igual que el recurrente, considero que esta singular herramienta procesal de la que gozan ciertos acreedores por expresa atribución legal que los faculta a secuestrar *inaudita parte* el bien objeto de la garantía para su posterior remate extrajudicial luce, a simple vista, inconciliable con la especial protección que el constituyente decidió otorgar al consumidor como sujeto de tutela preferencial al privarlo del derecho de ejercer su defensa en forma previa al desapoderamiento del bien objeto de la garantía, con grave afectación de los principios consagrados por la ley 24.240 de anclaje constitucional en el art. 42 de la Constitución nacional y 38 de su par local.

Advertida de la patente contradicción que surge de la coexistencia de los regímenes normativos mencionados, la señora jueza de pri-

mera instancia se pronunció en favor de la preeminencia del sistema protectorio del consumidor y declaró, consiguientemente, la inaplicabilidad del art. 39 de la Ley de Prenda con Registro a la relación de consumo que constató existente entre el ejecutante y el ejecutado por la aplicación del art. 36 de la ley 24.240, en la inteligencia "*...de que no bilateralizar el presente proceso, y en consecuencia no dar intervención al accionado violaría el derecho que tiene la contraria a ejercer su derecho de defensa en juicio, y más aún donde el juez de oficio tiene la facultad de verificar que se cumplan los requisitos de la venta del crédito, la competencia, si existen cláusulas abusivas debiendo adoptar la interpretación más favorable al consumidor*", decisión que adoptó con el apoyo de los fundamentos vertidos por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul en la sentencia dictada en la causa "Rombo Compañía Financiera SA c/Pedroza Juan Emanuel s/ Acción de Secuestro (art. 39, ley 12.962)", sent. de 12-VI-2019, y por la Cámara Civil y Comercial de Junín en el fa**l** o emitido en los autos "Fiat Crédito Cía. Financiera SA c/De Natale César s/Acción de Secuestro (art. 39, ley 12.962)", sent. de 2-II-2017, que expresó compartir (ver sentencia digital de fecha 2-XII-2019).

Ahora bien, como dejé expuesto, la referida solución armonizadora arribada por la juzgadora de origen mediante la integración de las fuentes legales implicadas en la resolución del conflicto suscitado fue, sin embargo, revocada por el órgano de apelación actuante que consideró, en definitiva, que la colisión normativa ha sido zanjada por el propio legislador del Código Civil y Comercial de reciente sanción (ley 26.994) quien, lejos de derogar o modificar la ley 12.962 se sirvió de ella para conceptuar la prenda con registro contemplada en el art. 2220 estableciendo expresamente que su regulación se rige por las disposiciones de ella. Sentada esa conclusión desechó seguidamente el empleo de la regla *in dubio pro consumidor* contenida en el art. 1094 del ordenamiento civil de fondo con el argumento de que su actuación se halla subordinada al supuesto de duda en la interpretación de las normas, extremo que no cabe predicar con relación al art. 39 del dec. ley 15.348/46 (ratif. por ley 12.962) atento la claridad de sus términos. En mérito de la hermenéutica seguida a la que añadió la aplicación del principio tradicional según el cual la ley general no deroga ni modifica, implí-

cita o tácitamente la ley especial, receptado en el art. 963 del ordenamiento civil sustantivo, el tribunal de alzada interviniente dio curso a la acción entablada en los términos del art. 39 de la ley de prenda con registro y dispuso, consiguientemente, que los autos continúen según su estado.

La construcción jurídica así elaborada para fundar la procedencia del trámite especial de secuestro en el marco de las operaciones financieras de consumo, se apoya, en mi opinión, sobre pilares del todo frágiles para sostenerla en pie.

En efecto, tengo para mí que de la sola supervivencia de la legislación especial tantas veces nombrada tras la reciente sanción del código unificado no ha de seguirse necesariamente que su aplicación resulte inexorable -como pareciera desprender el sentenciante de mérito-, máxime cuando, como sucede en el *sub-exámine*, la actuación y operatividad del trámite especial de secuestro se da de bruces con el sistema de protección diseñado en la ley 24.240 también vigente, de orden público y jerarquía constitucional (art. 42, Constitución nacional; arts. 3, 8, 36, 37 y 65, ley 24.240 cit.).

Huelga recordar que las relaciones jurídicas existentes al tiempo del dictado de la Ley de Prenda con Registro no distinguían grados de protección diferentes según la cualidad del deudor, delimitación que recién emerge con la sanción de la ley 24.240 seguida de su inmediata consagración constitucional con la reforma del año 1994 a través de la incorporación del art. 42 y que luego se robusteciera y consolidara con la sanción del código unificado que, por otra parte, impone una interpretación integrativa (arts. 1, 2 y 3, CCCN)

Resulta, asimismo, reprobable que el análisis llevado a cabo por la alzada para dirimir la controversia sometida a su conocimiento y decisión haya prescindido considerar los parámetros interpretativos impartidos por esa Suprema Corte en ocasión de examinar la causa C. 121.684, "Asociación Mutual Asís", sent. de 14-VIII-2019, oportunidad en la que también se ocupó de dejar sentado que "... *el derecho de consumo ha venido a transformar diversos aspectos de las relaciones jurídicas, en particular las regidas por el derecho privado, dando*

*lugar a adecuaciones y reacomodamientos de normas e institutos*", reflexión que, *mutatis mutandis*, resulta plenamente aplicable para la resolución de la discusión planteada en estas actuaciones.

En esa misma línea de pensamiento, la aplicación del principio según el cual "la ley general no deroga ni modifica, implícita o tácitamente la ley especial" -del que también se valió el órgano *a quo* para respaldar su decisión- ha sido objeto de fundadas objeciones por parte de la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial, doctora Gabriela Boquín, quien, en criterio que comparto, levantó su crítica contra el empleo de los axiomas tradicionales para la dilucidación de colisiones normativas en los casos en los que se advierta la presencia de un consumidor. En ese sentido, afirmó que: "*...no es relevante para la solución del caso la diferenciación entre ley especial y ley general porque el sistema de protección del consumidor atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico, incidiendo en variadas normas, tanto generales como especiales*" (v. Presentaron Recursos Extraordinarios ante la Corte en www.fiscales.gob.ar).

Acierta, por último, el Fiscal General recurrente en invocar el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en la causa "HSBC Bank Argentina S.A. c/Martínez, Ramón Vicente s/secuestro prendario", del 11-VI-2019 a los fines de enervar el peso persuasivo que los juzgadores de grado adjudicaron a la sentencia emitida años atrás por el mismo Tribunal nacional en "Ford Credit Financiera S.A. c/Novoa, Jorge", del 18-X-2006.

De los considerandos del pronunciamiento puede extraerse, en lo que aquí interesa destacar, que la mayoría del Cimero Órgano Judicial entendió que lo resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial con relación al trámite del secuestro prendario ocasionaba un gravamen de imposible reparación ulterior que permitía equiparar el pronunciamiento a una sentencia definitiva, sobre la base de considerar que "*privar al deudor -en la relación de consumo- de todo ejercicio de derecho de defensa, en forma previa al secuestro del bien prendado, podría colocarlo en una situación que no se*

*condice con la especial protección que le confiere el artículo 42 de la Constitución Nacional*" (considerando 3°).

Consideró además que la Cámara "*...omitió estudiar fundadamente la naturaleza de la convención que habilitó el sistema especial que dio lugar al secuestro, instrumentada mediante un contrato de adhesión, por medio de un texto conformado por cláusulas propuestas por el acreedor*", limitándose a mencionar que el sistema especial que habilita el secuestro tuvo origen en una convención celebrada entre las partes y e**l** o -en tanto válida formulación del consentimiento-, despejaba cualquier violación al derecho de defensa del consumidor, afirmación que juzgó dogmática (considerando 5°).

Puso asimismo de relieve que "*...si se acepta que las disposiciones de la ley de defensa del consumidor debieron ser integradas en el análisis efectuado por la alzada en la inteligencia de que, ante la duda respecto a la forma en que debían ser articuladas con las normas prendarias debería primar la más favorable para el consumidor, como expresión del* ´favor *debilis´ (art. 3 de la ley 24.240), constituye lógica derivación de lo anterior, que la cámara debió analizar y considerar la aplicación -bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario- de la regla prevista en el artículo 37, inciso b, de la ley 24.240, en tanto permite tener por no convenidas las cláusulas que '...importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte*" (considerando 6°).

El precedente resumen resulta suficiente, según mi apreciación, para poner al menos en tela de juicio la "importancia" de lo resuelto por la Corte Nacional en el precedente "Ford Crédit" sobre la que enfatizó el sentenciante de mérito a los fines de relativizar la vulneración del derecho de defensa en juicio que el trámite de secuestro importa para el deudor consumidor.

Las consideraciones hasta aquí vertidas dejan en evidencia, a mi entender, la procedencia del remedio procesal interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal de Mercedes en tanto ha logrado de-

mostrar eficazmente que la sentencia objeto de impugnación viola los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva de los consumidores a la par que desconoce el principio protectorio consagrado en el art. 42 de la Constitución nacional al privilegiar la aplicación al caso del art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962, sin **l** evar a cabo la tarea de integrarlo con los arts. 1, 2, 3, 4, 36, 37 y 65 de la Ley de Defensa del Consumidor y 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial.

Estimo pues que la recta composición del conflicto que presenta la coexistencia de la normativa legal implicada en autos impone acudir al diálogo de fuentes como herramienta hermenéutica que conduzca a alcanzar una solución conciliadora y armonizadora de los intereses en juego, metodología que ha sido ejemplarmente empleada por esa Corte en ocasión de pronunciarse en la causa C. 12.684, "Asociación Mutual Asis", sent. de 14-VIII-2019).

Y, si ese alto Tribunal ha sostenido que ante conflictos vinculados a operatorias de financiaciones destinadas al consumo las reglas generales de atribución de competencia establecidas en el ordenamiento ritual deben ceder frente a la normativa sustancial en tanto no se ajusten a lo dispuesto por el art. 36 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361, como lógica derivación de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores "*en la medida en que el rango tuitivo que dimana de dicho contexto normativo tiene correlato en el texto del artículo 42 de la Constitución nacional y de nada valdría protegerlos mediante una previsión microsistémica expresa si se pudiera admitir pacto o convenciones de cualquier rango que los distorsionaran...*", en virtud de lo cual reconoció su aplicación al trámite de secuestro prendario previsto en el art. 39 del dec.-ley 15.348/1946, ratificado por ley 12.962 (conf. SCBA causas C. 120.068, resol. de 28-IX-2016 y C. 122.571, resol. de 11-VII-2018), el propósito de garantizar la tutela efectiva del sujeto débil de la relación quedaría a mitad de camino si no le permitiera controlar el cumplimento de los requisitos normativos que aseguran el derecho de información que la disposición legal de mención establece.

En ese orden de ideas, hago míos los conceptos volcados por el magistrado doctor Jorge Mario Galdós, en cuanto afirmó: "E*s un con-*

*trasentido aplicar una norma que propende al derecho de defensa del consumidor -como es la cláusula de competencia establecida en el art. 36 in fine de la Ley del Consumidor- y luego avalar un proceso que le niega su participación (art. 39, Ley de Prenda con Registro)*". Agregando, inmediatamente, que "No *puede concebirse la cláusula de competencia sin el derecho a previamente ser oído, situación que no queda a salvo con la mera remisión del deudor a un proceso ordinario, para que acredite allí que fue mal ejecutado*" (ver sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Azul en "Rombo Compañía Financiera S.A. c/Pedroza Juan Manuel s/Acción de Secuestro -art. 39, ley 12.962", en fecha 12-VI-2019).

**V.**

En virtud de las reflexiones desarrolladas, considero que esa Suprema Corte debería hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, casar consecuentemente, el pronunciamiento de grado y, asumiendo la competencia positiva que le acuerda el art. 289 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial, declarar la inaplicabilidad del trámite de secuestro prendario regulado por el art. 39 del dec. ley 15.348/46, ratificado por la ley 12.962, a la relación de consumo que se tuvo por verificada en autos, determinando el cauce procesal en la que habrá de reconducir la acción el acreedor a los fines de asegurar la bilateralización del proceso y el cumplimiento de las exigencias impuestas por el art. 36 de la ley 24.240.

La Plata, 15 de octubre de 2021.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.763-1

**“I. H. J. E. c / D. R. P. s/cobro ejecutivo”, fecha: 14 de julio de 2021**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"I. H. J. E. c/D. R. P. s/Cobro Ejecutivo"

**C 123.763-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata confirmó, por mayoría, la decisión dictada por la señora jueza de la instancia anterior que, a su turno -resolución electrónica de fecha 5 de junio de 2019 (fs. 53)-, desestimó el pedido de levantamiento de embargo de haberes formulado por la señora R.P.D. al amparo del régimen de inembargabilidad consagrado por el Decreto 6754/43, en virtud de considerar que el crédito objeto de la presente ejecución iniciada por el señor H.J.E.I. tiene origen en una prestación de servicios, conforme luce expresamente consignado en el título base de la acción -pagaré obrante a fs. 12-, supuesto que se halla excluido de los alcances del art. 1° del decreto ley de mención, que circunscribe la inembargabilidad del sueldo de los agentes públicos sólo en los casos en los que la obligación se corresponde con un préstamo de dinero o con la compra de mercaderías (v. resolución de fs. 70/71).

**II.**

Contra lo así resuelto se alzó la ejecutada nombrada quien, con asistencia letrada, dedujo recurso extraordinario de nulidad plasmado en la presentación electrónica del día 11 de noviembre de 2019 que en archivo PDF se adjunta al sistema informático SIMP Procedimientos de esta Procuración General, cuya concesión fue denegada por el órgano de alzada (v. fs. 78 y vta.) y finalmente admitida -queja mediante- por esa Suprema Corte

a través de la resolución dictada el día 2 de marzo de 2021 en la que también dispuso conferirme vista de las actuaciones.

**III.**

En sustento de la pretensión invalidante incoada denuncia la quejosa la violación del art. 168 de la Constitución de la Provincia en razón de sostener que el tribunal de apelación actuante omitió abordar el planteo de nulidad de la sentencia de trance y remate recaída en la instancia inferior (v. fs. 38/40), introducido en el memorial de agravios de fs. 59/61 vta., con fundamento en la vulneración de las disposiciones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, de orden público y base constitucional, a la luz del art. 42 de la Constitución nacional.

En ese sentido, aduce que en dicha presentación, al igual que lo hiciera en ocasión de solicitar el levantamiento del embargo decretado sobre los haberes que percibe como empleada de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 42/43), denunció que el actor tiene iniciados más de seiscientos procesos ejecutivos en el Departamento Judicial de La Plata generando e lo la firme presunción de que se desempeña como prestamista y que el título sometido a ejecución en estos autos deriva de una relación de consumo. Fue entonces que, sobre la base de tal extremo -continúa-, procedió a cuestionar la validez de la sentencia de trance y remate dictada por la juzgadora de origen sin la previa intervención del Ministerio Público Fiscal imperativamente prevista por el plexo tuitivo del consumidor, cuyo representante -asevera- hubiera indicado con seguridad el curso de acción a seguir en el trámite del proceso, en orden al cumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 36 de la ley 24.240 en comentario -integración del título-, con arreglo a la doctrina legal elaborada por V.E. en el precedente C. 121.684 “Asociación Mutual Asís”, sent. del 14-VIII-2019.

Afirma que los referidos argumentos expuestos por su parte a los fines de descalificar la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución como acto jurisdiccional válido fueron absolutamente soslayados

por el tribunal sentenciante que sólo se expidió sobre la cuestión atinente a la embargabilidad de los haberes que percibe como empleada pública, sin efectuar consideración alguna acerca de aque las otras cuestiones que juzga de carácter esencial.

**IV.**

Opino que el carril impugnativo que tengo en vista merece favorable acogida, más a lá de las consideraciones que también habré de formular en torno de lo actuado en el proceso en las instancias de grado.

IV. 1.- Las constancias obrantes en estas actuaciones -cuyas respectivas copias digitales hube de consultar a través de la Mesa de Entradas Virtual (MEV) de esa Suprema Corte, verificadas recién con fecha 12 de julio del corriente, a partir de la compulsa del expediente físico remitido conforme el requerimiento oportunamente formulado (v. oficio electrónico del 17 de mayo de 2021)- permiten constatar la introducción de la cuestión que, con razón, se alega preterida.

En efecto, en ocasión de fundar la apelación deducida contra el rechazo del levantamiento del embargo decretado sobre sus remuneraciones como empleada pública (v. memorial de agravios de fs. 59/61 vta. y fs. 53, respectivamente), la quejosa planteó tanto la revocación cuanto la nulidad de la sentencia de trance y remate dictada a fs. 38/40 el 19 de octubre de 2017 sobre la base de afirmar, en esencia, que concurren en autos una serie de elementos de juicio capaces de generar la presunción de que el título ejecutado deriva de una relación de consumo, circunstancia que debió activar la inmediata aplicación del régimen tuitivo del consumidor, en particular de aquellas disposiciones que prevén la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal y el cumplimiento del deber de información contenido en el art. 36 de la ley 24.240.

Pues bien, tengo para mí que los tópicos precedentemente enunciados encuadran, sin hesitación, en la categoría de esenciales en

los términos de lo dispuesto en el art. 168 de la Carta Magna local, atento su directa y objetiva gravitación en el resultado final del presente juicio ejecutivo (conf. S.C.B.A., causas C. 91.286, sent. del 5-XII-2007; C. 102.984, sent. del 10-VI-2009; C. 120.629, sent. del 7-III-2018, e.o.) y, sin embargo, no obtuvieron respuesta jurisdiccional ninguna -ni expresa, ni implícita- en el pronunciamiento de grado.

En efecto, como con acierto manifiesta la recurrente el tribunal "*a quo*" concentró su atención exclusivamente en analizar la procedencia del pedido de levantamiento del embargo ejecutivo decretado sobre los haberes de la ejecutada, guardando empero absoluto silencio sobre los reproches formulados por aquélla para torcer la validez y/o legalidad de la sentencia de trance y remate oportunamente dictada al compás y sobre la base de la normativa protectoria de los usuarios y consumidores sobre los que no hizo referencia alguna -itero- en lo que a esta cuestión respecta, ni tan siquiera para excluirlos de consideración proporcionando las razones, procesales o sustanciales, que pudiesen justificar su eventual desplazamiento (v. fs.70/71 vta.).

Se advierte así configurado el vicio omisivo imputado al pronunciamiento en crisis habida cuenta de que los planteos de invalidez articulados al amparo del régimen tuitivo del consumidor revisten, como dejé expuesto, el carácter de esenciales y sin embargo no recibieron respuesta por parte de los sentenciantes de alzada que infringieron, de ese modo, la manda constitucional antes citada, acarreando su nulidad (conf. S.C.B.A., causas Ac. 87.239, sent. del 11-IV-2007 y C. 94.342, sent. del 28-V-2008, entre muchas más).

IV. 2.- Ahora bien, sin perjuicio de que la solución invalidante que dejo propuesta aparejará -en el supuesto de ser compartida por V.E., claro está- el reenvío de las actuaciones al tribunal de grado a los fines de que, con otra integración, dicte un nuevo pronunciamiento -art. 298, C.P.C.C.B.A.-, he de dejar planteada asimismo la nulidad de los actos procesa-

les realizados en el trámite de las presentes actuaciones sin la participación obligada del Ministerio Público Fiscal prevista en el art. 52 de la ley 24.240, de aplicación en la especie.

Efectivamente el contenido argumental del escrito de protesta cotejado, en lo pertinente, con los datos proporcionados por la MEV en orden a la cantidad de ejecuciones en trámite promovidas por el señor H.J.E.I. en el departamento judicial de La Plata, me persuade de que el título objeto de la presente ejecución resulta, *prima facie*, representativo de una relación de consumo financiero o de crédito para consumo.

En esa inteligencia, habiendo ratificado luego de la compulsa de las actuaciones físicas remitidas con fecha 12 de julio de 2021, que el Ministerio Público Fiscal no fue convocado en todo el curso del proceso a los fines de brindarle la oportunidad de ejercer las funciones que los arts. 52 de la ley nacional 24.240 y 27 del Código de Implementación de los Derechos de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Buenos establecido por la ley 13.133 le encomiendan, corresponde que esta Procuración General a mi cargo asuma la intervención que la ley le ha conferido con el propósito de subsanar o sanear en esta etapa tardía la falencia incurrida por los magistrados de las instancias ordinarias, al privar al funcionario fiscal competente de la posibilidad de cumplir con su misión de custodia del orden público y fiscal del ordenamiento jurídico en su integridad.

En línea con lo expuesto vale destacar que el máximo Tribunal de Justicia de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse recientemente sobre el particular en los siguientes términos: "*...la intervención del Ministerio Público en casos en los que -como ocurre en el sub examine- se encuentran afectados derechos del consumidor, está prevista a los fines de garantizar que se asegure la realización del valor justicia en una relación jurídica asimétrica, caracterizada por la desigualdad entre sus partes (doctrina de Fallos*: 338:1344)". Conceptuación que lo llevó a descalificar la validez de la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los

autos "HSBC Bank Argentina S.A. c/Fajardo, Silvina Magalí s/secuestro prendario" sin dar previa intervención al Ministerio Público Fiscal (conf. CSJN *in re* "Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa HSBC Bank Argentina S.A. c/Fajardo, Silvina Magalí s/Secuestro Prendario", fallada el 8 de octubre de 2020).

Es en ejercicio de la legitimación invocada que, como anticipé (v. IV 2.-), ocurro a plantear la nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir de la providencia dictada a fs. 14 con fecha 28 de diciembre de 2016, por la que fuera ordenado el libramiento de mandamiento de intimación, ejecución y embargo, incluida la ulterior sentencia de trance y remate de fs. 38/40, dictada el 19 de octubre de 2017, en tanto los mencionados actos procesales fueron emitidos por la sentenciante de origen sin dar previa audiencia al representante del Ministerio Público Fiscal, a los fines de que asuma las funciones derivadas de su rol de fiscal de la ley con la que lo invisten los arts. 52 de la ley nacional 24.240 y 27 de la ley local 13.133.

Y es que, como me ocupé de poner de relieve en párrafos anteriores, el promotor de la presente ejecución, señor H.J.E.I., tenía iniciadas más de una decena de juicios de igual objeto en el Juzgado Civil y Comercial Nº 12 departamental que entiende en la causa, circunstancia objetiva que debió suscitar la inquietud de su titular acerca de si se encontraba o no frente a una persona física dedicada a la actividad financiera susceptible de generar, *prima facie*, la presunción de que el título base sometido a ejecución fue emitido en el marco de una relación de consumo o de crédito para consumo, inquietud que debió procurar despejar previo a continuar con el trámite de las actuaciones mediante la oportuna vista al agente fiscal competente, a efectos de que se expida sobre el particular.

En las condiciones apuntadas y más allá del avanzado estado del proceso, no vacilo en afirmar que la omisión incurrida por los jueces de las instancias ordinarias, al soslayar dar intervención al funcionario fiscal, provoca un manifiesto perjuicio al Ministerio Público a mi cargo, toda

vez que como consecuencia del vicio denunciado, reitero, aquél se vio privado de levar adelante la misión que el régimen protectorio del consumidor le asigna en resguardo y defensa de la ley (arts. 1, 3, 36, 52 y 65, ley 24.240 y 27, Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, ley provincial 13.133 citados).

El presente planteo de nulidad se interpone dentro del término legal ni bien se observa que la Institución que encabezo recién tomó efectivo conocimiento de la irregularidad procesal denunciada en oportunidad de recibir las actuaciones físicas requeridas en vista (12-VII-2021), luego de la notificación electrónica cursada con relación a la sustanciación del remedio extraordinario interpuesto por la parte demandada a lo que aduno, aunque huelgue señalar, que no medió consentimiento ni aún tácito del mismo (arts. 169 y sgtes. del Código Procesal Civil y Comercial).

**V.**

En mérito de todo lo hasta aquí expuesto, soy del criterio de que V.E. deberá decretar la nulidad de todo lo actuado en estas actuaciones a partir de la irregularidad del trámite mencionada (arts. 1, 3, 36, 52 y 65, ley 24.240 y 27, Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, ley provincial 13.133 citados), haciendo lugar con el alcance indicado al recurso extraordinario de nulidad deducido por la ejecutada.

La Plata, 14 de julio de 2021.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 124.384-1

**“A. M. B. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ daños y perjuicios. incumplimiento contractual”, fecha: 19 de abril de 2021**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"A. M. B. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ Daños y Perjuicios. Incumplimiento Contractual"

**C 124.384-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala II de la Cámara de Apelaciones del departamento judicial de San Isidro, en el marco de la presentación formulada por el Agente Fiscal Rodrigo Fernando Caro intitulada "Postula incompetencia del Ministerio Público Fiscal para intervenir en los presentes conforme el art. 27 de la ley 13.133 y Ac. 3957 de la SCBA", a la que le otorgó el carácter de recurso de revocatoria deducido contra la resolución de la Presidencia del Tribunal, por la que se le había conferido vista para que dictamine en el marco del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada respecto del decisorio de grado que había desestimado el planteo de inconstitucionalidad deducido por aquélla con relación al art. 29 de la ley 13.133, en cuanto impone como recaudo de admisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia de mérito el previo depósito del capital, intereses y costas, resolvió desestimar el remedio incoado por el representante del Ministerio Público Fiscal disponiendo, en consecuencia, que debían remitirse nuevamente las actuaciones a sus estrados a los fines de su efectiva intervención en la causa, con apoyo en lo normado por los arts. 268 del C.P.C.C.B.A., 27 de la ley 13.133, 1, 2 y 29 inc.4° de la Ley N° 14.442, 52 y 64 de la LDC, 38 de la Carta Magna local y 42 de la Constitución Nacional.

**II.**

Para decidir en el sentido desestimatorio indicado, el órgano de Alzada -a través del voto del magistrado que abriera el acuerdo del tri-

bunal (Dr. Zunino), al que adhiriera la restante magistrada interviniente-, luego de hacer referencia al doble orden normativo que en esta materia regula la protección constitucional brindada por el art. 42 de la Carta Magna a los usuarios y consumidores, a través de la Ley nacional 24.240, de Defensa del Consumidor -por un lado-, y mediante la Ley provincial 13.133, intitulada "Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios" -por el otro-, se encargó de señalar que encontrándose expresamente prevista en ambos plexos tuitivos (arts. 52 de la ley 24.240 y 27 de la ley 13.133) la intervención obligada del Ministerio Público Fiscal como "fiscal de la ley", no cabía sino rechazar el planteo formulado por el Dr. Caro, pues no se trataba de un supuesto de falta de normativa para la actuación del Ministerio Público fiscal, tal como lo postula dicho agente, sino de un caso en el que -contrariamente a lo señalado-, por disposición legal expresa, se requiere de su participación en el proceso. Ello así, ponderando además que dicha intervención se conjuga con lo normado al respecto por el art. 29 inc. 4° de la Ley 14.442, que al regular los deberes y atribuciones del Agente Fiscal, establece que le corresponde "*... En materia civil, comercial, laboral y de justicia de paz, dictaminar en aquellos supuestos previstos por las leyes, cuando se manifestare afectación del interés público con gravedad institucional, o requerir medidas en defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad*".

Se encargó de destacar además, con cita de doctrina de autor, que "*Sobre la referida actuación del Ministerio Público Fiscal se ha sostenido que en los procesos de consumo 'obra como fiscal de la ley, dada su función procesal específica que es la custodia y tutela del plexo jurídico consumidor y el orden público característico de este ordenamiento, la regularidad del proceso y el respeto de los derechos constitucionales y sociales que hacen obligatoria su intervención' (Tambussi, Carlos E., 'Ley de Defensa del Consumidor', Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pág. 328)*".

Añadió asimismo que no le asistía razón en su planteo al impugnante pues "*...el criterio postulado se encuentra en plena consonancia con lo dispuesto por nuestro Superior Tribunal en el Acuerdo 3957 del 27.11.2019 en el sentido que la actuación del Ministerio Público Fiscal debe ceñirse a aquellos supuestos*

*en los que exista una norma legal que lo disponga o se haya configurado alguna de las situaciones previstas en la parte final del artículo 29, inciso 4o, de la Ley N° 14.442 (gravedad institucional o alteración del orden público)*". Y que "*...de la lectura de las Resoluciones 315/18 de la PGPBA y 3957/19 de la SCBA, se advierte que la Suprema Corte de Justicia de esta provincia declaró la nulidad de la determinación del momento procesal en los cuales el Agente Fiscal debía intervenir como fiscal de la ley (art.1 inc. b de la Resolución de la Procuración General N° 315/18) pero no la actuación de aquél en tal carácter*", enfatizando que "*La ley 13.133 es muy clara al indicar que el Agente Fiscal deberá intervenir como fiscal de la ley, por lo que interpretar lo contrario sería desconocer el claro texto normativo*". Y a continuación agregó: "*Ahora bien, lo que no establece la ley es cuándo debe intervenir al Ministerio Público Fiscal, pero ello, como señala la Suprema Corte, es suplido por las facultades ordenatorias de los magistrados (arts. 34 y 36 del CPCC)*".

Concluyó entonces que "*...este Tribunal no coincide con la interpretación dada por el Agente Fiscal interviniente a las resoluciones mencionadas, toda vez que no cabe duda que la ley 13.133 le otorga una intervención obligatoria como fiscal de la ley. Y desde el lineamiento expuesto, mal podría considerarse que cumplir con el dictamen requerido importaría incurrir en un 'exceso competencial' o en un abuso de autoridad en el despliegue de la función, tal como postula el recurrente (arts. 27 de la ley 13.133 y 29 inc.4 de la Ley N° 14.442)*".

Dispuso en consecuencia que las actuaciones debían remitirse nuevamente al Ministerio Público para que efectivice la intervención reglada normativamente, con cita de los arts. 268 del C.P.C.C.B.A., 27 de la ley 13.133, 1, 2 y 29 inc.4° de la Ley N° 14.442, 52 y 64 de la LDC, 38 de la Carta local y 42 de la Constitución Nacional.

**III.**

Contra dicha forma de resolver se alzó el aludido representante del Ministerio Público Fiscal a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cuya copia en archivo PDF se adjunta al sistema SIMP procedimientos de esta Procuración General y acerca del cual se dispuso conferirme

vista, en forma previa al abordaje de su admisibilidad, en atención al objeto de debate del mismo, sustanciación anoticiada por medios electrónicos con fecha 14 de diciembre de 2020.

En su remedio extraordinario el Agente Fiscal impugnante sostiene que el decisorio recurrido ha aplicado erróneamente la doctrina legal fijada por V.E. en el Acuerdo 3957/19. Señala que el órgano de alzada ha asumido una interpretación en materia de superintendencia que cercena los razonamientos de aquélla e impone de manera arbitraria un criterio preceptivo sobre la intervención del Ministerio Público Fiscal para la temática que -según su apreciación- no se corresponde con la normativa de aplicación y los lineamientos oportunamente determinados por V.E. a través de la sanción del Acuerdo mencionado.

Arguye acerca de la definitividad de la cuestión sometida a juzgamiento pues -según destaca- no existe otra instancia en el proceso para modificar la decisión que impone la intervención del Ministerio Público Fiscal a pesar de la "*inexistencia de una ley que legitime su actuación*" (sic, v. acápite B, 3. a.-).

Refiere asimismo que, por sus efectos, se registra una afectación de gravedad institucional pues la naturaleza jurídica de la decisión normativa general de índole preceptiva sobre la intervención del Ministerio Público Fiscal trasciende el caso concreto e impacta en la totalidad de los supuestos vinculados con la temática, en los justiciables y en los organismos de actuación, causando un perjuicio al servicio de justicia, con cita del art. 278 del C.P.C.C.B.A.

Entre los agravios que informan su prédica cabe destacar lo que a su juicio, y bajo el rótulo "*SOBRE LOS REQUISITOS DE IMPUGNABILIDAD –FUNDAMENTOS–*", constituye un análisis parcial de los fundamentos del Acuerdo 3957/19 de la S.C.B.A., al imponer un temperamento que, según sostiene, contradice la legalidad y la razonabilidad aplicada en dicho pronunciamiento de la Suprema Corte bonaerense.

En ese orden de ideas agrega que resulta de la esencia de la valoración formulada por ese Cimero Tribunal de la provincia que, aún sin la in-

tervención del Ministerio Público Fiscal, se encuentran asegurados los derechos y garantías de las partes. Ello así -sostiene-, sin identificar una etapa puntual del juicio sino que lo afirma respecto de todo el proceso. Deriva de allí el exceso competencial que en el mencionado acuerdo de V.E. se atribuye a la Resolución P.G. N° 315/18. Ello así, según afirma, en tanto extralimita el marco legal respecto de la asignación de funciones en una materia que no la contempla para todos los casos sino, por excepción, en uno muy específico, relativo al supuesto de actuación y abandono de la acción de Asociaciones, con legitimación plena para actuar en defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Sostiene que ésta es la única hipótesis específica que prevé la aludida participación de los fiscales en esta clase de controversias.

Señala dentro el ítem II del mismo acápite C), intitulado "*Marco regulatorio y comprensión jurídica –Acuerdo 3957 de la SCJPBA–*", sub ítem i) "*Ausencia de previsión normativa*", que al disponer esa Suprema Corte la anulación parcial de la Resolución P.G. N° 315/18, incluyó en el compendio de normas alcanzadas por aquella invalidez al inciso "b" del art. 1° de la misma, por el que se estableciera la participación del Ministerio Público Fiscal en los procesos concernientes a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores. Que al haberlo hecho así ese Cimero Tribunal se encargó de señalar que varias de las hipótesis de intervención previstas en el mencionado art. 1° de la resolución (incs. "a", "c" -*rectius* "e"-, "g", "h", "i", "j", "k" y "l") carecían de regulación legal expresa que justificara la participación aludida, destacando que en lo concerniente al inc. "b", el pretender regular la oportunidad en que debía intervenir el Ministerio Público Fiscal conforme el art. 27 de la Ley 13.133, importaba un "exceso competencial", en alusión expresa a los términos empleados por esa Suprema Corte en el texto del Acuerdo 3957/19.

Refiere asimismo que al expedirse de la manera señalada esa Suprema Corte se encargó de subrayar, entre los considerandos del Acuerdo, que los principios y garantías que habrían justificado el dictado de la Resolución P.G. N° 315/18 para la intervención de los Agentes Fiscales en materia extrapenal se encuentran suficientemente asegurados por la participación de las partes y de los órganos de la Administración de Justicia, de lo que colige -en una singular

interpretación, a mi juicio- que al haberlo hecho con un alcance genérico no cabe ceñirlo a una etapa puntual del proceso sino respecto de todo el juicio. A lo que añade -una vez más, en lo que considero una apreciación personal- que el exceso competencial señalado como exorbitante del marco legal lo es respecto de la asignación de funciones en una materia -la de los derechos de los consumidores y usuarios- que según su criterio no lo contempla con un enfoque amplio, sino sólo y por excepción, a uno muy específico como lo es el relativo al supuesto de actuación y abandono de las Asociaciones, anteriormente destacado.

Sobre la base de las aludidas consideraciones sostiene que la vista ordenada a su respecto por la Presidencia del Tribunal de alzada interviniente lo ha sido sin brindar fundamento de razones concretas más que la genérica cita de normas correspondientes al plexo tuitivo de consumidores y usuarios en el orden nacional y local, así como del art. 29 inc. 4° de la Ley 14.442, exhibiendo un criterio interpretativo que en su apreciación contraría la hermenéutica de los alcances que cabe atribuir al texto del aludido art. 27 de la Ley 13.133, a la luz de su propia interpretación del Acuerdo 3957/19 de la S.C.B.A., ya señalada párrafos arriba.

Vuelve a desarrollar su propia interpretación de las normas legales implicadas, para concluir, luego del análisis puntual del art. 52 de la Ley 24.240, más específicamente de lo estipulado en su párrafo final -cuya literalidad, destaca, se replica en el texto del art. 27 de la Ley 13.133-, que la única exégesis posible es la de la intervención de Ministerio Público Fiscal sólo para la hipótesis del abandono de la acción por las asociaciones legitimadas en los términos del art. 56 de la LDC.

En otro orden de ideas (v. sub ítem i.- *Inexistencia de afectación de los derechos de los justiciables*, dentro del mismo acápite), esgrime que el temperamento signado por el Ac. 3957 de esa Suprema Corte en torno al tópico constata la ausencia de previsión normativa que legitime la intervención del Ministerio Público Fiscal fuera de los casos de excepción señalados, al tiempo que también verifica la inexistencia de afectación de los derechos de los justiciables

pues, según refiere, los principios y garantías que se habrían de resguardar incorporando al Ministerio Público Fiscal en dicha gestión "*se encuentran en principio suficientemente asegurados por la intervención de las partes y de los órganos de la Administración de Justicia*", según transcripción que formula del propio texto del acuerdo mencionado.

Y al amparo de lo que califica como "*Inconveniencia como pauta de razonable asignación de recursos*" (v. sub ítem iii.- del mismo acápite), señala que la incorporación de esta rama del Ministerio Público a todos los procesos en los que se controviertan derechos de consumidores y usuarios representa la génesis de dilaciones, inconveniencias y superabundancia de argumentos ya conocidos y fijados por las partes y los órganos de intervención municipales y judiciales, poniendo de relieve su inconveniencia, como pauta de razonable asignación de recursos, por fuera del único supuesto que a su juicio aparece como expresamente reglado por las leyes 24.240 y 13.133, antes descripto, respecto del que abunda en consideraciones que se repiten a lo largo de su frondosa exposición.

Dentro del mismo capítulo de su prédica vuelve a formular una serie de reflexiones que, partiendo una vez más del análisis del decreto de promulgación de la Ley 13.133 número 64/03, pretende justificar su restringida interpretación con relación al alcance de la intervención que cabe asignarle al Ministerio Público Fiscal en el marco de las acciones que se ventilen sobre la materia, haciendo foco -entre otras cuestiones que destaca- en el veto del poder ejecutivo provincial de las previsiones contenidas en el Título X del proyecto de ley aprobado, relativo a la creación de "Promotorías de Consumidores y Usuarios" en el ámbito del Ministerio Público, lo que a su juicio evidencia la valoración de dicho espacio gubernamental en torno a la inconveniencia de asignar recursos a esos fines, pretendiendo con dicho argumento reforzar la idea de que la participación de los agentes fiscales -de natural injerencia en las causas penales-, sólo puede tener cabida en materias ajenas a aquel fuero, a través de disposición legal específica y de manera excepcional.

Luego de transcribir en forma íntegra la literalidad de los términos del pronunciamiento impugnado (v. ítem III.-, del acápite C), con-

cluye que la valoración del órgano de alzada ha cercenado el análisis del Acuerdo 3957/19, sin que parezca posible conceder que el fondo del asunto gire solamente sobre una cuestión de sintaxis a propósito de la redacción legal, sin ponderar las observaciones oportunamente realizadas por el Poder Ejecutivo a través del decreto de promulgación de la Ley 13.133 número 64/03, antes citado.

Refiere además que no es válido concluir que la disposición anulatoria establecida por el mencionado Acuerdo 3957/19 respecto del inciso "b" del art. 1° de la Resolución N° 315/18 de la Procuración General haya sido una suerte de llamado de atención a la decisión de fijar los instantes del proceso en los cuales se debía intervenir, pues -según sostiene- la valoración de la Corte ha ido más allá en el razonamiento de una comprensión más compleja, como cabeza del Poder Judicial que involucró analizar la intervención de un organismo naturalmente dispuesto para un deber de justicia penal, enmarcado en una emergencia que podría definirse de crítica, en cuanto a la ecuación de sus recursos y demandas de la comunidad, con cita del principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la C.N.

Señala que la inteligencia de esa línea de interpretación no puede verse obstada por el hecho de que esa Suprema Corte, en instancia extraordinaria, haya resuelto conferir vista de actuaciones en las que se ventilan cuestiones vinculadas a los derechos de usuarios y consumidores a la Procuración General, pues -según sostiene- ello obedece al hecho de que dicho tribunal interviene como la última palabra para las causas de todos los fueros y que es en dicho contexto donde, a su juicio, aparece como una actuación lógica la gestión que en igual magnitud se le confiere al Ministerio Público Fiscal, a través de la parte legitimada en dicha Alta instancia, sin que de allí pudiera inferirse que la misma intervención es dable exigir a los agentes fiscales en las instancias ordinarias previas, fuera de las que corresponden a las de injerencia penal.

Por último, formula una serie de consideraciones en torno a otra previsión oportunamente reglada por la aludida Resolución N° 315/18 de la Procuración General, que desarrolla como argumento como "*obiter dictum*",

relativa a la ejecución de multas impuestas en el marco de procesos propios del fuero civil y comercial, realizada en orden a evidenciar que la interpretación que postula no es una voluntad dirigida a no cumplir injustificadamente la imposición normativa, pues considera que, si bien la intervención se apoya en un texto legal, el mismo representa una normativa anterior que ha sido derogada por una posterior, de inválida aplicación frente al esquema legal, constitucional y convencional imperante en la actualidad.

**IV.**

Más allá de coincidir con el impugnante acerca de la admisibilidad de la queja extraordinaria incoada, estimo que el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público no puede prosperar.

En efecto, advierto que el remedio incoado por el Agente Fiscal interviniente supera el test de admisibilidad a la luz de la doctrina legal fijada por V.E. sobre el tópico en cuanto determina que un pronunciamiento como el cuestionado puede representar para el recurrente un agravio de compleja o imposible reparación ulterior, por lo que resulta equiparable a sentencia definitiva en el sentido del art. 278 del C.P.C.C.B.A., requisito fijado como recaudo para la admisibilidad de los recursos extraordinarios como el incoado. Ello ha sido así determinado además por la Corte Suprema de la Nación señalando que sentencia definitiva o equiparable a tal es tanto aquélla que decide el fondo de la cuestión, como la que imposibilita todo debate sobre lo discutido e impide útilmente un derecho en la oportunidad procesal habilitada por la ley (conf. Fa los: 303:1040; 306:1312, 1670, 307:152, 282, 322:2497; entre otras), situación que juzgo se configura en la especie.

A lo señalado cabe además agregar que la gravedad institucional invocada en la pieza recursiva (v. pto. 3. b del acápite A), aparece configurada en la especie en tanto esa Suprema Corte ha señalado que dicho extremo se encuentra íntimamente relacionado -en grado de dependencia- a la verdadera presencia de una situación aprehensiva de interés institucional (conf. S.C.B.A., causas C. 117.561, sent. del 11-X-2017; Rc. 122.443, resol. del 6-VI-2018; Rc. 123.247, resol. del 14-VIII-2019; Rc. 124.060, resol. del 19-VIII-2020; Rc. 123.988, resol. del

2-IX-2020; entre otras), interés que en el caso vislumbro con nitidez en tanto se trata de determinar las hipótesis de intervención, para esta clase de procesos que involucran la defensa de los derechos de consumidores y usuarios, del Ministerio Público Fiscal en las instancias ordinarias de su tramitación.

No obstante ello así y tal lo adelantado, estimo que el remedio incoado no puede prosperar en tanto observo que la crítica desarrollada por el impugnante en su prédica, partiendo de una subjetiva interpretación de los alcances del Acuerdo 3957/19 de esa Suprema Corte, desoye en forma absoluta el mandato legal que al respecto consagran ambos plexos tuitivos de consumidores y usuarios -nacional y provincial- a través de lo normado por los arts. 52 de la Ley 24.240 y 27 de la Ley 13.133, en cuanto determinan en forma coincidente que el Ministerio Público "actuará obligatoriamente como fiscal de la ley", tal como fuera decidido por el órgano de alzada en el pronunciamiento impugnado, regulaciones que -vale la pena destacar- conservan a la fecha del presente dictamen plena vigencia, la que tampoco puede verse empañada por el dictado del Acuerdo 3957/19 por esa Suprema Corte provincial.

Estimo pertinente aquí -por su coincidencia con el criterio y fundamentos expuestos por el sentenciante de grado para resolver en el sentido indicado- traer a colación algunos párrafos de la respuesta que tuve ocasión de formular en el marco de las actuaciones labradas por esa Suprema Corte a propósito de la Resolución P.G. 315/18 (Expte. S.C.B.A. N° 21.681/18), en los que señalara que "*...el artículo 27 de la Ley provincial* N° 13.133, *sancionado en orden a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley nacional* N° 24.240, *establece que dejando a salvo las hipótesis de las acciones en las que al Ministerio Público le corresponde asumir la titularidad activa por haber mediado abandono de parte de las asociaciones legitimadas, aquel reviste la calidad de 'fiscal de la ley', prescribiendo su obligatoria intervención en las controversias que versen sobre dicha clase de conflictos*". Puntualicé asimismo que dicha previsión normativa derivaba del orden público comprometido en los procesos en los que se controvirtieran derechos de consumidores y usuarios, ponderando para ello la legitimación que el artículo 1° de la Ley del Ministerio Público provincial le atribuye a la institución que represento

para el cumplimiento de su función de custodia de los intereses de la sociedad y de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

Y citando al Profesor Piero Calamandrei (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Ed. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1962, pág. 429), añadí que ello era así pues las atribuciones del Ministerio Público son múltiples y heterogéneas sin que se las pueda resumir en "una simple fórmula", de manera que "*...pese al principio dispositivo que prima en materia civil y comercial, se ha introducido al fiscal como 'interviniente necesario', con el objeto de suplir o de controlar en interés de la justicia, la iniciativa de las partes privadas y verificar la vigencia de determinados intereses sociales comprendidos en el concepto de orden público*". Parafraseando al prestigioso autor italiano antes citado, al referirse al Ministerio Público en el ámbito del proceso civil, tuve oportunidad de puntualizar que es "*...el encargado de vigilar por la observancia del derecho objetivo en todos aquellos casos en que la iniciativa de los interesados no es suficiente garantía de dicha observancia; lo cual acaece, en general, en todas las causas sobre relaciones no disponibles...*" tales como las relativas a la defensa de consumidores y usuarios que demandan el desarrollo de aquella específica función de "fiscal de la ley" que las normas legales antes citadas le otorgan como misión primordial en dicha clase de conflictos, instando a los agentes que integran el Ministerio Público Fiscal a tomar activa participación, como herramienta de custodia efectiva de esta tutela procesal diferenciada, incorporada con rango supralegal en la reforma constitucional del año 1994, como una nueva garantía, tanto por la Constitución Nacional (artículo 42), como por la Carta Magna Provincial (artículo 38). Ello así, a los fines de otorgar una mayor protección a la parte más débil de las relaciones comerciales y recomponer, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios o consumidores (doct. voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco en Fa los: 338:1524).

Siguiendo esa línea de pensamiento, dejé sentada en aquella oportunidad mi opinión disidente en orden a considerar que a través de las distintas hipótesis de participación regladas en la resolución P.G. 315/18 en materia

de conflictos que involucren derechos de usuarios y consumidores se estuviera cubriendo un vacío normativo que desborde los márgenes que la ley de aplicación había fijado, ni que ello signifique legitimar conductas "*contra legem*" por carencia de respaldo legal, pues contrariamente a lo afirmado por el recurrente en su prédica ello sólo representó el ejercicio de las facultades reglamentarias conferidas al Infrascripto por la Ley del Ministerio Público provincial a través de lo establecido en su artículo 21 inciso 11°, a los fines de determinar patrones de intervención para el mejor desempeño de la alta función encomendada a los representantes del Ministerio Público Fiscal en la defensa de los intereses sociales a lí comprometidos, conforme los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales ya citadas.

En ese orden de ideas se destacó asimismo la considerable cantidad de causas que legadas a sede extraordinaria por vía del recurso de inaplicabilidad de ley, habían sido -y siguen siendo- remitidas en vista por esa Suprema Corte a la Procuración General, a través de providencias tales como "*...en atención a que la ley de Defensa del Consumidor en la que se sustentó el reclamo prevé la intervención del Ministerio Público Fiscal como fiscal de la ley (art. 52 Ley 24.240), pasen los obrados en vista a la Procuración General en su condición de jefatura del Ministerio Público (arts.1, 12 y 13, ley 12.061) para que ese cuerpo tome la intervención que estime pertinente y, en su caso, emita el dictamen previsto en el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial*", como mecanismo tendiente a subsanar la soslyada participación en las instancias de grado de los representantes del Ministerio Público Fiscal, legalmente prevista y sin derogación alguna al respecto.

Dicho temperamento es el que ha sido adoptado por V.E. desde antaño y mantenido en el tiempo en causas tales como C. 114.208 (resol. del 9-V-2013), C. 118.270 (resol. del 9-IV-2014), C. 119.060 (resol. del 23-VI-2014), C. 119.304 (resol. del 14-X-2014), C. 120.989 (resol. del 3-VIII-2016), C. 120.963 (resol. del 3-XI-2016), C. 121.062 (resol. del 23-XI-2016), C. 121.239 (resol. del 30-XI-2016), C. 120.789 (resol. del 21-12-2016), C. 121.047 (resol. del 30-XII-2016), C. 121.534 (resol. del 25-IV-2017), C. 121.614 (resol. del 11-V-2017), C. 122.447 (resol. del 6-VI-2018), C. 122.412 (resol. del 21-VI-2018), C. 122.789 (resol. del 19-X-2018), C. 122.976

(resol. del 29-XI-2018), C. 123.125 (resol. del 6-III-2019), C. 123.204 (resol. del 24-IV-2019), C. 123.262 (resol. del 29-V-2019), C. 123.329 (resol. del 4-VI-2019), C. 123.228 (resol. del 5-VI-2019), C. 123.069 (resol. del 6-VI-2019), C. 123.330 (resol. del 26-VIII-2019), C. 123.421 (resol. del 27-VIII-2019), C. 119.253 (resol. del 2-IX-2019), C. 123.501 (resol. del 5-IX-2019), C. 123.614 (resol. del 31-X-2019), 123.324 (resol. del 6-XI-2019) -entre otras-, inclusive con posterioridad a la sanción del Acuerdo 3957/19 del 27 de noviembre de 2019, en causas C. 123.028 (resol. del 18-V-2020), C. 123.936 (resol. del 9-VI-2020), C. 123.277 (resol. del 17-VII-2020), C. 123.866 (resol. del 4-XI-2020), C. 124.608 (resol. del 11-II-2021), C. 123.254 (resol. del 10-III-2021), C. 124.489 (resol. del 18-3-2021) -entre otras más-, lo que pone en evidencia el error del criterio interpretativo invocado por el quejoso en su prédica.

Ello se explica además, pues en ocasión de emitir el Acuerdo 3957/19 y disponer la nulidad de algunas de las disposiciones contenidas en la Resolución P.G. 315/18, esa Suprema Corte limitó la mentada invalidez -en lo que a esta parcela de intervención del Ministerio Público Fiscal se refiere- sólo en cuanto determinaba las oportunidades de participación que se pretendieron reglamentar a través del inciso "b" del artículo 1° de la mentada Resolución P.G. 315/18, mas no a la necesaria participación de los representantes fiscales legalmente establecida a través de disposiciones normativas cuya vigencia -insisto- permanece incontrovertida.

En efecto, dicho criterio es el que resulta de las propios términos empleados por ese Cimero Tribunal en el texto de los considerandos del Acuerdo referido, al señalar que "*En virtud de ello, es posible advertir que carecen de regulación legal expresa las intervenciones previstas en el artículo 1°, incisos "a", "e", "g", "h", "i", "j". "k" y "1" y en el artículo 2°, en tanto las normativas locales específicas que regulan tales cuestiones no contemplan la participación del Ministerio Público...*", añadiendo a continuación que "*Por otra parte, también cabe resaltar que ... se pretendió regular la oportunidad en que debe intervenir el Ministerio Público Fiscal conforme el artículo 27 de la Ley N° 13.133 (v. art. 1°, inc. "b", Res. P.G. N° 315/18), lo que importa un exceso competencial*".

Siendo ello así, estimo que la crítica que porta la impugnación incoada a través de la que denuncia la violación de la "doctrina legal" sentada en el Acuerdo 3957/19 de la S.C.B.A. (v. ítem II del acápite C.-, intitulado "*Marco regulatorio y comprensión jurídica –Acuerdo 3957 de la SCJPBA–*", sub ítem i) "*Ausencia de previsión normativa*") resulta a todas luces insuficiente para derribar el fundamento central sobre el que reposa el razonamiento desarrollado por los sentenciantes de grado en el decisorio impugnado -con el que además coincido- en cuanto establece que "*tratándose de una acción iniciada por quien alegó afectación de derechos derivados de una relación de consumo en las que se dictó sentencia haciendo lugar a la demanda y condenando a la accionada al pago de una suma determinada a favor de la actora, más allá de lo que en definitiva se decida sobre la relación jurídica que uniera a las partes y la procedencia de la acción, temas que exceden el marco de la presente y serán eventualmente materia de tratamiento oportuno por parte de esta Alzada, es claro que la intervención del Ministerio Público Fiscal resulta un presupuesto ineludible para cumplir el expreso mandato legal (arts. 52 de la LCD, 27 de la ley 13.133 y 29 inc. 4 de la ley 14.442)*". A lo que agregó: "*No se trata de un supuesto de falta de normativa para la actuación del Ministerio Público fiscal, como denuncia el Agente Fiscal en la presentación en análisis, sino de un caso que por disposición legal expresa requiere de su intervención (arts. 27 de la ley 13.133 y 29 inc.4 de la Ley N° 14.442)*", añadiendo que "*el criterio postulado se encuentra en plena consonancia con lo dispuesto por nuestro Superior Tribunal en el Acuerdo 3957 del 27.11.2019 en el sentido que la actuación del Ministerio Público Fiscal debe ceñirse a aquellos supuestos en los que exista una norma legal que lo disponga o se haya configurado alguna de las situaciones previstas en la parte final del artículo 29, inciso 4o, de la Ley N° 14.442 (gravedad institucional o alteración del orden público)*" (v. acápite 3. del voto expresado por el Dr. Zunino, al que prestara expresa adhesión la restante integrante del tribunal).

Ello resulta así, además, pues quien afirma que la sentencia viola determinados preceptos del derecho vigente, anticipa una premisa cuya demostración debe luego levar a cabo, por lo que la frustración de esta exigencia provoca la insuficiencia del intento revisor (conf. S.C.B.A., causas C. 121.276,

sent. del 29-XI-2017; C. 120.693, sent. del 11-IV-2018; C. 120.490, sent. del 3-V-2018; C. 121.223, sent. del 6-VI-2018; C. 122.310, sent. del 3-VII-2019; C. 120.749, sent. del 10-VII-2019; entre otras).

No empecen a la conclusión antedicha el resto de los reproches que vertebran la queja en estudio, agrupados por el impugnante bajo los apartados subsiguientes (v. sub ítem i.- "*Inexistencia de afectación de los derechos de los justiciables*", sub ítem i.- del mismo acápite "*Inconveniencia como pauta de razonable asignación de recursos*" y sub ítem iv.- de idéntico apartado "*Argumento orientado a un obiter dictum –sobre la ejecución de multas–*"), en la medida que constituyen meras argumentaciones personales y discrepancias subjetivas del recurrente que corren en forma paralela al fundamento central del decisorio cuestionado ( conf. S.C.B.A., causa Rc. 109.032, resol. del 30-III-2011; entre otras), el que -tal como fuera precedentemente destacado- arriba inconmovido a esta sede casatoria por las razones antes expuestas.

**V.**

Consecuentemente, en mérito a las consideraciones formuladas estimo deberá V.E. desestimar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cuya vista me fuera oportunamente conferida (conf. arts. 278, 279 y cctes. C.P.C.C.B.A.)

La Plata, 19 de abril de 2021.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: A 74.951

**“Pereyra, Germán y otros c/ Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima -ABSA- s/ amparo colectivo”, fecha: 13 de febrero de 2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Pereyra, Germán y otros c/ Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima -ABSA- si amparo colectivo"

**A 74.951**

**Suprema Corte de Justicia:**

Vienen las presentes actuaciones a esta Procuración General a los efectos de tomar vista respecto al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el apoderado de Aguas Bonaerense SA -en adelante ABSA- contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata de fecha 22 de junio de 2017 (v. fs. 1107/1129 y 1143/1154vta.).

**I.**

En forma previa, he de relatar las distintas etapas procesales por las que transitaron las presentes actuaciones.

**1.1.-** El abogado Germán Pereyra con fecha 28 de abril de 2015, por derecho propio y patrocinando a María Celia Lorente y a Ismael Telmo Bustamante, los tres con domicilio en la ciudad de Dolores, interpuso una acción de amparo colectivo, invocando el carácter de usuarios " *afectados por el deficiente servicio de agua potable*" brindado por ABSA y la Provincia de Buenos Aires, también demanda al Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA), por entender que no cumpliría en forma efectiva con sus funciones legales (v. fs. 86/97).

Solicita que el órgano jurisdiccional obligue a "*que las demandadas*, ***realicen las obras*** *y* ***tareas necesarias*** *dentro de un plazo breve y razonable, a su costa y cargo*, ***para proveer agua en calidad*** *y* ***cantidad suficiente a los usuarios del servicio de agua potable de la ciudad de Dolores,*** *bajo*

*apercibimiento de pagar una multa diaria...*" (v. fs. 86, el remarcado pertenece al original).

Demanda que hasta tanto sean efectuadas las obras, se ordene ***"refacturar el servicio*** *a la demandada* ABSA, *descontando el consumo de agua potable de todos los usuarios de Dolores atento el incumplimiento de la demandada*" (v. fs. 86, el remarcado pertenece al original).

A su vez, piden que en un plazo de sesenta días o los que el órgano judicial considerare oportuno, sea presentado un plan obras y su ejecución, y que la misma se efectúe "*con constante monitoreo*" por pat1e del juez interviniente (v. fs. 86 y vta.).

Respecto a la legitimación activa manifiesta que son vecinos de Dolores y usuarios del servicio que presta ABSA en dicha ciudad, y para ello detallan el domicilio particular y el número de identificación como usuarios (v. fs. 86 vta.).

Refiere que la acción de amparo colectivo constituye la vía más apta para reclamar en sus condiciones de usuarios de un servicio público. Hacen expresa mención del caso "Halabi" (2009), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entienden serviría para justificar su legitimación activa en una acción colectiva como la pretendida.

Subraya que la doctrina de dicha causa habría sido receptada por V.E. en la sentencia recaída en autos C 91.576, " *López, Rodo(fo Osvaldo* " (2014). Transcribe la parte del fallo que considera de aplicación al presente (consid. tercero, puntos 2.2.c del voto del Señor Juez Hitters).

Sobre la legitimación pasiva manifiesta que la Provincia de Buenos Aires "*es la principal responsable como concedente*" *de* este servicio (v. fs. 88 *in fine*).

Que ABSA es la concesionaria "*que explota el servicio de agua potable en la ciudad de Dolores y debido a la falta de inversiones la red de abastecimiento de agua potable de la ciudad se encuentra en pésimo estado con usuarios*

*que hace años que no tienen acceso al agua potable en calidad y cantidad suficiente*" (v. fs. 88vta.). Transcribe determinadas cláusulas del marco regulatorio del servicio de agua potable y desagües cloacales establecido por medio del decreto 878, ratificado por medio de la ley 13.154, por lo que infiere la responsabilidad de la empresa estatal concesionaria del este servicio público (v. fs. 88 vta./ 89).

Respecto al OCABA, explica que es demandado por ser "*el organismo que debió controlar, y no lo hizo, sobre el deficiente servicio de agua brindado por* ABSA., *pese a los reiterados reclamos de los usuarios*" (v. fs. 89).

En lo que se refiere a la admisibilidad de la presente acción indican que se encontrarían cumplidos los requisitos de procedencia formal a tenor de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional y por Ley 13.928.

Agrega que se trataría de una omisión por parte de ABSA en " *brindar el servicio de agua potable a los usuarios de la ciudad de Dolores en calidad y cantidad suficiente*" (v. fs. 89 vta./90).

Explica, a su vez, que esta omisión sería ilegítima al resultar afectado "*el derecho constitucional de acceso al agua que es considerado un bien esencial y primordial para el desarrollo de una vida digna, y como el derecho básico, base, para el goce pleno de otros derechos*". Cita jurisprudencia y doctrina (v. fs. 90).

Sobre los hechos que motivan la demanda expresa que hace ya varios años "*que el servicio de agua potable de la ciudad de Dolores viene siendo deficiente, pero en los últimos días se ha convertido en intolerable, ya que se ha agravado con cortes de agua, sin previo aviso y por varios días, falta de presión en la red por varios días, meses, y en algunos barrios incluso por años, pérdidas de agua por toda la ciudad, falta de respuesta a los reclamos de los usuarios, camiones de agua que abastecen a escuelas y lugares públicos ante la falta de suministro, falta de inversión, todo lo cual es de público conocimiento*" (v. fs. 91 vta.).

A continuación, efectúa un detallado informe del servicio que presta ABSA, al cual considera deficitario. Agrega que debido a ello formularon presentaciones ante el OCABA y ante la Oficina de Información al Consumidor, sin obtener mayores respuestas (v. fs. 92).

Ofrece prueba documental, informativa y pericial (v. fs. 93/94). Plantea la cuestión federal (art. 14 de la Ley 48), y solicita la concesión del beneficio de litigar sin gastos (v. fs. 94 vta.).

Para finalizar, atento el carácter colectivo de la acción de amparo solicita se dé publicidad la presente a los efectos de permitir la convocatoria de los usuarios y su eventual participación en el proceso (v. fs. 95 vta.).

**1.2.-** La Señoras y Señores: Oiga Noemí Erviti, Germán Alfredo Pereyra, Lydia Elena Berna!, Vicente Garófalo, Blanca Silva, Gloria Inés Ochoaizpuro, Roberto Osear Pivano, Roberto Carlos Dávila, Francisco Aranciaga, María Elena Diestro, Ernesto Osvaldo Romero, Patricia Susana Equisito, Norma Graciela Diubertti, Mónica Estela Echave, Matías Agustín Gabotto y Ángel Heriberto Balbi adhirieren en forma expresa a la demanda (v. fs. 119, 122, 128 , 132, 137, 141, 156 , 170, 174, 178, 183, 187, 191, 195, 199 y 204).

**1.3.-** Respecto al órgano judicial interviniente a fojas 97 consta que a tenor de las resoluciones de la Suprema Corte 1358 y 1794 , ambas del año 2006, queda desinsaculado el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 3 de Dolores.

El juez a cargo de dicho juzgado se excusa de intervenir por "*estar comprendido en las causales previstas en el artículo 30 del CPCC, con relación al Dr. Germán[...] Pereyra*" (v. fs. 153).

Por su parte la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 1, al cual la Receptoría General de Expedientes le asignó entender en las presentes actuaciones, en primer lugar , aceptó los motivos vertidos en la excusación formulada por su colega a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 3, y en segundo lugar, también se excusó alegando ser usuaria del servicio de provisión de agua potable por red aquí demandado, y afectada por las anomalías

en la prestación del servicio que originan este litigio, expresa: "*aun cuando no he suscripto las planillas que se acompañan a la demanda por adhesión a esta acción colectiva*" (v. fs. 158 y 159).

La Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 2, sorteado su juzgado, se inhibe de actuar para lo cual invoca el carácter de usuaria del servicio y manifiesta poseer "*un interés directo en el pleito*", lo que le impediría juzgar "*con la objetividad e imparcialidad que la función judicial requiere*" (v. fs. 160 y vta.).

Sorteado el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 4 departamental, el juez a cargo rechaza esta última excusación por considerarla insuficiente para configurar la situación de excepción prevista en el artículo 17 inciso 2 del Código ritual y decide elevar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores (v. fs. 162/163).

Finalmente, la Cámara de Apelaciones considera que no se encontraría configurada la causal invocada por la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 2 y por tal motivo, resuelve remitirlas a la Receptoría General de Expedientes para su posterior envío al juzgado antes mencionado a fin de que su titular tome intervención (art. 17 y eones. CPCC; v. fs. 164/166vta.).

**1.4.-** La Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 2, habiendo vencido el plazo de la publicación de edictos, ordena se corra traslado de la demanda (v. fs. 208 y vta.).

Por otra parte, atento a la existencia de otros procesos en trámite en el Departamento Judicial de Dolores, ordena el libramiento de un oficio al Registro Públicos de Amparos de Incidencia Colectiva para su inscripción (v. fs. 208 vta.).

**1.5.-** La empresa ABSA por apoderado se presenta a contestar la demanda y solicita su rechazo, con costas (v. fs. 224/ 231vta.).

Expresa que la vía intentada sería improcedente, en el entendimiento de que no cumpliría con los requisitos de admisibilidad previstos

en la ley. Así sostiene que no habría habido una conducta u omisión manifiestamente arbitraria o ilegal por parte de ABSA (v. fs. 224 vta.). A su vez considera que existirían otras vías procesales o administrativas aptas para su tratamiento (v. fs. 226 vta.).

Respecto a la cuestión de fondo niega los hechos puestos en conocimiento en la demanda. No obstante, reconoce que podría darse en algún caso puntual algún inconveniente de carácter menor en la prestación del servicio, para afirmar: " *pero de manera alguna existe una desatención del servicio como lo plantean los actores*".

Agrega: " *Muestra de ello es que, tal como se prueba en la planilla que se adjunta como prueba documental ... sólo 9 de los 19 actores han presentado reclamos formales o telefónicos ante mi mandante en los* últimos *tres años por cuestiones operativas o de servicio*" (v. fs. 230).

En este sentido sostiene: "Si *efectivamente todos ellos hubieran sufrido en alguna oportunidad cortes intempestivos de agua, baja presión o falta de agua, tendrían que haber realizado algún reclamo ante la empresa o ante el propio ente controlador, sin embargo 10 de los aquí demandantes no lo han hecho en los* últimos tres *años*" (v. fs. 230).

Acompaña prueba documental, ofrece prueba pericial informática, a los efectos de ser verificada " *la veracidad de la información brindada*

*... con relación a la existencia del reclamo, usuario que realizó el mismo, unidad de facturación correspondiente, motivo y fecha*" (v. fs. 231).

Se opone a la producción de la prueba pericial ofrecida por la contraparte y deja presentado el caso federal (v. fs. 231 y vta.).

**1.6.-** El Fiscal de Estado, por apoderado, se presenta y contesta la demanda (v. fs. 404/ 408).

En forma liminar, niega todos y cada uno de los hechos

expuestos que no sean expresamente reconocidos. Expresa que la vía elegida sería improcedente.

También sostiene que a tenor del marco regulatorio la responsabilidad recaería exclusivamente en ABSA en lo que hace a las condiciones y calidad de la prestación (v. fs. 405 vta.).

Afirma que "*en virtud de las facultades y obligaciones conferidas en el Marco Regulatorio provincial, el ejercicio de la competencia atribuida a* OCABA *corresponde, pero a la vez se limita, al contralor de la prestación del servicio público sanitario y su adecuación a la normativa que lo rige*" (v. fs. 406).

Agrega que el Estado Provincial, " *como concedente de un recurso primordial que incide directamente sobre la vida y salud de los pobladores de esta provincia, es el principal interesado en propiciar que el servicio brindado por* ABSA *a los usuarios, lo sea en condiciones que aseguren su calidad y cantidad...*" (v. fs. 406).

Da cuenta que través del expediente administrativo 2430- 5444/204 -iniciado en la oficina municipal de información al consumidor de Dolores se sustancia el reclamo del co-actor Germán Alfredo Pereyra por similares hechos a los controvertidos en la presente acción de amparo.

Expone que el Directorio de OCABA dispuso "*hacer lugar al reclamo* OCABA Nº 49472 *por falta de presión individual en el domicilio de suministro... y ordenar al prestador* ABSA SA *refacturar descontando el consumo del servicio público de agua potable del mencionado usuario...*" (v. fs. 406 vta.).

Aduna que en virtud de dicho expediente se ordena a ABSA a que de manera urgente arbitre todos los medios necesarios para solucionar el desabastecimiento comprobado en el domicilio de suministro del usuario.

Aclara que frente al silencio guardado por ABSA y la falta de acreditación del cumplimiento de la sanción e intimación a pesar del tiempo transcurrido, las actuaciones estarían nuevamente a despacho del Directorio para la adopción de nuevas medidas contra la empresa (v. fs. 407).

Sostiene que no existiría posibilidad de vincular a la Provincia con el evento que ha dado lugar este proceso, por faltar los presupuestos de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta. Cita el artículo 1º de la ley 13.928 y doctrina jurisprudencial.

Esgrime que no existiría una limitación de los derechos constitucionales de los accionantes que pueda ser atribuido causalmente a acciones u omisiones de la autoridad de control por lo que estima que la provincia debería ser apartada del proceso.

Para finalizar ofrece como prueba documental el expediente administrativo Nº 5100-7571/2015, y deja planteado el caso federal (v. fs. 407 vta.).

**I. 7.-** El día 5 de octubre del año 2015 se lleva a cabo la audiencia convocada en los términos del artículo 11 de la ley 14.192, en la que asistieron el Dr. Germán Alfredo Pereyra, en su condición de apoderado de la parte actora, el Dr. Fernando Jorge Vilar Rousseaux, como apoderado de ABSA, y el Dr. Juan de Dios Benítez, como apoderado del Fisco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 208 y vta., 216 y 415/416).

En esta instancia conciliatoria las partes no arribaron a ningún acuerdo. A su vez, ratificaron las distintas posturas manifestadas por medio de las presentaciones efectuadas con anterioridad en estas actuaciones y se resuelve por la Magistrada proveer las pruebas que allí se precisan (v. fs. 415/416).

**1.8.-** Respecto a la producción de prueba, se llevaron a cabo declaraciones testimoniales, como así fueron recabados distintos informes por los que se corroboraría el déficit en la prestación del servicio domiciliario de agua potable. También se destaca la pericia de fs. 553/561.

Informe que posteriormente fuera impugnado por el apoderado de ABSA (v. fs. 567/571) y que diera lugar a las explicaciones del experto a fs. 615/626 vta.

**1.9.-** La Jueza interviniente, con fecha 7 de julio de 2016, dicta sentencia, "*haciendo lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. Germán Pereyra, María Celia Lorente e Ismael Telmo Bustamante, por si y en representación de todos los usuarios de ABSA de la ciudad de Dolores...*" (v. fs. 767/799 vta.).

En dicho pronunciamiento la magistrada dispuso que el Estado Provincial y ABSA presentaran en un plazo no mayor a los 180 días un Plan integral de obras y gestión conforme lo prevé el Decreto 878/03, " *y que contemple: a) Estudio, Proyecto y Construcción de la infraestructura adecuada; b) Gestión adecuada del Servicio para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las Obras Planificadas... c) Control de Calidad y Cantidad de la Prestación. El Plan de Gestión deberá contemplar un Control de fugas, Mallas Cerradas y diámetros acordes a la demanda y usos sectoriales, Ampliación de la red domiciliaria, Estudios de nuevas fuentes de captación, Acondicionamiento de la infraestructura existente, Control de Calidad, Gestión adecuada del servicio, Plazos de ejecución razonable y etapas si correspondieren y provisión de partidas presupuestarias en tiempo razonable conforme lineamientos sentados ...* " (v. fs. 798 vta., las letras en mayúsculas pertenecen al original).

Agrega que la presentación descripta "*es bajo apercibimiento de imponerse astreintes*", las que "*se determinarán judicialmente en su debida oportunidad*' (v. fs. 798 vta. y 799).

A su vez ordena que el Estado Provincial y ABSA den debida publicidad e informen sobre el plan de obras y de gestión a la comunidad de Dolores conforme a las prescripciones de los artículos 35 m), 50 e) y h) y 88 n) del decreto 878/03 (v. fs. 799).

Precisa que el plan sea solventado por sendas demandadas (v. fs. 799).

Dispone que el concesionario ABSA proceda a la refacturación del servicio descontando el consumo de agua potable en los casos en que

la Gerencia de Control Técnico y de Calidad del Servicio del Organismo de control constate o se acredite la falta de suministro y/o presión en los domicilios de los usuarios. Precisa pautas para su realización y señala que la medida perdurará "*hasta que el prestador notifique que la provisión de agua en las condiciones del Dec. 878/ 03 esté efectivamente solucionada, lo cual deberá ser notificada fehacientemente al Organismo de Contralor del Agua de Buenos Aires, el que en todos los casos deberá corroborar ello*". Además, impuso las costas a la demandada (v. fs. 799).

**1.10.-** El Dr. Pereyra apela los honorarios por bajos (v. fs. 801).

El Dr. Vilar Rousseax por ABSA se alza contra lo decidido (v. fs. 812/824 vta.).

Respecto a este último recurso, sostuvo como pnmer agravio, que existirían otras vías procesales o administrativas más aptas para efectuar este tipo de reclamos. En especial considera que el artículo 51 del Decreto 878/03 establece un procedimiento administrativo idóneo para exigir una mejor prestación del servicio público.

También entiende que los actores debieron haber canalizado la pretensión por medio de una demanda contencioso administrativa, única vía procesal que considera apta, y que "*permite la sustanciación de pretensiones de lo más variada, y que involucran no solamente la impugnación de la actuación administrativa, sino también la revisión de cualquier acto u omisión de un sujeto en ejercicio de función administrativa, como es ABSA, en su calidad de concesionario de un servicio público*" (v. fs. 813).

Como segundo agravio considera que **el** actuar de su representada bajo ningún punto de vista podría ser calificada como ilegal o arbitraria, para que el amparo fuera procedente. Así, sostiene que "*no ha sido probado que mi mandante haya incumplido con estas obligaciones de manera tal que pueda haberse probado la existencia de una omisión ilegal por parte de ABSA que haga procedente la acción de amparo intentada en autos*", razón por la cual afirma que la sentencia sería infundada (v. fs. 815).

Resalta que, de los diecinueve actores, solamente nueve han presentado reclamos formales o telefónicos en los últimos tres años por cuestiones operativas o de servicio. Para continuar exponiendo que diez de los amparistas nunca habrían iniciado reclamo operativo ni ante ABSA ni ante el OCABA por problemas de prestación del servicio en los últimos tres años cuando considera que ello debía ser necesario para demostrar la existencia del problema denunciado (v. fs. 815).

Respecto a la pericia ingenieril, en apretada síntesis sostiene que las conclusiones a las que arriba no estarían fundadas en hechos verificables, y no cumpliría con las previsiones de los artículos 457 y 472 del CPCC "*al no explicar detalladamente las operaciones técnicas realizadas ni los principios científicos en los que se funda el experto, todo lo cual lo descalifica como medio probatorio apto para formar la convicción del sentenciante*" (v. fs. 817).

A su vez, considera ineficaz las declaraciones testimoniales producidas, se explaya al respecto. Expone que denotarían la existencia de inconvenientes en el servicio, pero no llegarían a probar la violación de obligaciones por ABSA en materia de prestación del servicio, y que tampoco serían patentes, descalificando la vía procesal adoptada (v. fs. 818).

Como tercer agravio en cuanto a supuestos incumplimientos legales impuestos por el marco regulatorio del servicio, transcribe algunos de los preceptos normativos para afirmar que al decidir no se habría especificado o fundado cuáles eran las obligaciones incumplidas en relación a los hechos "*limitándose a mencionar genéricamente que las pruebas producidas ...habrían probado que ...incumplió las obligaciones impuestas por los artículos 24, 25, 32 y 33 del marco regulatorio*" extendiéndose a otros incumplimientos que no se habrían sometido a su decisión.

Invoca la ausencia de fundamentación ante la falta de determinación lógica y jurídica en lo decidido que atentaría contra el derecho de defensa de ABSA (v. fs. 822).

También se agravia del supuesto exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional. En apretada síntesis, en cuanto impuso una serie de medidas por las que la empresa se vería obligada a cumplir con una sentencia "*cuyos alcances son imposibles de precisar, por cuanto las condiciones que debería cumplir ...han sido definidas sin haberse realizado un estudio ni análisis integral de la situación real de los bienes que utiliza* ABSA *para prestar su servicio*" (v. fs. 823).

Para finalizar apela los honorarios del perito por altos, y mantiene el caso federal (v. fs. 823 vta.).

**1.11.-** El Fiscal de Estado, por apoderado, también presentó un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (v. fs. 826/830).

Expone en lo principal, que la sentencia produciría una invasión de competencia, que el órgano judicial se arrogaría la facultad de obrar como si fuera la propia administración, violándose de este modo - siempre según los términos del presente recurso- la división de poderes.

Agrega que " *la realización de una obra pública configura el ejercicio de una actividad discrecional de la Administración ; que se lleva a cabo en función del mérito, oportunidad y conveniencia de aquélla y que constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal o irrazonable y los daños alegados no sean susceptibles de reparación ulterior*". Invoca " *la cuestión no judiciable*", Cita jurisprudencia a los fines de destacar la improcedencia de la acción intentada (v. fs. 827).

Explica que no se darían tampoco los presupuestos propios del amparo colectivo y se alza contra la intervención que se da a la provincia en el proceso y los resultados dispuestos en cuanto al OCABA.

Descalifica el pronunciamiento en cuanto arriba a la existencia de un actuar ilegal o arbitrario de la provincia cuando esta "*delegó la prestación del servicio de agua potable para el Partido de Dolores.. .*" (v. fs. 829).

Se agravia, por último, de las costas, de las regulaciones de honorarios , montos y distribución. Invoca los artículos 1 y 18 del decreto ley 7543/69 en cuanto a la previsión en materia de honorarios para los funcionarios de la Fiscalía de Estado (v. fs. 829 vta.).

**1.12.-** La Magistrada atiende a lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 14.192, concede con efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto, dispone el traslado y ordena que en su oportunidad se forme incidente y se eleven las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial (v. fs. 831).

A fs. 838/840 vta. y 842/846 vta. la parte actora contesta traslados de los recursos impetrados.

Asimismo, el perito ingeniero apela sus honorarios por bajos (v. fs. 1041 y vta., v. fs. 1056 y vta. y 1065); se responde traslado por el apoderado de ABSA a fs. 1067/1068 vta.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores resuelve el día 18 de agosto del año 2016 se remitan las actuaciones para el tratamiento de los recursos interpuestos a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata (v. fs. 1049/1050 vta.).

**1.13.-** La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo en lo sustancial, ante la ausencia de informe del oficio librado al Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva (v. fs. 551 y 1089) y sin perjuicio de arbitrar lo necesario, decide suspender el pase de los autos al acuerdo hasta tanto se constate el cumplimiento de lo ordenado (v. fs. 1093 y vta.).

Obra constancia, a fs. 1095/1096. Se informa con fecha 1º de marzo de 2017, el Área Registros y Digesto de la Secretaria de Servicios Jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia sobre la solicitud de registración y de la inscripción de un listado con un total de cinco causas en trámite judicial, detallando sus respectivas carátulas, números de expediente, órganos de radicación, objeto y materia.

**1.14.-** La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo advierte la omisión de cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 27 de la ley 13.13 3 para lo cual, remite las actuaciones al Juzgado de origen a los fines de otorgar vista al Ministerio Público Fiscal (v. fs. 1097).

A fs. 1100, se evacua vista por el Agente Fiscal Diego Carlos Bensi del departamento judicial de Dolores quien se notifica de la sentencia y solicita se de vista al Fiscal General en cuanto a la cuestión de competencia planteada, con mención del artículo 16 inciso 6 de la ley 12.061. Así se dispone a fs. 110l.

El Dr. Diego Leonardo Escoda, Fiscal de Cámaras departamental de Dolores expone respecto a la competencia del Ministerio Público en relación a lo normado por el artículo 27 de la ley 13.133 y la intervención del agente fiscal de instancia; se aparta de lo manifestado por el Fiscal Bensi en cuanto a la existencia de una cuestión de competencia (v. fs. 1102 y vta.).

Se dispone dar nueva vista al agente fiscal (v. fs. 1103), ratifica su anterior intervención en cuanto a la notificación de la sentencia y" *adhiere*" a los fundamentos de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores en lo que respecta a la cuestión de competencia (v. fs. 1104 y 1049/1050 vta.).

**1.15.-** La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata con fecha 22 de junio de 2017, dicta sentencia (v. fs. 1107/1129).

**1.15.1.-** Declara su competencia para conocer de los recursos articulados (art. 17 bis de la ley 13.928 -t.o. según ley 14.192-).

Desestima los recursos de apelación deducidos por Aguas Bonaerenses S.A. y por Fiscalía de Estado; confirma el pronunciamiento de grado. Las costas de alzada se imponen a los apelantes por su objetiva condición de vencidas.

Asimismo, resuelve inadmisible el recurso de apelación interpuesto por el Fisco provincial a fs. 826/830, en aquella parcela en que se cuestionan los emolumentos fijados en favor del perito.

Acoge el embate deducido por el Fisco Provincial en aquel segmento direccionado a cuestionar la regulación de honorarios practicada por el *a quo* en favor de sus letrados apoderados y deja sin efecto los estipendios fijados en la instancia de grado en favor los Dres. Sergio Rodolfo Estefanell y Juan de Dios Benítez.

Rechaza los recursos de apelación articulados a fs. 801, 812/824, 826/830 y 1041 y, consecuentemente, confirma las regulaciones de honorarios efectuadas en la instancia de grado en favor del Dr. Germán Pereyra y del Perito.

**1.15.2.-** Solo haré referencia a la parcela de la sentencia en la que se trata la cuestión de fondoresulta.

El juez que vota en primer término, fundante de la sentencia, analiza lo referido a los planteos que postulan ABSA y el apoderado del Fiscal de Estado sobre la supuesta "*ausencia de un obrar manifiestamente arbitrario o ilegítimo*" que tornaría inadmisible la acción de amparo.

Al respecto, entiende que la ausencia de individualización de las normas que se tendrían por incumplidas en relación a los concretos hechos ventilados en la causa arrojarían como consecuencia la ausencia de "*argumentos capaces de poner en crisis el razonamiento a través del cual la sentencian/e, tras un pormenorizado relevamiento de la normativa de la cual surgiría -en su visión- el incumplimiento de la entidad prestadora* ABSA. '*a su obligación de proveer agua en condiciones adecuadas de calidad y continuidad para los usuarios de Dolores...*', *y la omisión de la Prov. de Buenos Aires '...de cumplir adecuadamente el deber de control sobre la prestadora...y permitir además que una obligación esencial y propia del Estado... se preste por delegación en forma deficitaria...*"( v. fs. 1116 vta.).

Agrega que los embates intentados en tales términos, por tanto, " *nada aportan a la conformación de una crítica concreta y razonada del pronunciamiento cuya revocación se persigue, requisito éste que, impuesto por el art. 260 del CPCC (aplicable al caso por remisión del art. 19 de la ley 13.928 -texto según ley 14.192-), exige hacerse cargo de los fundamentos del fallo, a través de un memorial que exponga en forma seria, fundada, objetiva y puntual sus errores, junto con la demostración de los motivos para considerarlo erróneo, injusto o contrario a derecho*" (fs. 1117).

También advierte una " *falencia argumental*" cuando los recurrentes aluden a la supuesta improcedencia formal de la acción de amparo intentada con sustento en que la vía excepcional del amparo se vería desplazada en cuanto a su idoneidad por la existencia de carriles ordinarios aptos para enderezar la presente.

Sobre ello considera que la pretensión, consistente en sugerir que la vía procesal adecuada debería haber sido la acción contencioso administrativa ante el carácter excepcionalísimo de la vía del amparo y la necesidad de producir vasta y profusa prueba, viene acompañada de la circunstancia de que "*ninguna objeción se plantea en sendos memoriales capaz de conmover aquella premisa del fallo de grado que postula que el reclamo ventilado en el sub lite giraría en torno a la protección de derechos especialmente tutelados por el ordenamiento constitucional como el derecho a la vida y a la salud*' (v. fs. 1117 vta.).

Agrega, tampoco se cuestiona el análisis probatorio a partir del cual la Juez de grado concluyó que existiría la posibilidad de inferir un daño grave e irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos comunes, sean judiciales o administrativos.

Entiende el Señor Juez, que debería rechazarse también lo pretendido por los recurrentes, respecto al supuesto carácter no justiciable de la cuestión motivo del presente proceso.

Refiere que se habría aludido a un "*indebido avance sobre las potestades del Poder Ejecutivo*" que -según lo manifestado en las piezas recursivas "*implicaría la fijación por el a quo de un plazo, no superior a los 180 días, para que presenten un Plan integral de Obras y Gestión que respete el marco regulatorio establecido por el Dec. Nº 878/03...*" (v. fs. 1117 vta., *in fine*).

Sostiene, que en autos se encontrarían comprometidos derechos de raigambre constitucional, como el derecho a acceder a aquellos servicios públicos sanitarios que tienen como fin la satisfacción de necesidades vitales del hombre -como lo es precisamente la provisión de agua potable en calidad y cantidad suficiente-, el derecho a la salud y a la integridad física, "*derivados lógicos del derecho a la vida -primer derecho del ser humano reconocido por el ordenamiento jurídico*". Se transcribe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e instrumentos internacionales que protegen estos derechos (v. fs. 1118 vta.).

Aduna el Magistrado que constituiría un aspecto indiscutido "*la existencia de un expreso deber jurídico en cabeza del Estado provincial como titular del servicio público sanitario y en particular del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos como la Autoridad Regulatoria prevista en el art. 4 del dec. Nº 878/03 -sin perjuicio de las responsabilidades que en virtud del contrato de concesión le caben a la Entidad Prestadora ABSA y los deberes de control que por imposición normativa le competen al OCABA- de que éste se desarrolle en condiciones que garanticen su continuidad, regularidad, cantidad, calidad y universalidad, asegurando una prestación eficaz a los usuarios y la protección de la salud pública y el medio ambiente, según las pautas que se correspondan con el servicio sustentable*" (v. fs. 1119).

Expresa dicho pronunciamiento que la obligación de brindar este servicio surgiría no sólo del derecho constitucional a la salud y la vida, smo también, de los establecido por el marco regulatorio aplicable.

Detalla que la norma establece que: "*... deberá mantenerse en la llave maestra de cada conexión, las condiciones de presión y caudal que se indiquen en los reglamentos y las normas que dicte la Autoridad Regulatoria; ... deberá entregarse un suministro de agua continuo, regular, un(forme y universal y ... si la presión de suministro fuera insuficiente para que el agua potable ingrese a las instalaciones internas de los inmuebles servidos, se considerará incumplido el principio de continuidad del servicio*" (v. fs. 1119, *in fine).*

Señala la sentencia que no se ignora que la responsabilidad principal en el diseño, ejecución y control de obras de carácter sanitarias como las que se están aquí juzgando, recaería en el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, mas "*el concreto ejercicio de tales prerrogativas reconocidas a la Administración provincial debe ser consistente con el amplio alcance de aquellos derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, reconocidos en tratados incorporados a nuestro orden supralegal por imperio del citado art. 75 incs. 22° y 23º de la Carta Magna y en desmedro de los cuales habría redundado el proceder aquí enjuiciado*" (v. fs. 1120).

Atiende para resolver a los lineamientos de la Suprema Corte de Justicia que se establecieran en el caso A 71.230 "*Gutiérrez*" (2015), en especial el considerando tercero, voto del Dr. Hitters, al que se remite.

Por ello considera que la discrecionalidad administrativa encontraría un límite " *en el efectivo cumplimiento de las prerrogativas superiores y no viceversa, de modo que mal podría considerarse la existencia de una zona de reserva de la Administración eximida de ajustarse a aquellos preceptos supralegales que resguardan los derechos fundamentales del Administrado, pues el efectivo goce de estos últimos no podría quedar supeditado al cumplimiento discrecional de las normas por la Administración...* " (v. fs. 1120 vta.).

De esta forma entiende que los preceptos constitucionales no constituyen "*un mandato dirigido solo al legislador o a la autoridad administrativa, sino también a los Jueces*", principios que no podrían ser desconocidos (v. fs. **1**120vta.).

De esta forma entiende que "*las acciones positivas que por imperio de los citados principios el Estado debe llevar a cabo no se ejercen exclusivamente por leyes o actos administrativos, sino que también pueden y deben ser adoptadas por los jueces*". (v. fs. 1120 vta.).

Afirma, en lo que respecta a la cuestión aquí debatida, que se encontraría demostrada tanto la ilegítima omisión en que habrían incurrido las demandadas en punto al cumplimiento de los deberes a su cargo, como así también, el perjuicio que tal proceder les habría producido a los amparistas y a la comunidad de Dolores.

De allí que desestima que pudiera ser considerado lo debatido corno una "*cuestión no justiciable*" o que se pudiera configurar un "*exceso del ejercicio de la función jurisdiccional*", para añadir, que del plan de obras dispuesto en la sentencia de primera instancia varias cuestiones relevantes quedarían en manos de la autoridad administrativa, por ejemplo "*... la determinación de la infraestructura que consideren adecuada para cumplir con los parámetros de calidad y eficiencia del servicio que impone el marco regulatorio, ... la fijación de plazos razonables de ejecución y... la provisión de las partidas presupuestarias suficientes para garantizar la realización de las obras planificadas*" (v. fs. 1121).

Por lo expuesto, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo resuelve en definitiva a través del voto del juez que interviniera en primer término, al que adhiere -agregando fundamentos- el restante Magistrado, rechazar el recurso de apelación presentado por ABSA (v. fs. 1128).

**II.**

El apoderado de ABSA interpone- ante lo decido por la Cámara de Apelación- el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 1143/ 1155).

**2.1.-** Respecto a la admisibilidad considera cumplidos los requisitos de carácter formal previstos en la normativa adjetiva para este tipo de remedios extraordinarios (arts. 278, 279, y concordantes del CPCC).

Entiende que el recurso ha sido interpuesto en el plazo legal, la decisión sería de carácter definitivo y por lo tanto resultaría de imposible reparación ulterior.

Aclara que al momento de su interposición no había efectuado el depósito previo previsto en el artículo 280 del código de rito, al estar pendiente la apertura de la cuenta judicial.

Por último, expresa que la sentencia le produciría un gravamen de imposible reparación ulterior (v. fs. 1143 vta.).

Explica que la parte actora había promovido la presente acción de amparo contra ABSA y contra la Provincia de Buenos Aires con el objeto de que los demandados realizaran las obras y tareas necesarias para proveer de agua potable a la ciudad de Dolores "*en calidad y cantidad suficiente, como así también se ordene la refacturación del servicio a todos los usuarios*" de dicha comunidad (v. fs. 1144).

Agrega que la parte que representa había sostenido que la acción de amparo no resultaba procedente, por cuanto no se habrían dado los presupuestos que establece el artículo 20 de la Constitución Provincial ni los de la Ley 13.928, "*por cuanto ABSA no había actuado ni omitido actuar con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta*" (v. fs. 1144).

Explica que la sentencia le produce un agravio de carácter irreparable, porque la decisión impugnada confirma un fallo de primera instancia por el que se había condenado a ABSA y al Estado Provincial a que en un plazo de 180 días presentaran un plan integral de obras y gestión del servicio sanitario para la Ciudad de Dolores " *que contemple*: ***a)*** *Estudio, Proyecto y Construcción de la Infraestructura adecuada.* ***b)*** *Gestión adecuada del Servicio para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las Obras Planificadas. La partida presupuestaria correspondiente deberá ser provista y otorgada por la demandada en un tiempo razonable para cumplir las etapas de su ejecución. c) Control de Calidad y Cantidad de la Prestación*" (v. fs. 1144).

A su vez afirma que la decisión recurrida agregaría requisitos a ser cumplidos por el " *Plan de Gestión*", debiendo contemplar "*un control de fugas, mallas cerradas y diámetros acordes a la demanda y usos sectoriales, ampliación de la red domiciliaria, estudios de nuevas fuentes de captación, acondicionamiento de la infraestructura existente, control de calidad, gestión adecuada del servicio, plazos de ejecución razonables y etapas si correspondieren y provisión de partidas presupuestarias en tiempo razonable ...* ", y ello "*bajo apercibimiento de imponerse astreintes*".

Expone que también ordena la debida publicidad e información sobre dicho Plan de Obras y de Gestión para la comunidad de Dolores (v. fs. 1144 y vta.).

De esta forma, expresa que la sentencia impondría " *una obligación de hacer sumamente gravosa, por cuanto* A.B.S.A. *tendrá que desembolsar cuantiosísimas sumas de dinero, que en caso de que esta decisión no sea revocada, a efectos de ejecutar el plan de obras a que refiere el punto 1 de la sentencia que por el presente se impugna*" (v. fs. 1144vta.).

A ello se le sumaría la obligación de refacturar el servicio de provisión de agua potable "*a los usuarios que se constate que han tenido o tienen falta de presión en el suministro de agua potable, y todo ello hasta quede se realicen las obras que del plan que* A.B.S.A. *y la Provincia deben presentar*" (v. fs. 1144 vta.).

Para la recurrente la Cámara de Apelación habría efectuado una errónea invocación del artículo 260 del Código Procesal en lo Civil y Comercial al determinar que ABSA no habría dado cumplimiento al requisito de que en el memorial se expusiera "*en forma seria, fundada y objetiva los errores del fallo de primera instancia*" (v. fs. 1145),

Entiende que esto último implicaría " *la violación del derecho de defensa de mi mandante, por cuanto sus agravios fueron rechazados sin argumentación jurídica ni fáctica alguna, solamente explicitando que no implican*

*una crítica razonada y concreta del resolutorio de primera instancia, y con ello obviamente la violación del derecho de defensa de* ABSA *cuyo ejercicio y goce se encuentra garantizados por los artículos 18 de la* CN *y 15 de la CP*" (v. fs. 1145).

Efectúa una crítica a la supuesta errónea aplicación que la Cámara de Apelaciones habría hecho respecto al contenido del artículo 2 de la ley 13.928, "*por el cual se establece que la acción de amparo no será admisible cuando pudieran utilizarse por la naturaleza del caso los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable* ".

También considera que no se habría interpretado en forma correcta la manda de los artículos 50 y 51 del marco regulatorio del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales, aprobado por decreto 878/2003 ratificado por ley 13.154, "*que disponen que los usuarios tiene derecho a recurrir ante el* OCABA, *ante cualquier situación conflictiva con el concesionario, que* éste *no haya atendido o resuelto satisfactoriamente ante el requerimiento previo y fundado por parte del usuario y a denunciar ante el* OCABA *cualquier conducta irregular u omisión del concesionario o sus agentes que pudiera afectar sus derechos perjudicar los servicios, o el medio ambiente, como así también que 'Contra las decisiones o falta de respuesta de la entidad prestadora, los usuarios podrán interponer ante el* OCABA *un recurso directo dentro del plazo de treinta días corridos a partir del rechazo tácito o explícito del reclamo por parte de la entidad prestadora.... Se considerará tácitamente denegado un reclamo, cuando la entidad prestadora no hubiese dado respuesta dentro de los treinta días de presentado el mismo* ' " (v. fs. 1145 vta.).

**2.2.-** En lo que se refiere a la procedencia sustancial del recurso de inaplicabilidad de ley, y tal como lo hiciera párrafos antes, rechaza la posición sustentada por la Cámara de Apelaciones cuando, al confirmar la sentencia de primera instancia, habría resuelto que el recurso de apelación interpuesto por la empresa ABSA no habría cumplido con los requisitos previstos en el artículo 260 del CPCC, en el sentido de que " *el memorial no se hacía cargo de los fundamentos del* fallo en tanto no exponía de manera fundada, seria y objetiva cuáles eras sus errores" (v. fs. 1146).

En sentido opuesto, considera que lo resuelto resultaría una apreciación totalmente dogmática y violatoria del derecho de defensa.

También sostiene que el recurso de apelación interpuesto habría dado "*una correcta critica razonada y concreta del fallo apelado*" (v. fs. 1146).

Para arribar a esa conclusión, hace saber que lo dispuesto por la Cámara de Apelación sería una mera afirmación dogmática, por cuanto se habría rebatido lo resuelto en la sentencia de primera instancia y efectuado " *un exhaustivo análisis y rebatimiento de la prueba en que se basó el juez de primera instancia para hacer lugar a esta acción de amparo*" (v. fs. 1146 in fine).

Explica el segundo agravio que habría planteado ABSA al momento de presentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual consistiría en que la parte actora no habría acreditado el cumplimiento del requisito de "*ilegalidad y arbitrariedad manifiesta*", para su procedencia, con lo cual ese remedio no debería haber prosperado (v. fs. 1146 vta.).

Recalca que***" para acreditar la arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta, debió haberse probado en autos que mi mandante* VIOLA DE MANERA PATENTE Y OSTENSIBLE LAS NORMAS LEGALES QUE LE RESULTAN APLICABLES ABSA"** (v. fs. 1146 vta., el resaltado pertenece al original).

Destaca que la Cámara de Apelación efectuó una extensa transcripción del texto del marco regulatorio, y entendió que el supuesto incumplimiento a obligaciones previstas en el marco regulatorio configuraría un accionar omisivo por parte de ABSA, que configuraría un actuar arbitrario e ilegal, que se habría acreditado por medio de reclamos insatisfechos en favor de los usuarios, ante la pretendida deficiencia en la prestación del sistema de provisión de agua (v. fs. 1147). Manifiesta que lo expuesto no sería cierto a tenor de las razones que expone (v. fs. 1147).

Así, en lo que se refiere a los distintos reclamos iniciados por los usuarios, entiende que la Cámara de Apelación habría fundado su

decisión en reclamos realizados ante ABSA y OCABA por supuestas deficiencias, pero " *sin haberse constatado acabadamente cuál fue la resolución brindada por ABSA a los mismos*" (v. fs. 1147).

Refiere que la empresa que representa no habría negado al momento de contestar la demanda, la posibilidad de que algunos de los usuarios demandantes no hubieran efectuado reclamos a la empresa ante posibles inconvenientes en la prestación del servicio.

Reconoce que a tenor de las características que posee el servicio que brinda su mandante, es posible que pudieran darse "*de manera puntual u ocasional*" inconvenientes en algún domicilio de los usuarios demandantes, más " *de manera alguna existe una desatención del servicio que pueda ser considerada como una omisión configurativa de una ilegalidad manifiesta o una violación al marco regulatorio que hagan procedente la acción de amparo*" (fs. 1147) .

Agrega que sería" *imposible pensar que en la prestación del servicio no existan inconvenientes a diario[s} que puedan producirse o bien por el aumento excesivo del consumo en épocas estivales, o bien por el mal uso que los usuarios hacen del mismo o por inconvenientes técnicos puntuales, como pueden ser la rotura de una bomba o una pérdida de agua en la vía pública*" (v. fs. 1147).

Manifiesta que ello, de ninguna manera -siempre según los términos del recurso bajo análisis- podría ser considerado "*como una violación a las normas del marco regulatorio para hacer procedente esta acción de amparo*" (v. fs. 1147).

Afirma que no habría quedado probado que ABSA hubiera incumplido con las obligaciones del artículo 23 del marco regulatorio y que, por ello, no se habría presentado ni "*estaría probada la existencia de una omisión ilegal por parte de* ABSA *que haga procedente la acción de amparo intentada en autos*", razón por la cual la sentencia del *a quo* resultaría infundada (v. fs. 1147 vta.).

Explica que, de los diecinueve actores, solamente nueve habrían presentado reclamos formales o telefónicos en los últimos tres años por

cuestiones operativas o de servicio.

Agrega: "*Es decir, que 10 de los amparistas* NUNCA *iniciaron reclamo operativo ni ante* ABSA *ni ante el* OCABA *por problemas en la prestación del servicio en los últimos tres años. Cosa que deberían haber hecho necesariamente, si los supuestos problemas denunciados hubieran existido*" (v. fs. 1147 vta., las letras mayúsculas se corresponden con el original).

Expone que, de los restantes usuarios, sólo dos habrían iniciado reclamos por pérdidas de agua en la vereda, las cuales habrían sido oportunamente reparadas.

Aclara que solamente siete amparistas han realizado algún reclamo por falta de presión, en alguna oportunidad en los últimos tres años (v. fs. 1147 vta.).

Por eso, sostiene, que esos hechos demostrarían la inexistencia de una omisión en la prestación del servicio "QUE PUEDA SER CONSIDERADA COMO UNA ILEGALIDAD O ARBITRARIEDAD MANIFIESTA QUE HAGA VIABLE ESTA ACCION DE AMPARO" (v. fs. 1147vta., las palabras en mayúsculas pertenecen al original).

No niega la posibilidad de la existencia de algún problema puntual en la prestación del servicio, ocasional o estacional, pero señala que esta circunstancia no podría traducir la existencia de un problema generalizado que afectase a toda la ciudad de Dolores (v. fs. 1148).

Luego de citar y transcribir jurisprudencia de V.E. y recordar los artículos 43 de la Constitución Argentina y 20 inciso 2 de la Constitución de Buenos Aires , expresa que"*de las pruebas producidas en autos no se ha acreditado la omisión manifiestamente ilegal a la que alude el a quo en su sentencia, lo que la tornan reprochable por su falta de fundamentación, dado que la existencia de algunos reclamos realizados por los usuarios ante* ABSA *y/o el* OCABA *de manera alguna puede ser considerada como que la actuación de mi mandante haya sido*

*en franca violación al marco regulatorio aplicable, razón por la cual, se solicita ... revoque la sentencia apelada*" (v. fs. 1148 vta.).

Respecto a la pericia sobre la que se habrían fundado las sentencia de primera y de segunda instancia, manifiesta que habría sido oportunamente impugnada por la parte aquí recurrente, "*... ello por cuanto la respuesta dada por el perito demuestra que no ha constatado efectivamente el estado de la red de distribución de agua de Dolores*". Y agrega que, " *... se ha limitado a reproducir las falencias que tendría el servicio de acuerdo a lo explicitado en notas periodísticas publicadas en diversos diarios y publicaciones de la zona, por los dichos del intendente o de los propios empleados de* ABSA, *todo ello además incomprobable*" (v. fs.1148vta.).

Precisa que dicha pericia carecería de valor probatorio respecto de la supuesta omisión ilegítima de ABSA.

Aduna que "*la jurisprudencia de manera pacífica considera que 'carecen de eficacia probatoria las conclusiones que se consignan en la pericia que surgen de meras manifestaciones verbales que en la empresa le manifestaron al experto, porque su admisión implicaría la desnaturalización de la prueba y labor pericial ... y la sustitución por ésta del medio probatorio idóneo...*" (v. fs. 1148 vta.). Menciona el artículo 457 del CPCC.

Continúa expresando que la pericia no acreditaría el estado de la red de agua de la ciudad de Dolores ni la supuesta deficiencia en la prestación del servicio que alega el *a qua* en su sentencia, por cuanto el perito no habría efectuado ninguna constatación que le permitiera aseverar, cuál sería la situación real de los bienes utilizados por ABSA para prestar el servicio público a su cargo.

Pues considera que "*el dictamen pericial ...no pasa de ser una mera suposición, desprovisto de fundamento técnico científico, al no contar con una explicación detallada para llegar a la conclusión que sugiere ...*" (v. fs. 1149). Descalifica su valor probatorio.

Niega lo expresado por el perito en cuanto manifiesta que la red no aseguraría una columna de agua con la que puedan llenarse los tanques de reserva domiciliarios, así corno que la cantidad de agua generada resultase inferior a la creciente demanda de la ciudad. Al respecto, el apoderado de ABSA sostiene que lo expuesto por el profesional habría sido realizado sin hacer mediciones que le permitieran fundar sus aseveraciones (v. fs. 1149).

También le critica el no haber explicitado en qué se basa para sostener que la cantidad de agua potable que produce ABSA sea inferior a la demanda local.

Afirma: "*Evidentemente su dictamen lo funda en las notas periodísticas que cita como así también en un informe del* OCABA, *sin que el mismo sea producto de sus propias constataciones y menos aún de una derivación de su leal saber y entender técnico*" (v. fs. 1149).

Respecto a la "*dotación diaria por habitante*" explica que el perito habría manifestado que, a tenor de las declaraciones del Jefe de Sucursal en una nota periodística, "*el modulo potabilizador (una de las tres fuentes de provisión) genera* 140.000 *litros por hora y que distribuidos entre* 28 *mil habitantes significa una dotación del orden de los l* 00 *litros por dia y por habitante*" (v. fs. 1149).

Pero lo antes expuesto, agrega el recurrente "*correspondía solamente al caudal aportado por el modulo potabilizador y la interpretación dada por el Perito resulta ser errónea y contrapuesta al primer análisis de disponibilidades que el propio perito realiza y a través del cual determina que la disponibilidad sería del orden de* 360.000 *litros hora y no* 140.000 *como expresa posteriormente*" (v. fs. 1149).

Más adelante efectúa otras apreciaciones sobre contenidos de la pericia en cuanto a la población total de Dolores, y la dotación para el área servida que resultaría ser del orden de los 294 litros por día y por habitante, "*esto es un* 84 % *del máximo establecido como parámetro de cálculo para el diseño de redes* (350 *litros por habitante por día*), *por lo cual debe considerarse que la pro-*

*visión de agua que mi mandante realiza en la Ciudad de Dolores resulta aceptable...* ". Asevera que ello probaría que ABSA no habría violado de manera manifiesta las previsiones del marco regulatorio en torno a sus obligaciones prestacionales (v. fs. 1149 vta.).

De allí que, respecto a la pericia, concluye afirmando que la misma no habría satisfecho lo previsto en el artículo 472 del CPCC, "*al no explicar detalladamente las operaciones técnicas realizadas ni los principios científicos en los que se funda el experto, todo lo cual lo descalifica como medio probatorio apto para formar la convicción del sentenciante, no obstante ello el a qua la ha considerado como la prueba del deficiente servicio que presta mi mandante*" v. (fs. 1149 vta.).

Sobre la supuesta falta de presión de agua, afirma que el perito no habría utilizado un manómetro, lo cual considera como "*un procedimiento básico de medición*", y que, "*no obstante ello, y sin ningún fundamento, informa que el mínimo de 10 mca* [metro de columna de agua) *no se ha cumplido de manera continua y permanente*" (v. fs. 1149 vta.).

Respecto a las declaraciones testimoniales producidas en autos considera que las mismas no probarían la violación patente de sus derechos como usuarios, que hagan viable la acción de amparo, "*por lo cual la sentencia dictada por el a qua, a pesar de su extensión, no encuentra fundamento adecuado en las probanzas de autos*" (v. fs. 1150 vta.).

Luego dedica un capítulo a la inadmisibilidad de la acción de amparo en un tema como el presente (v. fs. l 152/153vta.).

Así reitera lo expresado en las instancia procesales anteriores, en el sentido de que"...*el remedio judicial más idóneo, luego de la entrada en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, es la acción contenciosa administrativa, que permite la sustanciación de pretensiones de lo más variada, y que involucran no solamente la impugnación de la actuación administrativa, sino también la revisión de cualquier actor u omisión de un sujeto en ejercicio de función administrativa, como es* ABSA, *en su calidad de concesionario de un servicio público*" (v. fs. 1152 vta.).

Vuelve a manifestar que el escrito de expresión de agravios presentado contra la sentencia de primera instancia, "*lejos se encuentra de los reproches efectuado por el fallo de Cámara en cuanto sostiene que el mismo incurre en una falencia argumental que logre conmover las premisas del fallo impugnado*" (v. fs. 1153).

Esgrime que pareciera que el tribunal no tiene en cuenta que "*no obstante los requisitos que debe satisfacer la carga técnica de expresar agravios..., en la materia prevalece un criterio amplio o flexible, en salvaguarda de principios de mayor jerarquía ...* " (v. fs. 1153).

Continúa "*...es así que, sin perjuicio de la debilidad de los fundamentos articulados en la expresión de agravios,es necesario su tratamiento si se advierte en ella el mínimo agravio*"' (v. fs. 115 3). Cita los artículos 18 de la Constitución Argentina, 11 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 260 y 261 del CPCC.

Por ello entiende que la Cámara debió haber tratado los agravios expresados por la recurrente, "*por cuanto la parte troncal del decisorio apelado se encontraba correctamente impugnada*" (v. fs. 1153 y vta.).

Para finalizar mantiene el caso federal (v. fs. 1154 y vta.; art. 14 de la le y 48).

**III.**

**3.1.-** Una vez concedido el recurso extraordinario por la Cámara de Apelación (v. fs. 1160 y vta.), fueron elevadas a V.E. las presentes actuaciones.

**3.2.-** Con fecha 18 de octubre de 2017, se dispuso la devolución de las mismas a la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata a los efectos de que sea notificado el Asesor de Incapaces (v. fs. 1170 y ll71).

Una vez recibidas, dicho Tribunal ordenó correr vista a

dicho funcionario y al Agente Fiscal Dr. Diego Carlos Bensi, titular de la UFIJ Nº 2 del Departamento Judicial de Dolores (v. fs. 1171).

La Asesoría de Incapaces Nº 2 de Dolores se notificó personalmente de la sentencia de segunda instancia y devolvió las actuaciones (fs. 1173). Hizo lo propio el Agente Fiscal (v. fs. 1173 y 1178).

Regresadas las presentes a la Suprema Corte de Justicia, a fojas 1185 se dispuso la remisión a esta Procuración General "*a los fines de dictaminar con relación al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*" (v. arts. 27, ley 13.133, 52, ley 24.240)".

**IV.**

Paso a responder al traslado conferido propiciando se rechace el recurso interpuesto por las razones de hecho y de derecho que paso a desarrollar.

**4.1.-** Respecto a la admisibilidad formal del presente recurso entiendo que debería darse curso favorable toda vez que cumpliría con las cargas procesales que el código adjetivo establece para este tipo de remedios extraordinarios (SCJBA, A 74038, " *José J Chediack* S.A.", 09-05-2018 y sus citas).

En primer lugar, quien recurre posee legitimación procesal suficiente para interponerlo por resultar ser quien fuera condenado en las instancias procesales anteriores, produciéndole, tal como lo explica en el recurso, un gravamen de imposible reparación ulterior.

En segundo lugar, la sentencia por la que se agravia proviene de la última instancia procesal de carácter ordinario, tal como lo es en el presente caso la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata, teniendo, a su vez, el litigio un valor de carácter indeterminado (art. 278 del CPCC).

En lo que se refiere al plazo de interposición, fue presentado dentro de los diez días que prevé el primer párrafo del artículo 279 del CPCC (v. fs. 1139/1140 y 1154 vta.).

Finalmente, el recurrente efectuó el depósito previo previsto en el artículo 280 del CPCC (v. fs. 1156/1159) y constituyó domicilio procesal en la ciudad de La Plata (v. fs. 1143).

**4.2.-** Con carácter previo he de expresar, en lo que se refiere a la intervención del Ministerio Público en este tipo de litigio, que la ley 13.133 ("Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios"), en su artículo 27 impone al Ministerio Público su actuación obligatoria como fiscal de la ley, en forma concordante lo establecido en el artículo 52 de la ley nacional 24.240.

La intervención por parte del Ministerio Público, no tiene como objeto representar al interés meramente individual o particular, presuntamente perjudicado en la relación de consumo, ni tampoco su actuación obedece a hacerlo en representación o como coadyuvante en favor de alguna asociación de consumidores sobre las que hace referencia el segundo pá1Tafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, sino que responde a la defensa de intereses de carácter colectivo y en la protección del orden público y de la ley, como así en resguardo del debido proceso en el que se encuentra involucrado un derecho de incidencia colectiva (arts. 1, 21 incs. 7 y 24 de la ley 14.442; 27 de la ley 13.133 y 240 del CCC; SCJBA, B 60.013, " *Fiscal de Estado*", res., 27-04-1999; B 59.100, " A*/emano*" , res., 05-05-1998; Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. arts. 3°, **111** y VIII, par. 3 a 5; 8; 14 y 32; Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, "*Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor*", La Ley 2010-C, 1281, capítulo cuarto).

A la impronta penal con la que la sociedad vincula a los Fiscales, puede agregársele una faceta más proactiva y protectoria de los bienes y los derechos de incidencia colectiva de la comunidad sumado al de un Ministerio Público como magistratura de control a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad (CSJNA, " *Fallos*","*Cacciatore, Osvaldo Andrés y otros*", T. 311:593;1988, su dictamen y citas; " *Lamparter*" , T. 315:2255;1992, consid. sexto y superadores de las limitaciones por entonces sostenidas por sus

votos, en dicha causa, ídem consid. sexto; "*Flores*", T. 319:1855; 1996, consid. tercero; v. Dictamen PON in re "*Unión de Usuarios y Consumidores*", 30-09-2009; "*Fiscalía de Investigaciones Administrativas*", T. 336:2293; 2013, consid. noveno; " *Yan*", 341:413; 2018, consid. tercero, sobre la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal, entre otros).

**4.3.-** Respecto al núcleo del recurso:

**4.3.1.-** Se advie11e que en el presente proceso se encuentra en juego la normal prestación de un servicio público. Se trata de un servicio esencial, cual es el brindar agua potable en calidad y cantidad necesaria para satisfacer necesidades vitales.

Quienes demandan expresan que atento a una supuesta ausencia de inversiones en la red de abastecimiento, la misma se hallaría en muy mal estado de conservación, lo que habría provocado que, a una innumerable cantidad de usuarios, y en algunos casos por prolongado tiempo, la empresa ABSA no les habría brindado la prestación de agua potable en calidad y cantidad suficiente.

Agregan que, en varios casos, los hechos denunciados se verían agravados por la existencia de cortes en el suministro de agua sin aviso previo, los cuales, en algunos casos, se producirían durante un tiempo considerable, dependiendo del barrio al que pertenecen los distintos usuarios. Otros en cambio, sufrirían falta de presión en la red y pérdidas de agua.

Tengo en consideración que, según se anticipa en las consideraciones que nutren al decreto 878/2003, la ley 11.820 -del año 1996- que autorizó un Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia de Buenos Aires, se dictó en un contexto social, económico y político muy distinto al de las épocas en que se promulgara dicho decreto (el decreto 878 es del año 2003) y su principal objetivo declarado: "*[. ..}a efectos de garantizar la continuidad de la prestación*

*del servicio público sanitario y, por ende, la defensa de los derechos de los usuarios de gozar de la provisión de un servicio público esencial a la vida y a la salud de la población*" y [ ..] *radica en el establecimiento de un régimen jurídico del servicio público sanitario único y uniforme aplicable a todo el* ámbito *de la Provincia de Buenos Aires, independientemente de que dicho servicio sea de titularidad provincial o municipal, imponiendo iguales derechos y obligaciones para todos los prestadores del mismo, sean éstos personas jurídicas públicas o privadas*" (SCJBA, A. 72.408, " *Negrelli*" , sent., 03-12-2014, voto del Señor Juez de Lázzari, a la tercera cuestión, punto primero).

El acceso al agua potable y los servicios de saneamiento es indispensable para que la población pueda gozar de buena salud y prevenir enfermedades, así como para contar con un medio ambiente saludable (v. "*Panorama Social de América Latina*", 2018, CEPAL, Capítulo IV, c) Infraestructura: garantizar el bienestar y la inclusión de las personas, p.163).

El agua es fundamental para la vida y la salud. La realización del derecho humano a disponer de agua es imprescindible para llevar una vida saludable, que respete la dignidad humana. Es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos. "*Se exigirá a los países que 'respeten, protejan y atiendan' el derecho de las personas a disponer de agua potable y saneamiento. Se trata de un importante impulso a los esfuerzos que se despliegan para alcanzar el Objetivo de Desarrollo del Milenio...*" (OMS, Ginebra, 27 de noviembre de 2002; Resolución 64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 28 de junio de 20 I O. En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General nº 15 sobre el derecho al agua. El artículo I.l establece que "*El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna*". La Observación nº 15 también define el derecho al agua como el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico).

**4.3.2.-** Respecto a la legitimación activa de los actores en el presente proceso nada tengo para observar.

En efecto, ya antes de 1994 se entendía que en el caso de los denominados "*intereses difusos*" , resultaba evidente que no sólo el interés individual y subjetivo podía presentarse con protección, también aquellas situaciones que alcanzaban de alguna u otra manera al conjunto de los habitantes, por lo que el sistema jurídico debía acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o a un individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto (CSJNA, " *Fallos*", en el voto en disidencia de Luis V Varela en la causa "*Joaquín M Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé*" sostiene: " *si la Constitución argentina ha dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer excepciones. Allí donde la Constitución no ha hecho distinciones, no puede nadie hacerlas. Y esta jurisdicción que la Constitución acuerda a los tribunales federales, nace de la materia en litigio, y no de la condición de las partes que están en el pleito[ ..} Cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo están en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá una causa judicial*", T. 53:420;1893, espec. p. 439; en la causa " Don Florencia Calzada": La Corte Suprema, alguna vez ha señalado que "*en materias regidas especialmente por leyes de orden administrativo, no es de estricta aplicación la regla de derecho común que admite acción en juicio para la defensa de todo derecho o interés legitimo*", T. 120:193; 1915 , anteúltimo párrafo; En "*Peralta, Luis Arcenio y otro*", expresa "[... ] *es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal. Esto es especialmente así, si se tiene en cuenta que las normas de ese carácter deben enderezarse a lograr tal efectiva vigencia y no a turbarla*" y otro momento del decisorio sostiene: "*Que, sentado ello, cabe afirmar que el art. 2º, inc. d) de la ley 16.986 halla su quicio constitucional en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el* ámbito *del proceso de amparo, cuando en el momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no 'clara, palmaria o manifiestamente· violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger*", T. 313:1513;

1990, considerandos séptimo y décimo tercero; en el "*Incidente promovido por la querella inconstitucionalidad del decreto s/ 2125 del P. E. N* ", se atiende más allá del *nomen* juris empleado, el pedido de declaración de inconstitucionalidad del decreto 2125/78 en pos de prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional. La introducción en una causa penal como consecuencia de la denuncia propiciada por dos vecinos ribereños de los ríos Tigre y Reconquista contra quienes contaminaban y envenenaban por acción u omisión, el curso de agua potable del rio Reconquista y su cuenca, T. 310:2342;1987, v. tb. dictamen del PG Juan Octavio Gauna, esp. punto quinto en que requiere al Señor Presidente de la República Argentina la derogación o modificación del reglamento en cuestión; "*Louzan*", T.317:1658;1994, dis. de los Sres. Jueces Levene, Fayt y López; "*Inhibitoria planteada al Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional Nº 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora*", T.316:2374; 1993; SCJBA, B 49.544, " *Thomann*", sent., 07-12-1984, voto en minoría del señor Juez Negri; abriéndose paso en la doctrina: Morello, Augusto Mario, "*La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal*," JA, 1978-111, 321; LL, 1979- A, 225; "*La defensa de los intereses difusos*," JA, 1982-IV, 700; " *Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)*," en La justicia entre dos épocas, La Plata, Platense, 1983, p. 57 y ss.; Morello, Agusto Mario y Stiglitz, Gabriel: "*Hacia un ordenamiento de tutela judicial de los intereses difusos*," JA, 1985-IV, 651; *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1986, p. 201 y ss.; " *Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia*," LL, 1987-D , 364; " *Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo*," DJ, 1991-2, 471; o las posibles visiones: Marienhoff, Miguel Santiago, "*Delfines o toninas y acción popular*", El Derecho T. 105, p. 244, con motivo del recordado caso "*Katan A. y otros el Gobierno Nacional*", donde desde un Juzgado Nacional de 1ª. Instancia en lo Contencioso Administrativo, el nº 2 en sentencia firme se sostenía entre otros conceptos: "Si *toda vez que un habitante quisiera protección para sus eventuales derechos, estuviera necesitado de invocar un especifico derecho subjetivo, el grueso de la legalidad administrativa quedaría fuera de su alcance, aun en la hipótesis de*

*que el perjuicio fuera cierto e irreversible[ ..}*", La Ley del 4 de noviembre de 1984).

La plenitud del estado de derecho, no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y de los conflictos jurídicos (CSJNA, "*Fallos*", "*Pérez de Smith*", T. 300:1282; 1978, consid. cuarto).

Hoy en día la acción se otorga para defender ante la justicia un interés tutelado jurídicamente, lo cual es indeterminado en cuanto a la no utilización de la antigua terminología en diversas categorías. Ellas van desapareciendo.

Volvemos así, nos dice Gordillo, por vía normativa o jurisprudencial, a la definición del pretor: "*dame los hechos, yo te daré el derecho.* " (*Da mihi factum, daba tibi jus*), criterio que se va imponiendo en la jurisprudencia, bajo el principio de la legitimación constitucional de los derechos de incidencia colectiva (v. Gordillo, Agustín,"*Tratado de Derecho Administrativo*" , Tomo y sección segunda, cap. tercero, p. III-1; v. tb., Jeanneret de Pérez Cortés, María, "*La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de fas asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*," LL, 2003-B, 1333; Quiroga Lavié, Humberto, "*Derecho Constitucional*", CDCS, Buenos Aires, 1978, pp. 216 y ss., del mismo autor, "*De fa sociedad pasiva a fa democracia social*", La Ley, t. 198I - C, pp. 1003 y ss.).

De esta forma, desde antes de la última reforma llevada a cabo a la Constitución Nacional, se propiciaba el abandono del concepto iusprivatista, caracterizado por la acreditación de un daño individual resarcible, y así pasar a una concepción de carácter colectivo, por el que no se debía agotar la pretensión con la reparación particular, sino propiciar la protección de los intereses legítimos de una innumerable y a veces indeterminable cantidad de perjudicados.

Mueve a la reflexión las consideraciones que -aunque en orden al régimen español- efectúa Jesús González Pérez en lo relativo a que,

aun en los casos en que la sentencia -por reconocer situación es jurídicas individualizadas produce efectos de cosa juzgada sólo para los que hayan sido partes en el pleito, quienes no lo hubieran sido podrían lograr la plena efectividad de los derechos, a través de la ejecución forzada, de no acceder la Administración, invocando como fundamento el principio de igualdad , constitucionalmente reconocido (“*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, segunda edición, Ed. Civitas SA, Madrid, 1994, p. 1084 y ss., especialmente p. 1087).

Una vez concluida la labor de la Convención Nacional Constituyente del año 1994, con la expresa incorporación a nuestra Carta Fundamental de los derechos humanos de tercera generación o de incidencia colectiva, se reconoce directamente la legitimación para interponer acciones de amparo en causas concernientes al medio ambiente, tanto al afectado como al defensor del pueblo como a las asociaciones que tienden a esos fines, debidamente registradas conforma a la ley y sin desconocer la posibilidad de que existan afectados particulares de resultas de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios (v. CSJNA, “ *Fallos*” , “ *Rivarola*”, T. 334:476; 2011; “ *Mendoza*”, T. 329:2316;2006; ídem., T. 330:1158; 2007).

En este orden de ideas, la palabra afectado no podría ser interpretada sino en la manera de admitir que todo sujeto de derecho que sienta menoscabado en forma directa o indirecta, un derecho de carácter colectivo podría lograr una efectiva y concreta protección de su porción subjetiva del interés de carácter común (arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional).

Lo mismo se produjo en la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires que también se llevó a cabo en 1994, por los que se sancionó a los actuales artículos 20 y 28 de la Constitución provincial.

La distinción, que no es necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se

tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación ( *Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos (v. Antonio Enrique Pérez Luño, "*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*", Tecnos, Madrid, 3.a ed., 1990, pp. 82 ss. y 120 ss.; id., " *Los derechos fundamentales*", Tecnos, Madrid, 3.a ed., 1988, pp. 183 ss.).

Este camino fue acompañado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina que entendió que los postulados previstos en el artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional debía ser directamente aplicables aún sin ley que lo reglamente al amparo colectivo (v."*Fallos*" 332:**111,**" *Halabi*", T. 332:**111;** 2009, consids. quinto y doce).

Para afirmar también, que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados ("*Halabi*", cit. consid. doce).

Ahora bien, conforme las tres generaciones de derechos que recuerda Bidart Campos ("*Tratado Elemental de Derecho Constitucional*", ed. Ediar, Tomo 1-A, 2000, p. 717y ss.), el caso en análisis también involucra a los derechos de segunda generación emergentes como derechos sociales, económico s y culturales al comprender contenidos que atañen a la salud, a las condiciones de sustentabilidad económica del servicio y las previsiones convenidas, a las condiciones sanitarias y urbanísticas para su instalación, prestación y control, por ejemplo.

Ahora bien, la dimensión generacional de los derechos fundamentales nos presenta un desafío en la mudanza de los instrumentos jurídicos dirigidos a su positivación y protección.

Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la exigencia de completar la célebre teoría de los *status*, elaborada por Georg Jellinek, con nuevos cauces jurídicos que se hicieran cargo de las sucesivas transformaciones operadas en las situaciones subjetivas (G. Jellinek, " System der subjektiven óffentlichen Rechte", reimp. de la ed. de 1919, Scientia, Aalen, 1964, pp. 81 y ss.).

Surge una necesidad ampliar aquella tipología, pensada para dar cuenta de las libertades y derechos de la primera generación, con el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de los intereses económicos, sociales y culturales propios de la segunda generación y hasta alcanzar la categoría de " *Derechos fundamentales*" (v. Bidart Campos, op. cit. p. 725; La CSJNA hace especial mención a los "*derechos fundamentales*" y a "*derechos humanos fundamentales*", así, v. "*Incidente* Nº 34 - *lncidentista Lenna...*", sent., 6 de noviembre de 2018).

Que corresponde recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (CSJNA, "*Fallos*", "*Hospital Británico de Bs. As.*", T. 324:754; 2001, donde se enfatizó su consagración como garantía constitucional explícita, conf. dictamen PGNA; "Floreancig", T. 329:2552; 2006; "*Cisilotto*", T. 310:112; 1987; "*Amante*", T. 312:1953; 1989, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistemajurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (CSJNA, "Fallos","*American Cyanamid Company*", T. 278:313; 1970; " *Bahamondez*", T. 316:479; 1993; " *Monteserin*", T. 324: 3569; 2001, entre otros) criterios estos que deben orientar el sentido de las decisiones judiciales (CSJN A, "*Fallos*","*E., R. E.*", T. 324:677; 2001, voto del Señor Juez Vázquez , consid. décimo tercero, párr. segundo).

Con especial énfasis, as1m1smo, tras la reforma constitucional del año 199 4, la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (conf. arts. 42 y 75, incs.

19 y 22, de la Constitución Nacional, 11, 36 inc. 8, 37 y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y CSJNA, "*Fallos*", "*Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA*", T. 321:1684; 1998; " *Asociación Benghalensis*" , T. 323:1339; 2000; "*Campodónico de Beviacqua*" , T. 323:3229; 2000; " *I.C.F.* ", T. 331:2135;2008, "P. L., J. M.", T. 337:222; 2014, entre otros).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido: "*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos*". Para precisar: " *Los derechos a la vida y a la integridad humana se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana*" ("ASHPA", sent. 17-06-20 15, voto fundador del Señor Juez Hitters, consid. tercero, punto segundo , "ii" y sus citas).

Por ello, el sistema adjetivo, como así también los órganos del Poder Judicial que intervengan en casos como el presente, deberán garantizar el acceso a la jurisdicción de los habitantes, mediante el acceso a una efectiva tutela judicial de los derechos amenazados o conculcados, en resguardo de un interés eminentemente público, ello sin descuidar el interés individual.

De esta forma considero totalmente apto el carril procesal utilizado por la parte actora, que fuera motivo de agravio por parte del aquí recurrente (arts. 11, 15 y 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Entiendo, por lo tanto, que la legitimación activa de los actores y la representación procesal de todos los usuarios de este servicio que se brinda en Dolores es incuestionable.

Así, el órgano jurisdiccional al resolver confirmar la sentencia de grado, brindó una respuesta a la pretensión, consideró alcanzados por la sentencia no sólo los que interpusieron la acción y a los que adhirieran con posterioridad, también a los habitantes de la ciudad de Dolores afectados por el servicio de suministro de agua y con el alcance y medidas dispuesta por aquél.

Por su parte, se encuentra acreditado que el presente proceso está debidamente registrado en los términos del artículo 8 de la ley

13.928 texto según ley 14.192 (v. fs. 551 y vta. y 1093/1096).

Por lo tanto, el remedio solicitado a través del amparo y los daños a evitarse y subsanarse tendrían incidencia sobre los derechos de toda una categoría de sujetos, con un interés personal simétrico al de los promotores.

La conducta evidenciada de la demandada afecta a las personas individualmente y a la comunidad que tiene el uso y goce de ese bien, que, por esa razón, se denomina público o colectivo (CSJNA, " *Fallos*" , "*Mujeres por la Vida ...*", T. 329:4593; 2006, voto de la Señora Jueza Argibay sobre la legitimación especial devenida del art. 43 de la Constitución Argentina, consids. noveno y décimo tercero, ídem "*Padec*", T. 336:1236; 2013, consids. primero y segundo).

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que tiene por objeto una efectiva protección de derecho más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (CSJNA, " *Fallos*", "*Martínez*", T. 339:201, 2016, consid. séptimo y sus citas).

**4.3.3.-** Despejadas estas cuestiones, las presentes actuaciones cobran vida a raíz de la demanda promovida por un conjunto de vecinos de la ciudad de Dolores, en carácter de usuarios afectados y en representación de los usuarios de ABSA de Dolores, contra Aguas Bonaerenses SA, la Provincia de Buenos Aires y el organismo de Control del Aguas de Buenos Aires (OCABA) con el objeto de que las demandadas realicen las obras y tareas necesarias a su costa y cargo para proveer agua en calidad y cantidad suficiente a los usuarios de dicha localidad.

Asimismo, solicitan se ordene a ABSA a refacturar el servicio descontando el consumo de agua potable en los casos en que la Gerencia de Control Técnico y de Calidad del servicio de OCABA constate o se acredite por cualquier medio fehaciente la falta de suministro y/o falta de presión en los

domicilios de los usuarios. La previa demostración se exige por encontrarse en situaciones disímiles los diferentes usuarios y cambiar la provisión de agua en las distintas épocas del año.

La refacturación corresponderá hasta que el prestador notifique que la provisión de agua en las condiciones del decreto 878/03 esté solucionada, la cual deberá ser notificada al OCABA, quien deberá proceder a su corroboración.

El Sr. Germán Alfredo Pereyra, en su condición de usuario del servicio hizo una presentación ante el OCABA, que tramitó bajo el número de reclamo nº 49472, por el que ponía en conocimiento del ente regulador provincial, la falta de presión de agua en su domicilio particular.

Ante esto, el organismo de contralor ordenó a la empresa a que dispusiera la refacturación del servicio público de agua potable desde el 27 de octubre de 2014 hasta la fecha de notificación del acto administrativo, y exigió que en forma urgente dispusiera de todos los medios necesarios para la solución del mal servicio prestado en el domicilio del reclamante (v. Resoluciones de OCABA. nº 155/2014 de fecha 18-12-2014 y nº 171/2015 del 24-09-15, fs. 369/386 y 424/425).

Situación que quedaría insatisfecha.

El Señor Sergio Antonio Scaglia, testigo, da cuenta que el servicio es deficiente y es algo que sucede desde hace muchos años, que realizó reclamos a través de un petitorio (v. fs. 448 y vta.).

La Señora Adriana Elisabet Stanga da cuenta en la testimonial que en la actualidad tiene agua durante la tarde y a partir de las 20:30 hs. no cuenta con el servicio, que llegó a estar sin nada de agua, realizando reclamos ante ABSA (v. fs. 449).

Héctor Osear Valenzuela expuso que realizó también "*innumerables reclamos*" al ABSA, sin saber que debían darle comprobante, circunstancias que no efectivizara el organismo. Que su presentación fue con moti-

vo de no contar con el servicio (v. fs.454).

Es conteste a lo expuesto la prueba testimonial producida, por la que se expuso bajo juramento de ley, que el servicio de provisión de agua potable brindado por ABSA en la ciudad de Dolores sería desde hace mucho tiempo defectuoso, y que esta circunstancia se agravaría durante el verano (v. fs. 448/450 y 454/455).

En lo que se refiere a la pericia producida, surgiría según el experto, una deficiente prestación del servicio que no cumpliría con los requisitos que fija el marco regulatorio previsto por medio del Decreto 878/2003, y que el inconveniente obedecería a fallas y déficits en la infraestructura y el correspondiente mantenimiento, como así respecto a las fuentes de captación de agua y el control de calidad del servicio (v. fs. 553/ 561).

En la citada penc1a concluye el ingeniero que sería necesario para solucionar el problema de suministro de agua a la ciudad de Dolores, la realización de ciertas obras, para "*contar con un adecuado suministro de agua y una buena gestión del servicio y sus recursos*" (v. fs. 560vta.).

Para ello, consideró necesario llevar a cabo los siguientes pasos: " *1. Estudio, proyecto y construcción de la infraestructura adecuada*; *2. Gestión adecuada del servicio, para lo cual se deberá contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las obras planificadas*, *3. Control de calidad y cantidad de la prestación*[...}" (v. fs. 560 vta.).

La prueba producida y lo expuesto por el perito fueron fundamentos suficientes para la confirmación del fallo por la Cámara de Apelación.

**4.3.4.-** Ahora bien, debido a la solución dispuesta por ambas sentencias, el apoderado de la empresa ABSA sostiene tanto en el recurso de apelación como en el presente recurso extraordinario, que se habría invadido una competencia que en principio no le correspondería al Poder Judicial sino a la Administración. En otras palabras, denuncia un avasallamiento de potestades que

en forma exclusiva serían del Poder Ejecutivo.

Al respecto entiendo como principio general, que si bien las razones de oportunidad, mérito y conveniencia evaluadas y consideradas por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les corresponden a tenor del reparto de competencias establecido por la Constitución, en este caso de la Provincia de Buenos Aires, no estarían sujetas al control judicial, no obstante, es obligación de este Poder desplegar con todo vigor el ejercicio del control de razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos provenientes de los otros poderes del Estado, como así, respecto de las omisiones materiales por parte de la administración de prestar un buen servicio especialmente ante denuncias de derechos vitales afectados.

Así V.E. sostiene: "N*unca las atribuciones de un* órgano administrativo *pueden ser totalmente regladas o absolutamente discrecionales. Es decir, que la tarea discrecional no está desvinculada de la reglada sino comprendida, como todo accionar estatal, por fa plenitud hermética del orden jurídico*". Para continuar: " *[. ..}ello en modo alguno significa conculcar el principio de división de poderes, y menos limitar el accionar de la Administración en el ejercicio de las funciones que le son propias, por cuanto esta postura reconoce la existencia de un casillero de la actividad discrecional exenta del control judicial: la oportunidad, mérito o conveniencia, elementos que integran la competencia jurídica que el legislador ha conferido al administrador, habilitándolo para que pueda realizar concretamente su función de tal, en orden a satisfacer las necesidades públicas*" (SCJBA, A 71.230, "*Gutiérrez, Griselda Margarita y otra*", sent., 15-07-2015, voto del Señor Juez Hitters, consid. tercero, ap. tres, "c" y sus citas).

Allí también se precisa: "E*s la discrecionalidad administrativa la que encuentra un límite en el efectivo cumplimiento de las prerrogativas superiores y no viceversa, por lo que no puede considerarse que exista una zona de reserva de la Administración...*", ídem consid. citado).

Examen que podría por ejemplo alcanzar a la existencia de las obras denunciadas y a la real prestación de un servicio público que, en su

condición de usuarios demandan y por el que pagan un precio para acceder a uno que les garantice el suministro de agua potable en calidad para poder desarrollar una vida normal (V. OMS, "*Guía para la calidad del agua potable*", tercera ed.,2006).

**4.3.5.-** No se está en presencia del reclamo de una prestación suntuaria, sino de la prestación de un servicio de carácter esencial.

El derecho a contar con el servicio de agua potable forma parte de la atención primaria de la salud (Declaración Alma Ata, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978, cláusula séptima, tres "*[. ..] un abastecimiento adecuado de agua potable...]*".

La Declaración de Astaná reafirma la histórica Declaración de Alma-Ata de 1978 -Conferencia Mundial de Atención Primaria de Salud- "*Desde Alama-Ata hacia la cobertura sanitaria universal y los objetivos del desarrollo sostenible*" (Astaná - Kazajstán- 25 y 26 de octubre de 2018).

Al celebrarse el 12 de diciembre del año 2018 los cuarenta años de la declaración, la representante de la OPS/OMS en Argentina pone de manifiesto la necesidad de "*un cambio hacia un modelo de atención centrado en las personas y en la comunidad en lugar de centrarse en las enfermedades*".

Asevera: "*Además necesitamos intervenciones intersectoriales para abordar los determinantes sociales de la salud, aquellas condiciones y el entorno en el que las personas nacen, viven, trabajan y envejecen*". '"*Estos determinantes están relacionados con el aire que respiramos. los alimentos que comemos, el agua que bebemos, la educación que recibimos, la vivienda que tenemos, la comercialización de productos, las contaminantes ambientales, nuestras condiciones de trabajo y protección social, entre otros determinantes*" (Maureen Birmingham, v. OPS Argentina, "A *cuarenta años de fa Declaración de Alma Ata...*".).

Cabe recordar, asimismo, el compromiso ambiental -y la provisión de agua-, claramente relacionada con estos principios.

La Constitución Argentina atribuyó la competencia de establecer los denominados presupuestos mínimos al Gobierno Federal (art. 41 de la Constitución Nacional; ley 25.675 -General del Ambiente- BONA 28-11-2002, v. art. segundo; ley 25.688 -de Gestión Ambiental de Aguas- BONA 03-01-2003, v arts. 1, 5 y 7; ley 25.831 -de Acceso a la Información Pública Ambiental- BONA 07-01-2004, art. 1° y ss.).

La citada ley 25.688 establece en su artículo 1º los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, determinando en su artículo 7 inciso "c" a la autoridad nacional de aplicación el deber de fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas.

Por su parte en el orden provincial la ley 13.133 con el paraguas de ley nacional 24.240 de los Derechos de los Usuarios y Consumidores, expresamente protege a los usuarios de servicios públicos, garantiza su defensa y la promoción de sus derechos, en el caso aplicable a raíz de la condición de usuarios del serv1c10 público de agua potable (La ley 24.240, norma de derecho común complementaria de los preceptos contenidos en el Código Civil y Comercial, v. CSJNA, "*Fallos*", "*Flores Automotores* SA ", T. 324:4349; 200**l;** " *Dilena*", T. 330:133; 2007; " *Telefónica de Argentina* SA", T. 339:704; 2016, v. esp. dictamen de María Graciela Reiriz, 07-11-2001).

Creo oportuno recordar que desde antiguo se ha dicho que las leyes han de interpretarse evaluando la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que las informan, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (doctrina de CSJNA, "*Fallos*","*Groppo*", T. 255:192; 1963; "*Massalin y Ce/asco* SA ", T. 263:63; 1965; "*Romero Guras*", T. 285:60; 1973; "*Gunther*", T. 308:1118; 1986; "*Romero*", T. 310:500; 1987; " *Ríos*", T. 312:111; 1989; "*Ginocchiö*, T. 313:1223; 1990; " *Flores*", cit. 2001, "*Incidente* Nº 34 - *Jnci dentista: Lenna entre otros...*", cit.).

La Provincia dentro del marco de atribuciones propias de la legislatura local ha dictado la ley 13.133 e involucra cuestiones vin-

culadas al procedimiento que deben seguir las empresas prestadoras de servicios públicos provinciales en el momento de emitir las facturas, así como las relaciones entre éstas y los usuarios y la modalidad de prestación de un servicio público sujeto a regulación provincial, previsto por las autoridades locales en el marco de sus competencias constitucionales (art. 121 de la Ley Fundamental; arts. 1, " a", 2, 3 inc. "e", 5, 7, 1O, 18 inc. "a" y 30 de la Ley provincial).

Es preciso poner de relieve también, que el legislador nacional, al sancionar la ley 24.240 con la modificación operada por ley 26.361, dispuso que los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor (art. 25).

Es decir, prevé que en ese tipo de servicios no sólo las autoridades competentes regulen la modalidad de prestación y las relaciones entre prestadores y usuarios, también eleva en la interpretación de los pnnc1p1os que establece la más favorable al consumidor como forma de dar la mejor protección (v. art. 3, ley 24.240; 72, ley 13.133 y ce. 7 último pár.,1094 y 1095 CCC).

Por último, considero que el carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor (art. 65) no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales, puedan dictar normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional (v. ce. Dictamen PON, in re "EDELAR SA", al que se remite la CSJNA, " *Fallos*", T. 330:2081; 2007).

A su vez, el Código Alimentario Argentino, decreto ley 18.284 /69 (BONA 28-07-1969) conforme resolución conjunta de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarios -SPRyRS- y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos -SAGPyA- 68/2007 y 196/2007, especialmente en el artículo 982, recepta los estándares de calidad del agua potable previstos en la Guía de Calidad del Agua Potable de la Organización Mundial de

la Salud (ver: https://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/guidelines/es/; cf. considerandos de la resolución conjunta).

El mencionado precepto expresa: "*Con las denominaciones de Agua potable de suministro público y Agua potable de uso domiciliario, se entiende la que es apta para la alimentación y uso doméstico: no deberá contener substancias o cuerpos extraños de origen biológico, orgánico, inorgánico o radiactivo en tenores tales que la hagan peligrosa para la salud. Deberá presentar sabor agradable y ser prácticamente incolora, inodora, límpida y transparente. El agua potable de uso domiciliario es el agua proveniente de un suministro público, de un pozo o de otra fuente, ubicada en los reservorios o depósitos domiciliarios [. ..]*".

Ambas deben cumplir con las características físicas, químicas y microbiológicas que allí se determinan.

La Provincia de Buenos Aires, por medio de su legislatura adhirió a estas pautas de calidad del agua por medio de la ley 13.230 de adhesión al Código Alimentario nacional (BOBue del 29-09-2004).

Establece esta última en el artículo 3: "*La autoridad de aplicación realizará una permanente fiscalización de la presente Ley ejerciendo directamente la supervisión técnica-administrativa, y convendrá con los municipios las tareas de contralor, procediendo a delegarlas dentro de sus jurisdicciones cuando reúnan, de conformidad con lo que fije la reglamentación [...]*" , y remite al procedimiento del "*Código de Faltas Municipales*", decreto ley 8751/77 (v. art. 5°, cf. ley 13.996, BOBue, 11-06-2009).

En este contexto, la Provincia de Buenos Aires regula lo concerniente al tema agua.

En el año 1996 sancionó la ley 11.820 (BOBue, 11-11- 1996), en la que fuera aprobado como "Anexo I" el "*Marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires*".

Los estándares establecidos en el anexo debían ser cumplidos por las empresas prestadoras de este servicio, los cuales continuaron vigentes con el dictado del decreto 878/03 por el que se estableció un nuevo marco regulatorio para el servicio de agua y desagües cloacales, el cual fue ratificado por medio del artículo 33 incisa 'a' de la Ley de Presupuesto 13.154 (BOBue, 30-12-2003).

A su vez, no puede perderse de vista que nuestro país ha establecido compromisos internacionales en lo que se refiere a la prestación del servicio de agua potable.

Así, el Protocolo Adicional a la "*Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, sociales y culturales*" , denominado " *Protocolo de San Salvador*", que fuera ratificado por Argentina, por ley 24.658 (BONA 17-07-1996) que establece expresamente en su artículo **11** el derecho a un medio ambiente sano.

En el inciso 1° del citado artículo 11 expresa que "*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos*".

Se señala como fundamento jurídico del derecho al agua ...] 2. *El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para sati facer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica*" (Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Por su parte:·› *El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales. tales corno tratados , declaraciones y otras normas. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación*

*contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mi[feres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de[..} el abastecimiento de agua". En el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre Los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre"* (v. art. 4 y la nota quinta, sus citas de la Observación General Nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Tal como ocurre con otros derechos económicos, sociales y culturales, debería concederse prioridad a las personas más vulnerables, es decir" *a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres , los niños, los grupos minoritarios*" ( nº 16 de la Observación General Nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", conf. https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional).

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente, el 28 de julio de 201O a través de la Resolución 64/292, el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que tanto el agua potable limpia, como así el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

En dicha oportunidad se afirmó el acceso al agua potable como un derecho humano básico y urgió a garantizar que los casi 900 millones de personas que carecen del líquido vital puedan ejercer ese derecho.

En una resolución adoptada por 122 votos a favor, ninguno en contra y 41 abstenciones, la Asamblea General estipuló también que el acceso a los servicios sanitarios básicos es un derecho en vista de que la contaminación del agua es una de las principales causas de mortalidad en los países más pobres (http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml).

La ministra Ana María Bianchi, en su condición de representante de Argentina en esa reunión organizada por las Naciones Unidas explicó el voto a favor de nuestro país en los siguientes términos:

"*La Argentina entiende que es una de las responsabilidades principales de los Estados asegurar a sus habitantes el derecho al agua como una de las condiciones fundamentales para garantizar el derecho a la vida y para asegurar un nivel de vida adecuado*" (http://blogs.l anacion.com.ar/ecologico/eco-noticia/el-agua-potable-un-derecho humano/).

En la resolución aprobada por dicha Asamblea, se reconoció la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas para la realización de todos los derechos humanos.

Estos principios fueron nuevamente reiterados y profundizados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulada "*Río +20*" (Río de Janeiro (Brasil) 20 a 22 de junio de 2012).

Se expresó en dicho documento, en la porción que se considera más relevante para la resolución del presente, que:

"*Reconocemos que el agua es un elemento básico del desarrollo sostenible pues está estrechamente vinculada a diversos desafíos mundiales fundamentales. Reiteramos, por tanto, que es importante integrar los recursos hídricos en el desarrollo sostenible y subrayamos la importancia decisiva del agua y el saneamiento para las tres dimensiones del desarrollo sostenible*". " *Reafirmamos nuestros compromisos relativos al derecho humano al agua potable y el saneamiento, que ha de hacerse efectivo gradualmente en beneficio de nuestra población...*" (conf. http://www.un.org/es/sustainablefuture/about.shtml, v. reconocimientos nº 119 y 121).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el caso "*Kersich, Juan Gabriel y otros el* ABSA" ("Fallos", T. 337:1361 ; 2014) reafirmó que muchos instrumentos internacionales mencionan y aseguran la tutela del derecho al agua potable, en los siguientes términos: " ... *la 'Convención sobre la*

*Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer'* (1979), *artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ' Protocolo de San Salvador' del 17111/1988, predican que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la 'Convención sobre los Derechos del Niño', artículo 24, 2° párr.* (1989), *exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre*" (considerando 12).

También en dicha causa, en el mismo considerando se recordó que "*en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico*".

Continua: "*Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General nº 15 del "Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" de Naciones Unidas, que el 15/11/2002, en virtud de la cual se dijo que: "El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos*".

Por la tal razón, el Máximo Tribunal de la Nación concluyó afirmando que "*resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho*".

La Legislatura de la Provincia de Buenos Aires por medio de los claros preceptos que surgen de la ley 14.782 (BOBue, 21-12-2015) reconoce el "*Derecho Humano al Agua*", entendido como " *el derecho de todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y el uso personal y doméstico*" (v. art. 2 inciso 1°).

Añade: "*El derecho humano al agua potable y saneamiento*

debe garantizar:

a)El acceso oportuno a la cantidad de agua que sea necesaria y apta para el consumo y el uso personal y doméstico, y para promover la salud pública.*b)El acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen el suministro necesario y regular de agua salubre.* c) *La distribución equitativa y no discriminatoria de todas las instalaciones y servicios de agua potable disponibles. d) La adopción de estrategias y planes de acción provincial sobre el agua para toda la población, que deberán ser elaborados y revisados periódicamente con base en un proceso participativo y transparente. e) La vigilancia sobre el grado de realización del derecho al agua y al saneamiento. J) La puesta en marcha de programas de acceso al agua y al saneamiento destinados a los grupos vulnerables. g) La adopción de medidas adecuadas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua. h) Establecer un nivel mínimo esencial de disponibilidad diaria de agua potable por persona, que permita cubrir las necesidades básicas de consumo y para el uso personal y doméstico, y garantizarán su pleno acceso*" (v. art. 3).

Esta relevante y esencial cuestión del agua, constituye una preocupación para el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires.

Así en el año 2003 fue abordado este tema en el marco de un importante congreso organizado por la Procuración General de la Suprema Corte, conjuntamente con la Universidad Nacional de La Plata: "*Foro del Agua*" (27 130 octubre), en el año internacional del agua dulce, auspiciado por la Organización Mundial de la Salud, la Unesco- en respuesta al informe "*Agua para todos, agua para la vida*"- (Kyoto, Japón), y por el Colegio de Abogados de La Plata, entre otras importante s entidades.

Ya en ese entonces los especialistas, en forma interdisciplinaria, advertían la necesidad del cuidado de las napas de agua, los cursos

naturales y su aprovechamiento, el drama de las inundaciones, el peligro de la contaminación, y el derecho de todas las personas de acceder en calidad y cantidad suficiente a este vital elemento, entre otras cuestiones abordadas.

El derecho de acceso al agua potable (en la especie acceder a condiciones dignas del servicio domiciliario) incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (CSJNA, "*Fallos*", "*La Pampa, provincia de*", t. 340:1695; 2017, consid. décimo primero; " *Kersich* " cit., consid. décimo segundo).

Para ir concluyendo, la Suprema Corte en un caso que poseía similitudes con el presente sostuvo que el derecho a la salud de los habitantes previsto en el artículo 36 inciso 8º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires "*implica que la actividad estatal -o en su caso la privada- no generen situaciones que la pongan en peligro genérico, sin olvidar que el Estado debe garantizar la preservación de dicha prerrogativa con acciones positivas*" ), doctrina general que encuentro aplicable al sub judice (SCJBA, A 70.011, "*Conde, Alberto José Luis y otro el* A.B.S.A. *si amparo*" , sent. del 30-11-2011 y sus citas: B. 65.643, sent. del 3-XI- 2004, con cita de Ac 82.843, sent., 30-03-2005).

**V.**

Por lo expuesto, a tenor de las pretensiones esgrimidas que merecen atención, valorando la prueba acompañada y producida, considero que la solución dispuesta en la sentencia de primera instancia , -luego ratificada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo-, deviene razonable, de ahí que tengo la convicción de que debería ser confirmada (Linares, Juan Francisco, "*Razonabilidad de las Leyes*" , Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970, en especial páginas 136 y 137).

De esta forma, por medio de la intervención dispuesta por el artículo 27 de la Ley de Defensa al Consumidor Nº 13.133 (ce. Art. 52, ley 24.240), este titular de la Procuración General propicia que debería V.E. rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la empresa ABSA, y de esta forma, adquirir firmeza en todos sus términos la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con sede en Mar del Plata (v. fs. 1107/1129).

La Plata, 13 febrero de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: I 75.278-1

**“Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Procónsules) c/ Municipalidad de San Isidro s/ inconstitucionalidad decreto 401/2017”, fecha: 30 de julio 2020**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Asociación para la Protección de Consumidores del Mercado Común de Sur (Proconsumer) c/ Municipalidad de San Isidro s/ Inconstitucionalidad decreto 401/2017".

**I 75.278-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

La asociación Protección Consumidores del Mercado Común de Sur en adelante Proconsumer, por medio de apoderado, promueve demanda contra la Municipalidad de San Isidro, reclamando la anulación, por inconstitucionalidad, de la resolución municipal que aprueba el régimen municipal urbanístico -decreto 401/2017- por vulnerar disposiciones de rango constitucional y legal de protección de los derechos ambientales.

El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 2 de San Isidro, luego de plantearse una cuestión de conexidad, resuelve declarar su incompetencia y elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia (conf. art. 161 inc. 1°, Constitución de la Provincia de Bs. As.).

El alto Tribunal de Justicia declara su competencia y dispone reconducir la demanda al proceso previsto en los artículos 683 a 688 del Código Procesal Civil y Comercial, acción originaria de inconstitucionalidad.

**I.**

La organización accionante procura la anulación por inconstitucional del Código de Planeamiento Urbano, aprobado por aquel decreto

401/2017 e impugna las normas atinentes a la instalación, funcionamiento y comercialización de conjuntos inmobiliarios

-conforme la denominación del actual Código Civil y Comercial, artículos 2073, 2074 y 2075- por considerar que vulnerarían los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional como así también el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en lo que respecta al tema ambiental que consagran para los habitantes, el derecho de gozar de uno sano, preservarlo y mantenerlo para las generaciones presentes y futuras.

Denuncia la violación al orden jurídico ambiental al no haber dado cumplimiento a la ley nacional 25.675 y especialmente a la siguiente normativa provincial: ley 11.723 vigente al momento de iniciarse las obras, al decreto ley 8.912/1977 y a las leyes 6.253 y 6.254.

Se agravia puntualmente del artículo 1.1.2.4. del Código de Ordenamiento Urbano, en cuanto establece como definición de Vivienda Unifamiliar a una única unidad habitacional en una parcela con funcionamiento y servicios independientes, área libre (patio-jardín), acceso directo desde vía pública y estacionamiento propio; y como Viviendas Unifamiliares Agrupadas a dos o más unidades de vivienda por parcela, de tipología similar a la vivienda unifamiliar. Destaca que estas han sido las normas a las que ha echado mano el Municipio para violar el orden jurídico ambiental.

Tras hacer referencia a los antecedentes relacionados con los pedidos de informes administrativos y judiciales efectuados por la Asociación, a la demorada respuesta por parte del Municipio y negar la existencia en el Partido de "*urbanizaciones cerradas denominadas Barrios Cerrados y Clubes de Campo*; *que no existen Declaraciones de Impacto Ambiental*; *y que no existen por lo tanto, nóminas de urbanizaciones cerradas*", seguidamente la actora enumera la normativa aplicable a las urbanizaciones cerradas o conjuntos inmobiliarios que reputa no observadas por la demandada, a saber: los artículos 2073, 2074 y 2075 del Código Civil y Comercial, el decreto ley 8.912/1977 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que reconoce el *status* constitucional del derecho al goce de un ambiente sano.

Afirma que el Municipio habría instalado y comercializado en el Partido de San Isidro, bajo la denominación de viviendas unifamiliares agrupadas, conjuntos inmobiliarios de los descriptos en el actual Código Civil, que las propias inmobiliarias de la zona publicitan como barrios cerrados.

Según Proconsumer, el Municipio estaría eludiendo la siguiente normativa con sus consecuencias: a) La Constitución Nacional en el artículo 41 que establece e instala la cláusula ambiental por la cual gozamos del derecho a un ambiente sano; b) La Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 28; c) La ley 25.675 en sus artículos 11, 12 y 13; d) La ley provincial del ambiente 11.723 en sus artículos 10, 11 y 12; e) El derecho constitucional y *supra* constitucional del control público a través de la participación ciudadana;

f) La ley 25.675, artículos 19/21; ley 11.723, artículo 2 inc. b] y c] y artículo 10 a 24; g) La protección de los suelos establecida en la ley provincial 6.253 en sus artículos 1° a 6°; h) El decreto reglamentario 11.368/1961 en sus artículos 1° a 4°; i) La ley 6.254 en sus artículos 1°, 2°, 3° y 5°; j) El artículo 56 y 59 del decreto ley 8.912/1977; k) El Código de Aguas -ley 12.257- en relación a la instalación de lagos y lagunas con el debido contralor de la autoridad del agua en sus artículos 5° y 6° y l) La Resolución Nº 234/2010 del Directorio de la Autoridad del Agua de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 18 de marzo y publicada el 5 de abril de igual año 2010.

Pone de resalto, seguidamente, todas las normas relativas a barrios cerrados y clubes de campo, así como la existencia de un listado de las urbanizaciones cerradas publicado por el Ministerio de Gobierno -Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas, Barrios Cerrados y Clubes de Campo-, del que se desprendería que todos los Municipios han interpretado correctamente la ley y la clasificación de los barrios; habrían emitido declaratorias de impacto ambiental y exigido a los interesados presentar un estudio de impacto ambiental.

También, que resultaría de dicho registro que todos los Municipios habrían interpretado que la ley nacional 25.675 y la ley provincial 11.723 deberían ser de aplicación, toda vez que esos núcleos urbanos resultarían ser obras

susceptibles de degradar el ambiente. Con indicación de los artículos 11 de la primera y 10 de la ley ambiental provincial.

Manifiesta que la Municipalidad de San Isidro habría incurrido en graves irregularidades al proceder a la instalación de estos conjuntos inmobiliarios omitiendo cumplir con las exigencias de las leyes de orden público ambiental, al momento de iniciarse las obras.

En el caso, se agravia la actora porque la demandada no habría cumplido con el proceso de evaluación de impacto ambiental previo al inicio de la obra y con la audiencia pública obligatoria impuesta para garantizar la participación ciudadana conforme a las leyes ambientales y a tratados internacionales.

Cita la Resolución Nº 29/2009 del Organismo Provincial para el Desarrollo Sustentable -OPDS- aludiendo a lo dispuesto en sus artículos 3° y 4° cuya inobservancia en lo que respecta al proceso de evaluación de impacto ambiental también denuncia.

Alude, finalmente, a los requisitos que también se habrían incumplido que imponen, luego de la evaluación del impacto ambiental y la participación ciudadana, la declaración de impacto ambiental por parte del Municipio y su revisión por la autoridad provincial para que, luego, otorgue la Municipalidad la factibilidad final para la realización de la obra.

Da cuenta, asimismo, que el Municipio habría eludido someter los emprendimientos a la regulación fijada para los "núcleos urbanos" y acatar los recaudos previstos para la preservación de los "humedales".

Ofrece prueba de carácter documental y de informes, solicitando se libren oficios al OPDS y al Ministerio de Gobierno.

Plantea la gratuidad del trámite incoado fundándose en el artículo 32 de la ley 25.675 y el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales; cita en su apoyo doctrina de la Suprema Corte de Justicia recaída en la causa Ac. 93.412, "*Granda*" (2005) e invoca el artículo 28 de la ley 26.361 que alude al

beneficio de la justicia gratuita en las acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva.

Plantea el caso federal en los términos del artículo 14 de la ley 48 y, a todo evento, de acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reclamando el control de convencionalidad ante el incumplimiento de las mandas constitucionales y la violación de los derechos de protección del ambiente.

Por último, menciona el accionante, a modo de resumen de los agravios constitucionales, que el Municipio de San Isidro interpretando caprichosa e ilegalmente las leyes vigentes habría dejado en manos administrativas comunales la autorización de instalación de las urbanizaciones cerradas.

Que, de tal modo, las aludidas normas municipales atentan contra el derecho de gozar de un ambiente sano. Hace mención de los artículos 41 de la Constitución Argentina, 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a la ley 25.675 y su complementario provincial al omitir la necesidad de un proceso previo de evaluación de impacto ambiental y eludir el derecho a la participación ciudadana, con cita entre otros del principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro y la Agenda XXI.

También invoca las leyes 6.253 y 6.254 de protección de los suelos; las normas de protección de humedales contenidas en el Convenio RAMSAR que serían violentadas junto a la normativa de la autoridad del Agua, de protección de los acuíferos y sobre instalación de nuevos núcleos urbanos.

Concluye que tal cúmulo de ilegalidades sustenta el acuse de inconstitucionalidad formulado.

**II.**

Corrido traslado de ley, se presenta la Municipalidad de San Isidro y contesta la demanda, solicita su rechazo, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Como consideración previa, manifiesta que, de acuerdo a la readecuación de la pretensión dispuesta por el Tribunal, el objeto de la acción -y el ámbito delimitado de conocimiento de esta vía- sería la discusión sobre la validez o invalidez constitucional de una norma considerada en abstracto y motivada en un caso. Indica el artículo 161 inciso 1° de la Carta provincial.

Advierte que el objeto demandado no trataría sobre la norma en sí misma, en abstracto y su relación con la Carta Magna, sino sobre el incumplimiento de su aplicación por la Municipalidad de San Isidro.

Por dicha razón, adelanta que la demanda no podría prosperar, pues esta no sería la vía idónea para denunciar el incumplimiento de la normativa legal.

Afirma que la existencia de la norma no ocasionaría daño ambiental alguno, de modo que sería falsa la afectación que denuncia la actora por no tratar de una situación que genere una cuestión ambiental que afecte el artículo 28 de la Constitución local ni los términos de la ley 11.723.

En relación a la prueba documental acompañada por la actora, la desconoce en su totalidad señalando que carecerían de valor por tratarse de copias simples.

En orden a la pretensión ejercida en la acción de inconstitucionalidad, el demandado niega que la normativa mencionada por la actora -el decreto 201/2017, punto 1.1.2.4.- viole el orden jurídico y resulte inconstitucional.

Concretamente, niega que el Municipio hubiese violentado la normativa provincial o nacional, sosteniendo que sus actos resultarían ajustados a derecho conforme las atribuciones que le son propias según la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el decreto ley 6.769/1958.

Asimismo, niega que existan en el distrito humedales bucólicos y áreas rurales, ni que se violente el Código de Aguas; la instalación de

nuevos núcleos urbanos, todo lo cual evidenciaría –dice- la falta de conocimiento cabal del distrito y de sus características físicas por parte de la actora.

Reitera que lejos de plantear un análisis abstracto de la norma, sólo se agravia del supuesto incumplimiento de su aplicación.

Y niega, por fin, tanto la legitimación que invoca la actora para intentar la acción, como la gratuidad del trámite fundada en la normativa ambiental que argumenta, pues tratándose de una acción autónoma de inconstitucionalidad, correspondería que tribute las costas procesales.

Sostiene, seguidamente, que la demanda de inconstitucionalidad resultaría extemporánea, pues habría operado el plazo de caducidad para interponer la acción, sin que el caso resulte alguno de los que regula el artículo 685 del Código de Procesal Civil y Comercial como excepción al referido plazo.

En consecuencia, la expiración del plazo fijado en la ley procesal habría extinguido la competencia de la Suprema Corte de Justicia para entender en la presente acción. Cita doctrina jurisprudencial.

Sin perjuicio de lo dicho, considera el demandado que la acción resultaría inadmisible por carecer de los requisitos elementales para su promoción.

Expone que la queja la centra en el actuar de la administración y la interpretación de las normas, la norma general en abstracto no contiene ninguna tacha de inconstitucionalidad.

Destaca que en primer lugar la norma general abstracta atacada por el demandante es el Código de Ordenamiento Urbano, pero ese código, por el hecho de receptar una definición de lo que lama viviendas unifamiliares agrupadas, no colisionaría con ninguna norma del ordenamiento jurídico, mucho menos con la Constitución.

E lo pues la pretensión, lejos de formularse contra la

norma general y abstracta -el Código de Ordenamiento Urbano- alguna tacha de inconstitucionalidad por colisionar con normas de rango superior, en realidad versaría sobre el modo como la administración la habría interpretado y aplicado al interesado, planteo éste que resultaría improcedente en la acción originaria de inconstitucionalidad. Cita, al respecto, profusa jurisprudencia de ese Alto Tribunal.

Es por e lo que entiende que la demanda tal y como ha sido articulada, resulta formalmente improcedente.

Por otro lado, considera que la demanda resultaría inadmisible por ausencia de caso concreto, de interés actual o inminente.

Expone que el objeto primario de la instancia prevista por el artículo 161 inciso 1° de la Constitución provincial consiste en la verificación de la validez de la norma considerada en sí misma, sin que e lo importe que deban desatenderse por completo los perjuicios derivados de la lesión a los derechos de la parte interesada derivados de su inminente o efectiva aplicación.

Continúa expresando que, de lo contrario, no habría "caso" ni "legitimación", requisitos que se infieren a partir de la situación fáctica en que se enmarca la pretensión.

Afirma que si lo que se cuestiona por medio de la acción originaria no sería la constitucionalidad de la norma, sino el modo en que se la aplicó, la demanda en este específico carril procesal resultaría inadmisible.

En este sentido, destaca el exponente que la actora no menciona ningún daño, actual o inminente, producto de la aplicación de la norma.

Asevera que se opone al progreso de la acción el hecho de formular alusiones genéricas, sin precisar de modo concreto cómo y de qué forma la disposición municipal estaría dañando al medio ambiente que pretende resguardar.

Tras señalar que la demanda omitiría deliberadamente observar que sí se habrían realizado los estudios de impacto ambiental, discurre

luego el responde de la demandada en la mención de las características de la acción declarativa de inconstitucionalidad, de jurisdicción originaria de la Suprema Corte de Justicia, como así de los alcances de la sentencia que eventualmente recaiga, que tendría únicamente efectos inter partes, sin que las normas objetadas de inconstitucionales pierdan su operatividad y validez, salvo para el caso concreto, y sin perjuicio de la reiteración de pronunciamientos semejantes en los casos concretos que en adelante se sometan.

Invoca, seguidamente, diversos precedentes jurisprudenciales en los cuales los superiores tribunales de nación y provincia habrían precisado, por un lado, la necesidad de un "caso" o "controversia", es decir, un asunto en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante.

Y por el otro, que el derecho o interés de quien acciona, debería existir al presentarse la acción y subsistir hasta el momento del dictado de la sentencia.

Recuerda, por fin, la relevancia para el presente caso que tendrían los precedentes de la Corte federal -que menciona-, que fueron fijando los lineamientos para definir los requisitos de la legitimación procesal para demandar la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Postula, finalmente, el rechazo de la demanda por inadmisible, por ausencia de caso concreto, de interés actual o inminente.

En cuanto a su procedencia, sostiene la demandada que, en relación al objetivo de la acción -la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1.1.2.4. del Código de Ordenamiento Urbano -texto ordenado por decreto 201/2017- el planteo de la actora incurriría en absurdo en virtud de su vacuidad.

Es que, según destaca, el C.O.U. vigente sólo recopilaría las definiciones de la legislación provincial -el decreto ley 8.912/1977, que no habría sido puesto en crisis en la demanda- con la finalidad de determinar y regular

el F.O.T. y el F.O.S., también definido en dicho dicha norma, en razón de reglamentar la densidad poblacional por metro cuadrado.

Alude la demandada, en este sentido, a las definiciones técnicas de los artículos 32, 35 y 42 del citado decreto ley, expuestas en el capítulo específico relativo a la densidad poblacional, de donde surgen definiciones y diferenciaciones entre "dispersa" y "agrupada"; "unifamiliar" y "multifamiliar", "F.O.T. y F.O.S.", y la definición de "clubes de campo" en el artículo 64.

Entiende que la Asociación Proconsumer plantea la inconstitucionalidad de un articulado del C.O.U. que simplemente recepta definiciones técnicas prescriptas por la propia legislación provincial que se insinúa vulnerada por el Municipio. De tal modo, lo expuesto mostraría el error conceptual del planteo de la actora que, indirectamente, implicaría tachar la ilegalidad de una norma que no ha sido puesta en crisis en la demanda.

Postula la demandada, además, la falta de legitimación de la actora.

Sobre este punto, destaca que la actora intentaría justificar su intervención al amparo de la acción prevista en la legislación ambiental que no sería aplicable al caso ante una acción declarativa de inconstitucionalidad. Menciona el artículo 34 de la ley 11.723.

Por otra parte, observa que la actora carecería de domicilio, de representación en la Provincia de Buenos Aires.

A e lo agrega que no estaría inscripta en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, y su inscripción en la Inspección General de Justicia correspondería al ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

De tal modo afirma que carecería de legitimación para promover la acción al no contar con vinculación jurídica e interés con la cuestión debatida.

A criterio de la demandada, la actora habría intervenido excediendo su objeto social -la defensa de sus asociados- pues no habría afectación ni lesión concreta e los o a la asociación.

Se habría arrogado la representación en abstracto del ambiente, pero sin identificar un caso concreto, tan sólo afirmaciones genéricas, abstractas y condicionales.

Por e lo, entiende que, si bien la interpretación de la legitimación activa habría de ser amplia, no basta que cualquier persona, sin invocar un perjuicio concreto para sí o para sus afiliados, quede legitimada para iniciar un proceso con la excusa de un posible tema ambiental, sin un caso y sin que exista cuestión ambiental puntual urgente.

Invoca en apoyo de sus argumentos lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en orden a la ausencia de la *legitimatio ad causam*, es decir la falta de legitimación activa de Proconsumer. Cita doctrina de las causas B 59.358 "*Rapagnini*" (2001) de la Suprema Corte de Justicia y de la Corte federal, causas "*Halabi*" (2009); "*Thomas*" (2010) y "*Cavalieri*" (2012).

Sin perjuicio de los argumentos vertidos con el fin de desvirtuar las afirmaciones de la accionante, expresa que el Partido de San Isidro no tendría zonas rurales; la zonificación sería urbana con una impronta residencial y deportiva. Cita el artículo 5° inciso I punto b) del decreto ley 8.912/1977.

Aduce que el Partido conforma el primer cordón del conurbano, en una traza continua de carácter urbano que integran cinco ciudades: San Isidro, Acassuso, Martínez, Béccar, Boulogne y Vi la Adelina, con asfalto, agua corriente, electricidad, cloacas, gas natural, iluminación led de la vía pública, sistema propio de fibra óptica, cámaras de vigilancia y sistema de patru laje municipal.

Insiste en que no existiría una periferia rural que haya que transformar o que se haya transformado; que en la jurisdicción no se habrían transformado humedales ni zonas rurales en urbanizaciones como habría sucedido en los territorios de Pilar y de Tigre.

Refiere que del plano que forma parte del C.O.U., surgen dos zonificaciones especiales: el bata lón de arsenales 601 de Boulogne y el barrio de emergencia La Cava; el primer caso dominio de jurisdicción militar, el segundo, sujeto al Plan federal de viviendas, y ambos no constituirían humedales "bucólicos".

Afirma que el Municipio de San Isidro sería pionero en la recuperación de los espacios públicos costeros, para el esparcimiento de la población en un ámbito natural y la práctica de deportes, y que la Comuna protege los espacios y derechos ambientales incluyendo la recuperación o novación territorial en pos de su cumplimiento.

Adhiere a los fundamentos del decreto ley 8.912/1977 en cuanto no se registran en el distrito, ni existieron al momento de su sanción, fracciones agropecuarias sujetas a una división especulativa, tal como procuraba evitar la norma en cuestión, que transcribe en lo pertinente en cuanto a la utilización racional de las determinaciones territoriales y sus usos, urbano y rural. Recuerda hechos acontecidos en la que se involucraban a firmas inmobiliarias, en territorios que menciona.

Niega que se hubieran instalado nuevos núcleos urbanos en el distrito; invoca desconocimiento de la situación por parte de la accionante a la que atribuye ajenidad con la provincia.

Funda su derecho en lo dispuesto en los decretos leyes 8.912/1977 y 6.769/1958, en las normas del ordenamiento procesal civil y comercial, doctrina y jurisprudencia.

En cuanto a la prueba, ofrece como documental el Código de Ordenamiento Urbano -Boletín Extra n° 1.039- y el Código de Edificación Boletín Extra 481-10995-I-2009.

Asimismo, se opone a la producción de la ofrecida por la parte actora por estimarla inconducente y solicita se prescinda de otras medidas probatorias y pase la causa a concluida para definitiva, con cita del artículo 687 del Código Procesal Civil y Comercial.

En caso de no admitirse las defensas deja planteado el caso federal, en los términos del artículo 14 de la ley 48, por violación de los artículos 1°, 5°, 18, 19, 22, 28, 31, 123 y concordantes de la Constitución Nacional.

Por último, solicita se dicte sentencia, se rechace la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

**III.**

Tras la producción de la prueba, las partes presentan sus respectivos alegatos.

**3.1.-** La Municipalidad de San Isidro manifiesta que Proconsumer no habría acreditado daño alguno producido por aplicación de la normativa, ni el interés afectado en sus afiliados.

Reitera, como lo había expresado en la contestación de la demanda que además carecería de domicilio y de representación en la Provincia de Bs. As. y, por tanto, de legitimación activa para promover la acción.

Insiste en afirmar que la Asociación actúa excediendo su objeto social –que consiste en la protección de derechos concretos de sus asociados- toda vez que, sin tener socios afectados directamente, se arroga la representación o defensa abstracta del medio ambiente mediante afirmaciones genéricas, en abstracto y en condicional.

Destaca que, de considerarse válido este criterio, se habilitaría a la actora a reclamar, por cualquier razón y en cualquier punto del país, sin sustento en el caso concreto y sin afectación de derechos colectivos o plur individuales definidos, lo que -por más amplia que sea la interpretación de la legitimación activa- sería inadmisible si no existiese una cuestión ambiental puntual urgente.

Concluye que la actora carece de acción para intentar la presente demanda al amparo de una supuesta legitimación ambiental, quedando demostrada su falta de legitimación activa, con cita de la causa mencionada "*Rapagnini*".

En cuanto a la restante prueba documental que fuera desconocida por la demandada, se afirma que no derivaría de e la la presunta inconstitucionalidad del Código de Ordenamiento Urbano, más aún cuando del informe de la Secretaría de Planeamiento Urbano surgiría claramente la realización de los estudios de impacto ambiental que objeta la actora.

Agrega que su oposición -en razón de su inconducencia- a la producción de la prueba de informes y a la exhibición de documental habría resultado conveniente toda vez que habría sido desistida por la proponente.

En lo que respecta a la ofrecida por su parte, expresa que el Código de Ordenamiento Urbano y el Código de Edificación receptan en su articulado definiciones técnicas que están prescriptas en el decreto ley 8.912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo de la Provincia de Buenos Aires, para concluir -tras reiterar plurales consideraciones efectuadas en el escrito de contestación de la demanda- que del cotejo de la normativa municipal con las leyes de mayor rango y la Constitución Nacional, no se presentaría ningún viso de inconstitucionalidad.

**3.2.-** Por el lado de la parte actora, Proconsumer se presenta a fin de alegar.

Al respecto expresa que el Municipio de San Isidro habría tergiversado el idioma, la ley, los conceptos y la realidad.

E lo pues, en el Partido en cuestión, los conjuntos inmobiliarios que constituyen barrios cerrados o clubes de campo, se denominarían como viviendas unifamiliares multifamiliares agrupadas, cobijándose en una normativa administrativa violatoria del orden ambiental.

Insiste en que ni la realidad ni los residentes en e la aceptan dicha denominación, admitiéndose que se trata de barrios cerrados.

Concluye que, por la notoriedad de los hechos y el sesgamiento de la conducta municipal por largos años, correspondería declarar la inconstitucionalidad de las normas denunciadas, y obligar al Municipio a encuadrar

aque los emprendimientos en el orden jurídico ambiental conforme sus leyes rectoras 25.675 y su complementaria provincial 11.723.

**IV.**

A los fines de emitir opinión a través del presente dictamen, abordaré el examen de los planteos de caducidad y de falta de legitimación para promover la acción originaria de inconstitucionalidad intentados por el Municipio de San Isidro, para luego considerar la admisibilidad y procedencia de la demanda.

4.1.- Caducidad.

La demandada ha planteado que la acción originaria de inconstitucionalidad intentada resulta extemporánea por haberse deducido fuera del plazo previsto por el artículo 684 del Código Procesal Civil y Comercial

Sin embargo, el referido plazo de 30 días establecido en la norma citada, sólo rige en los casos de contenido patrimonial, ha lándose exceptuados de la caducidad los supuestos enumerados en el artículo 685 del mismo código -normas que tengan carácter institucional o afecten derechos no patrimoniales- o, en cualquier caso, si aún no han sido aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva.

En el caso, la motivación de la demanda alude a la presunta afectación de derechos de incidencia colectiva, particularmente al medio ambiente sano, lo que constituye la invocación de uno de los derechos humanos de tercera generación, surgidos de la actualización que ha recibido, hacia fines del siglo XX y comienzos del XXI a través de sucesivas declaraciones temáticas, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Siendo el contenido y la finalidad de la demanda ajeno a los derechos patrimoniales de la accionante, entiendo que no rige el plazo de caducidad para su presentación.

En este sentido, ha expresado esa Suprema Corte de

Justicia que "[…] *el plazo de caducidad previsto en el art. 684 del Código Procesal Civil y Comercial únicamente tiene virtualidad cuando el interés patrimonial define el contenido de la acción de inconstitucionalidad que se promueve, pero no respecto de cuestiones que afectan derechos de la personalidad no patrimoniales*", con cita del artículo 685 de la norma adjetiva (causa I 1995 "*Sabatini Silvia Adriana*", sent., 05-11-2005, I 75.419, "*Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la Provincia de Buenos Aires*", res. 20-02-2019 y sus citas, e. o.).

En consecuencia, entiendo que V.E. deberá considerar tempestiva la acción deducida.

4.2.- Legitimación.

La asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur (Proconsumer), al pretender la inconstitucionalidad del decreto 401/2017 que aprueba el régimen municipal urbanístico de San Isidro, invocó la existencia de un derecho de incidencia colectiva, como es el derecho al ambiente.

Para justificar su legitimación para promover la acción, se arrogó la atribución –en representación del colectivo aludido- de reclamar el derecho de gozar de un ambiente sano, de preservarlo y mantenerlo para las generaciones presentes y futuras.

Señaló a tal efecto que, entre los objetivos previstos en su Estatuto Social, la entidad tiene contemplada, a partir de la reforma aprobada en el año 2004, la temática ambiental e invocó el artículo 43 inciso 2° de la Constitución Argentina, en tanto permite actuar "*…en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente…*" a "*…las asociaciones que* propendan a esos fines, registradas conforme a la ley…".

Ahora bien, la legitimación en la causa constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que se traba entre las partes. E la consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en

abstracto, justifiquen preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula.

Esta legitimación *ad causam* exige un interés actual y comprometido en el conflicto jurídico, sin el cual no podrá hablarse de una "parte" en sentido estricto, como titular del interés que se invoca.

Para la cabal comprensión de su significado, es necesario diferenciar los conceptos de legitimación e interés, aun cuando ambos están en estrecha relación. Si por legitimación se entiende la posición procesal que corresponde a determinado "sujeto", mediante el interés se identifica el criterio que debe ser satisfecho a efectos de que ese sujeto esté en posibilidad de participar de determinado proceso.

La doctrina que fue sentando la Corte Suprema de Justicia en materia de legitimación ha impuesto, a partir del caso "*Halabi*" (Fa los, 332:111), luego ratificado y precisado entre otras en la causa "*Thomas*" (Fa los, 333:1023), que en los procesos colectivos es imprescindible la existencia de "causa", lo que obsta a la actuación "en abstracto"; y de "parte", esto es, quien se beneficia o se perjudica con la resolución y que, consecuentemente, debe demostrar un interés jurídico suficiente.

Ahora bien, en el presente caso, más a lá de la genérica invocación formulada en la demanda, lo cierto es que la Asociación Proconsumer, quien –como lo sostuvo la demandada- no tiene domicilio en el Partido de San Isidro y, ni siquiera, en la Provincia de Buenos Aires, y no identifica cuáles serían sus afiliados que resultarían afectados, no intenta vincular su actuación con situación o dato alguno que evidencie su interés concreto en la declaración de inconstitucionalidad, es decir, con el perjuicio cierto actual o inminente que la norma impugnada causa o causará para la asociación o para sus afiliados.

Una de las condiciones que impone la Constitución de la Provincia al regular, en el artículo 161 inciso 1°, la demanda originaria de inconstitucionalidad, es la exigencia de que la norma que es objeto de la tacha sea

"controvertida por parte interesada".

La doctrina jurisprudencial entiende que ese interés que ha de mover a quien deduce la acción debe poseer como característica el ser "particular" y "directo". Es decir que, para que exista legitimación para obrar, el sujeto debe ser afectado o, si la acción es preventiva, habrá de serlo por la aplicación de la norma jurídica cuya constitucionalidad se controvierte.

Aun en supuestos como el de autos, donde lo que estaría en juego, según la postura de la actora, es un derecho de incidencia colectiva como el medio ambiente, en el que la mirada sobre la legitimación activa se vuelve más laxa y abarcativa -ya que por fuera de los individuos directamente afectados, también estarían legitimados el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la protección del ambiente, debidamente registradas (cfr. arts. 43, Constitución Argentina y 30, Ley General del Ambiente 25.675), lo cierto es que e lo no excluye la exigencia del "interés concreto".

Ello, así pues, más a lá de la amplitud en la interpretación acerca de quiénes están habilitados para iniciar acciones en defensa de los derechos colectivos, en ningún caso -y menos en el de las asociaciones intermedias- puede soslayarse la indispensable existencia de agravio.

Respecto del punto en cuestión, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, circunstancia que exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros así como también cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que levan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción (cfr. CSJBA, "*Asociación Protección Consumidores del Mercado Común*

*del Sur*", Fa los, 338:40; "*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad*", Fa los, 339:1077; "*Usuarios y Consumidores Unidos*". sent., 23-07-2020)

En definitiva, si la persona o el colectivo que demanda -en este caso, la Asociación Proconsumer- no acredita revestir la condición de "parte interesada", carece de legitimación "ad causam" para instar la inconstitucionalidad que, por vía de la acción originaria del artículo 161 inciso 1° de la Carta local, pretende.

Así, ha dicho esa Suprema Corte de Justicia que "*el adecuado desempeño del servicio de justicia requiere la existencia de un caso, causa o controversia (arts. 116, Const. Nac; 2, ley 27), cuya manifestación típica, obviamente, podrá variar según la materia que informe al conflicto. Ello explica entonces que, en lo atinente a la legitimación para obrar, los derechos o intereses a tutelar deban ser ejercidos por quien es titular de la relación jurídica sustancial de la que derivan*".

Para continuar: "*Desde luego, en algunos supuestos, como cuando se halla comprometida la defensa de los bienes de interés público (v.gr. los derechos de incidencia colectiva en general, art. 43, primer párrafo de la Constitución nacional) la legitimación ofrece mayor amplitud, sin llegar a derivarse de ello la adjudicación a cualquier persona de la automática aptitud para demandar, ni a entronizar, en todas las materias, la vigencia de la acción popular.*

Puntualiza: "*Así, ciertas normas del ordenamiento, constitucionales (art. 43, cit.) y legales (v.gr., arts. 12, primer párrafo, 14 inc. F, y concs., ley 13.834, con sus modificaciones) habilitan en modo puntual a entes u órganos el ejercicio de una legitimación extraordinaria para actuar en juicio accionando en defensa de determinados derechos de terceros en asuntos relativos al desempeño funcional de tales autoridades*" (conf. Causa I. 73.296. "*Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires (CPM)*", sent., 13-08-2014).

Se ha dicho también, que por más amplio y flexible que deba ser el acceso a la jurisdicción (art. 15, Constitución de la Provincia de Bs. As.), no hay duda de que la aptitud legitimante en el proceso constitucional supone, en este tipo de casos, una cierta pertenencia o titularidad del derecho o interés que se invoca (SCJBA, "*Sanzio*", res., 22-05-2019 y sus citas) y exige su efectiva acreditación (SCJBA, I 2179, "*Jaroslavsky*", sent., 30-11-2011; I 72.580, "*Florentín*", res., 08-05-2013).

Consecuentemente con lo expuesto, opino que VE podría declarar inadmisible la presente demanda originaria de inconstitucionalidad.

4.3.- Procedencia.

Para el caso de no compartir V.E. la solución propuesta, considero que, de todos modos, la acción intentada no puede prosperar.

La demandada ha puesto en crisis la procedencia de la demanda originaria instaurada, afirmando que no habría sido demostrada por la parte actora la colisión entre la disposición municipal y las previsiones de la Constitución de la Provincia, ya que lejos de plantear un análisis abstracto de la norma cuestionada, sólo se agravia del supuesto incumplimiento de su aplicación.

Entiendo que le asiste razón.

En efecto, lejos de ocuparse de demostrar cómo la legislación municipal impugnada -el decreto 401/2017 que aprueba el Código de Ordenamiento Urbano de San Isidro- colisiona en sus disposiciones con los preceptos de la Constitución de la Provincia, la organización accionante -en rigor de verdad- plantea su disconformidad con las cláusulas del aludido decreto en lo que atañe a la regulación de los conjuntos inmobiliarios, fundada en que no responderían a las previsiones normativas aplicables a dicho tipo de urbanización.

Así vista la cuestión, puede concluirse que los planteos de la asociación Proconsumer no residen en la validez o invalidez constitucional del referido decreto, sino que versan más bien en una disconformidad con la interpretación y aplicación que pudo haberse hecho de sus disposiciones.

Es que, en definitiva, el agravio esgrimido por la actora postula que los núcleos urbanos o conjuntos inmobiliarios en el Partido de San Isidro se habrían concretado sin cumplirse con la reglamentación impuesta por la normativa ambiental que cita, más de tal modo no consigue proponer a conocimiento y decisión de esa Suprema Corte de Justicia un verdadero "caso constitucional".

Ello así, en la medida que los argumentos expuestos no aparecen cuestionando la validez constitucional de la norma en abstracto, desvinculada de las circunstancias particulares del caso, que resulta ser el supuesto específico de impugnación previsto en el artículo 161 inciso 1° de la Constitución de la Provincia.

La particular naturaleza que reviste el proceso de declaración originaria de inconstitucionalidad debe ser objeto de utilización excepcional y restrictiva, en tanto ha sido dotado de un mecanismo específico por la ley adjetiva, no susceptible de ser direccionada para fines ajenos a los que impulsaron su inserción normativa, dado que e lo implicaría desnaturalizar su esencia y, consecuentemente, el taxativo mandato constitucional, siendo que existen vías procesales alternativas que posibilitan brindar adecuada y completa tutela jurisdiccional a las concretas pretensiones que, con relación a los actos que importen aplicación de las normas reputadas y atacadas como contrarias al texto de nuestra Carta Magna, persigan los justiciables (cfr. en este sentido, causa I 1580, "*Lascano*". sent., 02-12-1997; I 1648, "*Club de Campo San Diego SA*", sent., 12-04-2000, e. o.)

Ha dicho reiteradamente V.E. que, si bien la aplicación concreta de un precepto puede afectar principios constitucionales, e lo nada

tiene que ver con la validez del precepto en abstracto, que es lo único que puede discutirse mediante la acción de inconstitucionalidad (SCJBA, I 74218, *Pardo Villarroel*", res., 17-08-2016; I 69624, "*Stampi Sanguineti SA*", sent., 08-05-2019, e. o.).

**V.**

En virtud de las consideraciones precedentes soy de opinión que V.E. podría desestimar la demanda de inconstitucionalidad promovida (art. 687, CPCC).

La Plata, 30 de julio de 2020.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

# LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

## 2. Legitimación del Ministerio Público de la Defensa

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994), en su artículo 10 reconoce a todos sus habitantes el derecho perfecto de defensa y de ser protegido en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad.

De acuerdo a las disposiciones de la ley 14442, la Defensa Oficial actúa en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. Tiene a su cargo velar por el cumplimiento de las garantías constituciones, el derecho de libre acceso a la justicia, la defensa en juicio, asesorando, representando y defendiendo gratuitamente a todas las personas carentes de recursos suficientes para hacer valer su derecho en juicio, debiendo obtenerse el beneficio de litigar sin gastos.

La defensa oficial se integra por defensores que actúan en los fueros civil y comercial, de familia y otros en lo penal (en este caso proporcionando defensa penal a los imputados o acusados de un delito).

También, el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires en su art. 13 párrafo segundo[1], establece que la acción civil podrá ser ejercida por el Defensor Oficial de la instancia o por el Asesor de Menores e Incapaces cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos, no tenga quién lo represente o acredite beneficio de litigar sin gastos y expresamente delegue su ejercicio.

### 2.1. Fueros Civil y Comercial, de Familia

#### 2.1.1. Ámbito de actuación propio del área de la Defensa Pública. Los alcances de su intervención en el trámite de los procesos judiciales seguidos ante los fueros civil y comercial, laboral. Representación del "ausente procesal". Ejercicio de la

---

**1. artículo 13 del CPP" *Casos especiales***.- *La acción civil será ejercida por la Fiscalía de Estado cuando la Provincia resultare damnificada por el delito.*
*Podrá ser ejercida por el Defensor Oficial de la instancia o por el Asesor de Menores e Incapaces cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos, no tenga quién lo represente o acredite beneficio de litigar sin gastos y expresamente delegue su ejercicio."*

**defensa del "ausente" que revista el carácter de legitimado pasivo o demandado. Principio dispositivo**

**Dictamen C 123.033-1** "V., S. B. c/ V. M. I. s/ revisión de cosa juzgada", fecha: 29 de abril de 2019

Al dictaminar la Procuración General, en la presente causa, en forma favorable sobre la procedencia del recurso en vista, señalo que tiene la convicción "de que la polémica metalada en la especie, en torno al ámbito de actuación propio del área de la Defensa Pública y de los alcances de su intervención en el trámite de los procesos judiciales seguidos ante los fueros civil, comercial y laboral (conf. Arts. 1, 2, 33 de la ley 14.442 y resol. del 11-11-2013 de la Suprema Corte en causa 1. 72.447) porta, *per se*, indudable trascendencia institucional en los términos de lo dispuesto por el art. 31 bis, último párrafo, de la Ley Orgánica 5827".

Sostuvo que de la lectura de las constancias obrantes en autos se permite avizorar que la controversia sometida a revisión versa, como antes die, sobre los alcances de la actuación funcional del Defensor Oficial en aquellos supuestos en los que su intervención en el proceso es requerida al efecto de que asuma la representación del "ausente procesal". Así, mientras el magistrado titular de la Unidad de la Defensa Civil N. 5 departamental que aquí recurre alega que en esos casos su participación ha de entenderse limitada al ejercicio de la defensa del "ausente" que revista el carácter de legitimado pasivo o demandado, el órgano jurisdiccional interviniente sostiene, en cambio, que la causal de "ausencia" que legitima su actuación, no atiende el rol procesal -actor o demandado- que ocupe el sujeto "ausente".

Consideró que, tal lo dictaminado por el Misterio Público en causas "C. 120.248" y "C. 120.875", cuyos ejes centrales -a su tumo- han sido compartidos por ese cimero tribunal, el supuesto de intervención en representación de los herederos del actor por parte del defensor oficial en los términos que al efecto ha sido previsto en el Código Procesal Civil y Comercial provincial (arts. 43, 53 inc. 5° y 341 C.P.C.C.), como así también por la ley Orgánica del Ministerio Público N.º 14.442, se circunscribe al rol de representante de los herederos llamados a intervenir

en juicio en su calidad de demandados, dejando al margen su actividad cuando fueran citados en carácter de herederos de la actora fallecida, como sucede en especie.

### 2.1.2. Legitimación procesal del Defensor Oficial ante la incomparecencia de herederos. Expropiación de los bienes. Ausente procesal

**Dictamen C 121.810-1** "R., H. O. c/ Fisco de la Prov.de Buenos Aires s/ expropiación inversa", fecha: 23 de noviembre 2017

Se tuvo en consideración al dictaminar, que el carácter público de la acción de expropiación inversa sustanciada en la especie respecto de los inmuebles ubicados en el Partido de Roque Pérez, Provincia de Buenos Aires, identificados catastralmente en la Ley 12.419 que declaró su utilidad pública sujetándolos a expropiación, resulta relevante para dilucidar este asunto y prevalece sobre los ejes centrales sobre los que gira toda su argumentación recursiva.

El Procurador General señalo: "En el supuesto de autos, como sostuvo el órgano de alzada con invocación del criterio sentado por esa Suprema Corte en el precedente C. 104.114, fallado con fecha 21-IV-2010 -cuyos fundamentos comparto-, la intervención del Defensor Oficial está expresamente prevista en el proceso expropiatorio para el supuesto de que se ignore quién es el propietario o su domicilio -arts. 22, inc. "d" y 26 de la ley 5708-".

Asimismo, refirió: "En consecuencia, la intervención del Defensor Oficial debe entenderse hecha en lugar del ausente, por los derechos que aquél tiene sobre el inmueble, cuya disposición no es considerada voluntaria cuando es producto de la expropiación derivada de la norma legislativa que declaró la utilidad pública del inmueble, en el marco de la ley 5708" (conf. S.C.B.A., causa C. 104.114, citada).

## 2.2. Fuero Penal

**Dictamen P 132.188-2** "C., C. A. s/ recurso extraordinario de nulidad", fecha: 06 de septiembre de 2019

Al momento de dictaminar, el Procurador General sostuvo que el remedio no de-

bía prosperar. Como principales argumentos sostuvo que:

En primer lugar, señaló que debe advertirse que, al existir una voluntad del imputado a recurrir la sentencia de condena, dicha presentación *in pauperis* debe ser canalizada correctamente por su defensor.

Como que, también se evidencia que el Tribunal en lo Criminal sólo concedió el recurso de casación deducido por la. Defensa Oficial, interlocutorio que quedó firme atento a que al momento de notificarse de ello la defensa oficial y el imputado no articularon recurso de queja -cfr. art. 433 del CPP-.

Consideró el Procurador General, por lo tanto, que la competencia material del Tribunal de Casación resultó abierta sólo para el análisis del recurso interpuesto por la Defensa Oficial y, por eso, la denuncia de omisión de tratamiento de cuestiones esenciales aquí presentada no puede tener acogida favorable pues, en definitiva, nada omitió el *a quo* sobre un recurso que no fue admitido.

### 2.3. Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil

**Dictamen P 134.355-1** "Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/queja en causa N.º 52.327 del Tribunal de Casación Penal, sala I", fecha: 25 de octubre de 2021

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 134.355-1

# “Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/queja en causa N.° 52.327 del Tribunal de Casación Penal, sala I”, fecha: 25 de octubre de 2021

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Niños y Adolescentes de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires s/Queja en causa N° 52.327 del Tribunal de Casación Penal, sala I"

**P 134.355-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala Primera del Tribunal de casación Penal, el 3 de noviembre de 2014, hizo lugar parcialmente a la acción de *habeas corpus colectivo* interpuesta por el señor Defensor oficial ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial La Plata, el por entonces doctor Julián Axat della Croce, a favor de todos los niños, niñas y adolescentes privados de la libertad en centros de detención dependientes de la Secretaría de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires y del Servicio Penitenciario Bonaerense. En consecuencia, dispuso el cumplimiento de una serie de medidas (v. fs. 833/919 vta. y su aclaratoria).

**II.**

Frente a ello, el por entonces Secretario de Niñez y Adolescencia de la provincia de Buenos Aires, Pablo Gabriel Navarro, con el patrocinio letrado del doctor Martín Jorge Lasarte, Secretario Letrado del Fiscal de Estado de la provincia, dedujo recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley, los que fueran declarado inadmisibles por esa Suprema Corte de Justicia (cfr. causa P. 125.111, resol. del 9 de marzo del 2016), quedando firme aquel resolutorio.

**III.**

En ese estado, el *a quo* dio inicio a la ejecución de la sentencia y desarrolló diversas audiencias de control (la primera, el 31 de marzo de 2016 -fs. 205/206 vta.-; la segunda, el 28 de septiembre de 2017 -fs. 318/320 vta.-, y la tercera, el 11 de junio de 2019 -fs. 490/491 vta.-).

Finalmente, el Tribunal casatorio, el 4 de febrero de 2020, resolvió: 1) dar por concluido el incidente de ejecución de sentencia; 2) no hacer lugar a los planteos formalizados por la defensa oficial, y a los que adhiriera el señor Fiscal de Casación; y 3) exhortar a la Subsecretaría de Responsabilidad Penal Juvenil del Poder Ejecutivo la convocatoria a mesas de trabajos integrales con representantes del Poder Legislativo y Judicial a efectos de que abordasen las problemáticas suscitadas en lo atinente a la responsabilidad penal juvenil (v. fs. 511/516 vta.).

**IV.**

Frente a ese decisorio, el por entonces Defensor oficial -Dr. Mario Luis Coriolano- dedujo reposición (arts. 436 y 438, CPP) y, en subsidio, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 521/525 y fs. 526/552, respectivamente). El entonces Fiscal de Casación, doctor Carlos Arturo Altuve, adhirió a los recursos mencionados (v. fs. 554/557 vta.).

**V.**

La Sala Primera de Transición del Tribunal de Casación, por auto del 22 de septiembre de 2020, declaró inadmisible la vía extraordinaria intentada (v. fs. 560//568); contra ello, únicamente el defensor oficial articuló queja ante esa Suprema Corte de Justicia, el cual fue admitido y concedió el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por esa parte (fs. 359/365), señalando que las cuestiones federales relativas a la "*vulneración al derecho a la protección judicial -art. 25.2.c, CADH-*", "*desnaturalización de la acción de habeas corpus colectivo*" y "*arbitrariedad*", se desarrollaron con la suficiencia y carga técnica necesarias.

VI.Sostiene el defensor que habiendo el Tribunal de Casación Penal dado por concluido el incidente de ejecución del *habeas corpus colectivo* se ha incumplido con la sentencia favorable a favor de "Niños, Niñas y adolescentes privados de la libertad" [de fecha 3 de noviembre de 2014], por cuanto se siguen manteniendo y recrudeciendo las violaciones a derechos fundamentales de ese grupo especialmente vulnerable.

Tal circunstancia, esgrime el impugnante, provoca "afectación a la garantía a tutela judicial efectiva" y "desnaturalización de la acción de *habeas corpus* colectivo", pues la acción colectiva debió permanecer abierta no sólo por los incumplimientos que detalla sino porque debe primar el interés superior del niño (v. fs. 540 vta.).

Especificó el recurrente que las afectaciones se vinculan a: 1. alojamientos de jóvenes en seccionales policiales -las que se encuentran prohibidas-; 2. alojamientos de jóvenes que ya han cumplido los 18 años de edad alojados en el Servicio Penitenciario Bonaerense sin control judicial; 3. la situación de superpoblación de jóvenes alojados en centros cerrados; 4. falta de cumplimiento de relevamiento estructural ordenado, y 5. falta de adecuación a la normativa internacional del reglamento de sanciones disciplinarias (v. fs. 550 vta.).

En consecuencia, el defensor solicita la intervención de la Corte local a fin de subsanar el derecho a la protección judicial y reparar la desnaturalización de la acción colectiva.

Estima que el *a quo* se limitó a realizar un control meramente aparente de la ejecución y sugiriendo mesas de trabajos cuyo resultado fue el mantenimiento del agravamiento de las condiciones de detención padecidos por los Niños, Niñas y Adolescentes de esta provincia, desoyendo los pedidos de esa parte de un mayor activismo judicial.

Concluyó que el argumento desplegado por el órgano casatorio relativo a que dichas "problemáticas" deberían tratarse en un "foro

de discusión permanente", implica desnaturalizar la acción de *habeas corpus* colectivo y violan el derecho a la protección judicial que demanda el suministro de un recurso judicial efectivo e idóneo.

En otro orden, considera el recurrente que los planteos realizados por esa parte durante el trámite de ejecución de sentencia han sido desoídos por el Tribunal de Casación Penal pese a que tales circunstancias fueran reconocidas por la Secretaría de la Niñez y Adolescencia como por el propio órgano casatorio; de ese modo, achaca el recurrente que el argumento del tribunal casatorio para descartar sus planteos, relativo a que se encontraban por fuera del control de ejecución para el que resultaba competente, es una afirmación dogmática (v. fs. 539 vta., aunque en el recurso de queja agregó que también se incurría en apartamiento de las constancias de la causa -v. fs. 934 vta.-).

**VII.**

Considero que el recurso progresa parcialmente.

Preliminarmente, corresponde señalar que el recurrente argumenta que se ha concluido prematuramente la acción colectiva, en tanto se siguen suscitando agravamiento de las condiciones de detención sobre los niños, niñas y adolescentes en el territorio provincial. En esa lógica, es menester determinar cuál o cuáles de las circunstancias denunciadas son lo que permitirían darle continuidad al *habeas corpus* colectivo.

a. 1. En lo que respecta al punto "II.c", la defensa se quejó de que la nueva resolución sobre el régimen disciplinario no se adecua a la Constitución Nacional, en tanto: no garantiza la intervención efectiva de la defensa; existe falta de recurso ante un órgano jurisdiccional con efecto suspensivo; se otorgan facultades discrecionales al Director del Instituto para disponer traslados y aislamientos y, finalmente, que el reglamento vulnera el principio de legalidad desde que el Poder Ejecutivo se arrogó la facultad de definir conductas infractoras que correspondían al Poder Legislativo.

Cabe recordar que la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2014 había dispuesto que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires tenía la obligación de adecuar "... *en el plazo de un mes, la resolución n° 370/12 en lo relativo a la reglamentación de las sanciones disciplinarias y su procedimiento, a lo expuesto por este Cuerpo en la cuestión segunda, apartado 2, y primordialmente a las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Resol. N° 45/113 de la Asamblea General)*".

Ante ello, el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires, el 10 de abril de 2019, dispuso por Resolución Ministerial n° 649/2019 "*Adecuar el sistema disciplinario de los centros de recepción y cerrados para jóvenes privados de la libertad en el sistema de responsabilidad penal juvenil*" y adjuntó el nuevo régimen (fs. 443 y vta. y 448/454 vta.).

Por su parte, el Tribunal de Casación Penal sostuvo que:

"... no se ve afectado el principio de legalidad al dictar el Poder Ejecutivo dicha resolución disciplinaria. Más allá de las discusiones que puedan surgir en torno a este tópico, cabe tener en cuenta que la presente causa resulta un incidente de ejecución, por lo que no puede recriminársele al Poder Ejecutivo, adecuar la resolución de marras, tal como le fue ordenado en el punto II *de la primigenia sentencia*" (fs. 514).

Ahora, la defensa, sostiene que tal resolución es inconstitucional por haberse dictado un acto administrativo que es propio del órgano legisferante, pero tal agravio no procede.

Considero que, al igual que lo sostuvo el *a quo*, la Resolución Ministerial 649/2019 es una consecuencia de la sentencia dictada por el Tribunal casatorio que impuso el deber al Poder Ejecutivo de readecuar la resolución N.° 370/2012; de este modo, el Poder Ejecutivo ha dado cumplimiento a la misma.

Más allá de ello, entiendo que el planteo de inconstitucionalidad podrá ser encauzado por las vías judiciales pertinentes más no en

un incidente de ejecución de *habeas corpus*, pues el objeto de tal pretensión escapa a las finalidades de la presente acción (cfr. arts. 43, Const. nac.; 20 inc. 1, Const. prov. y 405, CPP).

2. En otro andarivel, la defensa cuestiona que la nueva normativa afecta el derecho de defensa efectiva.

Como ya se dijo, era obligación del Poder Ejecutivo provincial adecuar la Resolución Ministerial N° 370/12 sobre: a. el derecho que les asiste a los jóvenes a defenderse de la imputación y de apelar la decisión ante autoridad imparcial y competente, b. imposibilidad de erigirse como sanción la "pérdida completa de recreación", "el traslado de establecimiento" y "el aislamiento en propia celda" (v. fs. 857 vta. y ss.).

Asimismo, en lo que aquí interesa, cabe recordar que las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Resolución 45 / 113 de la Asamblea General ), disponen en su art. 68 que "*las leyes o reglamentos aprobados por la autoridad administrativa competente deberán establecer normas relativas a ...; d) La autoridad competente en grado de apelación*" y en su art. 70 que "*No deberá sancionarse a ningún menor a menos que haya sido informado debidamente de la infracción que le es imputada, en forma que el menor comprenda cabalmente, y que se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa, incluido el derecho de apelar a una autoridad imparcial competente*".

Es decir, tanto el decisorio originario como las Reglas antes citadas, no aparece como imperativo para el Estado Provincial diseñar un régimen disciplinario Juvenil que dé intervención obligatoria al Ministerio Público de la Defensa en el proceso sancionador ni brinde un recurso ante un órgano jurisdiccional, tal como lo hizo notar el *a quo*.

En este contexto, el Estado Provincial ha dado cumplimiento a la obligaciones impuestas en esta acción, sin que lo dicho obture en un futuro presentaciones de la defensa que postulen la afectación a garantías

constitucionales en un caso concreto.

Finalmente, y en lo referido a las facultades de traslado por parte del Director en caso de cometer dos faltas graves o gravísimas en el lapso de 60 días y de aislamiento, las críticas del defensor son una mera oposición discrepante de los argumentos desarrollados por el órgano casatorio en cuanto a la interpretación que quepa asignarle a los arts. 8.4, 8.7 y 8.10 del Reglamento. Media insuficiencia (art. 495, CPP).

3) Sobre el punto III), considero que tampoco progresa.

En lo que respecta a ese punto el tribunal resolvió que: "*De acuerdo a lo expresado en el informe del subsecretario de la Suprema Corte de Justicia a cargo de la Dirección General de Asesoría Pericial, surge que dicha dirección carece de competencia para efectuar la tarea que este Tribunal hubiera encomendado oportunamente. En este sentido tanto el relevamiento estructural arquitectónico como el contable, resultan ajenos a la competencia de dicho organismo y, aun así, dicha dirección no cuenta con el personal ni la infraestructura necesaria para llevar a cabo la tarea encomendada. Por lo tanto, nos hallamos ante un caso de fuerza mayor, que exonera a la asesoría pericial de la orden dictada por este Tribunal, en virtud de que la obligación se ha tornado de imposible cumplimiento*".

Ante ello, la defensa sólo opone una visión alternativa de lo que debería haber realizado el *a quo* (entre ellas, oficiar esa tarea a otras entidades -como la UNLP- y requerir el apoyo sugerido de los Comités de Seguimientos departamentales -cfr. Acs. 3415 y 3632 de la SCBA-), pero ha dejado sin rebatir las imposibilidades alegadas por las Asesorías Periciales dependientes de la Corte provincial. Media insuficiencia (art. 495, CPP).

4. En otro orden, y en lo que respecta al planteo relativo a la situación de jóvenes alojados en comisaria ya fue resuelto en la sentencia del 4 de noviembre de 2014 en tanto recordó a los Magistrados y Fiscales las resoluciones que se encuentran vigentes en la materia (punto VI). Por lo tanto, toda constatación de dichas circunstancias deben ser puesta en cono-

cimiento de las autoridades pertinentes. En idéntico sentido, la situación de jóvenes condenados alojados en la órbita del Servicio Penitenciario Bonaerense sin aval judicial, encontró respuesta en el resolutorio originario y su aclaratoria, por lo que resulta improcedente (v. punto VII y fs. 920 vta./924 vta.); en efecto, toda situación diversa a la anterior debe ser reconducida ante el órgano jurisdiccional interviniente.

Estas últimas circunstancias, permiten aseverar también que los planteos están por fuera del esquema colectivo, pues -vale recordar- que esa Corte local resolvió que para la procedencia de tal acción no debe depender de la consideración puntual de las condiciones individuales de cada uno de los miembros del grupo (cfr. args. de la causa P. 133.682, sent. de 11/5/2020 y, en especial, punto 7° del resolutorio).

b.En cambio, considero que los planteos referidos a "la superpoblación" y "falta de cumplimiento del relevamiento estructural", deben tener acogida favorable.

En ese sentido, tiene dicho recientemente la Corte Federal que reemplazar un proceso colectivo por la sustanciación de una nueva acción colectiva de *habeas corpus* "*... se estaría rehusando la utilidad del caudal fáctico-probatorio reunido en la instancia de origen durante todo este período, del fructuoso aporte de las partes intervinientes y de las prácticas jurisdiccionales que, en mayor o menor medida, han iniciado el proceso de remoción de las indignas condiciones carcelarias que produjeron el estado de cosas que se pretende revertir*" (cfr. Fallos 344:1102 *in re* "Verbitsky", consid. 7°, sent. del 13 de mayo de 2021).

En consecuencia, el *a quo* podía haber reencauzado la sentencia originaria en el punto III ya que las denuncias abarcaban aspectos relativos a problemas edilicios -p. ej. provisión de gas y agua potable- y de superpoblación -adecuada asistencia de salud, etc.-.

De allí que le asiste razón al recurrente cuando critica que el Tribunal casatorio ha desnaturalizado la presente acción al considerar que

la misma no es "un foro permanente de resoluciones de conflictos atinentes a la materia" (v. fs. 354 vta. y 515) y, por ende, dictó un pronunciamiento arbitrario.

Se observa con nitidez que las cuestiones denunciadas por el entonces Defensor oficial -Dr. Coriolano-, dada la transcendencia y gravedad, podrían haber sido abordadas en el presente *habeas corpus colectivo* en virtud de que existe un caudal fáctico que posibilita reencauzar la acción colectiva y darle utilidad a todos los datos aportados, pues tienen estrecha vinculación con el origen de este *habeas corpus*.

Por lo dicho, considero que deben remitirse las actuaciones al Tribunal de Casación Penal para que aborde las peticiones de las partes y, a su vez, analice -si corresponde- convocar la mesa de diálogo entre los poderes del Estado.

**VIII.**

Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte de Justicia debería hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado por el entonces Defensor oficial ante el Tribunal de Casación Penal -Dr. Coriolano- y remitir las actuaciones al *a quo* a fin de que trate adecuadamente, y con el alcance indicado, las peticiones de las partes.

La Plata, 25 de octubre de 2021.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

# LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ASESORES DE INCAPACES

## 3. La intervención del Ministerio Público. Asesores de Incapaces

La intervención del Asesor de Incapaces en todo proceso judicial o extrajudicial, está establecida en todo plexo normativo (conformado por normas de origen nacional, provincial e internacional) destinado a la protección, a la satisfacción de los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes y personas con padecimiento en su salud mental, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación.

Es un mandato de la Constitución Nacional, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, leyes y compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, en pos de proteger y resguardar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes y las personas con padecimientos en su salud mental, como una cuestión de relevancia federal, y como requisito esencial en cumplimiento de la efectiva tutela judicial y garantía constitucional del debido proceso. Ya sea su intervención en los distintos fueros.

Por consiguiente, a continuación se efectuará la cita de los dictámenes más relevantes emitidos por la Procuración General, en casos vinculados a la intervención del Asesor de Menores e Incapaces en las distintas materias, en los cuales se examinó las funciones propias de su incumbencia, naturaleza de su función, necesidad de su intervención y el alcance de la misma, sanción por omisión de su intervención, todas ellas a la luz de los derechos constitucionales y legales, habiéndose receptado en los mismos los principales estándares que surgen de instrumentos internacionales y pronunciamiento de organismos foráneos en la materia.

### 3.1. Fueros Civil y Comercial, de Familia

#### 3.1.1. Asesora de Incapaces. Representante del menor. Cuestiones federales. Interés superior del niño. Derecho de defensa. Intervención. Deberes y facultades. Omisión. Nulidad. Actuación del Ministerio Público esencial y legitima. Convención de los Derechos del Niño. Artículo 75

### inc. 22 de la Constitución Nacional

**Dictamen C 124.857-1** "C. C. D. c/ G. S. B. y otro/a s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte (exc.Estado)", fecha: 28 de noviembre de 2022

En el mismo se sostiene que, el recurso incoado por la Asesora suplente de Incapaces, doctora Corani F. Tambussi, ha sido deducido en su rol de representante del menor G.J.P., por lo que sin lugar a hesitación, y más allá de la apuntada insuficiencia del valor económico del agravio, en este litigio puntual, debe ceder al encontrarse comprometidas cuestiones federales tales como el interés superior del niño y su derecho de defensa garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional, y en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849).

Se señala  en el mismo que, en doctrina de la Suprema Corte, la labor que les cabe a los funcionarios del Ministerio Público Pupilar no se agota pasivamente en una mera asistencia y control de la actuación cumplida por los representantes necesarios de los incapaces involucrados en un proceso, sino que, muy por el contrario, debe ser concebida y ejercida por sus agentes con dinamismo y responsabilidad al punto tal de estar a la altura -eventualmente-de suplir el déficit u omisión de actuación de aquellos a quienes la ley exige su participación en nombre de los incapaces (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. de 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. de 27-II-1990 y L. 64.499, sent. de 5-VII-2000, e.o.).

Se señalo al dictaminar que "El Código Civil y Comercial recientemente sancionado -ley 26.994, publ. 8-X-2014-, en su art. 103, posiciona de mejor modo al Asesor de Menores en comparación con el art. 59 del Código Civil aún vigente al clarificar con dinamismo la asignación de funciones, dejando atrás la primera etapa. Sin embargo, en lo que respecta a las subsiguientes, califica su intervención de complementaria a través de esta representación dual junto a los representantes legales en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando los derechos de los representados

estén comprometidos, y exista inacción de los representantes-, esa actuación se convierte en principal porque surge la necesidad de garantizar condiciones de igualdad en el acceso de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores (v. en su correlato el art. 706, 2º párr. en su mención al modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables)". SCBA señaló -por mayoría- en la causa C.117.505 "M., M.N del C y otros", sent. del 22-IV-2015.

" En definitiva, no es otra cosa que aplicar el principio del 'interés superior del niño' como garantía reforzada, a la vez que entre a jugar el principio de efectividad presente en el art. 4 de la Convención de los Derechos del Niño que implica que el Estado, la familia y la sociedad deben asegurar todos los derechos y garantías de este colectivo, y que en palabras de la Corte Interamericana, en el caso ya citado 'Furlan', ha puesto énfasis en la garantía de la intervención del Asesor 'mediante las facultades que le concede la ley' -art. 38 inc. 4 de la ley 14.442-, constituyendo 'una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad'" SCBA señaló -por mayoría- en la causa C.117.505 "M., M.N del C y otros", sent. del 22-IV-2015.

Al dictaminar el Procurador General, también señala que, a la luz del principio rector del interés superior del menor, no puede perderse de vista que además del carácter público e imperativo del art. 103 del Código de fondo, que califica como esencial y legítima la calidad de parte del Ministerio Público, el universo normativo se ha ampliado a partir de la aplicación y operativización de la Convención de los Derechos del Niño, también invocada por la recurrente. Dicho cuerpo supra legal, incorporado a nuestro ordenamiento por conducto del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, procura -en suma- el empleo por parte de los funcionarios autorizados por cada ordenamiento provincial de todas las medidas necesarias que tengan por objeto la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (arts. 3, 4, 12 y cc., ley 23.849).

Añadiendo que la omisión en que incurrió el Tribunal al no haber cumplido con la

necesaria vista a la representante promiscua del menor, implicó una falta de consideración de su verdadera condición de "parte" conforme las facultades que le otorgan el art. 103 inc. "b" del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 38 de la ley 14.442, generándole al niño un evidente estado de indefensión que amerita se haga lugar al pedido de nulidad por ella formulado.

### 3.1.2. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Apoyos. Nuevo tratamiento Código Civil y Comercial de la Nación. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

**Dictamen C 124.337-5** "M. C., C. d. l. A . s/ determinación de la capacidad jurídica", fecha: 8 de junio de 2021

El Procurador General al dictaminar señala, como expresara el Alto Tribunal de la Nación que "A partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...] se produjo un cambio sustancial en el régimen relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Se abandonó el sistema de sustitución y subrogación de la voluntad, y se lo reemplazó por un modelo social de la discapacidad [...], el art. 12 de la referida Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardias proporcionales y revisables periódicamente" (CSJN 698/2011 (47-P), "P., A. C. s/ Insania", sent. de 11-12-2014). (12)

### 3.1.3. Intervención de los Asesores de Incapaces en el marco de los procesos vinculados con la presunta comisión del delito de usurpación y/o en los procesos de desalojos en los que se dispongan medidas de reintegro del inmueble que puedan afectar los derechos o intereses de personas menores de edad

Conforme reza el artículo 1 de la **Resolución P. G. N.° 452** de fecha 13 de julio de 2010, dictada por la ex Procuradora General, María del Carmen Falbo, se

resolvió: "**Instruir** a las/os Sras./res. Fiscales y Defensores Oficiales para que, en el marco de los procesos vinculados con la presunta comisión del delito de usurpación y/o en los procesos de desalojos en los que se dispongan medidas de reintegro del inmueble que puedan afectar los derechos o intereses de personas menores de edad, soliciten, en virtud de sus respectivas competencias y en cumplimiento del control de legalidad que les asiste (art. 1 y ces. Ley 12.061), **la intervención del Asesor de Incapaces**, de conformidad con la *protección especial* que el derecho internacional de los derechos humanos así como el derecho constitucional reconocen a las personas menores de edad."

**Dictamen C 119.405-1** "Viviendas 18 de Julio Sociedad Civil c/ N., D. R. s/ desalojo por falta de pago", fecha: 27 de febrero de 2019

### 3.1.4. Legitimación de la Asesora para recurrir. Justicia. Acceso. Derechos constitucionales. Derecho a la tutela judicial efectiva

**Dictamen C 122.321-1** "F.R. s/ determinación de la capacidad jurídica", fecha: 31 de octubre de 2018

En oportunidad de dictaminar, el Procurador General reconoció la legitimación de la Asesora para recurrir las sentencias definitivas o equiparable.

Al dictaminar se señala que, tampoco se valora la condición del justiciable, quien por su vulnerabilidad –discapacidad mental y pobreza- (Sección 2º, 1 [3] "Las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana) requiere de una protección particular, acorde a sus circunstancias, y en línea con los derechos de rango constitucional.

### 3.1.5. Recurso extraordinario de inaplicabilidad. Asesor de Incapaces. Legitimación para actuar. Funciones del Asesor de Menores. Menores. Intereses. Intervención del Ministerio Público Tutelar. Nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada

**Dictamen C 122.102-1** "Asesoría de Incapaces uno Lomas de Zamora c/ N. J. L.

s/acciones de impugnación de filiación" de fecha 26 de abril de 2018

En el presente caso, queda despejada la habilitación del Asesor de Incapaces como legitimado directo o principal para el inicio y prosecución del "sub lite", tal como lo ha decidido la Alzada.

En dicho dictamen se recordó la pacifica doctrina de la Suprema Corte, establecida aún con anterioridad al nuevo Código Civil y Comercial: "... aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad".

Continuando que "asimismo, en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada" (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. del 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VII- 2000 y Dictamen P.G., causa L.83.196, del 26-X11-2002).

También sostuvo, que la SCBA en la materia: "Se ha declarado que las funciones del Asesor de Menores, más que de representación legal "propiamente dicha -que es ejercida por el representante necesario- son de asistencia y contralor, las cuales sin embargo no se agotan en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz toda vez que en ciertas circunstancias cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, aquél será representante directo".

Así como que, "además en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses

de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y con mayor razón sí se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf causas Ac. 27.759, sent. del 19-VIII-1980 en "D.J.B.A.", 119-682, Ac. 41.005, sent. del 27-11-1990 en "Acuerdos y Sentencias ", 1990-1-240; ...".

En el dictamen de referencia sostuvo el Procurador General, que más recientemente, ya sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación -aunque todavía no vigente-, la Suprema Corte provincial haciendo referencia a la del Ministerio Público Tutelar, se ha manifestado dando cuenta del nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada que establece nuestro ordenamiento jurídico en general y civil y comercial en particular (conf S.C.B.A., causa 117.505, sent. del 122-TV-2015).

En esa línea, se consideró que un nuevo protagonismo le ha sido reconocido al Asesor, refiriendo que su intervención ha cobrado un posicionamiento superior a partir de la Constitución, y de las normas convencionales especialmente referidas a los derechos de niños y niñas, con la Implosión de adecuaciones procesales que garanticen el pleno goce del acceso la justicia de quienes se encuentran en condiciones desventajosas para el ejercicio de derechos propios (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 CADH y 2, 3.1, 5, 6, y 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, O.G. N.° 17/28 de agosto de 2002, "Condición jurídica y los Derechos Humanos del Niño", art. 75 inc. 22 y 23 CN, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Página las Personas 3 de 8 en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, -citados en el voto del Ministro de Lázzari en la causa aludida-); reposicionamiento que también se refleja en la nueva regulación sustantiva, que en su art. 103 determina que la intervención del Asesor puede ser "complementaria" de la de los representantes legales de los menores (representación dual) en todos los procesos en que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando tales derechos estuvieran comprometidos y existiera inacción de los

representantes legales-, dicha actuación habrá de convertirse en "principal" con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el goce de la tutela de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores.

También se destacó igualmente que sí bien esta función no resulta totalmente novedosa, toda vez que la doctrina ya asignaba tales alcances al artículo 59 del Código de Vélez, hoy aparece de modo explícito en la redacción del art. 103 (10), cuyas previsiones debe integrarse con lo que al respecto dispone el artículo 38 inc. 4° de la ley 14.442, reglamentaria a nivel provincial de las funciones inherentes al Ministerio Público Tutelar.

Agregando, que le cabe "asumir una representación que importe la actuación en todo supuesto en que los derechos del niño o de la persona con padecimiento mental, requiera una actuación judicial o extrajudicial ya sea en coordinación con los representantes individuales, legales y necesarios -coadyudando en la representación, en tanto el planteo se ajuste a derecho y a las necesidades de la persona incapaz-; o actuando en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales (padres, tutores, curadores) o sistemas de apoyo, cuando éstos no amparan a la persona por falta, exceso o defecto en su intervención".

### 3.1.6. Queja. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Intervención necesaria del Ministerio Público Tutelar. Se retrotrae el estado de la causa Falta de intervención del Asesor de Incapaces

**Dictamen C 121.209-1 "**Herederos de C., L. A. S.A. y ot. s/ cobro ordinario de sumas de dinero", fecha: 27 de noviembre 2017

El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, estimó que corresponde anular de oficio todo lo actuado desde de fs. 806, dando al Ministerio Público la intervención que por ley viene impuesta para dar cumplimiento a la tutela adecuada de los derechos de niñas, niños y adolescentes, para asegurar la remoción de los obstáculos que impidieran su acceso a la justicia y al goce de sus derechos

En el precedente del fuero laboral que guarda similitudes con la presente causa, la Procuración General tuvo ocasión de señalar, cuando todavía se encontraba vigente el Código Civil anterior a la reforma del año 2015, que "En reiterada doctrina, ese Alto Tribunal ha sostenido que, aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legitima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad."

Asimismo, agregó, que en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. del 19- VII1980; Ac. 41.005, sent. del 27-11-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VI-2000)" (Dictamen P.G., causa L.83.196, del 26-X11-2002).

Señalo al dictaminar el Procurador General que, "en tanto -como se vio- omitieron cursar la referida intimación a la funcionaria del Ministerio Pupilar quien -por imposición legal (art. 59, Cód. Civil)- reviste el carácter de representante promiscua de aquéllos en calidad de parte legitima y esencial en este proceso" (del dict. de la causa L.83.196, ya cit.).

Asimismo, cito que, la Corte Suprema de la Nación in re "Quintana" sostuvo que la omisión del *a quo* de conferir intervención al ministerio pupilar para que ejerza la representación necesaria de una hija menor -beneficiaria de la pensión derivada de la muerte de su padre- afecta la finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, la cual ha sido objeto de consideración en tratados internacionales de jerarquía constitucional, tales como la Convención sobre los Derechos del

Niño que establece el compromiso de los estados partes de dar al menor oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (Fallos v. 320-2, pág. 1291 y ss.).

### 3.1.7. Tribunal de Familia. Violencia Familiar. Víctimas menores de edad. Asesora de Menores. Solicitud de medidas cautelar en resguardo del grupo familiar

**Causa Ac. 99.204,** «O., N. N. s/ protección contra la violencia familiar", fecha: 18/09/2006

## 3.2. Fuero Laboral

### 3.2.1. Falta de notificación al Ministerio Público Pupilar. Nulidad de oficio. Legitimación del Ministerio Público para impulsar el proceso. Obligación de notificación. Representante promiscuo de los menores

**Dictamen L 83.196 "**D. G. , R. y otros contra P. S.A. y otros s/ cobro de pesos, accidente in itinere" fecha: 26 de diciembre de 2002

En las presentes actuaciones la Procuración General intervino en mérito a sus competencias, oportunidad en la que opinó que correspondía que la Suprema Corte dispusiera la nulidad de oficio de la Resolución, por la falta de notificación al Ministerio Público Pupilar.

En tal sentido, mencionó lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 11.653, dado que la norma establece que, además de las partes, el Ministerio Público se encuentra legitimado para impulsar el proceso. Al respecto, consideró que el procedimiento instituido por el artículo 12 de la mentada ley, al fin de decretar la caducidad de instancia, incluye la obligación procesal de la jurisdicción de notificar la intimación no solamente a las partes, sino así también al Ministerio Público, y que, por lo tanto correspondía la resolución era nula.

El subprocurador, en el desarrollo de su dictamen, argumentó que las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor

conforme ciertas normas legales, y que no puede negarse que el art. 59 del ex Código Civil le confería el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad.

Asimismo, en dicho dictamen se señaló de manera expresa que, conforme al texto legal, el Ministerio Público Tutelar reviste el carácter de representante promiscuo de los menores, en calidad de parte legítima y esencial en el proceso.

### 3.3. Participación de la Asesoría de Incapaces en causas penales

#### 3.3.1. Asesor de Menores e Incapaces. Intervención necesaria. Deberes y Facultades. Rol del Asesor de Incapaces. Actuación del Ministerio Público. Menores. Derechos y garantías

**Causa P 133.483-1** "P., K. -Particular Damnificada- s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.º 76.292 del Tribunal Casación Penal, Sala V", fecha: 23 de agosto del 2021.

En la oportunidad de dictaminar el Procurador General, entendió, que se incumplió con la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar (cfr. arts. 19, CDN; 59, C.C o 103, C.C.y.C y leyes nros. 12.061 y 14.442), pues la misma hubiera garantizado –con mayor amplitud- una representación reforzada y especializada en la niñez en el proceso penal.

Consideró que corresponde remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces a los fines que sea ese Ministerio quien tome contacto directo e inmediato con la menor de edad y evalúe peticionar las medidas y nulidades que corresponda (cfr. arts. 102 bis, 202 inc. 2, 205 incs. 3 y 4 y 206, todos del C.P.P; mutatis mutindi, causa L. 64.499, sent. de 5-7-2000).

Puso de relieve, la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia (conf. Cor-

te Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y otras -’ Campo Algodonero’ - vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 408; en el mismo sentido, “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, parágrafo 134.

Bajo esos postulados (doble condición de vulnerabilidad y especial protección), se elaboró el presente dictamen, en tanto son compromisos internacionales que ha asumido el Estado Argentino y que, por ende, debemos velar; dichos aspectos van en sintonía con el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo r, primer párrafo).

Además, se señala, que el Código Procesal Penal bonaerense no regula expresamente como sujeto procesal al Asesor de menores e incapaces ni en qué actos puede o debe intervenir; sin embargo, la actuación del Ministerio Público pupilar en el proceso penal sí emana de un conjunto normativo que, interpretado armónica y sistemáticamente (cfr. args. Fallos 335:2307, consid. 9°, A. 777. XLVII. RHE. Arteaga Catalán, Ricardo Belarmino s/ abuso sexual –causa N° 24.114/09-, sent. del 27 de noviembre de 2014, consid. 7°; entre otros) conduce a sostener que su intervención resulta necesaria -e incluso obligatoria- para determinados casos.

En este sentido, tiene dicho la Corte Nacional que el principio de protección del interés del niño opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre preceptos cuya implementación se revele contraría a sus derechos (Fallos: 331:941). Por ende, los tribunales deben aplicarlo analizando sistemáticamente cómo los derechos y conveniencias del menor se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Fallos: 331 :2047).

Asimismo, resalta que, ya sea por la aplicación ultraactiva del art. 59 del Código Civil -cfr. art. 2, Cód. Penal- o del 103 del Código Civil y Comercial -por ser más benigna-, la regulación de la intervención y/o legitimación del Asesor de incapaces en los procesos penales debe basarse en ellas, pues irradian

para todos los procesos -sin importar la materia- por igual (v. args. causa P. 118.953, resol. del 11-10-2012, voto de los Dres. Negri y de Lázzari y dictámenes de esta Procuración General en causas P. 131.370 y P. 128.556). Por tal motivo, sea por aplicar una "representación promiscua" o por un "apoyo complemantario" del Ministerio Público Tutelar (v. voto del Dr. de Lázzari en causa C. 117.505, sent. de 22-4-2015), la intervención Asesor de menores -en esta caso- aparecía como necesaria.

Además, se señala, que "el Asesor de Incapaces juega un rol que contribuye o colabora con el titular de la acción penal, a efectos de proteger los intereses de la víctima menor de edad (arts. 59 del CC o 103 del CCyC y 38 incs. 1 y 4 de la ley 14.442 o 23 incs. 1 y 4 de la ley 12.061- y ley 26.061), circunstancia ella que ni siquiera puede ser suplida por la participación de un particular damnificado -como sucedió en el sub lite-, en tanto y cuanto la intervención de la Asesoría de Incapaces es fijada por la ley".

"En esta clase de intervención del Asesor del menor (esto es, de apoyo "complementario" hacia el Fiscal), se vislumbra como necesaria por cuanto la persona menor de edad es una presunta víctima de un delito contra la integridad sexual y, con mayor fundamento, cuando el presunto autor es un ascendientes (v. Resoluciones n° 903/2012 de esa Suprema Corte de Justicia –que fija comunicar al Asesor de menores- y n° 99/2019 de esta Procuración General; en igual sentido se han expresado otras jurisdicciones, como por ej., en la Instrucción General n° 11/2018 de la Procuración General de la Provincia de Río Negro)".

### 3.3.2. Legitimación de la Asesora de Menores. Naturaleza procesal de la cuestión. Intervención del representante promiscuo de los menores de edad

**Dictamen P 131.370-1 "** R., J. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", fecha: 29 de octubre de 2018

Al dictaminar se señaló que, la legitimación de la Asesora de Incapa-

ces para interponer, a instancias de la propia damnificada, el recurso de casación contra el veredicto absolutorio dictado en autos viene impuesta por el citado art. 12 de la C.I.D.N. y por los arts. 38, inc. 4 de la ley N.° 14.442 y 103 del Código Civil y Comercial de la Nación. Y se presenta como una vía procesal idónea para materializar el efectivo ejercicio de los derechos de la víctima garantizados legal y constitucionalmente.

En este sentido, se cita que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, desde antaño, la relevancia de la intervención del representante promiscuo de los menores de edad (cfr. Fallos 330:4498; 332:1115; 333:1152; 334:419 y causas "Recurso de Hecho deducido por la defensa oficial de M.S.M. c/ P.C. A", sent. de 26/6/2012 y S. D. c/R.L.M s/reintegro de hijo", sent. de 27/12/2012), y la propia Corte I.D.H. ha destacado que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías, las que "...pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor"

y que en las circunstancias específicas de cada caso el Asesor de menores e incapaces puede constituir "una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad" del menor de edad y evitar que sean vulneradas las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana. (cfr. caso "Furan y familiares vs. Argentina", sent. de 31/8/2012, párrafos 242 y ss.).

### 3.3.3. Dictamen P 128.556-1 "G., G. Particular Damnificada s/ recurso de queja", fecha: 1 de noviembre de 2017

El Procurador General en la intervención que le cupo, de conformidad con

la vista conferida, consideró que el recurso extraordinario interpuestos por el la Asesora de Menores debía ser acogido.

Ello así pues consideró que, los planteos que la representante del Ministerio Público llevó al Tribunal de Casación, al impugnar la decisión de la alzada departamental que confirmó el sobreseimiento del imputado, revistieron entidad federal suficiente, fueron planteados oportunamente y por parte legitimada, debieron ser abordados por el tribunal intermedio, para asegurar un adecuado tránsito hacia la instancia federal de excepción en los términos del art. 31 de la C.N. y su doctrina.

### 3.3.4. Asesora de Menores. Legitimación activa para peticionar y recurrir. Amenazas en el contexto de violencia familiar. Interpone recurso de avocación ante la Suprema Corte. Derechos fundamentales. Corpus iuris internacional. Inaplicabilidad de la mediación penal a los casos de violencia

**Dictamen P 118.953, "Dra. SCHERMAN,** Ida Ariana s/ solicita intervención inmediata de la Suprema Corte. avocación", **fecha: 09/10/2012**

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 124.857-1

**“C. C. D. c/ G. S. B. y otro/a s/ daños y perj. autom. c/les. o muerte (exc.Estado)”, fecha: 28 de noviembre de 2022**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

" C. C. D. c/ G. S. B. y otro/a s/ Daños y perj. Autom. c/Les. o muerte (Exc.Estado)".

**C 124.857-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

A los fines de abordar la impugnación extraordinaria deducida en los autos del epígrafe, enunciaré, en ajustada síntesis, los antecedentes vertebrales de la causa en vista, a saber:

a.La presente acción de trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nº1 del Departamento Judicial de Necochea, fue deducida por C. D. C. quien, en nombre y representación de su hijo G.J.P menor de edad, con el patrocinio letrado del Dr. Juan Ignacio Caballero Amezcua, reclamó la indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de las lesiones de diversa consideración padecidas por el niño, en circunstancias en que, mientras se encontraba jugando en el domicilio familiar sito en la ciudad de Necochea, resultó golpeado por la tranquera de ingreso a la propiedad como consecuencia de haber sido embestida por el camión marca Mercedes Benz L-1112, dominio ... mientras realizaba maniobras de tránsito, hecho acaecido el día 30- XI-2014.

La pretensión resarcitoria fue entablada contra S. B. G., a quien se le atribuyó responsabilidad en carácter de "propietaria" del vehículo que provocó el evento dañoso, con citación en garantía de la compañía aseguradora Federal Argentina S.A. (v. escrito de demanda fs. 48/61vta.).

Trabada la *litis* en los términos referenciados, interesa destacar a los fines recursivos que con fecha 12-XII-2017 el abogado de la parte actora Dr. Juan Ignacio Caballero Amezcua renunció a su patrocinio letrado ma-

nifestando haber perdido contacto con la representante del menor (v. fs. 264), circunstancia que fue debidamente notificada a su mandante con fecha 16-III-2018 (v. cédula de fs. 283/285).

b.En ese estado de cosas, el magistrado a cargo del Juzgado de primera instancia interviniente, resolvió hacer lugar a la acción por daños y perjuicios incoada por C. D. C. en representación de su hijo menor de edad G.J.P. contra S. B. G. y la citada en garantía Aseguradora Federal Argentina S.A. (en liquidación), a raíz del accidente sufrido por el niño, por lo que condenó a estos últimos a abonar a la actora la suma de doscientos mil pesos ($200.000) más los intereses que fijó (v. sentencia del 9-VI-2020), decisorio del que se confirió vista por oficio a la Asesoría de Incapaces n° 2 de Necochea, imponiéndose de sus términos la señora Asesora mediante la presentación de fecha 10-VI-2020.

c.Apelado el pronunciamiento de grado únicamente por la señora G. , la Cámara de Apelación del fuero departamental ordenó el día 01-XII-2020 se dé traslado a la parte actora de la expresión de agravios de la demandada, lo que motivó una nueva presentación del ex letrado patrocinante de C. D. C. insistiendo en la circunstancia ya apuntada de haber renunciado al patrocinio en fecha 12-XII-2017. No obstante lo expuesto, el Tribunal reiteró -al igual que lo hiciera el magistrado de origen mediante resolución del 27-VIII-2018-, la subsistencia del domicilio procesal constituido por la accionante (art. 42, CPCC), y resolvió que no habiendo ésta replicado la expresión de agravios de la parte contraria, se le daba por decaído el derecho que había dejado de usar, y dispuso el llamado de autos para sentencia (v. resol. de 17-XII-2020).

d.Puesta ya a decidir, la Cámara revocó el fallo de primera instancia, desestimando íntegramente la demanda entablada por considerar que no existían suficientes elementos probatorios reunidos en la causa, que permitieran atribuir responsabilidad en el siniestro a la accionada G. en calidad de dueña o guardián del vehículo productor del daño conforme los términos de lo normado por el art. 1.113 del Código Civil, vigente al momento del hecho (v. sent. del 30-III-2021).

Resulta imprescindible destacar por resultar la cuestión medular del tema sometido a decisión, que previo al dictado del resolutorio de segunda instancia, y teniendo en especial consideración que desde el 12-XII-2017 la víctima de autos (adolescente de 15 años de edad tal como consta del certificado de nacimiento obrante a fs. 22) carecía de representación legal, al igual que su progenitora por la renuncia de su letrado patrocinante –circunstancia que persiste en la actualidad-, no se le dio intervención a la Asesoría de Incapaces.

**II.**

Contra dicha forma de resolver se alzó la señora Asesora suplente a cargo de la Asesoría nº1 del aludido departamento judicial -doctora Corani F. Tambussi- interponiendo los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley, plasmados en la presentación única electrónica de fecha 13-IV-2021, siendo desestimado por el órgano de Alzada el primero de los remedios procesales con fundamento en que no se habían expuesto ni desarrollado agravios sustentados en el contenido normativo de los arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial, concediendo el restante (v. resol. de 16-IV-2021).

**III.**

Frente a lo así decidido, la recurrente dedujo el recurso de queja previsto por el art. 292 del Código Procesal Civil y Comercial, confirmando ese alto Tribunal –por similares argumentos a los vertidos por la Cámara- que la vía intentada resultaba inadmisible, confiriéndome a continuación vista del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en los términos de lo prescripto por el art. 283 del Código de rito (v. sent. de 09-XI-2021).

Con denuncia de violación de los arts. 18 de la Constitución Nacional, arts. 8.1, 11 y 19 de la Convención Americana, art. 12.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 10, 11 y 15 de la Constitución local, art. 103 del Código Civil y Comercial de La Nación y 38 de la ley 14.442, disposiciones del capítulo II sección 4ta. de las 100 Reglas de Brasilia y la doctrina que emana de los precedentes *in re* “Furlan” (CIDH, sent. de 31-VIII-2012, Serie C. n° 246), “Corvalan”

(CSJN, Civ., 43124/2013/1/RHI, sent. del 18-IV-2018) y "Marchesini" (CSJN, M.354. XXXIV. 13-II-2021), se agravia, en esencia la impugnante de que el tribunal de Alzada, previo a emitir sentencia, omitió darle debida intervención al Ministerio Público, lo que se patentiza en la falta de bilateralización de la expresión de agravios de la demandada que, a la postre se vio beneficiada por la sentencia revocatoria en crisis, lesionando gravemente los derechos fundamentales del niño G.J.P.

A la luz del marco legal que postula de aplicación a la cuestión debatida, la señora Asesora interviniente efectúa un raconto de lo actuado a partir del dictado de la sentencia de primera instancia que acogió parcialmente el reclamo impetrado, y que este Ministerio consintió, detallando que apelado el fallo y concedido el recurso ordinario deducido por la demandada vencida se elevaron las actuaciones al Superior, y desde esa oportunidad –destaca- no se le dio intervención alguna a la Asesoría.

Tras exponer cronológicamente la secuencia procesal que -según su parecer- avala tal afirmación: "...*) 18.8.2020 *llamado de autos para expresar agravios.* *) 19.8.2020 *cedula al domicilio constituido electrónico de Sra. C. (mamá de G. J.), pese a la renuncia del patrocinio efectuada en el 2017.* *) 10.11.2020 *se reanuda plazo para expresar agravios.* *) 19.11.2020 *expresa agravios la recurrente demandada.* *) 1.1.2020 *se ordena traslado de la EA.* *) 4.12.2020 *Dr. Caballero Amezcua manifiesta que el 12.12.2017 renunció al patrocinio.*) 17.12.2020 *llamado de autos para sentencia. Se resuelve que en orden al art. 42 del C.P.C.C. y antecedentes de la propia Cámara, el domicilio constituido se sostiene pese a la renuncia y se le da por decaído el derecho a contestar la E.A.* *) 30.3.2021 *se dicta sentencia de 2da. Instancia rechazando la acción. Se imponen costas.* *) 31.3.2021 *cedula a la Asesoría*", señala que tanto en la instancia de grado como en la Alzada se dictó sentencia sin que el menor G.J.P. sea escuchado, precisando que a la fecha del pronunciamiento ahora recurrido, ya no era un niño sino un adolescente.

Destaca que teniendo en cuenta el abandono de las actuaciones por parte de su progenitora, al carecer de patrocinio legal desde el año 2.017 conjuntamente con la frustrada gestión de dar con su paradero instada por

esa Asesoría a los fines de integrarlo al proceso como sujeto sustancial (conforme acta policial de notificación que adjunta), formaliza la presentación recursiva en vista con el carácter de "intervención principal" en orden a lo dispuesto por el art. 103 inc. "b" del Código Civil y Comercial de la Nación, en pos de compensar la falta de actividad de los representantes legales del niño.

Por ello, solicita se declare la nulidad del trámite procesal seguido en la Alzada, requiriendo se efectivice un nuevo llamado de autos para expresar agravios con la correspondiente vista previa al Ministerio pupilar, y conjuntamente deja peticionado que se agoten los recaudos para que el menor G.J.P. tome conocimiento de la sentencia que se dicte, la que deberá estar redactada en lenguaje accesible considerando la edad y pertenencia del adolescente, haciendo así efectivos los derechos a ser oído y a la información.

**IV.**

Delineados sintéticamente los agravios esbozados por la señora Asesora, y en función de los motivos que seguidamente explicitaré, anticipo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido debe prosperar.

Liminarmente, habré de formular unas breves consideraciones con relación al requisito de admisibilidad formal del intento revisor vinculado con el monto mínimo establecido para recurrir, que –en el caso- resulta manifiestamente insuficiente, al no abastecer el valor del agravio exigido por el art. 278 del rito local (500 jus arancelarios) para acceder a la vía extraordinaria deducida.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse que el recurso incoado por la Asesora suplente de Incapaces, doctora Corani F. Tambussi, ha sido deducido en su rol de representante del menor G.J.P., por lo que sin lugar a hesitación, y más allá de la apuntada insuficiencia del valor económico del agravio, en este litigio puntual, debe ceder al encontrarse comprometidas cuestiones federales tales como el interés superior del niño y su derecho de defensa garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional, y en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849).

En efecto, habiendo vinculado la recurrente sus agravios a la afectación de los derechos de mención ha quedado introducida una cuestión federal que merece ser tratada por esa Suprema Corte a los fines de agotar las instancias locales y permitirle luego a las partes involucradas en la controversia -para el caso de que así pudiera corresponder- el acceso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (conf. CSJN, causas "Strada" Fa lo 308:490, "Christou" Fa lo 310 v.1: 324, y "Di Mascio" Fa los 311: 2478).

Y si bien lo dicho resulta suficiente a los fines de rehuir el escollo de admisibilidad apuntado, también ha de considerarse que tal como lo señala la representante del Ministerio Público tutelar en su prédica, la cuestión traída a juzgamiento -omisión de participación de la Asesoría de Incapaces en un proceso judicial donde la víctima es un menor- excede el mero interés de los litigantes involucrados siendo de aquellas que en los términos del art. 31 bis de la Ley 5.827 -texto según ley 13.812- reviste gravedad institucional, en virtud de la nulidad de un pronunciamiento dictado en esas condiciones- importando, además, lo decidido la violación de la doctrina legal imperante en la materia (conf. precedentes ya citados: "Furlan", "Corvalan" y "Marchesini"), por lo que estimo deberá V.E. hacer ejercicio de la facultad que en tal sentido prevé la norma aludida, abordando el tratamiento del recurso extraordinario incoado.

b. Ahora bien, sorteado dicho valladar formal, considero que -tal lo adelantado- el recurso deducido por la Asesora de Menores e Incapaces Corani F. Tambussi, muestra de un ponderable activismo y compromiso en el ejercicio de la función asistencial que naturalmente le compete en atención a la desprotección en la que se ha visto inmerso el menor afectado, debe ser acogido por esa Corte.

En efecto, pues en propias palabras que utilizara ese cimero Tribunal en doctrina que estimo de estricta aplicación por su analogía con el presente caso, la labor que les cabe a los funcionarios del Ministerio Público Pupilar no se agota pasivamente en una mera asistencia y control de la actuación cumplida

por los representantes necesarios de los incapaces involucrados en un proceso, sino que, muy por el contrario, debe ser concebida y ejercida por sus agentes con dinamismo y responsabilidad al punto tal de estar a la altura -eventualmente- de suplir el déficit u omisión de actuación de aquellos a quienes la ley exige su participación en nombre de los incapaces (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. de 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. de 27-II-1990 y L. 64.499, sent. de 5-VII-2000, e.o.).

En sintonía con el criterio esbozado, también señaló -por mayoría- en la causa C.117.505 "M., M.N del C y otros", sent. del 22-IV-2015 con relación al alcance de la intervención del Ministerio Pupilar, que: "*El Código Civil y Comercial recientemente sancionado -ley 26.994, publ. 8-X-2014-, en su art. 103, posiciona de mejor modo al Asesor de Menores en comparación con el art. 59 del Código Civil aún vigente al clarificar con dinamismo la asignación de funciones, dejando atrás la primera etapa. Sin embargo, en lo que respecta a las subsiguientes, califica su intervención de complementaria a través de esta representación dual junto a los representantes legales en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando los derechos de los representados estén comprometidos, y exista inacción de los representantes-, esa actuación se convierte en principal porque surge la necesidad de garantizar condiciones de igualdad en el acceso de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores (v. en su correlato el art. 706, 2º párr. en su mención al modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables)*".

Allí se dijo además que "(...) *el alcance de las funciones de asistencia y control del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota con la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz, ya que cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Asesor de Menores será representante directo (comentario art. 59, C.C. en "Código Civil Comentado", Tomo 1, A, Bueres, Alberto y Highton, Elena I., Editorial Hammurabi, julio 2003, Ciudad de Buenos Aires, pág. 501). A ello agrego, con una visión integradora de las distintas fuentes legales disponibles en el sistema, que en la Provincia de Buenos Aires esta función está prevista dentro de las facultades que obli-*

*ga la ley en su ejercicio -art. 38 inc. 4 de la ley 14.442- y que complementan el marco normativo previsto en el art. 59 del Código Civil*".

Y, a renglón seguido, en un párrafo que merece aquí ser destacado, continuó expresando ese alto Tribunal que: "*En definitiva, no es otra cosa que aplicar el principio del 'interés superior del niño' como garantía reforzada, a la vez que entre a jugar el principio de efectividad presente en el art. 4 de la Convención de los Derechos del Niño que implica que el Estado, la familia y la sociedad deben asegurar todos los derechos y garantías de este colectivo, y que en palabras de la Corte Interamericana, en el caso ya citado 'Furlan', ha puesto énfasis en la garantía de la intervención del Asesor 'mediante las facultades que le concede la ley' -art. 38 inc. 4 de la ley 14.442-, constituyendo 'una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad'*", doctrina que -tal como adelanté- considero enteramente aplicable a lo acontecido en el *sub examine*.

Desde esta especial mirada rectora, retomando el caso de autos y sus particulares circunstancias, es precisamente en función del concreto perjuicio que generó para el adolescente G.J.P. la apuntada omisión de actuación de su representante necesario, que estimo deberá esa Suprema Corte ponderar como justificado el pedido nulificante deducido por la funcionaria recurrente, a partir de todo lo actuado desde el auto que ordena el llamado a expresar agravios.

Pues la simple lectura del escrito recursivo presentado por la demandada G. el 19-XI-2020 exime de mayor explicación dado que revela con absoluta evidencia los tópicos que han quedado sin réplica por la parte actora y que han sido materia controvertida en ambas instancias, tales como, a modo meramente enunciativo, vale mencionar: la calidad de dueño o guardián de la cosa riesgosa en función de la atribución de responsabilidad en los términos del art. 1.113 del Código Civil; la atribución de la carga de la prueba y su valoración; las circunstancias fácticas que originaron el hecho motivo de autos; la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados en demanda; y todas aquellas objeciones que oportunamente, en ejercicio del pleno derecho de defensa del niño G.J.P., la representante del Ministerio Público estime corresponder.

Es que a la luz del principio rector del interés superior del menor, no puede perderse de vista que además del carácter público e imperativo del art. 103 del Código de fondo, que califica como esencial y legítima la calidad de parte del Ministerio Público, el universo normativo se ha ampliado a partir de la aplicación y operativización de la Convención de los Derechos del Niño, también invocada por la recurrente. Dicho cuerpo *supra* legal, incorporado a nuestro ordenamiento por conducto del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, procura -en suma- el empleo por parte de los funcionarios autorizados por cada ordenamiento provincial de todas las medidas necesarias que tengan por objeto la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (arts. 3, 4, 12 y cc., ley 23.849).

Por las reflexiones que anteceden, estimo que la omisión en que incurrió el Tribunal al no haber cumplido con la necesaria vista a la representante promiscua del menor, implicó una falta de consideración de su verdadera condición de "parte" conforme las facultades que le otorgan el art. 103 inc. "b" del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 38 de la ley 14.442, generándole al niño un evidente estado de indefensión que amerita se haga lugar al pedido de nulidad por ella formulado.

Conforme lo expuesto, es mi opinión, que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y así debería declararlo ese alto Tribunal, al momento de dictar sentencia.

La Plata, 28 de noviembre de 2022.-

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 124.337-5

**“M. C., C. d. l. A. s/ determinación de la capacidad jurídica”, fecha: 8 de junio de 2021**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"M. C., C. d. l. A. s/ Deter- mi-
nación de la Capacidad Jurídi-
ca".

**C 124.337-5**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Junín, confirmó el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 4 que en su momento, con motivo de la revisión de la sentencia que declaró la inhabilitación de la señora C. d. l. A. M, C, (art. 152 bis inc. 2, Cód. Civ.), resolvió en lo sustancial, que: 1) La nombrada podía continuar desenvolviéndose en forma autónoma en su vida diaria y ejercer el derecho político de sufragio. 2) Que para los actos de administración, requiere sólo de la asistencia de un apoyo en aquellos que excedan los que viene realizando de manera autónoma y le generaren dudas, y para poder accionar en los periodos de desestabilización en su cuadro de base, recayendo dicha función y en tales circunstancias, en su hija P. d. l. N. G.

3) Igualmente, decidió que para los actos de disposición de bienes muebles e inmuebles, requiere de apoyo a modo de asistencia, función que recayó en P. G., a quien le impuso el deber de colaborar para que su progenitora pueda comprender, elaborar y tomar una decisión en estas circunstancias, velando por la mejor utilización de los bienes, y de ser necesario, acudir a estos obrados a fin de su evaluación ante un pedido de autorización. 4) En cuanto a los controles, tratamientos psiquiátricos y psicológicos que debe realizar y continuar la señora M. C., dispuso que el apoyo designado -P. G.- deberá colabo- rar para que la justiciable cumpla con todas las recomendaciones de los expertos, efectuar un monitoreo del tratamiento que se encuentra cursando, e informar de manera inmediata, en el supuesto que su madre

padeciera de un cuadro de desestabilización en su patología de base. 5) En relación a los derechos personalísimos, determinó que la señora M. C. requiere de apoyo al modo de asistencia para la comprensión de las consecuencias de los actos -que enumeró-, como también para la toma de decisiones que no resulten habituales para ella, para el supuesto en que se encuentre cursando una des- compensación en su patología. 6) Respecto al ejercicio de la profesión de corredora y martillera pública, estableció que corresponde solicitar una nueva evaluación interdisciplinaria para que el equipo técnico se expida especialmente sobre esa circunstancia, ello sin perjuicio de la tramitación que legalmente se imponga ante el colegio correspondiente. Al efecto, decretó que cesada la emergencia sanitaria actual se remitieran las actuaciones al Juzgado de Familia Nº 2 para solicitar al equipo técnico interdisciplinario fecha de evaluación con la causante.

Por su parte la Alzada en cuanto a los actos de disposición y los actos de administración "*que excedan los que viene realizando de manera autónoma*" manifestó que ésta última expresión debe interpretarse como actos de administración extraordinaria. (sent. de 1-9-2020 y fs. 707/716, respectivamente).

**II.**

Contra lo decidido la señora C. d. l. A. M. C., dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley patrocinada por el t i t u l a r de la Unidad Funcional de Defensa Oficial Nº 4, doctor Jorge Ignacio Aristi (18-9-2020), el que se concedió el día 29 de septiembre de 2020.

Alega la impugnante que de la sentencia en crisis surge de manera palmaria una errónea aplicación de la ley y violación de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia, respecto de la interpretación y aplicación de los arts. 3, 5, 9, 12, 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; 14 ,

18 y concordantes de la Constitución nacio nal; 15, 36 inc. 2 y 8 de la Constitución provincial; 3, 5, 7 y siguientes de la ley

26.657 y 1, 2, 31, 32, 43, 47 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Advierte que la Cámara se apartó de la doctrina sentada por el Alto Tribunal en C. 122.930, "C., M. E. A. s/.Determinación de la Capacidad Jurídica"; C. 116.954, "E., E.R. s/ Insania y Curatela"; C. 121.160, "C., A. R. s/ Insania y Curatela"; C. 123.112, "G., I. G. s/ Determinación de la capaci- dad jurídica"; C. 115.091, "D., E. J. s/ Insania y Curatela".

Indica que el pronunciamiento al establecer las funciones del apoyo, restringió su capacidad jurídica, cuando antes había afirmado que no era necesaria dicha restricción, ha omitió de tal manera valorar correctamen- te toda la prueba obrante en el proceso desoyendo el principio rector de la mate- ria sentado en el art. 31 del Código Civil y Comercial, por el cual la capacidad de ejercicio se presume, las limitaciones de la capacidad resultan de carácter excep- cional y se imponen siempre en beneficio de la persona.

Entiende que en este proceso no se ha respetado el principio de capacidad jurídica como derecho humano fundamental en favor de las personas con discapacidad (arts. 12 CDPD; 3 y 5 LSM).

Afirma que resulta absurdo que la sentencia atacada disponga, por una parte que requiere de un sistema de apoyo para contar con la asistencia y contención para continuar desarrollando su vida de la manera que lo viene haciendo diariamente, que no es necesario restringir su capacidad, e inmediatamente después restringe su capacidad jurídica para numerosos actos.

En el mismo sentido le resulta absurdo y sorprendente que la Alzada en el punto tercero de su decisorio sostuviera que requiere de la asistencia de un apoyo en relación a los actos de disposición de los bienes muebles e inmuebles, habiendo valorado antecedentes del expediente donde emerge que vendió propiedades a valores inferiores a los reales. Ello tomando en cuenta

que fue el mismo Tribunal quien, en su oportunidad, rechazó la demanda de nuli dad de la venta de un inmueble a causa de una situación de inferioridad derivada de los trastornos de conducta, en causa Nº 3709-2006, "M. C., C. d. l. A. y otro c/ A., C. O. y otro S/ Nulidad de acto jurídico".

Refiere que el pronunciamiento impugnado incurrió en una errónea interpretación del derecho vigente, en una valoración distorsionada de las pruebas periciales, de la verdad objetiva y de la correlativa subsunción legal que corresponde conceder a los elementos probatorios del sub-lite.

Aduce que la sentencia cuestionada, que dice aplicar el modelo social de discapacidad para restringir su capacidad, se aleja de dicho modelo al basarse en ***"los riesgos que la [sic] características de esa pato- logía acarrearían para la causante, en caso que la misma pudiera ejercer su plena capacidad"***, por consiguiente deja en evidencia que sólo se basó en la patología, aplicando la teoría del riesgo.

Agrega que "*el diagnóstico de esquizofrenia impide ver y reconocer que he criado a mis hijos que hoy me acompañan; que tengo una muy buena relación con mis nietos a quienes cuido como la mayoría de las abuelas; que tengo y desarrollo proyectos laborales; que he estudiado y me he graduado de Martillera Pública, etc, etc. Es evidente que en estos años he adqui- rido una mayor independencia…*".

En dicho contexto destaca -en resumen- que no se han evaluado los informes elaborados por su médico psiquiatra y por su terapeu- ta (agregados a fs. 689, 672) de los que se verifica el estado actual de salud mental en que se encuentra; que no le aqueja patología psiquiátrica alguna, que continua su tratamiento psicológico sin indicación de psicofármacos, que se mantiene estable, que no manifiesta problemas ni conflictos significativos y de los que se infiere la buena vinculación con su entorno familiar y amistades.

Arguye que de los dichos del doctor Daniel Bosco (fs. 648/652) se extrae que el informe interdisciplinario de fs. 640/642 se fundó

exagerada y parcialmente en los viejos antecedentes que constan en la causa sobre inhabilitación, sin haber efectuado un análisis profundo que pudiere fundamentar la certeza de los mismos en la actualidad.

En igual sentido, destaca los dichos del nombrado profesional en cuanto "*Es falso que C. no tiene conciencia de enfermedad [¨…] todos sus esfuerzos por rechazar su clasificación de enfermo mental son consi- derados como nuevos síntomas de la enfermedad […].Concluye […] que ha quedado científicamente demostrado que a la Sra. C. M. Ch de ninguna manera de [sic] puede diagnosticar con Trastorno Esquizoafectivo, el cual los peritos toman como fundamento para mantener su inhabilitación. Es claro que para el caso de la actora* NO CORRESPONDE TAL DIAGNOSTICO *[…] la actora en la actualidad no padece patología psiquiátrica alguna, no corresponde determinar regímenes de protección y asistencia*".

Asevera que la doctora Valeria Gómez de Freitas, en su informe de fs. 625, manifestó en relación a la evaluación que le efectuara que posee "*buen nivel intelectual, presenta trastornos de ansiedad. Buena evo- lución sin otras patologías psiquiátricas.*"

Expresa que el equipo interdisciplinario del Juzgado de Familia nº 2 en fecha 16 de octubre de 2019, manifestó "*…que teniendo en cuenta mi estado actual puedo continuar desenvolviéndome en forma autónoma (Pto. a). Y asimismo concluyen tanto en el punto b, c, d, y e que sólo necesitaría apoyo en periodos de desestabilización*".

De tal modo, entiende que al manifestar la Alzada que resulta portadora de una alteración mental grave y prolongada, incurre en absurdo, concepto que hace referencia a la existencia de un desvío notorio patente o palmario de las leyes de la lógica o a una interpretación groseramente errada del material probatorio aportado.

Aprecia que una sentencia no debe restringir el ejercicio de la capacidad jurídica e imponer prohibiciones abstractas para eventualidades como acontece en el caso donde la sentencia en crisis sostuvo

"*esta restricción a la capacidad, no se basó exclusivamente en el diagnóstico [...]* ***sino en los riesgos que las características de esa patología acarrearían para la causante, en caso de que la misma pudiera ejercer su plena capacidad***".

Sostiene que de tal manera el Tribunal contradice el principio de flexibilidad que admite "*que la salud es un estado modificable, como lo estableció la Suprema Corte en la causa C. 116.954, 8-7-2014, 'E., E. R. s/ Insania y curatela', donde se hace alusión a la importancia del modelo social*" de la discapa- cidad y el derecho reconocido en el inc. "n" del art. 7 de la ley 26.657.

Reitera que "*tener una problemática de salud mental o una discapacidad no significa de ninguna manera tener una restricción a la capacidad jurídica*", cuestionarla por motivo de discapacidad constituye "*una discriminación prohibida por el art. 5 de la Convención*" y contraviene lo dicho al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Muri lo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica"

Entiende que se mantiene la restricción a su capacidad jurídica ante una posible o potencial descompensación, que "*debe derivar en hipotéticos actos de disposición erróneos o lesivos para su patrimonio...cla- ramente [...] el Estado se entromete en la vida de una persona y ´por las dudas´ [...] lo que importa un avasallamiento a mis derechos personalísimos*".

Desde otra perspectiva arguye que al concluir la Alzada que es prudente diferir la decisión sobre "*la posibilidad de ejercer su profesión de corredora y martillera pública*", y someterla a una evaluación interdisciplinaria, limita su autonomía, e impide su rehabilitación.

Señala, que en la normativa imperante *se observan disposiciones previstas en pos de decidir un régimen en el que se tienda a incentivar la autonomía del interesado en cuanto resulte posible*" (arts. 37, 38, 39, 43 y concs. Cód. Civ. Com).

También afirma que la Cámara al diferir la decisión sobre la posibilidad de ejercer su profesión de corredora y martillera pública

y disponer someterla, nuevamente a una evaluación interdisciplinaria, no se ha ceñido al principio de menor restricción que receptó el art. 38 del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley de Salud Mental 26.657 y precedentes de esa Suprema Corte -C. 123.112 y C. 115.091-, limitando una vez más su autonomía e impidiendo aún más su rehabilitación.

Al respecto, destaca el esfuerzo que realizó para graduarse y que no puede trabajar y ganarse la vida dignamente con su profe- sión, en virtud del rótulo que le imprimieron. Nunca la dejaron trabajar, se lo siguen negando, "*sometiéndome arbitrariamente a análisis permanentes e interdisciplinarios...*".

Sobre el derecho a trabajar reseña lo que establece la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Observación General Nº 18, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observando que en autos no se cumplen las obligacio- nes estipuladas a los Estados Partes en lo relativo al derecho al trabajo -respetar, proteger y aplicar- cuyo alcance desarrolla. Ello así, por no permitirle desempeñarse libremente en su profesión ni facilitarle su ejercicio.

Expresa que deviene "*completamente arbitrario, e implica un sometimiento innecesario y burocrático sin fundamentación alguna y un acto totalmente discriminatorio abrir nuevamente la causa a prueba [...], atentando a la igualdad jurídica ante la ley, a mi dignidad, y al derecho que tiene toda persona a trabajar, a decidir y vivir libremente*".

Finalmente, peticiona se deje sin efecto la sentencia en crisis "*y se proceda al inmediato cese de la restricción a la capacidad jurídi- ca que pesa actualmente sobre su persona*".

**III.**

Considero que el recurso deducido por la señora M. C., prospera, aunque no con el alcance planteado.

Es oportuno recordar que el Código Civil y Comer- cial vigente (ley 26.994), toma en cuenta, para los casos que regula, las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte y la finalidad de la norma. Estipula que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que emergen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (arts. 1 y 2).

Así, dicho cuerpo normativo en el tema que nos ocupa, ajusta sus disposiciones a los preceptos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (leyes 26.378 y 27.044), instrumento donde se entiende que la discapacidad es un concepto que evoluciona, que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igual- dad de condiciones con las demás; estableciendo que su propósito y funda- mento es promover, proteger y asegurar el goce pleno en condiciones de igual- dad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las per- sonas con discapacidad; fijando como principios generales, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas, la no discriminación, la participa- ción e inclusión plena y efectiva en la sociedad, el respeto a la diferencia, la igual- dad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer. Asimismo, entre sus preceptos estipula que los procedimientos deben ajustarse de manera de lograr un efectivo acceso a la justicia de las personas con discapa- cidad, (Preámbulo, e), arts., 3 y 13).

Como expresara el Alto Tribunal de la Nación "A *partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...] se produjo un cambio sustancial en el régimen relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Se abandonó el sistema de sustitución y subrogación de la voluntad, y se lo reemplazó por un modelo social de la discapacidad [...], el art. 12 de la*

*referida Convención reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspec- tos de la vida y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardias proporcionales y revisables periódicamente*" (CSJN 698/2011 (47-P), "P., A. C. s/ Insania", sent. de 11-12-2014).

En el ámbito nacional la ley de Salud Mental Nº 26.657 fue receptora de los lineamientos de la mencionada Convención y de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Dis- criminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.580). Tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las per- sonas y el pleno goce de los derechos de aque las con padecimiento mental, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional; entre los que enumera se encuentra el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable (arts. 1, 7 inc."n"). El art. 5 expresa que la presunción de riesgo de daño o inca- pacidad solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

La presunción general de capacidad de ejercicio de la persona humana y el carácter excepcional de sus limitaciones, que se imponen siempre en beneficio de la persona, se enuncian entre las reglas generales que regulan la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica (art 31, inc. b, Cód. Civ. Com.), la que puede ser restringida para determinados actos, de una persona mayor de trece años que padezca una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (art. 32, 1 párr., Cód.. Civ. Com.).

La prueba de estos extremos, resulta sujeta a las disposiciones y principios generales aplicables a los procesos en materia de familia (arts. 706 a 710), entre los que se encuentran los de libertad, amplitud, flexibilidad de la prueba y oficiocidad, e lo teniendo en miras arribar a la verdad objetiva, sin

dejar de satisfacer los postulados y reglas señalados anteriormente, debiendo el director del proceso asegurar los ajustes razonables de procedimiento de acuerdo a la situación de la persona (art. 35, Cód. Civ. Com.).

Con lo cual sólo es posible avanzar sobre la capacidad jurídica de una persona (art. 24 inc. c) si se reúnen las condiciones señala- das en el aludido art 32 del Código Civil y Comercial.

Desde su inicio en el año 2003 hasta la actualidad, se constatan en autos abundantes actuaciones que dan cuenta de la salud mental de la señora M. C., las cuales se caracterizan, tanto por la diversidad de diagnósticos como de médicos psiquiatras que las suscriben; tales las pericias (fs. 59, 77/77 vta., 83, 201/202 vta.), certificados (fs. 8, 10/12, 229, 231/232, 237, 239/240, 243/250, 251, 262, 284, 297, 298, 356, 357, 407/407 vta., 415, 420, 611, 627), los informes médicos y psicológicos (fs. 265, 273, 276, 269/270, 273, 351, 370, 490, 434, 474, 486, 490, 525, 570, 581/581 vta., 672, 689) y las evaluaciones interdisciplinarias, elaboradas por diversos profesionales y equipos (Equipo Técnico Auxiliar del Juzgado de Familia Nº 1 y 2, Asesoría Pericial, Clínica V. (fs. 282, 292/292 vta., 385/386, 407, 420, 494/496, 545/547 vta., 640/642 vta., 683/686).

En el caso, al abordar los agravios presentados en el memorial de apelación, afirmó el Tribunal de Alzada "*que la causante padece un trastorno esquizoafectivo de larga data; tan es así que en el año 2004 los peritos médicos de la oficina pericial departamental le diagnosticaron esa patología, en base a la cual, en el año 2005 se declaró su inhabilitación por disminución en sus facultades mentales (ver dictámenes periciales fs. 640/642* vta. 683/686, y sentencia de fs. 158/159 vta.) Resulta claro, entonces, que la causante padece una alteración mental grave y prolongada [...]. Y el riesgo de actos patrimoniales perjudiciales para los propios intereses de la causante, esta puesto de manifiesto en autos (ver. fs. 169), como así también en la causa nº 3709-2006 "M. C., C. d. l. A. y otro c/ A., C. O. y otros/Nulidad de acto jurídico", en la que aquella y su, por entonces, curador, plantearon la nulidad , por el vicio de lesión , de la venta de un inmueble, invocando una situación de inferioridad derivada de los trastornos

de conducta [...]. Por eso, la designación de un apoyo para la realización de los actos de disposición y para los actos de 'administra- ción que excedan los que viene realizando de manera autónoma', expresión que debe interpretarse como actos de administración extraordinaria, que no son sino una especie de los actos de disposición, resulta adecuada a la situación en la que se encuentra la causante en el medio social; ya que los actos de disposición son los que pueden poner en riesgo el patrimonio de la misma".

Como puede advertirse, en el decisorio se sostiene el diagnóstico que emerge de los referidos dictámenes periciales, sin embargo, en mi consideración y como bien lo destaca la recurrente, la Alzada al igual que el juez a quo, sin brindar razones justificantes del proceder, en lugar de efectuar un análisis de los argumentos presentados por la mencionada y su posterior confrontación con las constancias obrantes en el proceso para arribar a la verdad objetiva, ignoraron absolutamente los informes que se encuentran agre- gados por la señora M. C. o remitidos a requerimiento de S.S., donde los profesionales que los suscribieron -médicos psiquiatras y psicóloga tratante- después de una breve reseña de los cambios que fueron suscitándose en la vida de la impugnante, manifestaron que aquella no cursa patología psiquiátrica, ni tiene indicación de tomar psicofármacos, -opinión que se contrapone a lo dictaminado por los peritos oficiales-, prueba que por su pertinencia debió ser valorada por los sentenciantes (vrg. fs. 648/652, certificados del 8, 10 y 15 de octubre de 2020, emitidos por los médicos psiquiatras, doctor Bosco y Morán).

En tal sentido, es relevante tomar en cuenta que un padecimiento mental, puede variar, es decir agravarse (vrg. por causa de no tratar la dolencia con el tratamiento médico indicado o cumplirlo de manera insuficiente, o por situaciones de cualquier índole personal, familiar etc.) , o mejorarse por distintos motivos, (cambios sustanciales en las relaciones familiares y/o afectivas, laborales, en la situación económica- patrimonial, o en virtud de la respuesta favorable al cumplimiento de la terapia medicamen- te indicada como necesaria). Es decir se trata de un concepto dinámico.

La recurrente señaló el informe del médico psiquiatra doctor Alberto Morán (28-10-2019) quien dice: "*Paciente [...] con antecedentes de [...] trastorno de ansiedad [...]. Actualmente no se evidencia la presencia de ninguna patología psiquiátrica, no se encuentra medicada en la actualidad, ni requiere medicación psicoactiva, [...]* (*fs.* 689). La psicóloga Eleonora Chiesa (27/5/2019) consignó que "...*C. se encuentra estable con una buena evolución, focalizada en proyectos laborales que la mantienen activa; y autovale por sí misma, en todos los aspectos de su vida [...]. En el plano psicoterapéutico no manifiesta problemáticas ni conflictos, significativos. Y se infiere buena vin- culación con su entorno familiar. Y amistades (afectos)*". (fs. 672).

Asimismo el veintiséis de diciembre de dos mil veinte el mencionado galeno afirmó que "... *no hay evidencia signo sintomatológica de la presencia de ninguna patología psiquiátrica en la actualidad, pronóstico, bueno [...] puede y presta consentimiento para la realización de tratamientos psicoterapéuticos, psiquiátricos, y/o médicos que se le proponen comprender sus actos y dirigir sus acciones. No tiene ninguna indicación médica de tomar medicación psicoactiva (psicofármacos). En la consulta médica a la que concurre con periodicidad, se realiza terapia cognitiva conductal (Aaron Beck) [...] Quiero acotar que en el tiempo en el cual C. tuvo sus problemas de salud mental ella estuvo sometida a situación de violencia extrema, [...] sostenida en el seno de su familia que le produjeron un quiebre de la personalidad, con serias amenazas a su integridad* vital, maltrato físico y psicológico permanente [...]

C. es autoválida en cuanto a su subsistencia, vive sola en su casa materna, y su único ingreso es el alquiler de un local que también heredó de su madre. Ella misma se ocupa de todo lo relacionado con las activi- dades del diario vivir [...]. Su capacidad de resilencia le permite superar situa- ciones del pasado y busca, a veces con algo de vehemencia e impotencia, recupe- rar su capacidad civil".

Igualmente, la psicóloga Eleonora Chiesa expidió (9/4/2021) constancia haciendo saber que le otorgó el alta psicológica a la señora

M. C., ya que su estado psicológico prescinde del cumplimiento de un tratamiento psicológico. No obstante, deja la posibilidad a la misma de que realice las consultas cuando las considere necesarias.

De igual manera, se visualiza que la Alzada se sustentó en hechos carentes de actualidad, que acontecieron hace más de cator- ce años, para tener por probado que el ejercicio de los actos de disposición son los que pueden poner en riesgo el patrimonio de la señora M. C.

Por lo tanto en atención a su implicancia legal (art. 32 Cód. Civ.Com.) e interés público comprometido, estimo que los hechos puntualizados deben ser esclarecidos desde una perspectiva interdisciplinaria, a la luz de los principios y preceptos vertidos ut supra, con el objeto de corroborar o descartar que la señora cursa una alteración mental, que a la vez tiene que ser grave, prolongada y que pueda exponerla a un daño a su persona o a sus bienes, elementos que de no ser constatada su existencia derriban la necesidad de asistencia y protección que dan sentido al proceso.

A dichos fines sería plausible que a la mayor breve- dad posible los profesionales aludidos, doctor Morán e incluso el doctor Bosco -quien mantuvo igual tesitura que el nombrado anteriormente- y la licenciada. Chiesa, junto a representantes de cada uno de los equipos técni- cos auxiliares de los Juzgados de Familia Nº 1 y Nº 2 y eventualmente de la Asesoría Pericial, mantuvieran de modo remoto -y de conformidad a las guías de actuación que al respecto ha emitido el Alto Tribunal-, un intercambio de opiniones, con miras a que alcancen un consenso o, en su caso, brinden las explicaciones que permitan comprender las razones de las posturas, si hubiese más de una.

Sin perjuicio de lo manifestado, esclarecida la cuestión apuntada a la luz de las pautas reseñadas, de resultar debidamente fundada la necesidad de restringir el ejercicio de la capacidad jurídica de la señora M. C. para determinados actos; al momento de resolver, deberá especificarse el tipo de acto o actos y funciones que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible, señalar las condiciones

de validez de los actos específicos sujetos a restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su intervención, según lo previsto en el art. 38 del Código Civil y Comercial.

A ello se agrega que para responder a la finalidad de su actuación el o los apoyos que eventualmente resultara o resultaran designados en favor de la interesada en el proceso (para un acto específico o determinados actos) debe/deberán tener presente que la función que les fuera asignada, es requerida para la promoción de los derechos de la persona cuya capacidad jurídica se hubiera determinando (art. 3, 4, 5, CDPD y 43 Cod. Civ. Com.).

En dicho contexto dable es destacar, que la especificación de los actos responde al principio de presunción de capacidad del que gozan todas las personas (art. 31), con lo cual el o los actos y/o funciones que no fueran restringidos, podrían ser ejercidos por la interesada; dicho recau- do, entiendo, es de fundamental importancia para el debido resguardo de la seguridad jurídica y la de los terceros de buena fe.

Para finalizar, y como afirma el doctor Lorenzetti "... *el criterio determinante para la restricción debe estar desligado de la perte- nencia de la persona a un grupo social, y no debe ser supeditado exclusivamente a una etiqueta o diagnóstico médico o psiquiátrico, sino que principalmente deberá basarse en las posibilidades circunstanciales de comprensión de la natu- raleza y consecuencias del acto por parte de la persona*". En el mismo contexto y sobre el presupuesto previsto que "del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, con relación a uno o cier- tos actos determinados (cfr. art. 32, párr. 1º), expresa "...*No se trata de un simple diagnóstico médico, [...], sino más bien de una valoración interdiscipli- naria, que además deberá integrar las pruebas que la propia persona o su familia presenten al expediente, y que se centrará en el análisis direccionado a uno o varios actos determinados.*" (Lorenzetti Ricardo Luis. Código Civil y Comer- cial de la Nación, comentado. Tomo I, pág 144/145 147).

**IV.**

Por todo lo expuesto, propicio hacer lugar al recurso deducido, revocar la sentencia impugnada y devolver los presentes obrados a la instancia original para que una vez determinados los extremos señalados anteriormente, se proceda a dictar un nuevo pronunciamiento.

La Plata, 8 de junio de 2021.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 119.405-1

**“Viviendas 18 de Julio Sociedad Civil c/ N., D. R. s/ desalojo por falta de pago”, fecha: 27 de febrero de 2019**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Viviendas 18 de Julio Sociedad Civil c/N., D. R. s/ Desalojo por Falta de Pago"

**C 119.405 - 1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comer- cial n°2 de La Plata, en el marco del juicio que por desalojo por falta de pago incoara "Viviendas 18 de Julio -Segunda Etapa- Sociedad Civil" contra D. R. N., rechazó el planteo de litispendencia y la medida cautelar innovativa requeri- dos por la parte demandada, durante el trámite de la ejecución de sentencia, a los fines de evitar el efectivo cumplimiento de la orden de desalojo oportu- namente dispuesta en autos (v. fs. 283/286 vta.).

**II.**

Recurrido el decisorio por el accionado, a su turno, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata revocó el fallo impugnado y dispuso la suspensión de las presentes actuaciones hasta tanto exista pronunciamiento firme en el expediente conexo caratulado "N., D. R. c/ Fideicomiso Viviendas 18 de Julio II etapa s/ consignación de sumas de dinero" (fs. 336/342).

Para resolver en el sentido indicado, y puntualizando sólo lo que a los fines recursivos interesa destacar, sostuvo el Tribunal que en este especial caso no se encontraba expedita la acción de desalojo, toda vez que el análisis de las cuestiones negociales que eventualmente pudieran dar lugar a la obligación de restituir el inmueble, no podían ser materia de debate en este tipo de proceso (v. fs. 339).

Por su parte, no obstante destacar que no se trataba el de

autos de un caso de litispendencia impropia porque el proceso de desalojo ya contaba con sentencia firme, mientras que en el juicio de pago por consignación aún no se había trabado la litis, dispuso la suspensión peticionada por el recurrente en virtud de que el apelante controvirtió el procedimiento societario que determinó su exclusión de la sociedad y el consecuente desalojo, de manera que, para el caso de prosperar la demanda por consignación podría concluirse que no correspondía efectivizar el desahucio.

**III**.

Contra dicho pronunciamiento se alzó la actora -mediante apoderado- a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 346/355 vta., cuya concesión fue dispuesta por V.E. -queja mediante- a fs. 433/436.

Denuncia la recurrente que la sentencia de Cámara viola la ley en tanto la aplica en forma errónea. En tal sentido, vulnera lo dispuesto por los arts. 16, 17, 18 de la Constitución Nacional, 155, 482 y concs. del C.P.C.C.B.A., y los arts. 1137, 1197 y 1198 del Código Civil.

Asimismo -agrega- incurre en absurdo en tanto realiza interpretaciones groseramente erradas de los antecedentes del caso, arribando a conclusiones irrazonables y carentes de sustento legal. Además -sostiene- el tribunal omitió realizar una ponderación integral de la causa, lo que conlleva excederse de los tópicos sometidos a revisión y adentrarse -en un claro exceso de jurisdicción- sobre un decisorio pasado en autoridad de cosa juzgada.

Destaca que con tal proceder, el colegiado revisor incurre en autocontradicción, ya que si bien descarta la existencia de litis- pendencia, y ni siquiera evalúa la posible existencia de cosa juzgada írrita, le quita al decisorio su naturaleza coercitiva suspendiendo su ejecución por motivos de “razonabilidad” a las resultas de otro pleito en el cual su parte ni siquiera ha sido citado al proceso y del que tomó conocimiento recién en la etapa de ejecución de sentencia del presente juicio de desalojo.

En orden a la denunciada omisión de tratamiento de violación del estatuto de la sociedad civil "Viviendas 18 de julio" alegada por el demandado al afirmar que a través de un procedimiento societario que considera viciado se dispuso su exclusión del ente accionante, sostiene que dicho tópico fue objeto de la debida ponderación en el juicio de desalojo, arribando firme a esa instancia y pasado en autoridad de cosa juzgada.

Afirma que su representada queda inerme por la suspensión "*sine die*" de la ejecución, toda vez que si concluido el proceso de consignación la demanda allí interpuesta resultara rechazada, nada podrá reparar el daño que le provoca no haber podido gozar y disponer de su derecho propio, sin la exigencia al ejecutado de contracautela alguna.

Considera que no fortalece la decisión del Tribunal el hecho de que en el inmueble objeto de autos habite el demandado con su grupo familiar, en el cual se incluye un hijo menor de edad, pues si bien no desconoce la protección de los derechos de los niños a una vivienda digna a través de los distintos tratados internacionales suscriptos por nuestro país, no resulta admisible que sus disposiciones sean utilizadas como herramientas para desplazar la responsabilidad que al respecto pudiera caberle al Estado, haciéndola recaer sobre los particulares, como sucede en el caso con el pronunciamiento impugnado.

Concluye que resulta impropio y contrario a la ley desestimar el juicio de desalojo como proceso idóneo para recuperar la tenencia del inmueble, pues ello importa no solo contrariar una decisión judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, sino también colocar en contradicción al propio demandado con conductas anteriores jurídicamente relevantes y plenamente eficaces respecto del uso y goce de la cosa.

**IV.**

Concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley a través de la resolución dispuesta por V.E. a fs. 433/436, luego de hacer lu-

gar al recurso de queja interpuesto por la sociedad accionante, dispuso esa Suprema Corte conferirme vista del remedio extraordinario incoado, para que esta Procuración General que represento emita el dicta- men requerido en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A. (v. fs.450).

Abocado a la tarea encomendada y partiendo del análisis de los antecedentes reseñados, anticipo que le asiste razón a la recurrente.

En efecto, la presente demanda de desalojo fue promovida con fecha 11-X- 2005 (fs. 64/68), obrando su contestación agregada a fs. 75/78, de cuyos términos se advierte -en lo que aquí interesa destacar que el accionado a la hora de repeler la acción basó su defensa en el alegado ejercicio de la posesión "*animus domini*" del inmueble, más no controvirtió el origen del procedimiento desarrollado por la sociedad actora para revocar la tenencia precaria del bien, resolviendo el Sr. Juez de primera instancia, mediante sentencia del 1-VI-2011, hacer lugar al desalojo y condenar a D. R. N. a entregar a la actora la unidad 73 del complejo de Viviendas 18 de julio 2da. Etapa de La Plata (v. fs.180/184).

Hallándose firme y consentido dicho pronunciamiento, en plena etapa de ejecución de sentencia, el accionado mediante presentación obrante a fojas 265/270, de fecha 7 junio de 2013, denunció la exis- tencia de litispendencia impropia, solicitando el otorgamiento de una medida cautelar innovativa y el efectivo cumplimiento de la Resolución 452/10 de la Procuración General de la S.C.B.A., que dispone instruir a los Asesores de Incapaces para que participen en los procesos de desalojo en resguardo de los derechos de los menores que pudieran estar involucrados.

A la hora de resolver tales planteos, el Magistrado de primera instancia (v. fs. 283 vta./284), habiendo tenido a la vista las actuaciones por las que tramita el pago por consignación denunciado a los fines de la aludida cuestión litispendencial -autos "N., *D. R. c/ Fideicomiso Viviendas 18 de Julio s/ pago por consignación*", radicado en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n°12 de La Plata-, sostuvo con relación al primero

que habiéndose iniciado dicho pleito recién el 6-X- 2009, realizándose algunos pagos parciales y a cuenta que detalló, sin que hasta la fecha del dictado de la sentencia dispuesta en estas actuaciones (1-VI-2011) se hubiera efectivizado la notificación del traslado de la demanda de consignación, correspondía rechazar la litispendencia alegada al no encontrarse siquiera trabada la litis en el proceso conexo denunciado.

Por lo demás, con relación a la solicitud de medida cautelar innovativa también requerida en esta instancia procesal por el accionado, alegando la necesidad de resguardar los derechos constitucionales de propiedad y defensa en juicio, en el entendimiento de sostener violado el objeto social previsto en el estatuto de "Viviendas 18 de Julio" en el procedimiento llevado a cabo para excluir al demandado como socio de aquella, afirmó el magistrado que el derecho invocado sobre la hipótesis de inexistencia de los presupuestos del desalojo en razón de la supuesta arbitrariedad o ilegalidad en la exclusión del accionado como integrante del ente asociativo, ya había sido ventilado, sometido a prueba, valorado y juzgado en la sentencia de mérito pronunciada en estas actuaciones con fecha 1/6/2011 (fs. 180/184), circunstancia suficiente como para disponer la desestimación de la cautelar que así ordenó.

Sostuvo además en fundamento de su decisión desestimatoria, que "*...pretender introducir nuevamente defensas propias de la contestación de la demanda de desalojo, importa retrogradar las etapas procesales ya precluídas, reeditando y volviendo a incorporar circunstancias que debieron ser ventiladas en otro momento procesal y que no se corresponden con la etapa de cumplimiento de sentencia...*" (fs. 285).

Recurrido dicho pronunciamiento por el demandado, la Cámara interviniente, no obstante disponer- tal como fuera anticipado- el rechazo de la litispendencia impropia y de la medida cautelar innovativa, en la inteligencia de que el desalojo ordenado podría ser en definitiva consecuencia de un procedimiento societario irregular sobre el que podría llegar a echar luz el juicio de pago por consignación promovido por el accionado, entendió que debía suspen-

derse la ejecución, pues dicha medida resultaba razonable teniendo en cuenta la existencia de un menor de edad -hijo del accionado- que habita en el inmueble objeto de autos. El repaso minucioso de las constancias de la presente causa, así como el seguimiento virtual de las que corresponden al juicio de consignación aludido a través de la página web de esa Suprema Corte provincial, ponen al descubierto que con tal forma de resolver el órgano revisor ha prescindido de sopesar lo actuado en este proceso de desalojo en sede de grado, reeditando planteos ya agotados en dicha instancia, vulnerando así la cosa juzgada emanada del pronunciamiento allí emitido y que fuera consentido por todas las partes involucradas en el proceso hasta su dictado (v. fs. 180/184 vta.; 197/198), sin merecer además objeción alguna en el trámite desarrollado hasta entonces por la ulterior intervención que le cupo a la señora Asesora de Incapaces llamado a participar a partir de fs. 210 y ss., como consecuencia de la aplicación al caso de la Resolución 452/10 de esta Procuración General.

Ello, pues el simple cotejo de las fechas en que se ordenó el desalojo con los términos de la contestación de demanda y del fallo, evidencia que la decisión del juez de origen arribó firme a la competencia del tribunal *a quo*, importando la decisión adoptada por la alzada y aquí en crisis no otra cosa que soslayar la autoridad de cosa juzgada emanada de aquel pronunciamiento, al ordenar por tiempo indeterminado la suspensión de la ejecución dispuesta por una sentencia firme y consentida, configurándose el denunciado vicio de absurdo.

Al respecto, resulta del caso recordar que establecer la concurrencia de la cosa juzgada y entrar a conocer sobre las circunstancias que configurarían la violación de dicho instituto, constituyen un planteo de hecho que sólo puede ser revisado si se demuestra fehacientemente que la conclusión impugnada es el resultado de una absurda valoración de las cons tancias del proceso (conf. doctr.causas C. 116.205, "P., R.", sent. de 11-IX-2013 y

C. 117.350, "S. d. B., M.", sent. de 10-XII-2014; C. 121.282 "Club Atlético All Boys", sent. de 21-III-2018; entre otras), tal el caso de autos.

En ese sentido, tiene dicho V.E. que "*La autoridad de la cosa juzgada responde a la necesidad de que el orden y la paz social reinen en la sociedad, evitando que los pleitos entre las partes se renueven indefinidamente (conf. C. 108.956, sent. del 17-IV-2013). O, para decirlo con las palabras de la Corte federal, el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional, y por ello no es susceptible de alteración ni aún por vía de la invocación de leyes de orden público (salvo los casos excepcionales de la revisión de la "res judicata"), toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituyen un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior* (Fallos: 299:373; 301:762; 302:143; C.S.J.N., *autos "Olivera contra Nofal", sent. del 6-X-2009; entre otros). Es más: la Corte Suprema ha ratificado la jerarquía constitucional de los principios de la cosa juzgada* (Fallos: 224:657; 250:435; 252:370; 259:289), *en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce funda- mento en los derechos de propiedad y de defensa en juicio* (Fallos: 199:466; 258:220; 281:421) *y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constitu- ye un presupuesto ineludible de la seguridad señalada* (Fallos: 319:2527)... (*conf. causas* C. 108.080, *sent. del* 11-V-2011; C. 107.455, *sent. del* 29-VI-2011; C. 102.641, *sent. del* 28-IX- 2011; C. 114.068, *sent. del* 21-XII-2011; C. 108.497, *sent. del* 21-XII-2011; *véase también* C. 102.650, *sent. del* 10-IV-2009; C. 105.177, *sent. del* 21-XII-2011; C. 120.250, *sent. de* 2-III-2016)".

Por lo demás, no puede soslayarse que el órgano revisor, al decidir de la manera indicada, volvió sus pazos sobre una cuestión que arribó preclusa ante esa instancia apelatoria, violando el principio de congruencia al pretender reabrir el debate relativo a la alegada ilegítima exclusión del demandado en su condición de socio del ente colectivo actor.

Sobre el tópico, tiene dicho V.E. que "*Ante ello, y aunque la interpretación de los escritos de constitución del proceso resultan ser una facultad privativa de los jueces de grado* (L. 104.602, *sent. del* 29-II-2012; L. 101.658, *sent. del* 16-V-2012; *etc.*), *es posible* [en la instancia extraordinaria] *revisar las conclusiones a las que se arribara porque las mismas*

*configuran una clara infracción al principio de congruencia. En otras palabras: en el pronunciamiento atacado se incurre en absurdo porque pone de manifiesto no solo un apartamiento de los hechos del proceso, sino también de lo expresado en los escritos constitutivos, desnaturalizándose la acción intentada y alterando la estructura de la relación procesal (conf. L. 95.661, sent. del 26-XII-2007; L. 104.774, sent. del17-VIII-2011; C. 106.661, sent. del 11-VIII-2010; etc.). Todo lo dicho deviene en evidencia palmaria del absurdo (ahora a través de la violación del principio de congruencia) que afecta al pro- nunciamiento*" (ver C. 106.999 sent. de 11-III-2015).

En otro orden, siendo que el presente caso debe analizarse a la luz de la protección del acceso del socio adherente y su familia a una vivienda digna, y que en el inmueble base de la presente acción de desalojo habita un niño menor de edad, entiendo que en autos se ha activado la aplicación de lo dispuesto por la Resolución 452/10 de esta Procuración General, dando debida intervención a la Asesoría de Menores y cursando a las autoridades provinciales los anoticiamientos pertinentes (v. fs. 210; 217/219, 222, 228, 233, 243/244, 255/257, 273/276, 309318, 320/321, 324, 330), dando

así cumplimiento a la manda contenida en dicha resolución. Ello, claro está, sin perjuicio de las medidas de acción positiva que esa Suprema Corte pudiera disponer por intermedio de la Subsecretaría de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires, dependiente del poder ejecutivo provincial, en aras de salvaguardar los intereses del menor y su familia, involucrados en la especie.

Las consideraciones hasta aquí expuestas resultan bastantes, en mi apreciación, para hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 27 de febrero de 2019.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.321-1

**“F.R. s/ determinación de la capacidad jurídica”, fecha: 31 de octubre de 2018**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"F. R. s/Determinación de la capacidad Juridica"

**C-122321-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro con fecha 31 de octubre de 2017, confirmó el decisorio del Juzgado de Familia N.º 4 departamental (v. fs. 689), que en los autos sobre determinación de la capacidad del señor R. F., resolvió aprobar la rendición de cuentas de la Curaduria Oficial Zonal (v. fs. 600).

Contra lo decidido dedujo la señora titular de la Asesoria de Incapaces N.º 2, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. Fs. 705/711); cuya desestimación (fs. 713) motivara la interposición del recurso de queja ante V.E. (fs. 766/770177). El mismo fue acogido favorablemente, y se concedió el remedio extraordinario (v. fs. 766/779), que paso a examinar.

**II.**

Recurso de inaplicabilidad de ley.

La accionante aduce que la sentencia en "*viola los arts. 18, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución nacional; 8 de la Convención Ame*ricana sobre los Derechos Humanos; 1, 2, 4, 5, 12, 13 de la Convención Discapacidad sobre los Derechos de las Personas con (leyes 26. 378 y 27.044); XVII, XVIII. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 Declaración Universal de Derechos Humanos; 10, 15, 36.5 y 171 de la Constitución

provincial; 3, 130, 131, 134, 858, 860, inc. C), 862, 1716, 1717, 1766, 1775, 1776 del Código

Civil y Comercial; art. 1, 2, 4, ley 26.944)." Igualmente, afirma que se aparta de las reglas que rigen la sana crítica (art. 384 del CPCC) , en tanto "*incurre en el vicio de absurdo en la valoración d los hechos y probanzas de la causa*".

Relata que impugnó (fs. 562/563) en su oportunidad, la rendición de cuentas de la Curaduría Oficial (fs. 541/543, 544/547, 548) en virtud de que dicha dependencia presentó dos facturas emitidas por una acompañante terapéutico las que "*describen como detalle de honorarios "trámites de afiliación a Profe" de fecha 11-11-15 por la suma de $ 720 y "A.T. Trámite" d 15-01-16 por $800, lo que totaliza la suma de $1520 ( fs.545, 547, 548)* "; y que, después de las explicaciones brindadas por dicha dependencia, aprueba el señor Juez de la instancia de origen ( fs. 600).

A continuación, refiere que no surgen elementos en estas actuaciones que demuestren la actividad realizada por la acompañante terapéutica en ejercicio de su incumbencia profesional.

Se agravia igualmente por entender que no existe documentación aportada que respalde las gestiones y trámites facturados por la mencionada, lo cual, por otro lado, según sostiene no significó beneficio concreto ni razonable para el señor F., quien "*mantiene paradero desconocido para todos los órganos judiciales desde fines de julio de 2013 luego de no regresar permiso de salida al Hospital donde se encontraba internado ...* ".

Destaca que la única documental aportada a fs. 569 y 570, no cumple con los requisitos que para las rendiciones de cuentas establecen los arts. 859 y sgtes., del Código Civil y Comercial, los cuales tampoco fueron considerados en el pronunciamiento de la Cámara.

Sostiene que del único fundamento del fallo, se deduce que el Tribunal entendió razonable "*contratar a una persona ajena a la dependencia, que invocó su formación profesional de acompañante terapéutica, para realizar una "re" afiliación o empadronamiento del Sr. F. Al PROFE...* " ( *fs.* 570) ".

Añade que desde la órbita propia de actuación de las Asesorías se fue tomando conocimiento de circunstancias -que involucran a un gran número de tutelados-que indican como modalidad de la Curaduría Oficial, contratar acompañantes terapéuticos para llevar a cabo tareas ajenas a su incumbencia profesional.

Por tal motivo, ante la posible comisión de hechos ilícitos informa que el Defensor General Departamental presenta denuncia penal, que cuenta con imputación del Fiscal a cargo de la UFI de Investigaciones Complejas de San Isidro, IPP 14-00-4389/16, y radicación ante el Juzgado Correccional N.º 5 de San Isidro.

En dicho marco, señala el inicio de la información sumarial P.G. N.º 44/16, y la resolución de la Procuración General registrada bajo N.º 530 de fecha 13 de julio de 2016, que dispone intervenir preventivamente la Curaduría Oficial Zonal, designar como interventor al señor Curador General y disponer el cese provisorio en las funciones de Curadora Oficial para los departamentos Judiciales de San Isidro y Zárate-Campana de la funcionaria que las desempeñaba (fs.601/602) .

Plantea, que de adquirir firmeza la Aprobación de las cuentas, "*además de colisionar eventualmente con las posibles resoluciones del ámbito penal*", se impediria al damnificado "*ejercer la acción de daños y perjui- cios y de reintegro derivadas de administración indebida en su perjuicio, máxime cuando también ello involucra -en el caso- la responsabilidad por daños del estado por el hecho de sus agentes (art.*134, 1716, 1717, 1766, *del Código Civil y Comercial*; Art. 1, 2, 4 *ley* 26944)."

Puntualiza que la sentencia atacada al sostener que las explicaciones brindadas por la Curaduria Oficial resultan razonables, sin abordar ninguna de las defensas planteadas por su parte, conducentes para resolver y arbitrariamente sin tratamiento de sus argumentos, constituye una formulación dogmática y de fundamento aparente, por no coincidir con los hechos comprobados de la causa.

Imputa al decisorio, que todos y cada uno de los elementos reseñados y obrantes en la causa aparecen ignorados. Y señala que "*En vista de los antecedentes de la causa y el derecho aplicable, la sola afirmación de la Cámara de que las explicaciones brindadas por sin abordar la curaduría ninguna de oficial resultan razonables, las defensas planteadas, constituye un típico ejercicio de formulación dogmática una decisión arbitraria...* ".

Por otro lado, expresa además, que el pronunciamiento transgrede sus propios precedentes "*dictados con motivo de similares planteas y que ha resuelto recientemente en forma opuesta, configurando ello de acuerdo a doctrina de la CJN causal específica de arbitrariedad*"; *y en dicho contexto transcribe, en lo pertinente, la resolución dictada en los a u tos* "G. P. A. S/ *Determina- ción de la Capacidad*" (Sala I, expte. Nº 35216 Resol. 4-10-2016).

Finalmente, expone sus argumentos sobre el modo en que se han violentado los preceptos que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y peticiona a esa Corte case la sentencia dictada por la Cámara.

II.i.

La Alzada, en lo que interesa destacar a los fines del presente, expone: "**II**. *La Asesora de Incapaces al fundar el memorial sostiene que R. F. cursó una internación larga y que en el mes de julio de 2013 no retornó de un permiso de salida siendo buscado desde entonces.*

*Conforme ello en la rendición de cuentas por el período 15-9-2015 al 13-3-2016 se incluyeron facturas de la acompañante terapéutico con los recibos que corroboran que fueron pagados de fecha 11-11-15 por la suma de ... Concluye que D. E. F. No fue acompañante terapéutica del causante ( fs. 566/567)*". "**III**. *Al contestar el traslado la titular de la Curaduría Oficial de Alienados explicó que las personas con padecimientos mentales son beneficiarios de una pensión no contributiba [sic} a la que se le practica un descuento mensual del Programa Federal de Salud cuya afiliación no es automática sino que requiere la realización de trámites para la expedición de un carnet o constancia de afiliado lo qu requiere la concurrencia de una acompañante terapéutico. Explica que es responsabilidad de la Curadu- ría que s gestione la obtención de medicamentos para el causante señaló que ésta es la manera que [sic] actuar de la institución con el fin de procurar a los beneficiarios la cobertura sanitaria para el caso de necesitarla ( fs. 59 7/599)*". "**IV**. *Resultanda razonable la explicación brindada por la Curaduría Oficial a la luz de la Convención sobre [sic] las Personas con Discapacidad y s Protocolo Facultativo redactado por Naciones Unidas aprobado por nuestro país (ley 26.378), en cuanto establece el criterio por el cual los procedimientos deben ser ajustados de manera de facilitar la realización de los trámites, corresponde mantener la providencia impugnada del 7-7-2016 con cumplimiento de los recaudos solicitados por el Magistrado*" (fs. 689).

II.ii.

Notoriamente, a mi modo de ver, surge de los precitados argumentos la ausencia de las razones o motivos por los cuales se receptan como base de la decisión, las manifestaciones de la Curaduría Oficial (fs.597/599).

De tal modo, sin brindar una respuesta razonada a la crítica detallada que efectúa la señora Asesora en su planteo impugnatorio, la Alzada confirma lo que a su hora consignara el Magistrado de primera instancia, quien expresó: "*Atento lo manifestado a fs. 548, teniendo en cuenta*

*la documentación acompañada, sin perjuicio de la impugnación realizada por el Ministerio Público interviniente ( fs. 562/563), apruebase por esta única vez, en cuanto ha 1ugar por derecho, la rendición de cuentas efectuada en los términos y con los alcances manifestados a fs. 548.* " (fs.600).

Se advierte que el sentenciante reitera la falencia reclamada al juzgador de la instancia original, en virtud de que no proporciona tratamiento a ninguna de las cuestiones sustanciales planteadas en su oportunidad, con la finalidad de impedir la aprobación de la rendición de cuentas, las que por su relevancia y seriedad debieron ser evaluadas (fs.601/602).

II.iii.

Por otro lado, nada revela que se haya ponderado el modo en que se habrían respetado los preceptos legales que regulan la cuestión debatida (arts. 858, 859, 860, 862 Cód. Civ y Com.), lo cual impide conocer sobre la legalidad de la decisión jurisdiccional ("Acuerdos y Sentencias" 1985-I-531; íd. II-129 y Ac. 37.062, sent. 30-VI- 87).

II.iv.

Tampoco se valora la condición del justiciable, quien por su vulnerabilidad -discapacidad mental y pobreza- (Sección 2°, 1 (3) "Las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana) requiere de una protección particular, acorde a sus circunstancias, y en línea con los dere- chos de rango constitucional (art. 75 inc.22 y 23; arts. 15 y 16 de la Const. Prov. Y ley 27.044); y que a la postre, se encontraría impedido de recuperar las sumas que irrogaron los gastos realizados por disposición de la Curaduría Oficial -en concepto de "tramites de afiliación a PROFE"- y eventual posibilidad de accionar por los daños y perjuicios que le ha significado dicho proceder (arts. 1716, 1717, 1766, 1775, 1776 Cód. Civ. Com.).

II.v.

Asimismo, soslaya explicar su apartamiento del fallo invocado por la recurrente, dictado por la misma Sala I, en los autos "G., P., A. S/Determinación de la Capacidad Jurídica" de fecha 26 de septiembre de 2016", en el cual ponderando las circunstancias de la causa:" a) información sumaria P. G. N º 44/16 por las presentaciones efectuadas por la (sic) Asesoras Departamentales formulada por el Defensor General Departamental, c) auditoria urgente de la Curaduría Oficial de San Isidro (surge inicialmente que a tres acompañantes terapéutico se le habrían abonado sumas exorbitantes en el curso del presente año, detentándose (sic) que en reiterado supuestos figuran conceptos de facturación impropias de las tareas de acompañante terapéuticos).

En virtud de todo ello se resolvió intervenir la Curaduría Oficial Zonal San Isidro/Zárate-Campana, designar como interventor al Curador General.... Y disponer el ces provisorio en sus funciones de la Curadora. (ver Resolución 530/2016 dictada el 13/7/2016, de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...). "*...con los antecedentes apuntados y lo señalado por la Asesora de Incapaces ...*", decidió no aprobar las cuentas presentadas por el interventor provisorio de la Curaduria Oficial Zonal para los departamentos judiciales de San Isidro, Zárate-Campana, "*... Hasta tanto, no se aclare la situación de la anterior curadora Oficial y no se efectivice un adecuado y ajustado control de suscuentas...*".

II.vi.

Pues así, resulta esclarecedor el voto del doctor de Lazzari, emitido en causa A. 71821, al que acude la recurrente: "A *esta al tura no resulta ocioso recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva impone al órgano jurisdiccional interviniente que produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo. No alcanza con que se adjudique la razón de cualquier manera. Ha de hacerse mediante desarrollos argumentales precisos que permitan comprender cómo y porqué han sido dados por*

*probados o no demostrados los hechos conducentes y ha sido aplicada la norma que rige el caso. Se requiere la inclusión del mecanismo mismo elaborado sobre la base de la lógica y del derecho, exhibido en sus elementos esenciales, extrovirtiendo el eje, la base, el hilo conductor, aunque se omitan los detalles. Con exigencias estrictamente constitucionales y convencionales (arts. 18 Constitución nacional, 10, 15, 171 Constitución provincial; 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos). No otra cosa impone el art. 3 del nuevo Código Civil y Comercial: el juez debe resolver mediante una decisión* ***razonablemente fundada*** *(sobre el derecho a una sentencia motivada como parte integrante de la tutela judicial efectiva, ver Leandro Guzmán, Derecho a una sentencia motivada, ed. Astrea, pág. 251 y sigs.).*" (A.71821 sent. 6-12-2017).

"*La prescindencia de pruebas que pudieran ser esen- ciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material, cons- tituye uno de los supuestos típicos de arbitrariedad...*" "(SCBA. L.28776, "*G.P.J.A. contra Zammar. A. Indem por antiguedad. Etc.*")".

Así también, el Superior Tribunal de la Nación, entre muchos de sus Fallos ha sostenido que "*Si bien las objeciones a las sentencias, relativas a la aplicación de normas de derecho común y procesal y la apreciación que efectúan de las cuestiones de hecho prueba, son ajenas, por principio, al recurso extraordinario, cabe admitir su procedencia en aquello supuestos donde el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, omisión de tratamiento de cuestiones sustanciale planteadas por las partes y de normativa conducente a la solución del litigio, o cuando media una fundamentación aparente, apoyada sólo en conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén jurídico o fáctico con el sólo sustento que la voluntad de los jueces. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-*" (Fallos: 326:3734; 322:2880; 315:503).

Y según su doctrina, (Fallos: 302:358; 303:1646; 304:1698) desconocer las circunstancia relevantes de la causa, haciendo mérito de una deficiente introducción de la cuestión, equivale tanto como a una renuncia de la verdad jurídica objetiva, incompatible con el servicio de justicia.

**III.**

En función de todo lo expuesto, considerando que han quedado demostrados los errores invocados, correspondería hacer lugar al recurso extraordinario incoado por la señora Asesora, dejar sin efecto el pronunciamiento atacado y devolver los autos al juzgado de la instancia de origen, a sus efectos.

La Plata, 31 de Octubre de 2018.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.102-1

# “Asesoría de Incapaces uno Lomas de Zamora c/ N. J. L. s/ acciones de impugnación de filiación” de fecha 26 de abril de 2018

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Asesoría de Incapaces uno lomis d Zamora c/ N. J. l. s/ Acciones de Impugnación d Filiación"

**C 122.102 - 1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora dictó sentencia confirmando la decisión de is. 51/ 52, que reconoció al Asesor de Incapaces legitimación para actuar en nombre del hijo menor de edad en la impugnación de filiación, rechazó la caducidad de instancia impetrada por el demandado (is. 64/66).

**II.**

Contra dicho pronunciamiento, el señor J. L. N., por derecho propio interpone recurso extraordinario de inaplicabfüdad de ley denunciando la violación y/o erróne aplicación de Jos artículos 103 y 593 del Código Civil y Comercial (is. 89/93).

Esgrime que, en la materia, se tiende a preservar el principio constituciona de seguridad jurídica mediante la limitación en el tiempo del ejercicio de la acción de impugnación de la filiación; Jo que evita el perjuicio respecto de quien aparece como hijo.

Es la propia ley --dice- la que se encarga de establecer la excepción temporaL reconociendo exclusivamente al hijo como único legitimado para impugnar e cualquier tiempo su reconocimiento :filiatorio; ello a condición de así decidirJo mm vez alcamnda la mayoría de edad o grado de madurez suficiente.

De allí, sostiene, que resulta impropia la interpretación que efectúan los sentenciantes de las fi..mciones del Ministerio Público Tutelar al reconocerle plena legitirnació para impugnar el reconocimiento filial. Que la actividad de este funcionario se encuentra reservada a integrar un sistema de asistencia y apoyos al niño en el ámbito judcial; por lo que resulta inaceptable consentir la convalidación de lo actuado por el Asesor de Incapaces a quien la propia ley le impide arrogarse en el sub-lite la representación de su hijo; máxime cuando la misma es ejercida por sus progenitores, respecto de quienes no pesa ninguna causal de exclusión.

Plantea el recurrente la cuestión del abanee de las atnbuciones de Ministerio Público en cumplimiento de la función tutelar, consistente en garantizar los derechos de las personas que carecen de capacidad suficiente para ejercitarlos por sí mismas (arts. 24, 1ooy103 del e.e. y C.).

Al respecto, cabe recordar la pacífica doctrina de V.E., establecida aún co anterioridad al nuevo Código Civil y Comercial: “ ... aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentahnente de asistencia y contralor conform ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácte de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudiciaL de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad”.

”Asimismo, en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor d Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores deb admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si s trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementa ésta en la forma que se considere adecuada” (conf S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. de 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. del 27-11-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VII-2000 DictamenP.G., causaL.83.196, del26-XII-2002).

También sostuvo V.E. en la materia: ''Se ha declarado que las fimciones de Asesor de Menores, más que de representación legal propiamente dicha -que es ejercida po el representante necesario- son de asistencia y contralor, las cuales sin embargo no se agot en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz toda vez que en ciertas circunstancias cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y **es necesario impedir l frustración de un derecho, aquél será representante directo"** (el destacado pertenece).

''Es así que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representant promiscuo y de parte legítima y esencial en todo aswto judicial o extrajudiciaL de jurisdicció voh.mtaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello baj pena de nulidad. Tan amplios términos tienen su razón de ser en el interés público de v protegidos la persona y el patrimonio de los menores (rectérdese la nota de Vélez al art. 58 de referido Código y la propia organización del Ministerio de Menores en la legislación de fondo-arts. 491 a 494-, como institución peculiar del país)".

"Además en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y con_mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la fonna que se considere adecuada (conf causas Ac. 27.759, sent. del 19-VIII-1980 en 'D.J.B.A.", 119-682, Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 en "Acuerdos y Sentencias ", 1990-1-240; Borda, Guillermo A., 'Tratado de Derecho Civil- Parte General", Eclit. Abeledo Perrot, 12ª. edición, T° I, págs. 398/399; Llambías, Jorge J., 'Tratado de Derecho Civil- Parte

General", &iit. Abeledo Perrot,) 9ª edición, T° I, pág. 379; Highton, Elena I., "Funciones de Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control", en ''La Ley", 1978-B-904; Bossert, Gustavo- Zannoni, Eduardo 'Manual de Derecho de Familia", Edit. Astrea, 1988, págs. 449; Ortiz de Rozas, Abe! "Manual

de Derecho de Familia", Eclit. Lexis Nexis, 2004, pág. 426)"-del voto del Ministro Genoud en causa L. 83.196, sent. del 13-11-2008-.

Más recienteirente, ya sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación -aunque· todavía no vigente-, esa Suprema Corte provinciaL haciendo referencia a la intervención del Ministerio Público Tutelar, se ha marrifestado dando cuenta del nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada que establece nuestro ordenamiento jurídico en generaL y civil y comerciaL en particular (conf S.C.B.A., causa 117.505, sent. del 22-IV-2015).

En esa linea, un nuevo protagonismo le ha sido reconocido al Asesor, refiriendo que su intervención ha cobrado un posicionamiento superior a partir de la Constitución, y de las mrmas convencionales especialmente referidas a los derechos de ruñas y niñas, con la imposbón de adecuaciones procesales que garanticen el pleno goce del acceso a la justicia de quienes se encuentran en condi::-iones desventajosas para· el ejercicio de derechos propios (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 CADH y 2, 3.1, 5, 6, y 12 de la Convención sobre los Derechos de ruño, O.G. Nº1 7/28 de agosto de 2002, "Condición jurídica y los Derechos Humanos de Niño", art. 75 inc. 22 y 23 CN, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, -citados en el voto de Ministro de Lázzari, en la causa aludida-); reposicionamiento que también se refleja en la nuev regulación sustantiva, que en su art. 103 determina que la intervención del Asesor puede se "complementaria" de la de los representantes legales de los menores (representación dual) e todos los procesos en que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando tales derechos estuviera comprometidos y e:xístiera inacción de los representantes legales-, dicha actuación habrá d convertirse en "principal" con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el goce de tutela de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores.

Se destacó igualmente que si bien esta función no resuha totalmente novedosa, toda vez que la doctrina ya asignaba tales alcances

al artículo 59 del Código de Vélez, ho aparece de modo explícito en la redacción del art. 103, cuyas previsiones debe integrarse co lo que al respecto dispone el artículo 38 inc. 4º de la ley 14.442, reglamentaria a nive provincial de las funciones inherentes al Ministerio Público Tutelar.

De confurmidad, cito la reflexión de Gustavo D. Moreno en "Tratado d Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" (Directora Silvia Eugenia Fernández), Ed. Abeledo Perrot, Tomo III, págs. 2695 y ss., en tomo a las -fimciones del Asesor de Menores Incapaces que ha diseñado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: "debe reconocerse su intervención como una "garantía orgánica" o un "plus de garantía de derechos' en el marco de la exigibilidad de todos los derechos de la :infancia como de la salud mentai a luz de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849; de raigambre constitucionai art. 75, inc. 22, CN), de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas d Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), y de la Convención sobr los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 26.378); como las leyes nacionales de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) y de Salud Mental (ley 26.657)".

Añadiendo que le cabe "asumir una representación que importe la actuación en todo supuesto en que los derechos del niño o de la persona con padecimiento mentai requiera una actuación judicial o extrajudiciai ya sea en coordinación con los representante individuales, legales y necesarios -coadyudando en la representación, en tanto el planteo s ajuste a derecho y a las necesrlades de la persona incapaz-; **o actuando en reemplaw hasta en contra de los representantes legales (padres, tutores, curadores) o sistemas de apoyo, cuando éstos no amparan a la persona por falta, exceso o defecto en su intenrención"** (el destacado me pertenece).

iii. Confonne b expuesto, queda despejada la habilitación del Asesor de Incapaces cmm legitimado directo o principal para el inicio y prosecución del "sub lite", tal como lo ha decidrlo la Alzada.

En orden al fundamento de su actuación, señalo que plU1tualmente hay en este proceso elementos de prueba que tienen valor autónomo y que penniten inferir, con important grado de certeza, una situación irregular respecto de la paternidad del señor N., y en orden reconocimiento de hijo que oportunamente efectuara (v. partrla de fs. 5; pericia genética de 22/26 y 28); hecho que motivó el inicio de la causa penal de trámite por ante Juzgado de Instrucción, Correccional y de Menores nº 2 de Paso de bs Libres, Provincia d Corrientes, en el que con fecha 3 de marzo de 2017 se dictó el procesamiento del citad Nocera, que **rezi** como sigue enla parte que aquí interesa: **"RESUELVO: 1°).-PROCESAR a**

**J. L. N., D.N.I. Nº,** y a **Z. B. B. D.N.I. Nº,** ambos, de las demás circtU1stancias personal s obrantes en autos, por la comisión 'prima fucie' del delito de **SUPOSICION DE IDENTIDAD Y FALSEDAD IDEOLOGICA en CONCURSO IDEAL,** previsto

penado por los artícubs 139 inciso 2° y 293 en razón del artículo 54, todos del Código Penal Argentino, en calidad de coautores materiales.- **2°).- DECRETAR la PRISIO PREVENTIVA** de los procesados **N. y B. las gue no se harán efectivas** por habe e concedrlo la Exención de Prisión al primero y por no evidenciarse alguna restricción cante• a en las previsiones del artícub 315 del CPP, para la segunda, ( artícub 3 08 del Código Proces l Penal).- 3°) Hágase saber, agréguese copia al principai regístrese, cúmplase con la Ley 22.117, oficiese y notifiquese.- **Fdo.** Dr. Daniel Leonardo Insamrak:le, Juez. Juz. de Inst. Corre . y Menores Nº 2, Paso de los Libres-Ctes." (v. fs. 9/ fs. 28 e informe que acompaño).

Resalto la relevancia de la cuestión bajo análisis, pues se trata de dilucidar e estado de hijo, en el que se encuentran comprometidos altos valores humanos, familiares personales, que hacen al interés general, a cuyo resguardo acude el Ministerio Público, y po definición el Asesor de Incapaces cuando se trata de garantizar la efectividad de los derecho del niño; en el caso, a su identidad y a su verdadera identificación, en ténninos penales "p• facie"

alterada gravemente en concurso ideal con falsedad ideológica (fs. 6/8, arts. 139 inc. 2 293 del C.P.).

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, ha consagrado la jerarquía e ese nivel de la Convención sobre los Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General d la ONU, en New York el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la ley 23.849 de nuestro país, a partir de la refonna operada en 1994. De este valioso instrumento, que extiende s influencia y primacia sobre toda la legislación infraconstitucional sustantiva y adjetiva nacional, obviamente provincial (art. 31, Constitución Nacional), resulta que confonne al art. 3º ue todas las medidas concernientes a los niños que tomen ...los tribunales... una condició primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", debiendo los Estados Parte adoptar todas la medidas no sólo adminístrativas y legislativas, sino de cualquier otra índo1 ''para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (art. 4°) entre lo que cabe mencionar el que les asiste "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos" (á.rt;:7_f.). "a preservar su identidad" (art. 8.1.).

La jerarquía de los derechos que aqlÚ aparecen vulnerados, interesan sin dud alguna al interés público, y a la consideración primordial del interés del niño, que debe guiar solución del caso en orden a restablecerlos con el menor costo posible, entendido esto en términos de economía y celeridad procesales, atendiendo a razones de elemental equidad todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor iguahnente ponderable por su trascendenc· en toda decisión que tomen los jueces.

En esta línea de pensamiento, la intervención del Ministerio Público Tutelar no puede limitarse a un mero análisis superficial de las actuaciones que se someten a s conocimiento, como parece pretenderlo el recurrente, sino que debe extenderse a evaluación sustancial en tomo a anali:zar si los derechos del menor cuya inobservancia emerge de aquellas se encuentran adecuadamente reclamados y defendidos por sus representantes legales. En caso contrario, plantear concreta y claramente los remedios que

corresponde arbitrar para su subsanación, y la remoción de los obstáculos que pudieran existir, formulando las peticiones que fueran menester para la defensa de los intereses que le han sido encomendados por imperativo mandato de la ley.

Y es en supuestos como el bajo análisis, donde se patentiz.a la importancia de las atnbuciones del Ministerio Público Tutelar, desplegadas con diligencia al máximo de s potencial en protección y garantía de los derechos de este niño, cuya identidad jurídica no se compadece con la biológica; y en cumplimiento de la manda supraconstitucional del art. 8.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En virtud de lo expuesto, opino que V.E. deberla confirmar el prommciamiento recurrido y, por lo tanto, rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo análisis.

La Plata, 2 de aabril de 2018.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.209-1

**“Herederos de C., L. A. S.A. y ot. s/ cobro ordinario de sumas de dinero”, fecha: 27 de noviembre 2017**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Herederos de C., L. A. S.A. y ot. s/Cobro Ordinario de Sumas de Dinero"

**C 121.209 - 1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo resuelto por V.E. a fs. 95 l/954 vta., al hacer lugar a la queja interpuesta por la Sra. Asesora de Incapaces interviniente en representación del actor E.A.C., con motivo de la denegación en la instancia ordinaria del recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto por la misma funcionaria en ejercicio de la aludida representación (v. fs. 870/876 vta.). Como consecuencia de lo allí dispuesto, se resolvió dar intervención a esta Procuración General para que ejerza la participación que le compete en los términos del artículo 283 del Código Procesal Civil y Comercial local, a través de la vista cuya contestación procederé a desarrollar seguidamente.

**II.**

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes resolvió, a fs. 854/864, confirmar la sentencia de origen que, a su turno (fs. 808/9), había declarado operada la caducidad de instancia requerida por la parte demandada al haberse verificado el cumplimiento de los recaudos objetivos impuestos en los artículos 31O y 315 del C.P.C.C.B.A. Fue en oportunidad de tramitar el recurso de apelación interpuesto por la actora contra dicha resolución, que la Alzada, advirtiendo que en autos se encontraban comprometidos intereses de un menor, dispuso correr vista de las actuaciones a la Asesoría de Incapaces correspondiente.

Como consecuencia de la participación conferida, la

representante del Ministerio Pupilar impugnó la referida resolución a través del recurso de apelación de fs. 838 que fundó con el escrito obrante a fs. 846/vta. Entre sus agravios cuestionó su falta de participación previa (v.g. con la intimación prevista en el artículo 315 del ritual practicada en autos a fs. 806), omisión que le habría impedido ejercer actos en favor de la vigencia de la instancia. Y de allí, derivó que la conclusión del proceso por caducidad devenía en una solución prematura. En dicha oportunidad, asimismo, solicitó medidas tendientes a activar el curso del proceso.

**III.**

En cuanto aquí interesa analizar, la Alzada entendió que la apelación interpuesta por la Sra. Asesora no era procedente. El voto sobre el que se edifica la mayoría de la decisión en crisis se concentra en dar respuesta al planteo de dicha funcionaria, fincado en la falta de intervención oportuna, al no haberse sustanciado con ella el acuse de caducidad de fs. 803/804 y al considerarse que aquella participación cursada por el órgano revisor había sido la primera oportunidad útil para ejercer la facultad de acti- var el proceso, conforme lo prevé el artículo 315 delritual.

El magistrado ponente procedió a interpretar los alcances del artículo 103 del Código Civil y Comercial relativo al rol del Ministerio Público en la representación de las personas con capacidades restringidas. En particular, analizó los términos del inciso “b” de dicho artículo que dispone la intervención principal del Ministerio Público cuando los derechos de los representados estén comprometidos y exista inacción de los representantes legales, afirmando, en suma, que el incapaz contaba en autos con su representante legal (la madredeladolescenteinvolucradoenelproceso), demodo que,en el caso,no podía hablarse de *inacción*, independientemente de que aquella estuviera actuando bien o mal. Por ello, estimó que no correspondía en autos la intervención principal de la Asesora de Incapaces. Ello, sin perjui- cio de la responsabilidad que tal obrar negligente de la representante legal pudiera ocasionar. Abunda así sobre la inexistencia de una doble representación procesal,

destacando que la intimación fue sustanciada oportunamente con la representante del menor, por lo que habiendo intervenido dicha parte, no correspondía dar vista a la Asesora de Incapaces toda vez que no se había causado ningún perjuicio a su pupilo. Luego argumenta que el artículo 315 contempla una única oportunidad procesal para intimar a la parte que no impulsa el proceso, por lo que la vista ordenada en la instancia de apelación sólo pretendía que dicho órgano asesor se expidiera sobre la procedencia de la caducidad, pero sin permitirle ninguna actividad procesal impulsora que hubiera significado una retrogradación del proceso a etapas ya precluídas.

**IV.**

Detengo aquí la reseña del fallo en crisis pues de cuanto llevo expuesto se evidencia el grueso error de juzgamiento en que se ha incurrido.

En efecto, el tema central traído a debate por los contendientes consiste en la determinación del rol que cabe asignar al Ministerio Público en cumplimiento de la defensa de los intereses de las personas que, por diferentes razones, carecen de capacidad suficiente para el ejercicio de sus derechos por sí mismas (art. 100 y 103 del CCyC), función que -desde ya adelanto- no se agota con el mero formalismo de conceder una "vista" previa al dictado de un pronunciamiento, si con ello no se habilita la adecuada tutela de los derechos de los pupilos, como parece sugerirse en alguna de las afirmaciones formuladas en el voto objeto decuestionamiento.

A propósito de ello, en un precedente del fuero laboral que guarda similitudes con la presente causa, esta Procuración General tuvo ocasión de señalar, cuando todavía se encontraba vigente el Código Civil anterior a la reforma del año 2015, que "*En reiterada doctrina, ese Alto Tribunal ha sostenido que aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legitima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los*

*incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad.*"

"*Asimismo agregó que en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. del 19- VIII-1980; Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VII-2000)*" (Dictamen P.G., causa L.83.196, del26-XII-2002).

Y a lo apuntado se adunó que "*Del juego armónico de las normas adjetivas que rigen el instituto de la caducidad de instancia en el procedimiento laboral y lo dispuesto por el art. 59 del Código Civil antes comentado, no cabe más que concluir que la perención de la instancia de este juicio ha sido dispuesta por el tribunal de grado en infracción de lo prescripto por el art. 12 de la ley 11.653, como resultado de lo cual se ha visto lesionado el derecho dedefensa en juicio que asiste a los menores actores así como también la garantía del debido proceso legal (arts. 18, Constitución nacional y 10, Carta provincial)*". Ello así, en la inteligencia de que en las mentadas actuaciones la intimación a las partes para que produzcan actividad útil para la prosecución del trámite en los términos del art. 315 del C.P.C.C.B.A. no había sido cumplimentada con relación a los menores involucrados" *en tanto -como se vió- omitieron cursar la referida intimación a la funcionaria del Ministerio Pupilar quien -por imposición legal (art. 59, Cód. Civil) reviste el carácter de representante promiscua de aquéllos en calidad de parte legítima y esencial en este proceso*" (del dict. de la causa L.83.196, y acit.).

Y al expedirse V.E. en el precedente aludido tuvo oportunidad de señalar -a través del voto que concitó la mayoría de opiniones y en concordancia con la opinión vertida en la ocasión por la Procuración General- que "*Se ha declarado que las funciones del Asesor de Menores, más que de representación legal propiamente dicha -que es ejercida por el representante necesario- son de asistencia y contralor, las cuales sin embargo no se agotan*

*en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz toda vez que en ciertas circunstancias cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, aquél será* ***representante directo.”*** (el destacado me pertenece).

“Es así que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad. Tan amplios términos tienen su razón de ser en el interés público de ver protegidos la persona y el patrimonio de los menores (recuérdese la nota de Vélez al art. 58 del referido Código y la propia organización del Ministerio de Menores en la legislación de fondo -arts. 491 a 494-, como institución peculiar del país).”

*“Además en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o derepresentación y con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. causas Ac. 27.759, sent. del 19-VIII-1980 en “D.J.B.A.”, 119-682, Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 en “Acuerdos y Sentencias”, 1990-1-240; Borda Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil-Parte General”, Edit. Abeledo Perrot, 12ª. edición, T° I, págs. 398/399; Llambías Jorge J., “Tratado de Derecho Civil- Parte General”, Edit. Abeledo Perrot, 19ª edición, Tº I, pág. 379; Highton Elena I.,* “Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control”, *en* “La Ley”, 1978-B-904; Bossert Gustavo-Zannoni Eduardo “Manual de Derecho de Familia”, Edit. Astrea, 1988, págs. 449; Ortiz de Rozas Abel- Roveda Eduardo “Manual de Derecho de Familia”, Edit. Lexis Nexis, 2004, pág. 426)”* (del voto del Ministro Genoud en causa L. 83.196, sent. del 13-11-2008).

**V.**

En sintonía con lo expuesto, la Corte Suprema de la Nación *inre* “ Quintana” sostuvo que la omisión del *a qua* de conferir intervención al

ministerio pupilar para que ejerza la representación necesaria de una hija menor -beneficiaria de la pensión derivada de la muerte de su padre- afecta la finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, la cual ha sido objeto de consideración en tratados internacionales de jerarquía constitucional, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el compromiso de los estados partes de dar al menor oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, y a sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (Fallos v. 320-2, pág. 1291 yss.).

**VI**.

Ahora bien, más recientemente, encontrándose ya sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación -aunque todavía no vigente- esa Suprema Corte provincial, haciendo referencia a la intervención del Ministerio Público en defensa de los derechos de los menores involucrados en un proceso, se ha manifestado dando cuenta del nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada que insufla nuestro ordenamiento jurídico en general, y civil y comercial, en particular (conf. S.C.B.A., causa 117.505, sent. del 22-IV-2015, que en adelante se sigue).

En ese orden de ideas, un nuevo protagonismo le ha sido reconocido al rol del Asesor refiriendo que su intervención ha cobrado un posicionamiento superior a partir de la Constitución y de las normas convencionales especialmente referidas a los derechos de niños y niñas, con la imposición de adecuaciones procesales que garanticen el pleno goce del acceso a la justicia de quienes se encuentran en condiciones desventajosas para el ejercicio de derechos propios (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 CADH y 2, 3.1, 5, 6, y 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, O.G. Nºl 7/28 de agosto de 2002, "Condición jurídica y los Derechos Humanos del Niño", art. 75 inc.22 y 23 CN, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, citados en el voto del Ministro de Lázzari, en la causa aludida), reposicionamiento que también se

refleja en la nueva regulación sustantiva, que en su art. 103 determina que la intervención del Asesor puede ser "complementaria" de la de los representantes legales de los menores (representación dual) en todos los procesos en que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias- cuando tales derechos estuvieran comprometidos y existiera inacción de los representan- tes legales-, dicha actuación habrá de convertirse en "principal" con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el goce de la tutela de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor deMenores.

Se destacó igualmente que si bien esta función no resulta totalmente novedosa, toda vez que la doctrina ya asignaba tales alcances al artículo 59 del Código de Vélez, hoy aparece de modo explícito en su redacción, cuya lectura, a su turno, debe integrarse con lo que al respecto dispone el artículo 38 inc. 4º de la ley 14.442, reglamentaria a nivel provincial de las funciones inherentes al Ministerio Público (conf. S.C.B.A., causa C.117.505, ya cit.)

En línea con lo que llevo dicho, habré de reproducir seguidamente la opinión vertida a manera de conclusión por Gustavo Moreno en "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescendes" (Directora Silvia Eugenia Fernández), Ed. Abeledo Perrot, Tomo III, págs. 2695 y ss., en torno al rol de Asesor de Menores e Incapaces, cuando refiere que "*debe reconocerse su intervención como una "garantía orgánica" o un "plus de garantía de derechos" en el marco de la exigibilidad de todos los derechos de la infancia como de la salud mental, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849; de raigambre constitucional, art. 75, inc. 22, CN), de la Convención Interameri- cana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 26.378); como las leyes nacionales de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) y de Salud Mental (ley 26.657)*". Añadiendo que le cabe "*asumir una representación que importe la actuación en todo supuesto en que los derechos del niño o de la persona con padecimiento mental, requieran una actuación judicial o extrajudicial, ya sea en*

*coordinación con los representantes individuales, legales y necesarios -coadyudando en la representación, en tanto el planteo se ajuste a derecho y a las necesidades de la persona incapaz-; o actuando en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales (padres, tutores, curadores) o sistemas de apoyo, cuando éstos no amparan a la persona por falta, exceso o defecto en suintervención".*

Siendo ello así, y ponderando que esta Procuración General se ha manifestado en casos análogos al presente proponiendo la anulación de oficio de todo lo actuado a partir de la falta de notificación de la intimación derivada del acuse de caducidad de instancia al Asesor, pues ello provoca un perjuicio directo en la defensa de los derechos del menor involucrado, quien se vio por ello privado de contar con la representación del entonces vigente artículo 59 del CC (conf. dictamen P.G. causa L 83.196, del 26-XII-2002, ya cit., seguido por V.E. al emitir sentencia del 13-11-2008; e. o.), estimo que tal habrá de ser la solución a aplicar por V.E. en la especie, solu- ción que más allá de lo apuntado en los párrafos precedentes, me exime de responder puntualmente a cada uno de los agravios traídos a esta sede extraordinaria por la Magistrada de este Ministerio Público en su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

**VII.**

Por todo cuanto hasta aquí he expuesto estimo que corresponde anular de oficio todo lo actuado desde de fs. 806, dando al Ministerio Público la intervención que por ley viene impuesta para dar cumplimiento a la tutela adecuada de los derechos de niñas, niños y adolescentes, para asegurar la remoción de los obstáculos que impidieran su acceso a la justicia y al goce de sus derechos.

La Plata, 27 de noviembre de 2017.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: Ac. 99.204

# "O., N. N. s/ protección contra la violencia familiar", fecha: 18/09/2006

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"O., N. N. s/ Protección contra la violencia familiar"

**Ac. 99.204**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

El Tribunal de Familia Nº 2 de La Plata, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la Sra Asesora de Menores e Incapaces contra el resolutorio del Sr Juez de Trámite que a fs. 13, había denegado la medida cautelar de exclusión del hogar peticionada por su Ministerio en función de "no encontrarse la menor facultada para requerirla" y por no acreditarse "prima facie extremos que ameriten disponer las cautelares impetradas".

El Organo Colegiado destacó que no había sido cuestionada la legitimación de la actora, sino que las medidas debieron ser rechazas por las razones ya explicitadas y porque de adoptarse, afectarían a todo el grupo familiar que no había sido oído -v. fs. 22/22vta-.

Contra dicho resolutorio se alza la representante de la rama pupilar, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que luce a fs. 31/42 vuelta.

Se agravia principalmente, porque entiende que los Sres Jueces de Familia han violentado el acceso a la justicia de sus representadas -art. 15 de la Constitución de la Provincia y 18 de la Constitución de la Nación-; e inaplicado las disposiciones de la ley 12.569 de "Protección contra la violencia familiar".

Denuncia la violación del art. 12 apartado 2º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño".

Considero que el recurso debe prosperar.

Intentaré liminarmente efectuar una breve reseña de los hechos que motivaron la petición originaria de la Sra Asesora, pues son por sí solos demostrativos de la procedencia del reclamo, desde que reflejan la situación de desprotección del grupo social más vulnerable: niños y jóvenes víctimas de la violencia física y psicológica de sus padres.

Espontáneamente se presenta la adolescente N. L. en sede de la Asesoría de Menores a exponer el cuadro de violencia en el que se desenvolvía, desde hacía tiempo, su grupo familiar, integrado por su madre, sus hermanos

Y. de veinticinco años, A. de dieciocho, M. de trece y B. O. de siete años.

Relata que a raíz de la conducta violenta de su padre para con una de sus hermanas intentó interceder, debiendo como consecuencia de ello buscar refugio en casa de sus abuelos, ya que fue expulsada mediante amenazas. Efectuó la correspondiente denuncia penal, de la que da cuenta la documental que acompaña.

Solicita al Tribunal de Familia se tomen las medidas pertinentes con el propósito de resguardar al grupo familiar, petición canalizada por la Sra Asesora de Menores, en función de lo normado por el artículo 59 del Código Civil, 23 de la ley 12.061 y 5 de la ley 12.569 -v. fs. 1/6vta-.

El primer despacho del Dr Haroldo Gavernet como Juez de Trámite dispone : “Sin perjuicio de la competencia de este Tribunal (Art. 827 del CPC y C) y las particulares circunstancias invocadas, dispónese la intervención del Cuerpo Técnico Auxiliar del Tribunal a los fines que se realicen amplios informes ambientales en el domicilio de las partes y se fije entrevista con el grupo familiar, con carácter de urgente”.

Los informes sociales no demoraron en ser agregados al proceso. En ellos la Perito Asistente Social corrobora los relatos de N.. Dan cuenta del profundo temor en el que se encuentran inmersos los menores, quienes desde

temprana edad, avisoran un desenlace violento en su hogar . Relatan los castigos físicos y psíquicos a los que su padre los tiene acostumbrados, y dicen sentirse sus “esclavos” -v. informe fs. 8/8vta-.

Los adultos responsables son citados a instancias de la Perito Psiquiatra del Tribunal, pero no concurren -v. fs. 10/11-.

La Asesora reitera la petición de adopción de la medida cautelar de impedimento de acercamiento del presunto agresor -v. fs 12-

Dicho pedimento provoca el decisorio del Dr Gavernet al que ya he hecho referencia y en el que no sólo se detiene en el estadio procesal de la cautelar, sino que se ocupa de destacar la falta de legitimación de la “menor representada”, indicándole que “deberá ocurrir eventualmente por ante el fuero pertinente”. -v. fs. 13-.

Recurso de reposición y de reconsideración en subsidio mediante, se expide el Pleno del Tribunal de Familia a fs. 22 rechazándolo .

Al argumento de la Sra Asesora de Menores de haber inaplicado la normativa pertinente, cercenando en consecuencia el acceso a la justicia de las jóvenes, responden negativamente. Sostienen los integrantes del órgano colegiado que no se ha cuestionado la legitimación de las accionantes. Agregan que el grupo familiar fue convocado desde el Tribunal.

Advierto sin embargo que asiste razón a la quejosa, pues durante más de un mes y a pesar de las constancias de autos, el Sr Juez de Trámite en un comienzo y las demás integrantes a posteriori, se mantuvieron distantes, limitándose a señalar anomalías de índole formal que, como intentaré demostrar a V.E. resultaban inexistentes, máxime frente a la envergadura de la cuestión por la que habían sido llamados a intervenir.

La denuncia de violencia familiar estaba ya radicada ante el Fuero Especializado de Familia por iniciativa del Ministerio Publico Pupilar,

instado nada menos que por la presentación espontánea de una de las propias víctimas menor de edad -arts. 4º y 5º de la ley 12.569-

Puntuales medidas en resguardo del grupo familiar fueron requeridas por la representante del Ministerio Público, tales, las previstas en los incisos a) y b) del art. 7° de la norma antes citada.

Se suma al relato de la joven víctima, el informe de la Perito Asistente Social del Tribunal, a través del cual se hacen oír sus hermanos también menores de edad. Otro dato de interés, resulta ser la incomparecencia del presunto agresor y su esposa al ser citados por el Tribunal.

Ese era el cuadro de situación que se le presentaba al Sr Magistrado de la causa, y frente al cual el artículo 7º imponía la obligación de "::ordenar con el fin de evitar la repetición de los actos de violencia...", alguna de las medidas conexas al hecho denunciado que enumera.

Huelga recordar que, desde el conocimiento del hecho hasta la adopción de éstas, la legislación destaca que no podrá exceder el término de 48 hs -art. cit.- .

Asimismo, que luego de la reglamentación de la norma por el dec. reg. 2875/06, el diagnóstico familiar requerido en el artículo 8 no puede constituirse en condición sine qua non para que el juez o el tribunal interviniente puedan ordenar las medidas previstas en el artículo 7 de la ley -art. 8º dec. reg. cit.-.

Sin embargo la legitimación de la joven víctima fue puesta en tela de juicio en el auto de fs. 13, luego confirmado por el Tribunal en Pleno. También se ocupó en él el Sr Magistrado de hacerle saber que debía ocurrir eventualmente por el fuero pertinente.

Me pregunto al igual que la Sra Asesora de Menores, ¿no es claro el texto de los artículos 4º y 5º de la ley 12.569?

La respuesta no puede ser otra que la afirmativa; ante presuntas víctimas menores de edad, la Asesora de Menores no sólo puede

requerir la adopción de las medidas que enumera el artículo 7º a su respecto, sino que debe solicitarlas -art. 23 ley 12.061-.

Y para que el Magistrado actuante las ordene, basta con la sospecha de maltrato y la verosimilitud de derecho, pues en esencia, son medidas cautelares impregnadas de los principios propios del derecho de familia, de urgente amparo a las víctimas y cuyo primer objetivo lo constituye el hacer cesar la violencia instalada en el grupo familiar y el adoptar los recaudos para evitar su repetición.

De allí que sólo un Juez con el imperio que invisten sus decisiones, esté en condiciones de satisfacer el interés de las víctimas en este primer estadio. Afirma en este sentido Cárdenas, que la gran ventaja que tiene moverse dentro del sistema judicial es que se esté frente a un sistema en donde el que todavía no se siente suficientemente implicado en un problema, va a ser implicado por la fuerza. La gran virtud que tiene el Poder Judicial, señala el autor, diferente a la de cualquier otro recurso de la comunidad, es que implica obligatoriamente en el problema a la gente que no quiere estar implicada (Autor citado en "El proceso de familia en la provincia", pág. 931).

Más aún, en las denuncias de violencia familiar, teniendo en cuenta la especial naturaleza de los derechos en juego, como así también la situación de riesgo que puede involucrar el caso, deben arbitrarse los recau- dos necesarios para que el dictado de las medidas no se vea frustrado por la orfandad probatoria del escrito presentado por el denunciante. En este tipo de proceso, impregnado por principios y normas de orden público, el juez no puede actuar como mero espectador, sino que -por el contrario- debe adoptar una postura activa, ordenando las medidas de impulso y prueba necesarias a los fines de comprobar si se encuentra ante un caso concreto de violencia familiar.

Debemos despojarnos de aquellos principios que gobiernan el proceso dispositivo, en el que sólo la parte se encuentra legitimada para darle inicio; pues como señala Kielmanovich con cita de Cappelletti, en tanto la demanda pueda ser interpuesta por una parte pública, en lugar de la privada que

resulta titular del derecho discutido y se refiera a una relación del derecho privado, la disponi bilidad del derecho material se verá sustancial y críticamente alterada hasta el extremo de que el mismo, en tal contexto, se habría convertido en público y el proceso, por ende, en inquisitivo. Es lo que ocurre por ejemplo, con la publicización de los procesos cautelares de familia. (En "El proceso de familia", pág. 15).

Todos sabemos que indefensión y niñez son nociones teóricas casi inescindibles, inclusive al referirnos a la propia adolescencia. Se trata de una realidad tan incontrastable, que despierta al decir de la más destacada doctrina, conductas protectoras desde los adultos prácticamente instintivas o naturales, pero que muchas veces resultan polémicas o contraproducentes según las líneas de pensamiento con las que se las observe (Carlos Coggy, Intervención legal en violencia familiar y maltrato infantil, en "Violencia familiar y abuso sexual", Ed. Universidad).

Es llamativo entonces, que quienes son convocados al examen de este problema en función de su conocimiento especializado opten por abstenerse de echar mano a las múltiples herramientas que el ordenamiento específico pone a su alcance, manteniendo una distancia casi empática.

El Poder Judicial en procura de protección a elementales derechos de raigambre constitucional -a la vida, a la salud, a la libertad, etc-, debe adoptar las medidas que el ordenamiento específico le brinda de manera urgente, o la que considere adecuada para satisfacer la pretensión de la parte denunciante, por los carriles procesales adecuados. Y ello, como ya señalé, sin tener que aguardar la petición del titular del derecho afectado.

En cuanto a la protección específica de los niños y jóvenes, la Convención sobre los Derechos del Niño (art.75 inc. 22 Constitución Nacional) establece en su artículo 3.1 que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Cuando la Convención expresa "todas las medidas" no deja lugar a dudas en cuanto a que no existen disposiciones ni resoluciones de un órgano o dependencia del Estado que queden excluídas de la obligación de perseguir como objetivo primario el principio rector de "interés superior del niño". Cada vez que en el ámbito judicial se dispone alguna medida respecto de las víctimas infantiles que las haga sufrir o que pueda dificultar su rehabilitación, sostiene Rozanski, se viola el aludido principio rector (aut. cit. en"Abuso sexual infantil ¿Denunciar o silenciar?").

Argentina ha dictado leyes como la de Protección contra la violencia familiar que rige en el ámbito provincia y a la que los integrantes del Tribunal de Familia Nº 2 de La Plata han dado la espalda, tendientes a dar efectividad a la citada Convención, y a la también adoptada por Ley 23.338 -Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-.

Pero ello por sí no basta. Una vez más es prudente señalar que una intervención desarticulada como la que se observa en autos, además de dañar a los niños y jóvenes afectados, conspira contra el debido esclarecimiento de los hechos –arts. 19, 24.1 y 39 de la CIDN-.

Así como en esta instancia extraordinaria no podemos soslayar la existencia de las infracciones constitucionales como las denunciadas por la Sra Asesora, en particular aquéllas que hacen al debido proceso proteccional de familia, tampoco, entiendo, podemos desentendernos de las circunstancias del caso que han llegado a conocimiento, de las que resulta también patente que se encuentra en riesgo la salud psicofísica de dos menores y dos adolescentes a quienes debe brindárseles urgente atención mediante las " medidas peticionadas" por su representante promiscua y que fueron por una censurable conducta del órgano jurisdiccional postergadas sine die.

Como cabeza del Ministerio Público de la Provincia no puedo avalar que en el patíbulo del formalismo procesal sucumba la urgente cautelar protección que reclama la joven peticionante para sí y para sus hermanos.

Recordaré aquí las oportunas y equitativas palabras de

V.E.; “Es que los límites propios de la instancia extraordinaria que corresponden a esta Corte, que dejan en principio embretada 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 nomofiláctico y a la faena uniformadora de la jurisprudencia. 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 considera- ción 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. sí 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, Constitu- ción 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 Conven- ción sobre los Derechos del Niño) “ (Ac.90868, sent. del 15-12-2004).

Sin desconocer que la función atribuida a la Suprema Corte a través del recurso de inaplicabilidad de ley es la de ejercer un control de legalidad, ésto es, verificar la recta aplicación del derecho a los hechos

definitivamente establecidos en la instancia ordinaria, al igual que en el antecedente de mención, entiendo pertinente que V.E. asuma positivamente la tutela requerida y provea las medidas peticionadas por la Sra Asesora de Menores en resguardo de sus representados, las que omitidas por el Tribunal de origen, acarrean la violación de la ley 12.569, por inaplicabilidad , pues como es sabido, una norma jurídica puede ser infringida de diversos modos; ya sea aplicándola a casos que no están subsumidos en ella, sea dejándola de aplicar a los supuestos que la misma abarca, o estableciendo erróneamente los elementos fácticos (Conf. Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", pág.266).

Por las razones expuestas aconsejo a V.E.;

Haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la Sra Asesora de Menores e Incapaces,.

Asuma positivamente la tutela requerida, ordenando las medidas de protección peticionadas por su Ministerio.

Ordene la formación de actuaciones administrativas en ejercicio de las atribuciones de superintendencia de las que se encuentra investido, toda vez que la omisión de actuar los deberes que imponía a los Sres Jueces de Familia la ley 12.569 "De Protección contra la Violencia Familiar", aparece "prima facie" incompatible con el adecuado el servicio de justicia.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 18 de septiembre de 2006.

**DRA. MARIA L. CARMEN FALBO**

Procuradora General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: L 83.196

**“D. G. , R. y otros contra P. S.A. y otros s/ cobro de pesos, accidente in itinere”, fecha: 26 de diciembre de 2002**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"D. G. , R. y otros contra P. S.A. y otros s/ cobro de pesos, accidente in itinere", fecha: 26 de diciembre de 2002

**L 83.196**

**Dictamen de la Procuración General:**

**I.**

En el juicio que R. d. C. D. G. promovió -por su propio derecho y en representación de sus hijos menores de edad- contra "Pypsa S.A." y contra Eliseo Recalde Marecos, en reclamo de indemnización por la muerte de R. E. M. O. ocurrida en accidente de trabajo "in itinere", el Tribunal del Trabajo nº 2 de La Plata declaró perimida la instancia (fs. 140/142).

Contra ese pronunciamiento, la parte actora planteó la nulidad de la notificación de la intimación cursada a las partes a los fines de que produzcan actividad procesal útil para la prosecución de la causa bajo apercibimiento de decretarse la caducidad de instancia (v. fs. 146/149) y el tribunal del trabajo actuante dispuso su rechazo (fs. 157/158 vta.).

Este último decisorio contrario a la procedencia del planteo de nulidad, fue impugnado por el letrado apoderado de los accionantes mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 161/164 vta.).

Notificada la funcionaria del Ministerio Pupilar interviniente en autos de la sentencia que decretó la caducidad de la instancia, procedió a su impugnación mediante recurso extraordinario de nulidad (v. fs. 174/175).

**II.**

Recibidos en vista los remedios procesales deducidos (v. fs. 178), adelanto desde ahora opinión en el sentido de que corresponde anular

de oficio el pronunciamiento dictado en fs. 140/142, solución ésta que me exime de reseñar los agravios vertidos en cada una de las impugnaciones traídas.

1. Previo a desarrollar los fundamentos que me llevan a propiciar la solución antedicha, estimo conveniente hacer un breve repaso del trámite seguido en los presentes obrados. Veamos:

Encontrándose la causa en la etapa de producción de pruebas, el tribunal del trabajo actuante intimó a las partes -actora y demandada- para que en el término de cinco días produzcan actividad procesal útil para la prosecución de la causa, bajo apercimiento de decretar la caducidad de la instancia en caso de incumplimiento con arreglo a lo prescripto en el art. 12 de la ley 11.653 (v. fs. 135 vta.).

Dicha intimación fue notificada mediante cédula a los co-demandados y a la parte actora (v. fs. 136, 137 y 138).

El silencio observado por los contendientes frente a la intimación que les fuera cursada condujo a los jueces de origen a hacer efectivo el apercibimiento contenido en aquélla y declarar, consiguientemente, la perención de la instancia en el presente juicio a la luz de lo dispuesto en los arts. 12 de la ley 11.653 y 310 y sigtes. del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 140/142).

Notificada del pronunciamiento dictado, la parte actora planteó la nulidad de la notificación de la intimación cursada por el tribunal de origen en los términos de lo prescripto en el art. 12 de la ley 11.653 (v. fs. 146/149), cuyo rechazo por aquél (fs. 157/158 vta.) motivó el alzamiento del nulidicente mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que corre en fs. 161/164 vta.

Recibidas las presentes actuaciones en esta instancia casatoria en virtud de la concesión del remedio procesal citado, ese Alto Tribunal advirtió que el Ministerio Pupilar no había sido notificado de la sentencia de fs. 140/142, por lo que remitió la causa al tribunal de radicación a los fines de que cumplimente con la notificación indicada (v. fs. 171).

Anoticiada la Asesora de Menores interviniente de la caducidad de instancia decretada en estas actuaciones, la apeló a través de la presentación que luce en fs. 174/175 vta., en la que alega -en sustancia- que al no habérsele corrido vista de la intimación ordenada en fs. 135 vta., los menores co-actores de autos fueron privados de contar con la representación que les confiere el art. 59 del Código Civil, por lo que -afirma- quedaron en estado de indefensión.

2. Conforme de desprende de la relación de antecedentes efectuada en el punto anterior, resulta ostensible el perjuicio que la falta de notificación de la intimación de fs. 135 vta. al Ministerio Pupilar irrogó a la defensa de los intereses de los menores accionantes, en tanto se vieron privados de contar en la ocasión con la representación que el citado art. 59 del Código Civil asigna al Asesor de Menores, quien bien pudo suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales de sus asistidos o complementarla en la forma que considerase adecuada.

2. a) En reiterada doctrina, ese Alto Tribunal ha sostenido que aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legitima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad.

Asimismo agregó que en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. del 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VII-2000).

2. b) De su lado, el art. 11 de la ley 11.653 reza: “Presenta-

da la demanda, el procedimiento podrá ser impulsado por las partes, el Tribunal y el Ministerio Público" y, por su parte, el art. 12 del mismo ordenamiento legal estatuye -en lo que resulta de interés a la materia debatida- que "Transcurrido en la etapa de conocimiento el plazo de tres (3) meses en los juicios sumarísimos y de seis (6) en todos los demás casos sin que se hubiera instado el curso del proceso y siempre que no medie un deber específico del Tribunal de efectuar determinados actos procesales, podrá intimarse a las partes para que en el término de cinco (5) días produzcan actividad procesal útil para la prosecución del trámite, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se decretará la caducidad de la instancia".

En torno de los dispositivos legales en comentario, esa Suprema Corte ha señalado que la aplicación restrictiva del instituto de la caducidad de instancia en el fuero laboral no obsta a su declaración cuando concurren las circunstancias que lo configuran (conf. S.C.B.A. causas L. 58.466, sent. del 20-VIII-1996 y L. 74.753, sent. del 13-III-2002, entre otras). Señaló además que si bien el impulso de oficio no viene a reemplazar la inacción de los litigantes, su institución es incompatible con la caducidad de la instancia, salvo que de las constancias de autos se desprenda en forma inequívoca que la parte interesada es quien impide que el pleito arribe a su fin decidiendo abandonar definitivamente el proceso, desinterés que sólo se evidencia en el incumplimiento de la intimación previa que a dichos fines debe realizársele (conf. S.C.B.A. causa L. 65.842, sent. del 22-XII-1998; L. 70.134, sent. del 9-VIII-2000 y L. 74.753, sent. del 13-III-2002).

2. c) Del juego armónico de las normas adjetivas que rigen el instituto de la caducidad de instancia en el procedimiento laboral y lo dispuesto por el art. 59 del Código Civil antes comentado, no cabe más que concluír que la perención de la instancia de este juicio ha sido dispuesta por el tribunal de grado en infracción de lo prescripto por el art. 12 de la ley 11.653, como resultado de lo cual se ha visto lesionado el derecho de defensa en juicio que asiste a los menores actores así como también la garantía del debido proceso legal (arts. 18, Constitución nacional y 10, Carta provincial).

Efectivamente, como quedó dicho, es requisito insoslayable practicar por parte del tribunal del trabajo con antelación a disponerse la perención de la instancia, una intimación a las partes para que produzcan actividad procesal útil para la prosecución del trámite (conf. doct. causas cit.).

Dicha exigencia no fue cumplimentada por el tribunal de grado con relación a los menores demandantes, en tanto -como se vió- omitieron cursar la referida intimación a la funcionaria del Ministerio Pupilar quien -por imposición legal (art. 59, Cód. Civil)- reviste el carácter de representante promiscua de aquéllos en calidad de parte legitima y esencial en este proceso.

Siendo ello así y teniendo en cuenta que no medió, en la especie, ratificación expresa o tácita alguna respecto de lo actuado sin intervención del Ministerio Pupilar susceptible -a criterio de V.E.- de relativizar la sanción de nulidad contenida en el art. 59 del Código Civil, pues una vez notificada de la sentencia de fs. 140/142, la Asesora de Menores actuante procedió a impugnarla sobre la base de sostener que al no habérsele corrido vista de la intimación prevista por el art. 12 de la ley 11.653 se vio impedida de ejercer la representación de los menores demandantes y de suplir la inacción del representante necesario de los mismos evitándoles de ese modo el perjuicio que su falta de intervención acarreó a la defensa de sus intereses (v. fs. 175), corresponde que esa Suprema Corte disponga la anulación oficiosa de la sentencia que declaró perimida la instancia en este proceso.

**III.**

Como consecuencia de lo expuesto, considero que V.E. debe anular de oficio el pronunciamiento dictado en fs. 140/142.

La Plata, 26 de diciembre de 2002.

**DR. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA**

Sub Procuradora General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P-133483-1

**“P., K. -Particular Damnificada- s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.º 76.292 del Tribunal Casación Penal, Sala V”, fecha: 23 de agosto del 2021**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"P., K. -Particular Damni- ficada- s/recurso extr. de inaplicabilidadde ley en causa N° 76.292 del Tribu- nal de Casación Penal, Sala V"

**P-133483-1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala V del Tribunal de Casación, el 3 de noviembre de 2016, resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la particular damnificada frente al veredicto dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 5 del departamento judicial de San Isidro que absolviera a D. G. S. en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por su condición de ascendiente y conviviente (art. 119, segundo y cuarto párrafos, incs. "b" y "f", del Código Penal), que fuera acusado por esa parte en el debate oral -v. fs. 26 y 189 vta.- (v. fs. 166/177).

**II.**

Frente a ese pronunciamiento, la particular damnificada interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (v. fs. 182/190), siendo el primero declarado inadmisible y el segundo admisible por el *a quo* (v. fs. 256/258 vta.). Arribadas las actuaciones a la Suprema Corte provincial, resolvió declarar la nulidad del resolutorio que concedió la vía de inaplicabilidad de ley y devolvió las actuaciones al tribunal intermedio para que dicte una nueva decisión (cfr. resol. del 6-5-2020).

Vuelto el expediente al tribunal casatorio, resolvió declarar parcialmente admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la particular damnificada, concediendo únicamente el agravio rela-

tivo a la inobservancia "de la ley sustantiva, en el caso diversos artículos de la ley 26.0[61]" (v. fs. 303/306).

**III.**

Denuncia la recurrente que se ha violado la ley 26.061 (arts. 2, 3, 24 y 27), en tanto no se ha tomado contacto con la menor víctima de edad, lo que acarrea la nulidad del proceso.

Sostiene que la niña nunca fue oída por el Fiscal y por todos los jueces que intervinieron en el proceso, como tampoco por la Asesora de menores. Esgrime que no se sabe qué hubiera pasado si oían a la menor víctima, pues quizá, hubieran dejado de lado la duda que condujo a la absolución del imputado. Añade que tal ser escuchada es un derecho de la víctima, pero del reverso es un deber del Estado y debió ser subsanado de oficio si es que no fue requerido por las partes.

Destaca que el tribunal de mérito ponderó que la declaración de la víctima puede destruir la presunción de inocencia, pero que a falta de ella no puede formarse convicción y, por otro lado, que el órgano casatorio debió subsanar la falta de preparación de la niña para la Cámara Gesell y la falta de conocimiento por parte del Juez.

Agrega que se ha vulnerado el debido proceso pues ningún juez conoció a M.B.S., dejándola en desprotección total frente a la concreta posibilidad de que S. [padre de la niña] reanude el contacto con ella. Postula que de ese modo se ha afectado el derecho a ser oído.

Concluye su alegato, indicando que el imputado contó durante todo el juicio con las garantías constitucionales pero la víctima no. Por tal motivo, requiere que se decrete la nulidad de la audiencia de debate.

**IV.**

Considero que el recurso debe progresar, con los alcances que desarrollaré.

En primer término, conviene hacer una breve reseña de las principales actuaciones.

Surge a fs. 1 la denuncia penal que realizara la psicó loga Nadia Paola Kriznik, de fecha 11 de abril de 2012, quien por orden del Juz gado de Familia Nº 1 de Pilar intervine en una causa judicial que tramita ante ese órgano (Exp. 47). Dicha profesional expuso que, luego de mantener diver sas entrevistas con la menor M. B., S., ésta sufriría una situación de abuso sexual por parte de su padre D. G. S., dándose inicio a la IPP 14-02-3994-12.

Posteriormente, la psicóloga fue citada a prestar declaración testimonial y, entre otras cuestiones, expresó que la menor de edad "*no estaría en condiciones de declarar, especialmente por La edad y porque aún a esa edad (tres años) confunde La realidad con La fantasía*" (fs. 8 vta.).

Seguidamente, luce una pericia psicológica que fuera practicada por la Lic. Paula Beatríz Castro -en fecha 28 de junio de 2013- (v. fs. 13 y ss.) y dicha profesional también fue citada a prestar declaración testimonial. En ese acto, y a pregunta de si la menor se encuentra en condiciones de testi moniar ante Cámara Gesell, dijo que "*no requiere de mucha preparación previa y que ha pasado mucho* tiempo *para que La niña pueda expresar con claridad La situación. Que considera que seguir involucrando a La menor en espacios judicia* les es *perjudicial para su salud psíquica porque* es *muy pequeña*" (fs. 17 vta.).

Por su parte, la Sra. Agente Fiscal resolvió citar a pres tar declaración indagatoria a D. S. en los términos del art. 308 del CPP (fs. 309) y también dispuso la remisión del expediente a la Asesoría de incapaces para que tome conocimiento (fs. 312), pase que se efectivizó tal como luce a fs. 314.

En otro orden, el 6 de mayo de 2014, la Sra. Agente Fiscal requirió la elevación ajuicio y allí expresó que "...si *bien Las distintas* pro *fesionaLes han* sido *contestes en afirmar que La menor no* se *encontraba aun en condiciones de testificar en La presente, esta medida será propuesta* como IPS *con el aval de la licenciada del CAV y bajo los requisi- tos del CPP y/o durante la jornada de*

*debate*" (fs. 403 vta./404 y 435 –cuerpo III-).

A su turno, la madre de la niña -K. P.- peticionó constituirse como particular damnificada (con el patrocinio letrado del Dr. Segovia) y el 11 de junio de 2014 el Sr. Juez de garantías interviniente aceptó tener a ella como particular damnificada en el proceso (v. fs. 419 y 422).

Por su parte, el Juez de Garantías N° 6 de Pilar -Dr. Ceballos- al resolver en fecha 1 de octubre de 2014 la elevación a juicio peticionada por el Ministerio Público Fiscal entendió que en el caso "*... la víctima de este ilícito tiene 3 años de edad, y por ende, no pudo ser oída, y ello genera un papel bastante protagónico o preponderante de los peritos intervinientes...*" (cfr. fs. 448/457 vta.)

Asimismo agregó:

"Por otra parte, no es posible dejar de mencionar que la niña no ha sido escuchada directamente por los actores judiciales de este proceso. Nótese que la Sra. Fiscal ha consignado en su requerimiento de elevación a juicio, que en la etapa posterior intentará (previo aval de profesionales del Centro de Asistencia a la Víctima) escuchar a la menor víctima. Al respecto, es importante señalar esta condición es otro factor fundamental que me llevan al rechazo de la oposición, dado que cerrar definitivamente este proceso (sobreseimiento) sin escuchar a la niña, podría llevar a vulnerar el derecho de ser oído que garantiza el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (art. 72 inc. 22 de la CN). Sobre el particular, Eduardo Pettigiani dijo: 'En la actualidad, el derecho del niño a ser escuchados goza de la calidad de *ius cogens* y forma parte del orden público internacional argentino: los jueces ya no tienen el derecho de conocer y escuchar al menor, sino la obliga- ción de hacerlo como garantía mínima en todo procedimiento'. A su vez, esta circunstancia impide considerar la aplicación del inc. 6to. del art. 323 peticionado por la defensa, por cuanto, aquella norma establece como uno de sus requisitos de procedencia, la imposibilidad de prever la incorporación de nuevos elementos de cargo, y en este caso, esta diligencia dejaría por fuera su mención" (fs. 452 y vta.).

Una vez radicadas las actuaciones en el Tribunal en lo Criminal N° 5, en fecha 24 de abril de 2015, las partes ofrecieron la prueba a rendir en el debate oral (v. fs. 494 y ss.). La Sra. Agente Fiscal, al contestar el traslado previsto en el art. 338 del CPP, propuso como instrucción suplementaria la evaluación por profesiones para determinar si la menor podía declarar en Cámara Gesell (v. fs. 504).

En respuesta a ello, la Lic. Oettel, el 11 de agosto de 2015, expuso que "*no es viable la instrucción de la diligencia a tener del art. 102 bis CPP*", en tanto no se encontraba en condiciones psicológicas de atrave- sarla (v. fs. 561/562).

Iniciado el juicio oral el 28 de septiembre de 2015, y en la segunda jornada del debate, nuevamente la Sra. Agente Fiscal -Dra. María Inés Domínguez- solicitó al tribunal que evalúe llevar a cabo una Cámara Gesell respecto de la menor víctima en los términos de instrucción suplementaria -cfr. art. 363 del CPP- (v. fs. 37). Añadió que contaba con la anuencia de la madre y de la Licenciada Kriznik, restando la realización de un informe que determine si la menor estaba en condiciones de declarar. Concedida la palabra a la particular damnificada, manifestó que no se oponía y que esa parte ya había requerido tal medida en la instrucción y que la misma no se efectuó por el informe de la Dra. Oettel. Por otro lado, la defensa se opuso atendiendo que todos los profesiones se expidieron sobre la inconve- niencia de llevar a cabo esa prueba.

Ante ello, el tribunal resolvió hacer lugar a la realización de la Cámara Gesell, y consideró que tratándose "*de la presunta damnificada del delito que aquí se ventila, la recepción de su testimonio por primera vez no sólo importaría una diligencia solicitada por la parte acusadora..., sino fundamentalmente tendiente a permitir el adecuado derecho de defensa en juicio; reitero, se trataría de la presunta víctima de este delito que jamás prestó declaración [y] la defensa nunca pudo tener el debido contralor de dicha prueba; por lo que haremos lugar a la misma siempre supeditado de un informe previo [que] emerja*

*expresamente que se encuentra en condiciones de declarar*" (v. fs. 37 vta./38 del legajo casatorio).

A continuación, y nuevamente la Licenciada en psicología Dra. Sonia E. Oettel, en fecha 9 de octubre de 2015, sostuvo que M. S "*… no se encuentra en condiciones de participar de la audiencia a tener del art. 102 bis del CPP. Al introducirla en el tema de autos, su actitud sufre un cambio desfavorable. Se apaga y repliega. Sostiene su negativa a hablar sobre ello con palabras y con gesto de desestima. Someterla a ello, resultaría iatrogénico: implicaría la activación de mecanismos de revictimización con un consecuente riesgo emocional para ella. Como profesional de la salud, escucho y respeto a* [M. S] *en su derecho al silencio para preservarla, evitando de esta manera el avasallamiento de sus derechos. En lo antes expuesto fundamento la contraindicación de la introducción de la diligencia a tenor del art. 102 bis del CPP*" (fs. 43 y vta.).

Como ya se dijo, el Tribunal de mérito dictó un veredicto absolutorio y entre sus fundamentos dijo:

"*Sobre los dichos de la niña debo decir que no ha sido escuchada a lo largo de casi cuatro años que insumió la tramitación del proceso, aún cuando se intentó oirla en los términos del art. 102 bis del CPP en el marco de la audiencia de debate. En la segunda entrevista llevada a cabo por la Licenciada Sonia Oettel, del Centro de Asistencia a la Víctima, se evaluó tanto a la niña como a la madre (...) y se consignó que* [M.] *sostiene una negativa a hablar del tema, por lo que se concluye en que esta no está en condiciones de participar de la diligencia. Ausente [en] autos [d]el principal elemento sobre el cual debe formarse la convicción del juez, debo pasar a considerar la declaración que en el marco del debate prestó la madre de la niña, K. P., quien se constituyó en estos autos en carácter de particular damnificada*" (fs. 78 vta./79).

Frente a ello la particular damnificada -en representación de su hija- y con el patrocinio letrado de la Dra. Silva, interpuso recur- so de casación (v. fs. 103/124 vta.)

Allí sostuvo -entre otros agravios- que la ausencia de Cámara Gesell no puede ser el principal elemento probatorio ante un caso de abuso sexual, pues el hecho puede ser corroborado por otros elementos y que -en rigor- la menor sí habló con su cuerpo y las palabras que escucharon las profesionales intervinientes. Para rematar ese argumento dijo "*que el a quo afirme que la menor no habló, que no pudo ser escuchada, no deriva de un razonado y coherente análisis de los elementos aportados durante las largas jornadas de debate*" y que "*en este caso en particular, la existencia o ausencia de Cámara gesell no hubiese aportado mayores datos o detalles al momento de la develación. La niña era muy pequeña y logró decir lo que le acontecía con sus palabras, fielmente reflejadas por las profesiones actuantes*" (fs. 114).

Radicadas las actuaciones en la Sala V del Tribunal de Casación Penal, la particular damnificada requirió que se celebre audien- cia en los términos del art. 458 del CPP (v. fs. 156), la que se llevó a cabo. Allí, esa parte insistió con los planteos del recurso casatorio.

En cuanto al planteo ya reseñado en el recurso casatorio, el tribunal de alzada dijo: "*... el a quo tuvo en cuenta que, además de no haber sido escuchada directamente la niña, tampoco se cuenta con exámenes médicos concomitantes a los hechos denunciados que permitan vislumbrar alguna secuela física en su cuerpo; y que los indicadores de traumatización en la niña podrían tener correlato con otras circunstancias tales como la situación familiar vivida por la niña a raíz de la conflictiva separación de sus padres*" (fs. 174 y vta.).

Paso a dictaminar.

Como se dijo *ut supra*, la denuncia se realizó el 11 de abril de 2012 sobre un hecho que presuntamente ocurrió el entre los meses de febrero y abril del 2011 y la niña (presunta víctima) contaba al momento del ilícito con 3 años de edad.

Es que la menor M.B. S. era -y es- una incapaz (cfr. arts. 54 inc. 2 y 127 del Código Civil -textos derogados-; casi idénticas regulaciones

contienen los arts. 24 inc. "b" y 25 del actual Código Civil y Comercial). Asimismo, en estas actuaciones -como se verá- se han debatido aspectos concernientes a la salud de la menor de edad (presunta víctima de un delito contra la integridad sexual por parte del progenitor) y, por otro lado, a la falta de ser oida *directamente* por los jueces de la causa (tal como se reseñó en el punto IV.a).

Aclarado lo anterior, cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras -'Campo Algodonero'- vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 408; en el mismo sentido, "Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala", sentencia del 19 de mayo de 2014, parágrafo 134).

Por otro lado, y en relación con las características particulares de la situación en que se encuentra el menor de edad, dicho tribunal internacional expresó que "*para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo' 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia*" (Opinión Consultiva Oc17/2002, 'Condición jurídica y y derechos humanos del niño', del 28 de agosto de 2002, parágrafos 60 y 61). El subrayado me pertenece.

Bajo esos postulados (doble condición de vulnerabilidad y especial protección), es que se elaborará el presente dictamen, en tanto son compromisos internacionales que ha asumido el Estado Argentino y que, por ende, debemos velar; dichos aspectos van en sintonía con el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erra- dicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo r, primer párrafo).

Preliminarmente, corresponde señalar que el Código

Procesal Penal bonaerense no regula expresamente como sujeto procesal al Asesor de menores e incapaces ni en qué actos puede o debe intervenir; sin embargo, la actuación del Ministerio Público pupilar en el proceso penal sí emana de un conjunto normativo que, interpretado armónica y sistemáticamente (cfr. args. Fallos 335:2307, consid. 9°, A. 777. XLVII. RHE. Arteaga Catalán, Ricardo Belarmino s/ abuso sexual –causa N° 24.114/09-, sent. del 27 de noviembre de 2014, consid. 7°; entre otros) conduce a sostener que su intervención resulta necesaria -e incluso obligatoria- para determinados casos.

A mayor abundamiento, tiene dicho la Corte Nacional que el principio de protección del interés del niño opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre preceptos cuya implementación se revele contraría a sus derechos (Fallos: 331:941). Por ende, los tribunales deben aplicarlo analizando sistemáticamente cómo los derechos y conveniencias del menor se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Fallos: 331 :2047).

En este marco, cabe principiar indicando que tanto la ley n° 12.061 -texto original- (B.O 9/1/1998), como la actual ley del Ministerio Público n° 14.442 (B.O 26/2/2013), establecía y establece que al Asesor de incapaces le incumbe "*Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes - por acción u omisión- la hubie- ren impedido*" (arts. 23 inc. 1 y 38 inc. 1, respectivamente).

Dichas leyes también estipulan que los Asesores tiene como deber y atribución "*Peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa*" (inc. 4 de las leyes y artículos citadas).

De allí que la legislación interna dispone, como deber

estatal, la "*protección y auxilio en cualquier circunstancia*" de las niñas, niños y adolescentes (art. 5 inc.1 de la ley 26.061 -B.O 26/10/2005-), volviendo en este punto a jugar un papel preponderante el art. 38 incs. 1 y 4 de la ley 14.442, en lo que respecta a la actuación de los Asesores de menores en los procesos penales.

En este contexto, corresponde señalar que al momento del hecho y la denuncia, regía el Código Civil -cfr. ley 340 y sus modificatorias-, que en su artículo 59 disponía "A *más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto o de todo juicio que hubiere tenido lugar sin su participación*".

Dicha norma ha desaparecido del nuevo Código Civil y Comercial (cfr. ley 26.994, B.O 8-10-2014), pero como contrapartida se esta- bleció que "L*a actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal...*" y agrega –para la primera hipótesis- que "*la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto*" (art. 103 del CCyC).

En consecuencia, ya sea por la aplicación ultraactiva del art. 59 del Código Civil -cfr. art. 2, Cód. Penal- o del 103 del Código Civil y Comercial -por ser más benigna-, la regulación de la intervención y/o legiti- mación del Asesor de incapaces en los procesos penales debe basarse en ellas, pues irradian para todos los procesos -sin importar la materia- por igual (v. args. causa P. 118.953, resol. del 11-10-2012, voto de los Dres. Negri y de Lázzari y dictámenes de esta Procuración General en causas P. 131.370 y P. 128.556). Por tal motivo, sea por aplicar una "representación promiscua" o por un "apoyo complemantario" del Ministerio Público Tutelar (v. voto del Dr. de Lázzari en causa C. 117.505, sent. de 22-4-2015), la intervención Asesor de menores -en esta caso- aparecía como necesaria.

En otro orden, cuando la presunta víctima es menor de edad o incapaz, por imperativo convencional, se le debe brindar un plus protectivo producto del interés superior de él (cfr. preámbulo y arts. 1, 3, 12 y 19 de la CDN).

Por lo expuesto, el Asesor de Incapaces juega un rol que contribuye o colabora con el titular de la acción penal, a efectos de pro- teger los intereses de la víctima menor de edad (arts. 59 del CC o 103 del CCyC y 38 incs. 1 y 4 de la ley 14.442 o 23 incs. 1 y 4 de la ley 12.061- y ley 26.061), circunstancia ella que ni siquiera puede ser suplida por la participa- ción de un particular damnificado -como sucedió en el *sub lite*-, en tanto y cuanto la intervención de la Asesoría de Incapaces es fijada por la ley.

En esta clase de intervención del Asesor del menor (esto es, de apoyo "complementario" hacia el Fiscal), se vislumbra como necesaria por cuanto la persona menor de edad es una presunta víctima de un delito contra la integridad sexual y, con mayor fundamento, cuando el pre- sunto autor es un ascendientes (v. Resoluciones n° 903/2012 de esa Suprema Corte de Justicia –que fija comunicar al Asesor de menores- y n° 99/2019 de esta Procuración General; en igual sentido se han expresado otras jurisdic- ciones, como por ej., en la Instrucción General n° 11/2018 de la Procuración General de la Provincia de Río Negro).

En esos casos, el rol del Asesor implica una permanente observancia de todas las actuaciones judiciales –tanto penales como extrapenales (nótese que la Asesoría de Incapaces N° 2 intervino en los pro- cesos de familia (v. fs. 313)-, pues con ello se garantizan los intereses del menor de edad con una visión conglobada de las problemáticas que puede atravesar la menor de edad.

Con todo lo dicho, y si bien la Asesora de Incapaces de San Isidro -Dra. Andrea Roll Banciotto- tomó conocimiento e intervención en este proceso penal por la niña M.B. S., (v. fs. 314 –cuerpo II- del principal), considero que tal actuación no tuvo más actividad que esa.

Asimismo, en el *sub examine*, tal como se detalló ante-

riormente, se debatió la necesidad de llevar a cabo la Cámara Gesell para que declare la menor (cfr. art. 102 *bis*, CPP), considero que en la preparación a esos actos debió participar activamente la Asesora de incapaces (téngase en cuenta que el citado artículo de la ley de forma también permite la intervención de un "profesional especialista" y que según las "*Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*", punto

IV.9.b del Anexo, aprobado por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, cuando se refiere al concepto de "profesional", incluye al "defensor de niños o víctimas", cargo que se emparenta con el Asesor de Incapaces).

Debe tenerse en cuenta –además- que la Sra. Agente Fiscal presentó "protesto de recurrir" contra la sentencia de primera instancia (v. fs. 843), la misma fue rechazada por extemporánea (v. fs. 846). En efecto, la actuación del Ministerio Público quedó desguarnecida y por este otro motivo se hacía necesaria –más aún- la intervención de la Asesoría de incapaces, permitiendo despejar aspectos que se han suscitado en el caso, como lo fue la negativa de prestar de declaración testimonial por parte de la menor en un contexto de alta tensión entre los progenitores; así, un experimentado conocimiento legal con perspectiva de infancia hubiera contribuido a una mejor protección integral para la toma de decisiones de la menor.

Bajo esos parámetros, la actuación del Ministerio tutelar hubiera permitido abordar -de forma más específica- a la menor en el debate oral como también, al celebrarse la audiencia de fs. 162/164 vta., y peticionar -para el caso de ser posible- la realización de la Cámara Gesell- (cfr. arts. 457 y 458, CPP), circunstancia esta última donde la menor ya contaba con más de siete (7) años de edad.

En ese sentido, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

"*... los niños y las niñas ejercen sus derechos de ma-*

*nera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (supra párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto*" (caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", sent. del 24 de febrero de 2012, párr. 199).

En este contexto normativo y jurisprudencial, entiendo que se incumplió con la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar (cfr. arts. 19, CDN; 59, C.C o 103, C.C.y.C y leyes nros. 12.061 y 14.442), pues la misma hubiera garantizado –con mayor amplitud- una representación reforzada y especializada en la niñez en el proceso penal.

Por lo expuesto, reitero, cobraba relevancia la actuación del Asesor de menores en esta causa penal pues existía un claro "*interés a la persona*" menor de edad para impedir la frustración de los dere- chos a la "*salud*" y a "*ser oido por el juez de la causa*".

A su vez, no puedo dejar de señalar que lo anteriormente desarrollado se encuentra en consonancia con la obligación de brindar una representación especializada en la niñez desde "el inicio del procedimiento judicial"(cfr. art. 27 inc. "c", ley 26.061).

En ese sentido, el Comité de los derechos del niño de la ONU -en la Observación General n° 12- quien considera que "*Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños*" (consid.

36). Esta regla recomienda también que el representante tenga una actuación objetiva, desde que tiene la obligación de "*transmitir correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar las decisiones*". En ese sentido también se pronunció la Observación General n° 13 de dicho Comité (párr. 51).

También, en ese andarivel, la "*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*" (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985), estableció que a la víctima se le debe prestar "*asisten- cia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial*" (párr. 6 inc. c).

Tales lineamientos fueron receptados por las leyes Nacional N° 27.372 –art. 5 inc. "e"- y Provincial N° 15.232 –art. 7 inc. "a", pto. "v"-.

Esos mismos postulados también han sido aplicados por la Corte Federal en el caso "*P. 195. XLVII. P., G. M. y P., C. L. s/ protección de personas*", sent. del 27 de noviembre de 2012, consids. 15 y 16 y su cita.

Por su parte, y pese a las diferencias causídicas con este caso, esa Corte ha dicho que:

"*... Es dable recordar lo dicho por la Corte Interamericana en el caso Furlan y Familiares vs. Argentina, sentencia de 31-VIII-2012, que ha puesto énfasis en la garantía de la intervención del señor Asesor mediante las facultades que le concede la ley (en el caso, art. 38 inc. 4, ley 14.442) constituyendo una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad*" (causa A. 75.753, sent. de 11-5-2021, voto del Dr. Torres).

En ese mismo voto se agregó:

"*La primordial tarea encomendada al Ministerio Público cobró un posicionamiento superior a partir de la Convención America- na y la Convención sobre los Derechos del Niño. Como se indicara supra, allí se involucran una serie de consideraciones y adecuaciones procesales que permiten el ejercicio pleno del acceso a la justicia en razón de la edad, porque se ve a la infancia como un grupo diferente de los adultos; se trata así de documentos suscriptos*

*por el Estado, donde este adquiere obligaciones frente a ellos (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 del primer instrumento y 2, 3.1, 5, 6 y 12 del segundo; Observación General nº 17/28 de agosto de 2002, "Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño", párr. 75 incs. 22 y 23; Const. nac.; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, documento presentado por el grupo de trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria -Andorra- 2008)".*

Finalizando, esta Procuración General ha sostenido:

"*...la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías, las que '... pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor' y que en las circunstancias específicas de cada caso el Asesor de menores e incapaces puede constituir 'una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad' del menor de edad y evitar que sean vulneradas las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana (cfr. caso 'Furan y familiares vs. Argentina', sent. de 31/8/2012, párrafos 242 y ss.)*" (dictamen en causa P. 131.370, de 29 de octubre de 2018).

Por todo lo expuesto, considero que corresponde remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces a los fines que sea ese Ministerio quien tome contacto directo e inmediato con la menor de edad y evalúe peticionar las medidas y nulidades que corresponda (cfr. arts. 102 bis, 202 inc. 2, 205 incs. 3 y 4 y 206, todos del C.P.P; *mutatis mutindi*, causa L. 64.499, sent. de 5-7-2000).

En vista de lo dictaminado, no corresponde que me expida sobre los restantes planteos que trajo la recurrente, en tanto existe una relación de dependencia con las presentaciones que pueda articular la Asesoría de incapaces.

**V.**

Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Sra. K. P. -por derecho propio, en representa- ción de su hija y con el patrocinio letrado de las Dras. Obeid y Silva-, en su calidad de particular damnificada, con los alcances antes expuestos, debién- dose remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces.

La Plata, 23 de agosto de 2021.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 131.370-1

**“ R., J. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, fecha: 29 de octubre de 2018**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"R., J. A. s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"

**P 131.370 - 1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la Asesora de Incapaces N° 2 del Departamento Judicial Necochea, Dra. María Silvina Besoin, a favor de la menor A. B. R., anulando el veredicto absolutorio dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 1 de ese departamento judicial respecto de J. A. R. y en orden a los delitos de abuso sexual agravado y corrupción de menores, reenviando la causa a la instancia de origen para que, debidamente integrada, proceda a la celebración de un nuevo debate, con la premura que el caso amerita (v. fs. 74/87).

II.

Contra esa decisión, el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpone recurso extraordinario de inaplicabili- dad de ley (v. fs. 91/103 vta.).

**II.a.**

Denuncia, como primer motivo de agravio, la arbitrariedad de la decisión atacada por prescindencia del texto legal y apartamiento de la doctrina de esa Suprema Corte y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vulnerando los principios de cosa juzgada, preclusión y progresividad, así como las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

Señala que esa parte, al momento de contestar la vista conferida en la instancia de revisión, sostuvo que el recurso interpuesto por la Asesora de Menores resultaba extemporáneo, computando el plazo corres-

pondiente a partir de la fecha en la que se procedió a la lectura del vere dicto (16/12/16) y no la vista conferida a aquella casi nueve meses después. Afirma que la decisión atacada, que declara admisible el recurso, se apartó de lo dispuesto por el art. 374 *in fine* del C.P.P. y de la doctrina legal de esa Suprema Corte que considera que el recurso interpuesto fuera del plazo legal debe ser declarado inadmisible, con la única salvedad de los casos en los que el imputado ha manifestado en término su voluntad de impugnar la sentencia.

Por otra parte, afirma que el fallo impugnado involucra también una violación a los principios de cosa juzgada y *ne bis in idem* (arts. 17 y 33, CN), pues entiende que la absolución de R. había quedado firme, al no haberse interpuesto recurso fiscal, resultando incompatible con los principios mencionados la decisión que la revoca haciendo lugar a un recurso interpuesto sólo por la Asesora de Menores y fuera del plazo legal.

Sostiene que el tribunal intermedio, al casar el veredicto absolutorio dictado en la instancia de grado, legitima la renovación del proceso con posterioridad a la sentencia firme, vulnerando la inmutabilidad y estabilidad de la cosa juzgada y retrotrayendo la causa a una etapa precluída, en violación a la doctrina del precedente "Mattei" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**II.b.**

En segundo lugar denuncia la falta de legitimación de la Asesora de Menores para recurrir el veredicto absolutorio y la violación del principio acusatorio y el derecho de defensa en juicio.

Recuerda haber cuestionado la legitimación de la recurrente en casación, invocando lo dispuesto por los arts. 421, 422, 452 y ccs. del C.P.P., así como la doctrina de la Corte federal en el precedente "Del' Olio, Edgardo Luis y otro", planteo que fuera rechazado invocando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Arteaga Catalán, Ricardo Belmarino" y "Larena, Segundo Manuel", el rol de la víctima del delito en el proceso y la norma-

tiva que prevé la tutelad de sus distintos derechos y el deber de los jueces de velar por la tutela judicial efectiva y el interés superior del niño.

Indica que la doctrina de "Arteaga Catalán" no puede ser aplicada en el caso, pues en autos -a diferencia de lo ocurrido en el precedente citado- la Asesora de Menores no solicitó ser tenida por parte, no tuvo intervención en el juicio y no formuló acusación formal alguna.

Agrega, por otra parte, que el derecho de la víctima a ser oída, consagrado convencionalmente, fue respetado en el caso, toda vez que la niña víctima fue oída en forma directa -a través de la entrevista en Cámara Gesell- e indirecta, a través de los Agentes Fiscales que impulsaron y llevaron adelante la investigación y el juicio en contra de su asistido.

Afirma que el derecho de la víctima a ser oída y e intervenir en el proceso, así como el interés superior del niño en el caso particular, no pueden ser invocados para avasallar las garantías que asisten al imputado, invocando lo manifestado por los jueces Fayt y Boggiano en la causa "Espósito, Miguel A. s/ incidente de prescripción".

**II.c.**

Denuncia, en subsidio, la violación al debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio derivados del quebrantamiento a la garantía del *ne bis in idem*.

Alega que en autos se pretende someter a R. a un nuevo proceso, cuando fue adecuada y oportunamente juzgado, invocando defectos del veredicto absolutorio que no pueden serle atribuidos ni reprochados.

Cita pasajes de los precedentes "Videla" y "Sandoval" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e indica que en el caso se dictó la absolución del imputado luego de un proceso válidamente cumplido, de modo tal que el reenvío a la instancia de origen implica someterlo nuevamente a los padecimientos del proceso penal, en franca oposición a los principios de progresividad y preclusión de los actos procesales y en franca violación a la garan-

tía de ne bis in idem.

Sostiene que, al resolver del modo en que lo hiciera, el tribunal intermedio se apartó de la doctrina de la Corte federal en la materia, incurriendo así en un reconocido motivo de arbitrariedad.

**II.d.**

Finalmente, denuncia la arbitrariedad de la decisión atacada por apartamiento de las constancias de la causa y falta de fundamentación.

Manifiesta que disiente con lo sostenido por el Tribunal de Casación, pues considera que la decisión de origen se fundaba en un análisis integral y exhaustivo de la prueba producida en el debate oral y que la sentencia y que la sentencia ahora impugnada es arbitraria, en tanto se sostiene en afimaciones fácticas y valoraciones probatorias insuficientes para sostener la conclusión a la que se arriba, quebrantando el *in dubio pro reo*.

**III.**

El Tribunal de Casación Penal concedió el recurso extraordinario interpuesto (v. fs. 109/112), remitiéndose las actuaciones en vista a esta Procuración General en los términos del art. 487 del C.P.P. (v. fs. 116).

**IV.**

Entiendo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en autos por la defensa de J. A. R. no puede prosperar.

**IV.a**.

El primero de los motivos de agravio, en el que se denuncia la violación a los principios de cosa juzgada, preclusión y progresividad, no puede ser atendido.

En lo que respecta al primero de los argumentos desplegados por el recurrente advierto, en primer lugar, que la controversia generada

en torno a la interpretación y aplicación del art. 374 del C.P.P. aparece como una cuestión de orden procesal que excede el acotado ámbito de revisión extraordinario que habilita el art. 494 del C.P.P.

El recurrente intenta vincular el planteo con principios de raigambre constitucional, mas no consigue, a mi entender, demostrar la existencia de una relación directa e inmediata entre aquellos y lo debatido y resuelto en el caso, de modo tal que no corresponde una excepcional aper- tura de la vía en los términos de la doctrina de los fallos "Strada" y "Di Mascio".

En esta línea advierto que el propio recurrente admite que la posibilidad de que la aplicación estricta de las reglas formales -en este caso, de aquella que establece que se tendrá por notificadas a las partes del veredicto y sentencia a partir de su lectura en la fecha fijada al efecto, estuvieran o no presentes en ese acto- sea exceptuada para garanti- zar la plena vigencia de garantías constitucionales. El defensor limita esa excepción al supuesto en el que el imputado manifestare su voluntad impugnativa, sin advertir que en el caso se encuentran en juego una serie de garan- tías que asisten a la damnificada, en su doble condición de víctima del delito y niña, y que la Asesora no ha hecho más que canalizar su expresa voluntad impugnativa (cfr. copia del acta de fs. 24).

Recuerdo, en este sentido, que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño -en particular cuando se trata de un niño que aparece como víctima de un delito-, "*atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, a encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional* (*conf.*, C.S.J.N., *Fallos*: 324: 122 *y* 327: 2413 *y* 5210 *y*, *recientemente*, M. 73. XLVII., *de*

26/IX/2012; O.C.- 17/02 del 28 de agosto, serie A, núm. 17, parágrafos 53, 54 y 60), (...) máxime cuando la eventual omisión de activar esos dispositivos puede acarrear responsabilidad internacional del Estado (CIDH, "Velásquez Rodríguez v./ Hondu- ras, sent. 29-7-1988, párr. 166; CIDH, "González y otra ("Campo Algodonero") vs. México", sent. 16/11/2009, excepción preliminar,

fondo, reparaciones y costas; "100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables", Regla 3, 5, 10, 11 y 12)" (cfr. voto del juez De Lazzari en P. 118.953, res. del 11/10/2012).

En el mismo sentido, la ley 27.372 ha reconocido expresamente la plena vigencia del derecho al debido proceso que asiste a las víctimas del delito, destacando además la especial atención de aquellas que aparecen como particularmente vulnerables (cfr. arts. 3 inc. a y b, 5, 6 y cc. ley cit.), condición que presenta sin dudas la menor representada por la Asesora que interpusiera el recurso de casación en autos.

Por su parte, la Corte I.D.H. ha destacado expresamente en el caso "V.R.P, V.P.C y otros vs Nicaragua" sentencia del 8 de marzo de 2018, que los Estados parte de la C.A.D.H. tiene el deber de organizar su sistema de justicia, de forma tal que contemple "*el desarrollo de un proceso adaptado a las niñas, niños y adolescentes*", indicando que la protección especial derivada del artículo 19 de la Convención implica que la observancia por parte del Estado de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas, niños y adolescentes, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso no se da en las mismas condiciones que un adulto (con cita de las Opiniones Consultivas 17/02 y 21/14). Expresamente indicó que el sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes "*importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuen- tran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido pro- ceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones*

*administrativas o judiciales que se adopten*" (párr. 158).

En la misma oportunidad la Corte I.D.H. recordó que "*los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño o adolescente participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...), por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña, niño o adolescente se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino*" (párr. 159), para concluir que los Estados deben actuar con debida diligencia reforzada y aplicar una protección especial en las investigaciones y procesos penales por la violación sexual de una niña menor de edad para respetar sus derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 8.1, 11.2 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento y las obligaciones contenidas en el 7.b) de la Convención de Belém do Pará.

En este particular contexto, la aplicación literal del art. 374 del C.P.P. que propone el impugnante para que sea considerado inadmisible el recurso de casación interpuesto a instancias de la víctima por la Asesora de Menores, con la consecuente firmeza del veredicto absolutorio, aparece infundada, en la medida que desconsidera las puntuales circunstan- cias de la causa que avalan -a partir de una directa aplicación de una serie de garantías convencionales en juego- la decisión adopatada por el *a quo*.

Estimo entonces, como adelantara, que el reclamo no puede ser atendido (doct. arts. 494 y 495, CPP).

La misma suerte debe correr el planteo formulado en segundo término, pues las consideraciones referidas a la legitimación de la Asesora de Menores para interponer el recurso de casación revisten evidente naturaleza procesal y, en consecuencia, no pueden ser atendidas en esta sede.

Sin perjuicio de ello, estimo oportuno señalar que la legitimación de la Asesora de Incapaces para interponer, a instancias de la propia damnificada, el recurso de casación contra el veredicto absolutorio dictado en autos viene impuesta por el citado art. 12 de la C.I.D.N. y por los arts. 38 inc. 4 de la ley 14.442 y 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las consideraciones vertidas en el apartado precedente (IV.a.) indican, además, que la legitimación reconocida en el caso a la Asesora por la Sala IV del Tribunal de Casación aparecía como una vía proce- sal idónea para materializar el efectivo ejercicio de los derechos de la víctima garantizados legal y constitucionalmente.

En esta línea, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, desde antaño, la relevancia de la intervención del representante promiscuo de los menores de edad (cfr. Fallos 330:4498; 332:1115; 333:1152; 334:419 y causas "Recurso de Hecho deducido por la defensa oficial de

M.S.M. c/ P.C. A", sent. de 26/6/2012 y "S. D. c/R.L.M s/reintegro de hijo", sent. de 27/12/2012), y la propia Corte I.D.H. ha destacado que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adop- ción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías, las que "*...pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor*" y que en las circunstancias específicas de cada caso el Asesor de menores e incapaces puede constituir "una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad" del menor de edad y evitar que sean vulneradas las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana. (cfr. caso "Furan y familiares vs. Argentina", sent. de 31/8/2012, párrafos 242 y ss.).

Ante estas consideraciones, las referencias a las di-

ferencias causídicas que separarían al caso de autos de los precedentes invocados por la casación para dar cuenta de la legitimación de la Asesora para interponer el recurso de casación aparecen irrelevantes e infructuoso el intento de tener por satisfechas las exigencias del art. 12 de la C.I.D.N. con la intervención de la menor víctima durante el juicio -a través de su declaración en Cámara Gesell-, pues supone ignorar la concreta pretensión impugnativa manifestada por aquella y canalizada por la funcionaria del Ministerio Público a través del recurso de casación, intervención idónea -reitero- para cumplir con las expresas exigencias convencionales impuestas en función de la espe- cial condición de la niña víctima de un abuso sexual que pretende la revisión de una decisión jurisdiccional que involucra directamente sus intereses.

Lo expuesto impone, a mi entender, el rechazo de la queja también en este punto.

**IV.c.**

El agravio subsidiario, en el que se denuncia el quebrantamiento del *ne bis in idem*, tampoco puede ser atendido.

El Tribunal de Casación Penal declaró procedente el recurso interpuesto por la Asesora de Incapaces y anuló el veredicto absolutorio dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Necochea respecto de J. A. R., por considerar que las conclusiones a las que arribara el sentenciante de origen reposaban en una fundamentación aparente, que descalificaba al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido, pues respondían a una consideración fragmentaria e incompleta de las pruebas producidas (cfr. fs. 80/87), disponiendo en consecuencia el reenvío de la causa a la instancia de mérito para que se proceda a la celebración de un nuevo debate.

El recurrente entiende que esa decisión atenta contra la garantía que protege al imputado contra una doble persecución penal, sin tener en cuenta que la norma que consagra expresamente esa garantía (art. 8.4, CADH) exige la existencia de una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada, ex-

tremo que, como viéramos en los apartados precedentes, no concurre en el caso.

En este sentido, es dable traer a colación que la Corte

I.D.H. - máximo interprete convencional-, sostuvo en el caso "Mohamed vs. Argentina", sent. de 23/11/2012, que el principio de *ne bis in idem*: "*...busca pro- teger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo ´delito´), la Convención AmericA. utiliza la expresión ´los mismos hechos*', *que es un término más amplio en beneficio del inculpado o procesado*" (párr. 121). Recordó también la Corte haber sostenido "*...de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuen- tra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia*" (párr. 122). En síntesis, la Corte Interamericana sostuvo que un individuo no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos si la sentencia condenatoria que se pronunció a su respecto no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que hubiera adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa posterior de un mismo proceso judicial penal que no había concluido con el dictado de esa decisión final e inmutable, doctrina que ha sido especialmente considerada por esa Suprema Corte (cfr. P. 116.541, sent. de 7/6/2017 y P. 127.458, sent. de 4/7/2018) .

Es evidente, entonces, que el caso de autos no reúne las características necesarias para que se configure una violación a la garantía en cuestión, pues el veredicto absolutorio no podía reputarse firme y consentido por la víctima, que activó en la primera oportunidad con la que contó los mecanismos procesales pertinentes para cA. lizar su voluntad impugnativa, y el

reenvío dispuesto para la realización de un nuevo debate no ha sido más que la natural consecuencia del progreso de esa impugnación, sumado a la necesidad de respetar el principio de inmediación y los derechos de defen- sa en juicio y doble conforme.

A ello cabe agregar, siguiendo la doctrina de esa Suprema Corte en la materia, que la decisión absolutoria anulada -descalifi- cada como acto jurisdiccional válido-, carece de efectos y mal podría afir- marse que su reedición implique juzgar dos veces el mismo hecho, pues como ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos casos, hay solo un pronunciamiento que puede considerarse válido (Fallos: 312:597 y 326:1149, ya citados). Así, la regla general según la cual "*no hay lugar para retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cum- plidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece*" (conf. Fallos: 297:486; 298:312; 305:913; 306:1705; 311:2205, considerando 5° de la disidencia parcial de los jueces Bacqué y Petracchi; y 312:597)" (CSJN "Alva- rado", sent. de 7/5/1998, cons. 9 de la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert; "Sandoval", sent. de 31/8/2010, cons. 6 del voto de la mayoría; P. 117.701, sent. de 15/7/2015 y P. 122.259, sent. de 2/12/2015), no resulta aplica- ble al caso, pues la anulación dispuesta de ningún modo retrotrae el proceso a una etapa ya superada (vgr. la investigación penal preparatoria) sino que ordena su reencauce por los motivos expuestos párrafos arriba.

Debe considerarse, además, que los principios de preclusión y progresividad tampoco son absolutos, pues solo pueden tenerse por precluídos los actos o etapas procesales cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, quedando a salvo los supuestos de nulidad (Fallos: 272:188; 305:1701; 306:1705 y 308:2044) y esto último es, precisamente, lo que ha ocurrido en el presente caso. En esta línea esa Suprema Corte ha descartado, invocando el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la existencia de una doble persecución penal prohibida siempre que "*...ello tenga lugar cuando la nulidad del juicio obedeció a la existencia de vicios esenciales*" (*doct. Fallos* 312:597 -"*Weissbrod*"- y 326:1149 -"*Verbeke*"-), como en pa-

ridad acontece en el caso, toda vez que el tribunal intermedio dejó sin efecto el pronunciamiento adoptado en la instancia anterior por defectos en su fundamentación que lo tornaban insostenible como acto jurisdiccional válido (cfr. P. 120.756, sent. de 22/2/2017 y P. 129.069, sent. de 15/10/2017).

En la misma oportunidad se indicó, tras establecer una distinción entre supuestos como el de autos y los que dieran lugar a los pronunciamientos de la Corte federal en "Mattei", "Polak" y "Sandoval", que: "*la naturaleza e importancia del vicio condicionan la válida progresión de cada uno de los actos del proceso, y con ella, la extensión de la imposibilidad de su renovación´(voto de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni en 'Kan, Yoong Soo' -por remisión al dictamen del Procurador General doctor Esteban Righi-, sent. del 27-12-2011, Fallos 334:1882). Es decir, no cualquier nulidad permite retrogradar el juicio, pero, como contracara, no toda anulación con reenvío a fin de enmendar los actos esenciales del juicio viciado importan un bis in idem prohibido*" (P. 120.756, cit.).

Si el Tribunal de Casación Penal, al llevar adelante su específica actividad revisora promovida en el caso por la representante de la víctima, advirtió la existencia de déficits de tal magnitud en el pronunciamiento absolutorio de origen que le impedían considerarlo como acto jurisdiccional válido y no le cupo otra alternativa que disponer su anulación, esta circunstancia priva de efectos al acto procesal en cuestión e impide, conforme la doctrina antes citada, tener por configurado en el caso un doble juzgamiento prohibido.

Asimismo, las cláusulas convencionales con jerarquía constitucional que reconocen expresamente la garantía contra la doble persecución penal son operativas cuando media una sentencia, absolutoria o condenatoria, firme, sobre un hecho y respecto de un sujeto determinado y eventualmente, conforme la doctrina de la Corte Suprema en "Mattei" y "Polak", en aquellos supuestos en los que el ejercicio de estas facultades atente claramente contra el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, contra el derecho de defensa o contra la posibilidad de exigir el doble conforme por parte

del imputado, extremos que no concurren en el caso.

Lo hasta aquí expuesto me lleva a propiciar el rechazo del reclamo también en este punto.

**IV.d.**

El último de los motivos de agravio traído por el recurrente tampoco puede ser atendido.

Ello así pues advierto, en este caso, que el agravio resulta inadmisible, en la medida que la decisión atacada sólo puede ser equiparada a sentencia definitiva en los términos del art. 482 del C.P.P. a los fines de analizar la viabilidad de los agravios de la parte vinculados con la violación a la garantía del *ne bis in idem*, pues solo a este respecto podría afirmarse que el agravio que causa la decisión atacada no admitiría una reparación ulterior y que, en virtud de la entidad federal del planteo, su tratamiento se impondría para satisfacer la exigencias fijadas por la Corte federal a partir de los casos "Strada" y "Di Mascio" (cfr. P. 116.541 cti.).

El planteo se vincula con la valoración de la prueba realizada por el revisor y con el juicio al que se arribara en esa instancia sobre la fundamentación del veredicto absolutorio dictado en origen, mate ria que no aparece vinculada, siquiera indirectamente, con la garantía con- vencional mencionada.

Estimo, en consecuencia, que corresponde que esa Suprema Corte ejerza, respecto de esta parcela del remedio articulado, el control de admisibilidad que le compete como tribunal del recurso (cfr. P. 128.455, sent. de 18/10/2017, entre otras), declarando inadmisible el presente motivo de agravio.

A todo evento, debo destacar que el reclamo no constituye más que la manifestación de una simple divergencia valorativa del recurrente frente a la decisión adoptada por el tribunal intermedio, técnica manifiestamente ineficaz para acceder a esta instancias con planteos que se

vinculan exclusivamente con la valoración de la prueba y la determinación de los hechos (doct. art. 494, CPP).

**V.**

Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar, en todos sus términos, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa oficial a favor de J. A. R.

La Plata, 29 de octubre de 2018.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 128.556-1

**“G., G. Particular Damnificada s/ recurso de queja”, fecha: 1 de noviembre de 2017**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"G., G. -Particular Damnificadas/ Recurso de queja"

**P 128.556 - 1**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires rechazó por improcedente la queja interpuesta por G. G., en su carácter de Particular Damnificada y en representación de su hija menor de edad C. C., y entendió bien denegado el recurso de casación interpuesto por esa parte. Además, rechazó, por inadmisible, el recurso de casación presentado por la Asesora de Incapaces, Dra. Ida Ariana Sherman (v. fs. 87/95 vta.).

Contra esa decisión interponen sendos recurso extraordinarios de inaplicabilidad de ley la particular damnificada (v. fs. 101/114) y la Asesora de Incapaces (v. fs. 117/147 vta.)

Recurso extraordinario de inaplicabilidad

interpuesto por G. G.

Denuncia, en primer lugar, errónea aplicación de la ley, arbitrariedad por fundamentación aparente y violación de la doctrina legal vigente.

Critica que el órgano *a qua* haya entendido que no se corroboró la existencia de los requisitos de impugnabilidad objetiva en el marco del art. 450 del Código Procesal Penal. Ello por cuanto plantea que el derecho a recurrir no solo es un derecho del imputado sino también de la víctima.

Luego plantea que es erróneo el argumento que postula

que como el representante del Ministerio Pupilar no fue parte al momento en que se dictó la resolución atacada, no puede ser parte en el recurso, pues justamente la Asesora de Menores planteó la nulidad de las actuaciones por la ausencia de intervención en el proceso, a partir de lo que surgiría del art. 59 del Código Civil vigente en el momento de radicar la denuncia.

La norma citada establecía que "*los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial... en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación*". En virtud de la misma, se entendía que la actuación de dicho Ministerio era de control y asistencia simultánea a la de otros representantes legales.

Transcribe, luego, el voto mayoritario dictado en una reciente sentencia de esa Corte. En lo que interesa destacar afirma que el rol del Asesor de Menores desde la incorporación a nuestra Constitución Nacional de ciertos Tratados de Derechos Humanos ha adquirido cierta preponderancia en pos de asegurar el pleno ejercicio del acceso a la justicia en razón de la edad, distinguiendo a los infantes como un grupo separado de los adultos. Además el Código Civil y Comercial vigente posiciona de mejor modo a la tarea del Asesor de Menores en relación al Código Civil derogado dado que la califica de principal cuando los derechos de los representados estén comprometidos y exista inacción de los representantes.

Señala que, en el caso, la participación de la Asesora de Incapaces deviene necesaria y, en consecuencia, su falta de intervención provoca lo nulidad de lo actuado.

Concluye afirmando que la sentencia incurre en inobservancia del art. 59 del Código Civil al desconocer su aplicación por completo. Por Jo tanto, el Tribunal de Casación debió haber casado la sentencia ordenando la aplicación del art. 103 del Código Civil y Comercial actual y decretando la nulidad de lo actuado.

Por otro lado, alega que la sentencia atacada le dio un sentido distinto al fallo que se intentaba casar, por lo que terminó resolviendo que no hubo arbitrariedad ni gravedad institucional.

Transcribe lo dicho por ese fallo en cuanto a que "*[e]l término legal para que opere la misma -la extinción de la acción- ha transcurrido, sin que haya sido interrumpido ni exista causal de suspensión, por lo que habría que resolver que la declaración de la prescripción de la acción se encuentra ajustada a derecho*".

Entiende que, para llegar a esa afirmación, la magistratura debió encuadrar los hechos imputados dentro de un tipo penal

-que esa parte desconoce- y desde allí argumentar sobre el plazo de prescripción. Agrega que al referirse al término legal no se está refiriendo al plazo razonable.

Señala que el delito investigado es un delito contra la integridad sexual, con lo cual, al menos el hecho estaría tipificado en el art. 119 cuarto párrafo inc. "b" del Código Penal que prevé una pena de 8 a 20 de prisión o reclusión. En virtud de ello, la extinción de la acción se produciría recién en el año 2021, atento la descripción de los hechos que surge de la denuncia del año 2008.

Afirma que no puede extinguirse la acción antes del tiempo ftjado por la ley penal de fondo, menos aún cuando el archivo de las actuaciones fue establecida por la Fiscal ante la imposibilidad de realizar la medida de la Cámara Gesell con la víctima.

Agrega, citando los fundamentos de la ley 23.705, que es muy dificil poder enfrentar este tipo de acciones en la adolescencia o juventud y no porque la víctima no quiera sino porque no puede, dado que recién una vez adquirida la mayor edad, es cuando se encuentra psicológicamente en condiciones de poder instar la acción penal. Por lo tanto, si bien transcurrió un lapso considerable de tiempo desde la comisión del hecho hasta la fecha, la circunstancia de no haber transcurrido el plazo para determinar el cese de la potes-

tad punitiva estatal impide la procedencia del reclamo.

Además, entiende que no puede afirmarse que la duración del proceso fue excesiva de una manera dogmática y en abstracto, sino que es necesaria una evaluación del caso concreto y su complejidad, y en la causa ha habido dificultades tales como la imposibilidad de tomarle declaración testimonial a C. por existir otras pruebas. Precisamente esta situación pesa contra ella, puesto que si en un futuro pretende, pude o necesita declarar la causa no podría ser reabierta, lo cual es insostenible.

Señala que la acción no se encuentra prescripta ya que la excesiva duración del proceso no constituye un supuesto autónomo de extinción de la acción, ni importa una excepción a los términos de la prescripción.

Cita, luego, un precedente del Tribunal de Casación Penal donde se dijo, en esencia, que "*[e}l 'plazo razonable' al que alude la Convención* [Americana sobre Derechos Humanos] *no es propiamente un plazo cuyo vencimiento opere un día determinado a partir del cual resulte ilegítima la continuación del proceso. Antes bien, constituye una exigencia de celeridad en la tramitación de los juicios que, cuando es incumplida, obliga a las autoridades judiciales a tomar medidas tendientes a agilizar el trámite hasta lograr una resolución pronta de la causa ( ..) El sobreseimiento, desde esta perspectiva, constituye tan solo un remedio extremo cuya aplicación quedaría reservada como alternativa eventual frente a casos excepcionales en los que ya no resulte tolerable el más mínimo grado de coerción que pueda emanar de un proceso.*" (TCP, Sala I, 496 RSD-355-00, sent. de 26/9/2000). Por último, cuestiona que se haya rechazado el recurso de casación por no considerar la violación del principio del interés superior del niño como una cuestión federal.

Cuestiona que los jueces hayan entendido que el interés superior del niño quedaba fuera del ámbito de aplicación de los magistrados penales y que en caso de enfrentarse a la tensión de este principio y la garantía del debido proceso penal debía estarse por salvaguardar este último.

Recuerda que la Corte Suprema entendió que el interés superior del niño implica la prevalencia de los derechos de los niños y niñas en caso de que exista un conflicto concreto e individual. De esa forma se concilia la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes con la legislación provincial.

Concluye alegando que ello basta para entender que se configura, en el caso, cuestión federal suficiente.

Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Asesora de Incapaces.

Luego de realizar un minucioso *racconto* de lo sucedido en la causa, alega violación al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes.

Alega que la investigación penal preparatoria no exhibe ningún norte, salvo el testimonio de la víctima en sede judicial. Así se consume el plazo razonable en perjuicio de la niña. Entiende que no se ha brindado un ámbito propicio para recoger el testimonio judicial de la niña. Plantea que resultó materia de conflicto judicial la aplicación acorde a la letra del Protocolo de Recepción de Testimonio. Postula que otro punto en crisis es que no se han valorado las pruebas reunidas en el contexto de la litis.

*Señala que si en cada práctica procesal se realiza un debate que consume el tiempo del proceso y después se lo cataloga de "no razonable", no se cumple con la finalidad del servicio de justicia: alcanzar la verdad, reparar el daño y evitar su repetición.*

Agrega que la sentencia atacada no contempla las especiales características del contexto y de la persona titular del derecho, careciendo de argumentación jurídica con perspectiva de derechos humanos. Alega que la condición de niña y el tipo de delito imputado imponen un doble enfoque, por edad y por género, y que ello debiera tener un enfoque específico teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de C.

*Afirma que la sentencia y lo actuado en el presente litigio no hace valoración alguna sobre el contexto de la víctima.*

Postula que no debe contraponerse la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, que beneficia al imputado, con las garantías de la víctima, dado que el reconocimiento de una garantía no puede anular, al mismo tiempo, otra de igual jerarquía.

Gran parte del tiempo se agotó en la exigencia y búsqueda de reconocimiento del respeto y realización de los requisitos mínimos de las garantías de la niña en el proceso con condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad y ello no fue valorado en la sentencia impugnada.

Por último, alega que el caso reviste gravedad institucional por vulnerarse el debido proceso, el interés superior del niño, el derecho a ser oído, el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, el derecho a la no discriminación y a la educación en un contexto de igualdad en la familia.

El Tribunal de Casación declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos (v. fs. 175/178) y las recurrentes articularon las quejas correspondientes, las que fueron acogidas por esa Suprema Corte, que las admitió y concedió ambos recursos (v. fs. 274/276 y 316/318).

Considero que el recurso extraordinario interpuesto por la Asesora de Menores debe ser acogido.

Ello así pues considero que los planteos que la representante del Ministerio Público llevara al Tribunal de Casación, al impugnar la decisión de la alzada departamental que confirmó el sobreseimiento del imputado, revestían entidad federal suficiente y, habiendo sido planteados oportunamente y por parte legitimada al efecto, deberían haber sido abordados por el tribunal intermedio, para asegurar un adecuado tránsito hacia la instancia federal de excepción en los términos del art. 31 de la C.N. y su doctrina.

En efecto, los planteos que la Asesora sometiera al tri-

bunal intermedio, vinculados al principio de prioridad de exigibilidad de protección jurídica y al interés superior del niño -arts. 5 inc. 2 de la ley 26.061; 3 y 5 de la C.D.N. y 129 de la C.A.D.H.-, como pautas de análisis ineludibles para determinar, con expresa consideración de las circunstancias del caso, los alcances del derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable; a la particular situación de vulnerabilidad de su representada y a las

obligaciones asumidas por el Estado nacional al respecto (conforme lo dispuesto en la C.D.N. y la Convención de Belem do Pará); a la legitimación de la Asesora de menores como representante promiscua de la víctima de autos y, por último, a la arbitrariedad de la sentencia de origen y de la decisión de la Cámara departamental por fundamentación aparente; revisten entidad federal suficiente y ameritaban, en consecuencia, su expreso tratamiento por parte del Tribunal de Casación, que se limitó a pronunciarse tangencialmente sobre su suficiencia y carga técnica, eludiendo así el dictado de una decisió sobre el fondo del asunto.

de fs. 161 no constituye una respuesta adecuada a los planteas de la parte,

En esta línea advierto que la escueta referencia pues indica, refiriéndose al reclamo de la Asesora, que "*...la falta de legitimación que le adjudicara la Cámara para recurrir ( ..) no impidió que ese mismo Órgano jurisdiccional se expidiera reafirmando la decisión tomada por su inferior*", intentando luego minimizar la evidente confusión de la decisión de la alzada departamental que, en un par de párrafos, se remite a las categorías del régimen ordinario de prescripción de la acción penal y elude toda referencia concreta a los derechos convencionales en juego, en concreto, a la consideración del interés superior del niño, a su derecho a ser oído y al acceso a la jurisdicción (arts. 3, CIDN, 8.1 y 25, CADH).

Cabe recordar aquí que el Tribunal de Casación Penal es el órgano intermedio previo al paso por esa Corte, pues -desde la sanción de las leyes 11.922 (y sus modif.), 11.982 (y sus modif.) y la reforma al art. 1° de la ley 5827 (texto según ley 12.310)- es el último órgano jurisdiccional con competencia

penal, previo al acceso a las vías extraordinarias locales (art. 479, CPP) en el que las partes pueden eventualmente encontrar reparación de los perjuicios irrogados en las instancias anteriores. Por ello, salvo los casos en los que el legislador ha establecido un diagrama recursivo específico prescindiendo del tránsito por ante el órgano casatorio, en los demás no es posible soslayar su paso obligado por el Tribunal de Casación Penal a fin de habilitar la posterior intervención de esta Suprema Corte (cfr. P. 109.270, resol. del 181812010; P. 118.953, resol. del 11/1012012; P. 119.509, resol. 241912014; P. 125.364, resol. del 11/312015; P. 120.753, resol. del 231912015, *elo*).

En el caso es evidente que la respuesta del tribunal intermedio, limitada a la admisibilidad formal de los planteos que se le sometieran, aparece aparece como un tránsito sólo aparente (doct. causa Ac. 81.109, 2011112002, entre muchas; CSJN, "G., G.P. y otros *si* Homicidio en ocasión de robo", 18/XIV2001 y "D. L., M. y otros *si* Robo agravado", 19/11/2002, entre otras), en tanto la Casación, sin atender a las particularidades del reclamo y soslayando las cuestiones federales en juego, declinó de entender sobre el tópico que se le sometiera, declarando inadmisible el recurso de casación oportunamente interpuesto por la Asesora de Menores interviniente.

En consecuencia, el pronunciamiento atacado no puede ser reputado como acto jurisdiccional válido.

Por ello, es que corresponde casar la sentencia impugnada, indicando la devolución de los autos a la instancia anterior para que dicte uno nuevo de conformidad con lo resuelto, oportunidad en la que necesariamente deberá expedirse -con la debida circunstanciación al caso en concreto- respecto de todas y cada una de las cuestiones federales que pudiera contener el recurso llevado a su conocimiento, analizando su procedencia y dando una respuesta fundada a cada una de ellas (art. 496, **CPP).**

Es preciso añadir aquí que los planteos que trae la particular damnificada en el recurso extraordinario concedido por VVEE a fs. 316/318 aparecen subordinados a la decisión que se adopte respecto de los introducidos

por la Asesora de menores, en particular en lo que respecta a la legitimación de esta última para impugnar la decisión de origen, correspondiendo en consecuencia anular también la decisión adoptada en lo que respecta al rechazo de la queja articulada por aquella parte para que se dicte una nueva coherente con la que se adopte, conforme lo propuesto supra, respecto del remedio articulado por la representante del Ministerio Público.

Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos y casar la sentencia del Tribunal de Casación Penal atacada, remitiendo las actuaciones a esa sede para que se dicte una nueva decisión conforme a derecho.

La Plata, **4** de noviembre de 2017.

**DR. JULIO M. CONTE-GRAND**

Procurador General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: P 118.953

**“Dra. SCHERMAN, Ida Ariana s/ solicita intervención inmediata de la Suprema Corte. avocación”, fecha: 09/10/2012**

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Dra. SCHERMAN, Ida Ariana s/ Solicita inter- vención inmediata de la Suprema Corte. Avocación."

**P 118.953**

**Suprema Corte de Justicia:**

**I.**

La Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial La Plata rechazó el recurso de queja interpuesto por la Sra. Asesora de Menores en virtud de considerar que ésta carece de legitimación activa para peticionar y recurrir en la IPP 06-00-037286-11 de la UFIJ número 6 departamental (fs. 48/9 del cuadernillo de Queja por apelación denegada). Ello tuvo su origen en el temperamento previamente adoptado por el Sr. Juez de Garantías, Dr. Melazo, al rechazar el pedido de nulidad articulado por la Sra. Representante del Ministerio Pupilar respecto de la validez del acta de mediación obrante en la causa (fs.118) y el pedido de medidas cautelares que fuera requerido en protección de la inte- gridad psicofísica de los niños afectados por tal decisión con fundamento en la ausencia de legitimación de la representante promiscua de los niños J. B. y A.L. y denegar, asimismo, el recurso de apelación interpuesto contra tal deci- sión bajo idénticos fundamentos (fs. 18 y fs. 20/23 del cuadernillo de Queja por Apelación denegada).

**II.**

Contra tal forma de decidir la Señora Asesora de Menores, Dra. Ida Sherman, interpone recurso de avocación ante esa Suprema Corte (art. 450 CPPBA) sobre la base de considerar que "ese paso previo por Casación importará dilatar la efectividad de los derechos que se reclama sin brindar la solución que entiendo se impone ubicando además a los niños en situación de riesgo

agravada. Tal como surge de la resolución recaída en fecha 28 de agosto del corriente se me ha negado la legitimación procesal, privando de llave de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él para hacer valer un derecho. Al no darle a las víctimas-niños una legitimación concurrente se las deja desprotegidas privando así a las personas en cuyo beneficio se depara la tutela jurídico penal de un bien determinado que le ha sido dañado" (fs.2 vta. y 3).

En esta misma línea considera que "Los bienes tutelados: el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a vivir en el ámbito familiar sin violencia, el riesgo creado, el debido proceso, a la vigencia del princi- pio de legalidad, explican la urgencia y la vía escogida (arts. 10,12, 13 incs 1 y 3, 36 inc. 1,2 y 4 Const. Pcial y en diversos tratados internacionales entre los que se destaca, los arts. 1,2,3.1 y 19 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); los arts. 1,2,3,5,7,8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 1,2,4,5,8,11,17,19,24,28 de la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención de Belén do Pará, que gozan todas de jerarquía constitucional (arts. 75inc.22 de la Const. Nac) y se encuentran además reforzados por la manda de acciones positivas establecidas en el inciso 23 del art. 75 de la Constitución Nacional que sirve de pauta de orienta- ción para la autoridad estatal en su ámbito de competencia. En tal sentido propone se examine la Acordada nro 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que recoge como instrumento rector las "100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de Personas Vulnerables", en especial las Reglas 29,37 y ccs, (...)que imponen la mirada desde la igualdad material examinando siem- pre la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplica- ción de las normas o de las políticas cuestionadas, así como la situación de desventaja o subordinación del grupo social al cual pertenecen los potencia- les afectados" (fs.4).

En este sentido cita el voto del Dr. de Lázzari en el fallo "Oporto" y la sentencia "Portillo C. c/Pcia Bs As s/ amparo" de ese mismo tribunal y la causa "Q.C, S.Y. c./ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo" de la Corte Suprema Federal.

Aduna a lo dicho que “la preocupación que estos casos suscitan en la sociedad que observa y demanda la correcta administración del servicio de justicia, amerita el pedido de intervención a VE superando los obstáculos formales que eventualmente frustren el control constitucional que le cabe como órgano supremo” (fs. 4 vta).

Por último señala que “ la avocación que postulo se funda, en definitiva, en la potestad que asiste a VE de asegurar la eficacia de la actividad jurisdiccional, principio que debe alcanzar máximo vigor dentro del ámbito de atribuciones del Alto Tribunal como cabeza del Poder Judicial de la Provincia...Así lo imponen los artículos 10, 11, 15 y 161 y afines de la Constitución Provincial y así emerge de los poderes implícitos que corresponde a la Suprema Corte, no sólo para evitar que la oportuna protección jurisdiccional de un derecho se torne ilusoria sino también para permitir el ejercicio efecti- vo de su atribución de juzgar las peticiones en cuestiones de naturaleza excepcional...” (fs. 5 y vta).

II.i.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego, la quejosa se agravia en particular por entender que yerran las instancias de origen y de apelación al desconocer -de manera reiterada- a los niños J. N. B. y A.L. la condición de víctimas de las amenazas en el contexto de violencia familiar, y rechazar, en consecuencia, la posibilidad de su participación a través de la figura del Asesor de Menores. En efecto, sostiene que los niños de autos resultan víctimas de una situación de violencia familiar que importa hechos que además constituyen delitos. En ese sentido destaca la inadvertencia por parte del representante del Ministerio Público Fiscal cuanto del juez interviniente de considerar la denuncia de amenazas y lesiones leves contra la Sra. P. como un hecho aislado, desvinculado de la conducta anterior que implicó que se le aplicara al imputado una condena consistente en ocho meses de prisión de ejecución condicional con costas por haber lesionado al niño J.B. con un palo (fs. 1 vta).

Al respecto agrega que "las sucesivas resoluciones recaídas importan el agravamiento de la condición de víctimas de la violencia familiar e institucional que padecen mis tutelados..." (fs. 2 vta.).

Asimismo se agravia por haberse llevado a mediación penal los hechos que configuran la violencia familiar. Al respecto sostiene que "los sucesivos rechazos, la validación de un proceso de mediación aún en contradicción con las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes importan actuar de manera contraria al deber de debida diligencia, estándar ineludible del sistema interamericano de derechos humanos en materia de violencia.

Ello en virtud de resultar evidente que en el proceso de mediación penal aplicado al presente caso resulta contrario a la ley vigente (leyes 13.433, 12.569 y su respectivo decreto reglamentario 2875/05 entre otros), y además dicho resorte ha colocado a las víctimas -J., J.y A.- en una situación de riesgo conocida por el Estado sin que desde esta esfera se adopten las debidas medidas en razón del deber de debida diligencia en cabeza estatal (conf. doctrina CIDH "Velázquez Rodriguez vs. Honduras, sent. del 29-7-1988)".

**III.**

Entiendo que esa Suprema Corte debe acoger el reclamo formulado ante esa sede por la la Sra. Asesora de Menores.

Sin perjuicio de las atendibles razones invocadas por la Sra. Asesora al solicitar la excepcional *avocación* de V.E. en el caso, cabe destacar que su pretensión no es ajena a la competencia apelada de esa Suprema Corte fijada por el art. 161 de la Constitución provincial, pues la soli- citante se disconforma con el contenido de una resolución equiparable a definitiva -pues niega a la Asesora y a sus representados el carácter de parte interesada y la posibilidad de formular cualquier requerimiento en el marco del presente proceso penal-, emanada de la Cámara de Apelaciones y Garantías departamental, último tribunal con competencia ordinaria habilitado para pronun-

ciarse en el caso (arg. Arts. 439, 450 y ccs. CPP), denunciándose expresamente la errónea aplicación de la ley de fondo y la inobservancia de normativa constitucional y convencional aplicable al caso.

En este sentido cabe destacar que esa Suprema Corte cuenta con la posibilidad de prescindir de las exigencias formales que limitan el efectivo ejercicio de su competencia revisora en aquellos supuestos en los que "*según su sana discreción mediare gravedad institucional o un noto- rio interés público, o bien si considerare indispensable establecer doctrina legal, siempre que se tratare de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sen- tido*" (art. 31 bis. Ley 5827), extremos que claramente concurren en el caso.

Por otra parte, es evidente que los planteos de la Asesora -en particular aquellos vinculados con el principio de efectividad de derechos en la realización del interés superior del niño, con la tutela judicial efectiva, con el debido proceso judicial y con el cumplimiento del deber de debida diligenciarevisten evidente entidad federal, por lo que corresponde que esa Suprema Corte se expida al respecto como Superior Tribunal de la causa en el orden provincial (cfr. art. 14 ley 48 y CSJN "Strada", "Di Mascio" y "Christou").

III.i.

Hecha esta salvedad, adelanto mi opinión según la cual acierta la recurrente al sostener que se encuentra acabadamente acreditado en autos que los niños J. y A. resultan víctimas de la violencia familiar ejercida por el Sr. L. contra su progenitora y todo el grupo familiar que inclu ye los hechos delictivos que en estas actuaciones se atribuyen al imputado (IPP06-00-037286-11) y que se encuentran íntimamente engarzadas con las conductas delictivas enrostradas en el marco de la IPP 06-00-000405-11y de las conductas manifestadas por la víctima J. P. al inicio de las actuaciones como denunciadas ante el fuero de familia, en virtud de la cuales se ha otor- gado la guarda de los niños J. B. y A.L.- ambos hijos de la Sra J. P.-a la Sra D. P., hermana de la progenitora, (fs. 1, 2 y ss. IPP06-00-037286-11). Es decir, todo ello debe ser examinado de

manera conjunta.

En otras palabras, y con carácter previo al análisis pormenorizado de los agravios traídos, estimo preciso destacar que las amenazas que aquí se investigan acontecen en un contexto de violencia familiar que justifica un tratamiento especial destinado a proteger el derecho fundamental a la integridad psico-física de estas especiales víctimas y que se encuentra reconocido por el *corpus iuris* internacional (Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará), la Convención sobre los Derechos del Niño, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño nro.8/2006 "El derecho del niño a la protección contra los castigos corpora- les y otras formas de castigo crueles o degradantes" y nro. 13/2011 titulada "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia"; CIDH, OC17/2002 y sentencias de esa Corte en las causas " De las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana" del año 2006, y "Gonzáles y otras ("Campos algodoneros") vs. México" del año 2009; el informe final 54/01 de la Comisión de Derechos Humanos en el caso "Maria da Penah vs. Brasil" del año 2001; y la Resolución del ECOSOC 2005720 que adoptó las "Directrices sobre la justi- cia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos") y reproducido por las leyes locales contra todas las formas de violencia (Ley

24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y su decreto reglamentario 235/96; ley nro. 26.061 de Protección Integral de Derechos del Niño y su decreto reglamentario 416/06; Ley. nro. 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y a su dto. Reglamentario 1011/2010, Ley Provincial 12.569 de Protección contra la Violencia Familiar y su decreto 2875/05 y ley 13.298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y su dto.300/05 ).

Es decir, más allá de que la dogmática jurídica nos per-

mita distinguir en el caso una serie de delitos autónomos cometidos por un mismo sujeto activo, no puede dejar de considerarse que las agresiones dirigidas contra la Sra. P. y sus hijos J. y A., distribuidas en un lapso de diez meses, presentan una unidad que debe ser atendida por la justicia, tanto al momento de la investigación cuanto al de la adopción de medidas especiales de protección.

En efecto, esta perspectiva ha merecido adecuado tratamiento por parte del Sr. Fiscal, Dr. Romero, en oportunidad de requerir la medida cautelar (fs.1 y 2, y fs.9), cuanto al solicitar la detención del imputa- do (fs.29/33) y al reiterar la prohibición de acercamiento del imputado respecto de la Sra. J.P., de los niños J. y A.y de la Sra. D. P. (fs. 82) así como en oportunidad de solicitar la elevación de la causa a juicio (fs.104/7 vta.), y así también por parte del Sr. Juez de Garantías, Dr. Melazo, en oportunidad de disponer la prohibición de acercamiento del imputado a la víctima J. P. (fs.9), de ordenar la detención del imputado (fs 34/36 vta.) y de disponer la prohibi- ción de acercamiento del imputado respecto de todo el grupo familiar -inclu- yendo a los niños y a la Sra.D. P.- (fs 84).

En ese sentido el Sr. Fiscal ha expresado que "eventos de tal naturaleza no son esporádicos sino que se han ido reiterando y la situación de violencia ha ido *in crescendo*. Que constancia de esto es la IPP nro.06- 00-0000405-11 la cual ha superado ya, la etapa de instrucción preparatoria, adjuntándose copia simple de la elevación a juicio extraída del Sistema Informático del Ministerio Público Fiscal. Por ello ante la probable comisión de otros ilícitos de acción pública de mayor entidad que pongan en peligro la seguridad personal de la víctima, a los fines de resguardar la integridad física y moral de la misma, sin perjuicio de las medidas pendientes de investigación peticionadas por la propia víctima es que solicito a VS haga lugar a la cautelar impetrada" (fs.9 vta).

En sentido concordante el Sr. Juez de Garantías ha sostenido que "Debo advertir nuevamente, sin perjuicio del caso en análisis y como ya lo sostuviera en la IPP 060019715-11 que hechos como los aquí investiga-

dos exigen desde su inicio un tratamiento diferencial, acompañados de una atención y celo particular de parte de funcionarios judiciales y policiales donde al menos se pongan en marcha las herramientas legales con las que se cuenta para no llegar luego a la simple estadística de mujeres muertas por sus parejas o ex parejas, precedida de un sin número de hechos de violencia previa enmarcados en continuas amenazas o lesiones leves de dificultosa acreditación, por el lugar y medio de comisión centrado en el interior de un hogar, **máxime cuando median menores directamente involucrados**" (fs. 34 vta.) (destacado propio).

Sin embargo, es recién a partir de fs.114 que el trámite de la causa evidencia un giro copernicano en el que tales consideraciones esenciales -justificadas en virtud de la configuración de hechos violentos contra víctimas especialmente vulnerables- se desdibujan hasta desaparecer por completo. Idéntica suerte corren las medidas la protección especial de los niños J. y

A. en calidad de víctimas de las conductas violentas desplegadas por el imputado, quienes resultan excluidos -al no requerirse la intervención de su representante promiscua- del "acuerdo de mediación" al que arriban la víctima - cuyo consen- timiento fuera requerido telefónicamente y sin asistencia letrada (fs.113)- y el agresor en el ámbito de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos que funciona en la órbita de la Fiscalía General Departamental (fs.114,115,118 y ccs.) y del consecuente archivo de la causa (fs. 119, 121 y 122).

Por lo tanto, al margen de las consideraciones que pudieran formularse en el plano dogmático sobre los alcances de la figura del art. 149 bis del CP, en particular en lo que respecta a la definición del sujeto pasivo de la conducta allí descripta y de las consecuencias que ello pudiera reportar a los efectos de asignar el rol de víctimas o damnificados a los menores de edad en las presentes actuaciones, lo cierto es que las amenazas proferidas por H. L. hacia la denunciante de autos se insertan en un complejo contexto de violencia de género y familiar, del que da debida cuenta la solicitante con adecuada referencia a las constancias de los legajos que corren por cuerda, contexto que determina que

el interés superior de los primeros no puede ser obviado a la hora de adoptar una decisión de la trascendencia de la adoptada en la investigación penal preparatoria originada por la denuncia de P..

La directa vinculación existente entre el hecho investigado en autos y los ocurridos con anterioridad en el mismo contexto de violencia familiar se hace patente en dos puntuales circunstancias: a) la decisión que pudiera adoptarse en autos respecto de la eventual responsabilidad penal de L. en los términos del art. 149 bis del CP por los hechos cometidos el 17 de octubre de 2011, debería tener directa incidencia en la decisión adoptada en la causa 3831-J que corre por cuerda, en la que se impusiera al mismo imputado la pena de ocho meses de prisión de ejecución condicional (arts. 26 y ss. del CP) por los hechos cometidos, en perjuicio de J. M. P. y su hijo J.N.B., durante los primeros días del mes de enero del mismo año, obviándose las reglas de conexidad procesal previstas en los arts. 33 y

ss. del CPP y habilitando la aplicación, en el supuesto de imponerse una nueva condena, del art. 58 del CP; y b) como ya se indicara, la prohibición de acercamiento cautelarmente dispuesta en la última de las investigaciones penales preparatorias mencionadas alcanzaba tanto a la Sra.

P. -víctima directa de las amenazas allí investigadascomo a sus hijos menores, dejándosela sin efecto -a partir de la expresa solicitud de la primera tras haber llegado a una “conciliación” con el imputado- respecto de todos ellos y con expresa mención de los arts. 23 y 83 inc. 6° del CPP.

Esto último pone en evidencia que la concreta situación de riesgo para los menores que fuera reconocida expresamente al incluirlos en la medida de prohibición de acercamiento no fue tenida en cuenta para oírlos, a través de su representante, cuando se adoptaron decisiones posteriores en el marco de un proceso que directamente les afecta, en la medida que lo allí resuelto puede afectar directamente sus derechos más elementales (vida, integridad física y psíquica, libertad, etc.).

Es evidente, entonces y de conformidad con lo señalado por la Sra. Asesora, que en los últimos tramos de la investigación penal preparatoria en curso "no ha mediado valoración del contexto alguna"[sic]. Al respecto resulta preciso recordar que esa Corte ha señalado que "el proceso actual no se conduce en términos sacramentales en donde cada palabra o gesto tiene un significado particular y de su omisión podría significar la pérdida del derecho. Por el contrario **es el contexto el que determina el sentido y significado de lo pretendido"** (SCBA Ac. 48084, Ac. 51752).

Sobre este punto, y a modo de síntesis, me permito reproducir las palabras de la Sra Asesora en cuanto sostiene que " ...pasamos de una situación donde L. imputado por reiteradas amenazas, con uso de arma de fuego agravado por su condición de funcionario policial con portación de arma, con antecedentes de imputado por lesiones a un niño de corta edad, bajo probation, todo lo cual surge de las respectivas IPP, pasa a acordar con la víctima que la misma se obliga a no molestarlo en modo alguno todo ello sin patrocinio letrado para ella y sin intervención del Asesor que permita el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños víctimas de autos. Tampoco se requirió informes producidos de manera contemporánea con las presentes en el fuero de familia más allá de las constantes referencias por parte de la víctima P. y los testigos de las actuaciones que importan la atribución de la guarda de los niños en cabeza de la tía materna a partir de la violencia sufrida por el niño J." (fs.16 y vta. del cuader- nillo de Queja por apelación denegada).

III.ii.

De la legitimación de la Sra. Asesora de Incapaces para intervenir.

En particular relación con el agravio traído por la quejosa respecto del rechazo sostenido a su intervención, la sola remisión a la primera foja de las actuaciones nos advierte sobre la condición de víctimas de estos niños –y por ende, de la necesaria y esencial intervención de su representante promiscua (arts. 12 CDN, 59 del C.C., 23 de la ley 12061 y ccs.)- por cuanto las amenazas que

dan lugar al inicio del presente proceso consis- ten en "si le llegan a dar la tenencia definitiva a tu hermana y vos no haces nada **los voy a matar a todos... si los chicos no están con vos o conmigo no van a estar con nadie ...yo tengo todo planeado, voy a dejar a mi hijo menor con los hermanos, los voy a matar a todos y me pego un tiro porque no voy a ir preso**" (fs.1 IPP 06-00- 037286-11).

En virtud de ello, y tal como lo sostiene la recurrente en su escrito de postulación ante la Cámara, la exclusión de los niños y de su representante promiscua en la investigación penal referida implica sin más la negación a estos niños –víctimas de violencia- de todas las medidas de pro tección al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y de los derechos fundamentales a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, a las garantías judiciales, a la honra y a la dignidad que el ordenamiento convencional, constitucional y legal vigentes les reconocen y que se encuentran previstos en los artículos 10,12,13 incs.1y3, 36 incs. 2 y 4 de la Const. Pcial y en diversos instrumentos internacionales entre los que se destacan la Convención sobre los Derechos del Niño (en especial, arts.1, 2, 3. 1, 4, 6, 19 y ccs), la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 4, 5, 8, 11, 17, 19, 24, 28) y la Convención Intearmericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que gozan de jerarquía constitucional (art.75 inc.22) y se encuentran reforzadas por la manda de acciones positivas establecidas en el inc. 23 del art.75 de la Constitución Nacional.

Desde esta perspectiva "no resulta entendible cómo el Sr. L. ante dos IPP que se originan a partir de diferentes hechos pero que se explican en el patrón de la violencia familiar y la violencia de género que acaeciera el primero en fecha 3 de enero de 2011 el otro en fecha 19 de octubre de 2011 pudo eludir una vez más la elevación a juicio resultando así que con el "acuerdo" alcanzado los niños se encuentran en riesgo cierto de ser nuevamente víctimas sin que fueran ellos oídos en el proceso a través de su representante promiscua (arts. 59 CC, 23 ley 12061, 12 CDN, entre otros) y negándose una vez más "su palabra" en razón de la resolución recaída más allá de recono- cerse la necesidad de valorar lo aportado por este Ministerio en el marco del recurso de

nulidad interpuesto ante el Juez de garantías Dr. Melazo" (fs. 6 vta cuadernillo de Queja). Aún más, "en el caso…los obstáculos legales y fácticos, la falta de reconocimiento de la situación de violencia familiar, de género e insti- tucional por parte de la justicia penal, la condición de menores de edad víctimas de las lesiones y amenazas con un antecedente reciente que significara el proceso penal que concluyera con la probation aun vigente que importa deberes a cumplir por un período de dos años exhiben la necesidad de adoptar medidas especiales de equiparación que sin duda no se han plasmado en el acto de mediación penal. La intervención del Ministerio Público de Menores le otorga ese plus de derechos a las víctimas niños que hasta ahora se les ha negado (CIDH, OC17/2002 y art 19 CADH)" (fs.8 vta. cuadernillo de Queja).

Sobre este punto merece particular atención el defecto en el que incurre el Sr. Magistrado al disponer, por un lado, las medidas de prohibición de acercamiento respecto de los niños J. y A. sobre la base de considerar que "surgen motivos suficientes para justificar la medida" (fs.27, 82, 84,121,122 y ccs.) y rechazar, posteriormente, la legitimación a la representante promiscua sobre la base de considerar que "la legitimación que invoca la Asesora de Incapaces no es tal, teniendo en cuenta lo que esta- tuye el art.23 de la ley 12061, pues no representa ni interviene en el presente proceso respecto de parte alguna, desde que los menores que menciona no revisten el rol de víctimas ni particular damnificado" (fs. 18 y 22 de la Queja por apelación denegada).

Al respecto cabe destacar la interpretación elaborada por el Comité de Derechos del Niño a través de su Observación General nro. 13/2011 en la que se establece un estándar que supone no dejar espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños por más leve que ésta pueda resultar.

En virtud de ello considero que la circunstancia en estos autos expuesta acarrea el sometimiento de los niños a un peligro grave y cierto de volver a sufrir maltrato, hallándose comprometido su derecho fundamental a la integridad psico-física y a su desarrollo, debiéndose en consecuencia

reconocer legitimación a la Sra. Asesora para peticionar en nombre y representación de los niños. Lo contrario implicaría a las claras una afectación de los estándares de protección de la niñez contra toda forma de violencia.

III.iii.

De la inaplicabilidad de la mediación penal a los casos de violencia.

Desde esta visión y siguiendo lo afirmado por la quejosa en su escrito de apelación, "resulta evidente que el proceso de mediación penal aplicado al presente caso resulta contrario a la ley vigente y además dicho resorte ha colocado a las víctimas -J., J. y A.- en un situación de riesgo conocida por el Estado sin que desde esta esfera se adopten las debidas medidas en razón del deber de debida diligencia en cabeza estatal..." (fs.6 cuadernillo de Queja).

Al respecto también comparto los fundamentos esgrimidos por la Sra. Representante Pupilar en el recurso de apelación interpuesto ante la Cámara respecto de considerar que la mediación penal se encuentra expresamente –y agrego, constitucionalmente- prohibida para los casos de violencia.

Sobre este punto la quejosa destaca que la propia ley de mediación penal provincial (nro.13433) establece en su artículo tercero que "...el procedimiento de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos penales se regirá por los principios de **voluntariedad**, confidencialidad, informalidad, gratuidad y neutralidad o imparcialidad de los mediadores. Siempre será necesario **el expreso consentimiento de la víctima**". También señala que en su artículo 6 inc. "a" la ley veda el trámite de la mediación penal en aquellas causas en el que las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las leyes 13.944 y 24270". Al respecto refiere informes periciales psicológicos y psiquiátricos producidos en la causa que tramita ante el fuero de familia -sobre tutela- que exhiben de manera palmaria la ausencia

de libertad y por tanto de consentimiento para sentarse "en pie de igualdad" en la mesa de mediación (fs. 5 vta. Queja). A ello estimo preciso agregar, como señalaré infra, que la referida ausencia de libertad y voluntariedad resultan máximas de experiencia que caben presumirse en el caso de las víctimas de violencia familiar, y de violencia en general.

En la misma línea destaca la Sra. Representante Pupilar en su escrito de apelación que el decreto 2875/05 reglamentario de la ley provincial 12569 de Protección contra la Violencia Familiar establece que "el procedimiento establecido en el artículo que se reglamenta (en relación con el art.11) **no podrá implementarse a través del instituto de la mediación**".

A mayor abundamiento resulta preciso considerar que la Convención de Belén do Pará -ratificada por nuestro país y reconocida con jerarquía constitucional- establece en cabeza de los Estados -en particu-

lar, en cabeza del Ministerio Público Fiscal en virtud de la distribución constitucional de competencias que prevé el ordenamiento jurídico argentino- y en particular relación con lo que aquí nos convoca, el deber de "actuar con la debida diligencia para prevenir, **investigar** y sancionar la violencia contra la mujer" (art 7 inc. "b") así como la obligación de "establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia que incluyan, entre otros, medidas de protección, un **juicio oportuno** y el acceso efectivo a tales procedimientos" (art. 7 inc "f") (destacados propios). A ello cabe añadir la vigencia del principio de amplitud probatoria que rige la materia. Obligaciones todas éstas que resultan inconciliables con el reconocimiento legal de acuerdos, mediaciones o conciliaciones como modo de arribar a la finalización de los conflictos.

En este sentido se ha afirmado en un fallo reciente de la justicia nacional que resulta "imprescindible, en este punto, señalar que el caso debe ser examinado en el marco de las exigencias impuestas por las Convenciones Internacionales que obligan al Estado a remover los obstáculos que específicamente impiden el acceso a la justicia de las mujeres y cuya existencia

expresamente reconocen. En tal sentido, es imperativo agudizar el examen de la prueba para que su valoración no sólo tenga en cuenta el modo particular en que se expresa la violencia contra la mujer –paradigmático en el caso de la violencia doméstica-, el contexto cultural en el que se produce y la influencia en él de estereotipos discriminatorios que influyen incluso en la percepción de los hechos y su relevancia por parte de los testigos y de los mismos funcionarios, y la intensidad de afectación de este tipo de violencia en la personalidad y actitudes de la víctima" (Tribunal Oral en lo Criminal nro 9 de la Nación, sent. del 4 de abril de 2011). Todo ello queda asimismo despla- zado de plano con el acto de la mediación penal, como sucedió en autos.

En esta línea resulta ilustrativo destacar la preocupación y las recomendaciones expresadas en el Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belén do Pará- Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)- en abril de este año. En particular relación con el tema que aquí se examina advierten que "... el Comité de Expertas/os notó con preocupación que varios Estados reportaron contar con métodos de conciliación o avenencia entre el agresor y la víctima de violencia contra las mujeres, o exoneración de la pena para el agresor si contraía matrimonio con la víctima, o aplicación del principio de oportunidad. Reiterando el análisis realizado durante la etapa de seguimiento de sus recomendaciones, el Comité de Expertas/os encuentra que **la aplicación de estas medidas en los casos de violencia contra las mujeres tiene efectos contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas y en el mensaje permisivo enviado a la sociedad**. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en que, hacer este delito negociable o transable parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. Asimismo, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) encontró que e**ste desequilibrio de poderes en los acuerdos de conciliación aumenta el riesgo físico y emocional de las mujeres, los acuerdos no son generalmente cumplidos por el agresor y no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí**. A partir de las respuestas de los Estados, el Comité

de Expertas/os **destaca nuevamente la contribución de las leyes integrales de violencia para lograr la prohibición de la conciliación, mediación u otros medios de solución extrajudicial de la violencia contra las mujeres, quedando pendiente la armonización de las normas procesales respecto a esta disposición.** Ello es de particular importancia dado que, si bien un número importante de Estados han reportado diversas formas de evitar el uso de dichos métodos para casos de violencia contra las mujeres en la sección de legislación, algunos de ellos han incluido en la sección de información y estadísticas cifras sobre casos de violencia doméstica o familiar resueltos vía conciliación. Ello indica que dichos métodos siguen siendo utilizados en el Poder Judicial. El Comité de Expertas/os también observó que, por lo general, los Estados cuentan con disposiciones que prohíben la conciliación, mediación u otros medios similares para los casos de violencia doméstica, mas no se refieren a otras manifestaciones de violencia contra las mujeres. (...) .Asimismo, en un número importante de casos, los Estados reportaron no contar con prohibiciones expresas, aunque sustentaron que la solución extrajudicial en los delitos de violencia contra las mujeres tampoco estaba contemplada en la norma y, por lo tanto, no era de aplicación en territorio nacional. El Comité de Expertas/os **insiste en su recomendación de prohibir los métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres**. **En caso de que ya cuenten con dicha prohibición, recomienda a los Estados armonizar su legislación procesal con esta prohibición, a fin de evitar que en casos de violencia contra las mujeres se requiera la audiencia de conciliación...**" (destacado propio) (Disponible en / www.oas.or- g/es/cim/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferic).

En ese sentido cabe señalar que el artículo 28 de la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales establece expresamente que "Si la víctima de violencia fuere niña o adolescente deberá contemplarse lo estipulado por la ley 26061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. **Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación.**"

Por último considero oportuno agregar, en consonancia con los argumentos oportunamente expuestos por la Sra. Asesora de Menores, que las consecuencias generadas por la errónea aplicación a este proceso de la mediación judicial penal y el rechazo de la legitimación de la representante pupilar importan la violación a los principios fundamentales de no discriminación (CIDH, "Gonzáles y otras ("Campo algodonero") vs. México de 2009; Informe Final en causa "Maria da penha vs. Brasil" de 2001) y del interés superior del niño (CIDH, OC17/2002 y Caso Las niñas Yean y Bosico vs. República Domincana) que debe traducirse necesariamente en el caso en la adopción de medidas de protección especial a la niñez. Máxime cuando, por otra parte, en el caso bajo examen no se halla comprometido el derecho fundamental a las garantías judiciales del imputado.

**IV.**

Del compromiso institucional.

Las estadísticas dan cuenta de la extensión y gravedad del flagelo que comporta la violencia familiar, de género y el maltrato infantil que atraviesa lo privado para convertirse en una cuestión de orden público y de política de Estado. Esa Suprema Corte y este Ministerio Público no han permanecido impasibles frente a tal alerta y han recogido el desafío de implementar acciones de diversas características y en distintos ámbitos como lo son la capacitación de los operadores, los acuerdos celebrados con entidades públicas y no gubernamentales, la implementación del Registro de Violencia Familiar, la participación en la Comisión Provincial contra la Violen- cia Familiar, entre muchas otras. Este compromiso conjunto de VE y de este Ministerio Público resultaría en vano si en los casos concretos no se actuara con el mismo énfasis. El conocimiento del fenómeno de la violencia familiar, de género y el maltrato infantil supone una complejidad tal que no admite intervenciones desarticuladas ni respuestas débiles o deficientes en tanto ello acarrea un mensaje institucional que la sociedad actual no tolera.

Consecuentemente, entiendo resulta imprescindible

asumir en el caso un comportamiento acorde con el compromiso referido y garantizar en las presentes actuaciones la plenitud de los derechos fundamentales de las víctimas.

**V.**

Por todo ello no cabe más que concluir, como lo hace la recurrente, que el trámite de la presente causa ha implicado la revictimización de las víctimas -J., J.y A.- configurándose un supuesto de violencia institucional, por cuanto a esta experiencia de absoluta desprotección debe añadirse la fundada desconfianza en las instituciones que debían ofrecerles seguridad y justicia.

En virtud de la gravedad de las consideraciones expuesta propicio a VE se sirva acoger la avocación interpuesta,. decretar la nulidad de la mediación obrante a fs.118 y reconocer legitimación a la Sra. Asesora de Incapaces para que intervenga en la reanudación del trámite de la causa en representación de los derechos fundamentales de los niños Joaquín Botes y Aarón Lazalde.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 9 de octubre de 2012.

**DRA. MARIA L. CARMEN FALBO**

Procuradora General de la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

[CIJur] Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires