



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

**TESIS: “EL RECURSO INDIFERENTE EN LA DOCTRINA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES”**

TESISTA: GUSTAVO GERMÁN RAPALINI

DIRECTOR: JUAN MANUEL HITTERS

AGRADECIMIENTOS:

Pocas veces confluyen al mismo tiempo la sensación y ganas de agradecer a quienes han colaborado en la difícil tarea emprendida, por un lado, y el miedo a ser ingrato con alguno de ellos fruto de una mala pasada de la memoria humana, por el otro.

Sin perjuicio de ello, se asume el dilema con la creencia de poder salir victoriosos de dicha encrucijada.

En lo personal, el inicio de los mensajes retributivos no puede sino estar dedicados a *Bautista y Valentino*, quienes además de otorgarme en mano en título de padre, aparecieron en medio de la diagramación de la presente tesis, brindándome un calma inicial y un posterior impulso emocional, en ambos casos con la dosis precisa.

A mis viejos, *Aldo y Cristina*, quienes no solo tuvieron la audacia de pensar en traerme a este mundo, sino que transitaron la ardua tarea de hacerlo de la mejor manera posible y con todo el sacrificio que les fue posible asumir. Para ellos, un agradecimiento y una admiración permanente.

Qué decir de *Marianela*, ese gran ser humano que potencia mis virtudes y mitiga mis defectos, y que ha sabido darme su incondicional apoyo en todo lo emprendido.

En la faz académica no puedo sino comenzar por el director de la presente tesis: *Juan Manuel Hitters*.

Son varias las razones que llevaron a pensar en su elección como director y exceden en demasía estas breves líneas para evacuar exhaustivamente tal extremo.

Me resignaré a mencionar los motivos más trascendentales, intentando disimular la admiración humana, profesional y académica.

Además de haber tenido la suerte de trabajar a su lado (privilegio que en algún modo sigo conservando) y aún dejando de lado el reconocido prestigio que ostenta, el director ha sido siempre un ser humano motivador a la investigación académica del aquí autor de muchos otros colegas que modestamente intentamos colaborar con el derecho procesal desde el lugar que nos toca; grupo que -con él a la cabeza- colabora con su grano de arena en las aulas de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad del Este, en ambos casos, en la materia procesal-.

Por lo cual el presente trabajo pretende fusionar el novel perfil del autor con la experiencia del director; con la idea de amalgamar dichos condimentos, en la convicción de llevar el proyecto que nos ocupa a los mejores de los puertos.

Ya culminando, no puedo dejar de mencionar por un lado a *Alex Zlatar* quien supo brindarme un espacio que no solo colaboró con mi formación profesional, sino que instó y acompañó de principio a fin mi carrera de magister, y a los directivos de ésta Maestría en general y a *Roberto Berizonce*, *Eduardo Oteiza* y *Francisco Verbic* en particular, por su inconmensurable colaboración en la facilitación de material extranjero en el tópico.

En el mismo tópico, por su importantísimo aporte y predisposición, a *Álvaro Pérez Ragone*.

Por último, de los países vecinos, a *Luiz Guilherme Marinoni* y *Hermes Zaneti Jr.* de Brasil, y a *Martín Balmaceda* de Uruguay, quienes han colaborado con fructífero material de sendos regímenes, lo cual ha quedado plasmado en el presente trabajo.

A todos ellos, desde el lugar, pasaje o espacio en que lo han hecho, el agradecimiento por poder hacer posible la realización de la presente tesis.-

- TABLA DE CONTENIDOS -

I.- INTRODUCCIÓN (pág. 8)

II.- LA COMPETENCIA EXTRAORDINARIA O APELADA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (pág. 13)

III.- INTERRELACIÓN DEL SISTEMA DISPOSITIVO Y DEL PRINCIPIO *IURIA NOVIT CURIAE* EN LA FAZ RECURSIVA CIVIL (pág. 19)

IV.- EL SISTEMA RECURSIVO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ALEMANA (pág. 32)

V.- LA DOCTRINA GERMÁNICA DEL RECURSO INDIFERENTE O PARALELO (pág. 42)

VI.- EL PRINCIPIO *DA FUNGIBILIDADE RECURSAL* DEL SISTEMA PROCESAL BRASILEÑO. EL ABORDAJE PRETORIANO EN EL SISTEMA URUGUAYO (pág. 47)

VII.- EL PRECEDENTE "Y.E.A." Y EL TRATAMIENTO DEL RECURSO INDIFERENTE EN NUESTRA DOCTRINA (pág. 55)

VIII.- EL RECURSO INDIFERENTE Y EL DERECHO AL RECURSO: UNA MIRADA TRANSVERSAL (pág. 64)

IX.- ¿EXISTE EL RECURSO INDIFERENTE EN LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES? (pág. 69)

X.- CONCLUSIONES (pág. 74)

I.- INTRODUCCIÓN

I.1) PROPUESTA DE TESIS

El propósito de la presente tesis de maestría parte de una hipótesis que nos hemos planteado y que entendemos factible de corroborar: aseverar -con el mayor grado de cientificidad posible- si la doctrina germánica del recurso indiferente tiene o no existencia en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Para ello resultará esencial dilucidar el significado, contenido y alcance de tal doctrina foránea en su seno jurídico, evaluando los pilares neurálgicos de dicho sistema procesal.

Superado tal valladar, haremos lo propio desde un enfoque referido al sistema recursivo local, con la constante inconsistencia que supone la coexistencia del sistema dispositivo por un lado, y el principio *iuria novit curiae* por el otro, agudizando el campo de actuaciones de ambos concretamente en el estadio recursivo extraordinario.

A su turno, inmiscuiremos nuestro objeto de estudio en el sistema recursivo de la ley de enjuiciamiento civil alemán, para desde allí, desembarcar directamente en el abordaje de la doctrina del recurso indiferente.

Considerando la similitud de institutos, haremos lo propio con el instituto de la fungibilidad recursiva brasileña, con sus aristas procedimentales, sin dejar de referirnos al tratamiento del sistema uruguayo.

Desde luego, analizaremos cuáles han sido los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales nacionales más relevantes de lo que ha sido su intento de recepción vernácula; pasando revista de las legislaciones procesales locales.

Arribaremos al meollo de la investigación, centrándonos en el análisis que ha hecho del instituto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, haciendo hincapié en su doctrina más saliente en el tema.

Culminando el presente trabajo, tomando la investigación desarrollada y partiendo de datos objetivos de la realidad procesal local, dedicaremos un capítulo a la búsqueda de una respuesta a la incógnita de si se encuentra vigente o no, en el ámbito del Tribunal Cívero de la Provincia de Buenos Aires, la doctrina del recurso indiferente.

Por último, una conclusión en la cual se pretenderá resumir de la manera más aséptica posible, el resultado de nuestra investigación y nuestra opinión sobre la pregunta de investigación planteada.

I.2) HIPÓTESIS

La hipótesis de la presente investigación¹, desde luego, se apoya en observaciones y hallazgos realizados desde un avistaje mas bien genérico y liminar de la temática.

No obstante tales limitaciones lógicas, hemos de apuntar que la doctrina del recurso indiferente -o paralelo- resulta un instituto del cual poco se conoce (en purismo científico), y que aun pudiendo desmenuzar todo su contenido y naturaleza, difícilmente pueda trasplantarse al derecho vernáculo.

Por tanto, la hipótesis parte desde dos ángulos, concatenados y consecuentes entre sí: el primero, saber -con exactitud científica- de qué hablamos cuando nos referimos a dicha doctrina; y el segundo, si resulta compatible o no su inserción en nuestro sistema adjetivo local, cuanto menos, desde la faz pretoriana (SCBA).

I.3) OBJETIVOS

I.3.1) Objetivos Generales

En primer lugar, pretenderemos delimitar el posible origen, concepto y alcances de la teoría del recurso indiferente, efectuando un análisis de compatibilidad entre la doctrina en su versión original y el intento de recepción que tuvo en nuestro derecho positivo.

Asimismo, procuraremos determinar si nuestro derecho procesal local es compatible con la implantación de tal instituto, considerando el texto del código procesal civil y comercial vigente a la época de presentación de la presente tesis.

I.3.2) Objetivos Específicos

Para ello, como ya adelantamos, analizaremos a su turno si tal teoría ha sido receptada por el Máximo Tribunal Bonaerense; caso afirmativo, en qué forma y bajo qué parámetros.

¹ Entendida como una suerte de presunción -creíble- que se realiza acerca de los resultados que se obtendrán a lo largo de la investigación y que -en definitiva- sirven como guía que orienta hacia un rumbo determinado el desarrollo de todo trabajo. Sin una hipótesis; la investigación no tendría un rumbo específico ni una orientación determinada.

Evaluaremos si –a todo evento- el remedio podría llegar a ser peor que la enfermedad; léase: si la garantía del debido proceso se preserva o se vulnera con la aplicación de este instituto, sin dejar de tamizar su tolerancia constitucional.

Considerando que subyace el estudio de un instituto de origen foráneo, un obstáculo insuperable al presente resulta de la imposibilidad de haber efectuado un relevamiento científico desde territorio extranjero, lo cual hubiera enriquecido sensiblemente el presente trabajo. No obstante ello, hemos redoblado los esfuerzos intentando compensar dicho déficit.

En modo alguno pretendemos agotar el abordaje total y multidisciplinario que tal empresa representa, sino que nuestra modesta intención se circunscribirá a los parámetros delineados, augurando al finalizar la lectura del presente trabajo el operador tenga la sensación de haber enriquecido su bagaje académico en el tema.

I.3) ASPECTOS QUE PLANTEA EL TEMA INVESTIGADO

Debe reconocerse que el instituto bajo estudio plantea diversas cuestiones que habrán de ser abordadas bajo un estricto marco lógico y de rigor científico.

Como se ha dicho, se debe asimismo determinarse inicialmente el origen en el cual se encuentra consagrado el «recurso indiferente», el sistema procesal y los principios en los cuales se encuentra ensamblado y su coherencia sistémica interna.

Para ello, la labor no podría hacerse solamente desde el marco del proceso civil y comercial, sino que habrá que echar mano a otras ramas de la ciencia (v.gr.: derecho procesal penal) o bien a otras ramas del derecho que trastocan en tópico analizado (v.gr.: derecho constitucional).

Finalmente, analizar la ley de enjuiciamiento civil bonaerense, y en concreto, la doctrina de la SCBA haciendo hincapié en el objeto de investigación, sin pasar por algo para ello un repaso por el *leading case* "Y.E.A." de la CSJN.

Para esto último, se analizará no solo los escuetos pero nutridos análisis doctrinarios que han precedido a la presente Tesis, sumado a los antecedentes jurisprudenciales que aunque sea de manera tangencial han referido al mismo.

Corolario de todo ello, se impondrá una conclusión que brindará una respuesta a la pregunta fundante del presente trabajo, cual es la existencia (o no) de la doctrina del recurso indiferente en la egida de la Suprema Corte Bonaerense.

I.4) CONTEXTO SOCIAL E HISTÓRICO DEL TEMA DE ESTUDIO

Con una fuerte simplificación, diremos que dentro de las dos grandes e históricas vertientes sobre cuál es o ha de ser la finalidad del derecho en general y del proceso en particular², hemos de inclinarnos en el presente trabajo por aquella que apunta al proceso como un marco previo y previsible de resolución pacífica de las controversias suscitadas en una sociedad democráticamente estatuida³.

Asimismo, se asiste hoy día y desde hace varias años⁴ a una sensible expansión de derechos y garantías para el ser humano, a lo cual, el sistema judicial (y las acciones o potestades con la que aquellos cuentan) no ha quedado ajeno.

Desde tal punto de partida, las prerrogativas tendientes a permitir el acceso cada vez mas irrestricto a la jurisdicción, a la defensa de una pretensión, a la comprobación judicial (prueba), a la alegación, a una resolución definitiva y a la posibilidad de recurrir dicho fallo, entre otros, han sido los innegables bastiones judiciales.

En lo que al último refiere, asumiremos el estado de situación tal y como someramente se ha indicado, para desde allí apuntalar los esfuerzos direccionados sobre el objeto de estudio que aquí nos compete.

I.5) MÉTODO

Considerando el objeto de estudio, las actividades planificadas y desarrolladas, como asimismo la hipótesis y los objetivos trazados, el presente trabajo se enmarca en un «proyecto de investigación»⁵ cuyo método predominante será el "analítico".

² Hacer justicia ("dar a cada uno lo suyo") o conferir al justiciable un mecanismo pacífico de resolución de controversias -si es que tales postulados implicaran antagónicas posiciones-

³ Sin que ello implique, claro está, echar mano a la verdad por aproximación, en el sentido de intentar en todos los casos acercarse a una solución que mejor heterocomponga la litis.

⁴ Desde mediados del siglo anterior en el plano continental, y desde la reforma constitucional del año 1994 en el plano nacional y -desde luego- local

⁵ Entendido éste como una "investigación" que incluye la producción u obtención de algo, su evaluación, y su empleo como parte de un abordaje específico, en cuya labor (en general) predomina la intención cognoscitiva por sobre el resto.

Dicho de otro modo: nos proponemos arribar a proposiciones verdaderas o más completas sobre el objeto de estudio y -asimismo- generar, confirmar, refutar o verificar hipótesis en relación con dicho objeto. Y ello, a partir de la descomposición o separación de segmentos teóricos y pasajes normativos (el "todo") en las diversas partes o elementos que la constituyen, para estudiarlas en forma individual (en lo que al presente trabajo incumbe).

En el discurrir, el "qué", el "por qué", el "cómo" y el "para qué" serán los puntos cardinales sobre los cuáles se materializara todo el trabajo del presente de la presente tesis.

I.6) MARCO TEÓRICO

- Determinar la naturaleza, origen y alcances del instituto estudiado
- Analizar el sistema procesal -ley de enjuiciamiento civil- en el que se encuentra inserto
- Efectuar un diagnóstico integral del objeto investigado.
- Determinar algunas de las tendencias internacionales (Brasil y Uruguay)
- Plantear los conceptos y definiciones claves del tema en cuestión
- Realizar un *racconto* de los principales antecedentes teóricos argentinos.
- Propender a sistematizar las interpretaciones existentes
- Diseccionar sobre el abordaje efectuado en la materia por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
- Enfocar transnacionalmente las posibles garantías o derechos en directa relación con el objeto de estudio
- Corresponder -todo ello- con la hipótesis o preguntas científicas.
- Tomar partido en correspondencia con nuestro criterio, adoptando una posición y explicando nuestra apreciación en la materia

II.- LA COMPETENCIA EXTRAORDINARIA O APELADA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

A decir de Alvarado Velloso, toda impugnación de carácter extraordinario es de tipo casacional. En su consecuencia, cualquiera sea ella y sin importar cómo la denomina un código dado, su interposición implica la existencia de un control judicial puramente jurídico⁶.

Dentro de la vía originaria y residual, merece mención el control concentrado de constitucionalidad local que ejerce la Suprema Corte de Justicia Bonaerense (en adelante, SCBA), que sólo se permite utilizar para hipótesis muy precisas y taxativas, debiendo encauzarse a través de la llamada ‘acción de inconstitucionalidad’ ante la competencia originaria de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (art. 161 inc. 1° CBA)⁷.

En el ámbito extraordinario, en cambio, el entendimiento procede en los casos taxativamente enumerados en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y en el Código Procesal⁸ luego de reunir una gran cantidad de recaudos de admisibilidad. Ello no es una característica específica de nuestro ordenamiento provincial, sino más bien una nota típica de la casación⁹.

Aquellos recaudos han sido justificados en el hecho de que la “extraordinaria” es una instancia de excepción, reservada para ciertos casos especiales, ante el máximo tribunal de la provincia, todo lo cual conlleva a que el intento revisor deba referirse a una situación con entidad trascendente y esté revestido de exigencias rituales mayores.

Es decir, éstos solo resultan admisibles frente a vicios o errores del órgano judicial que taxativamente enumera el legislador. La restricción opera, incluso, respecto de la alegación

⁶ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: "Lecciones de Derecho Procesal", p. 816. Ed. Astrea, Buenos Aires 2015.

⁷ HITTERS, JUAN M.: " El recurso extraordinario de inconstitucionalidad en la provincia de buenos aires. panorama jurisprudencial", JA, 7/2/2018, fascículo 6 (2018-I), número especial, p. 69.

⁸ Decreto-Ley 7425/1968; y modificatorias.

⁹ No existe en nuestro derecho positivo **civil y comercial**, un tribunal de casación propiamente dicho, estructura que caracterizó al sistema en su origen. Sin embargo, las funciones que se asocian al control casatorio en la moderna teoría procesal son abastecidas por el máximo tribunal provincial.

Entendemos por casación la función jurisdiccional de la Suprema Corte de la Provincia en virtud de la cual, a través de la trilogía de los recursos extraordinarios: el de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, el de nulidad y el de inconstitucionalidad, revisa pronunciamientos de órganos judiciales inferiores cuidando que exista coherencia en la aplicación de la jurisprudencia (función uniformadora), correcta subsunción normativa (función nomofiláctica) y una justa resolución del litigio (función dikelógica).

de hechos nuevos y de la producción de medios de prueba; estos actos se encuentran vedados de la instancia extraordinaria¹⁰.

Sumado a ello, a medida que la ruta recursiva asciende en competencia de conocimiento, claro está, se amplifican las vallas a superar en lo que a la admisibilidad del embate refiere (incluyendo, el de la 'suficiencia'). Párrafo aparte merece el denominado "certiorari" argentino entendido como la implementación de mecanismos que en mayor o menor medida autorizan a las Cortes a discernir la cantidad o calidad de asuntos sometidos a su juzgamiento¹¹, instituto que requiere un estudio pormenorizado que escapa en demasía al acotado margen de la presente investigación.

Pero el armazón recursivo extraordinario local no ha tenido dicha fisonomía desde siempre en lo que hace al texto constitucional y normativo-adjetivo que regula la competencia en grado de apelación extraordinaria (no originaria) de la SCBA.

El primer antecedente constitucional propiamente dicho¹² resulta ser Constitución del Estado de Buenos Aires (año 1854), el cual refería que las atribuciones del Tribunal Superior de Justicia serán las que designen las leyes vigentes y ulteriores (art. 123).

El texto constitucional que comenzó a regular las atribuciones del Alto Tribunal Local de Justicia no existió sino hasta el año 1873; en su art. 156¹³ la "nulidad extraordinaria" no aparecía como una causal autónoma y ni siquiera era mencionada (idéntico tratamiento

¹⁰ RAPALINI, GUSTAVO G.: "El nuevo escenario que plantea el "valor inmobiliario de referencia" con relación al "valor del agravio" en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la Provincia de Buenos Aires", suplemento de derecho procesal (1/10/2012); en www.eldial.com

¹¹ GIANNINI, LEANDRO J.: "El Certiorari, la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas", Tº 1, p. 25. Librería Editoria Platense 2016.

¹² El "Reglamento Constitucional de mayo de 1820" nada decía al respecto.

¹³ Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873; art. 156: "Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia": La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: 1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación, para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controvierta por parte interesada; 2. Conoce y resuelve originaria y exclusivamente, en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia, y en las que se susciten entre los tribunales de justicia con motivo de su jurisdicción respectiva; 3. Decide las causas contencioso-administrativas, en única instancia, y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente, al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio; 4. Conoce de los recursos de fuerza; 5. Conoce en consulta o en grado de apelación de las causas en que se imponga la pena capital, al solo efecto de decidir, si la ley en que se funda la sentencia es o no aplicable al caso, siendo necesario unanimidad para declarar aplicable la ley; 6. Conoce y resuelve en grado de apelación de la aplicabilidad de la ley, en que los tribunales de justicia, en última instancia, fundan su sentencia a la cuestión que por ella deciden con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos.

obtuvo el texto constitucional del año 1889 -art. 157¹⁴-) sino que se encontraba subsumida en la inconstitucionalidad, conforme veremos más adelante.

Prestigiosa doctrina se ha encargado de criticar este viejo esquema que contemplaba a la nulidad dentro de la inconstitucionalidad (art. 382) por cuanto no resulta conveniente legislar promiscuamente los canales de impugnación¹⁵.

Fue el texto constitucional local del año 1934, concretamente en su art. 149 (idéntico al actual 161, sin el inc. 3º -competencia originaria en materia contencioso administrativo-) quien se ocupó de introducir la tercera causal de modo ahora autónomo y formar el tríptico que hoy día conocemos; las sucesivas reformas a dicha carta magna (año 1949; art. 126; 1994; art 161) no han introducido modificación alguna, en tal aspecto.

En cuanto a los códigos adjetivos que fueron acompañando (desde el estamento legal) dichos pasajes históricos, vale recordar que (luego de derogarse la Ley 1349¹⁶) desde al año 1906 hasta el año 1968 rigió el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial (Ley 2.958) y desde el año 1969 hasta nuestros días¹⁷, el Código Procesal Civil y Comercial (Dec.-Ley 7425 y sus sucesivas reformas), no obstante los proyectos de reforma que se encuentran en tratamiento -aun no con carácter legislativo- a la fecha de presentación de ésta tesis.

En el primer caso (ley 1349), se encargaba del recurso de inaplicabilidad de la ley en los art. 281 y ss., y en el art. 336 y ss., sobre la queja y el recurso de inconstitucionalidad, aunque en el art. 340 inc. 3º se encuentra en rigor de verdad el germen de lo que luego sería el andarivel de la nulidad extraordinaria¹⁸.

¹⁴ Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1889; art. 157: "Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia: La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: 1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación, para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada. 6. Conoce y resuelve en grado de apelación de la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última instancia fundan su sentencia a la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos.

¹⁵ HITTERS, JUAN C.: "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", Tº 2, p. 499. 2da Ed., Librería Editora Platense, La Plata 1998; IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL: "Tratado de los Recursos en el proceso civil", p. 232; 4ta Ed., La Ley, 1969

¹⁶ Que estableció el primer texto ordenado denominado "Código de Procedimientos Civil y Comercial"; sancionado el 19/08/1880 y promulgado 20/08/1880)

¹⁷ Art. 854 (ex 845) del actual CPCC: "Vigencia temporal: Las disposiciones de este Código entrarán en vigor el 1º de febrero de 1969...".

¹⁸ Ley 1.349, art. 340, inc. 3º: -la Jurisdicción de la Corte- "Procede del segundo modo...3º) Cuando las resoluciones pronunciadas por los Tribunales lo hayan sido con violación de las formas y solemnidades prescriptas por la Constitución."

En cuanto a la segunda versión del pretérito Código de procedimientos (Ley 2958), advertimos que se legisló el recurso de inaplicabilidad de la ley en los art. 318 y ss., y en el art. 382 y ss., sobre recurso de inconstitucionalidad, aunque en su inc. 3º permanece el embrión de lo que luego sería la causal autónoma de nulidad¹⁹.

Actualmente, la totalidad de los procesos tienen asignados el de nulidad (en adelante, REN), el de inaplicabilidad de ley (en adelante, RIL) y el de inconstitucionalidad²⁰ (en adelante, REI). Estos actos de impugnación constituyen recursos extraordinarios porque únicamente resultan admisibles para la invocación y enmienda de los errores previstos en la Constitución de la Provincia, a la que se ajustan, obviamente, las normas rituales²¹.

Puede verse, entonces, que la fisonomía actual de la SCBA (en lo que a su competencia jurisdiccional de grado extraordinario se refiere) encuentra su delimitación en el texto constitucional local, que se encarga de detallar las "incumbencias" que tiene dicho alto tribunal, sin diferenciar en distintos "recursos" o "canales recursivos", especificación que sí hace el código adjetivo.

Esto es: el poder constituyente ha establecido "competencias" del Alto Tribunal, y ha sido el codificador quien ha legislado sobre diversos trámites de distintos recursos²²; hubiera sido preferible como recuerda HITTERS instaurar en todo caso un solo trámite para la casación, distinguiendo, eso sí, los diversos motivos que le dan cabida²³.

¹⁹ Ley 2958, art. 382: "La jurisdicción de la Corte se ejerce en virtud de apelación: 1º) Cuando en un litigio se haya cuestionado la validez de una ley, decreto o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución, en el caso que forme la materia de aquél y la decisión de los tribunales, en última instancia, sea en favor de la ley, decreto o reglamento; 2º) Cuando en un litigio se haya puesto en cuestión la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución y la resolución de los Tribunales, en última instancia, sea contraria a la validez del título, derecho, garantía o exención que fuere materia del caso y que se funde en dicha cláusula; 3º) Cuando las resoluciones pronunciadas por los Tribunales, que reúnan los requisitos de los artículos 318 y 319, lo hayan sido con violación de las formas y solemnidades prescriptas por la Constitución."

²⁰ Art. 161, inc. 1º y 3º Constitución Prov. Bs. As. (1994); art. 278 y ss., 852 CPCBA; art. 55, ley 11.653; art. 60, Ley 12.008; 479 y ss., CPPBA.

²¹ TESSONE, ALBERTO J.: "Recursos Extraordinarios. Recurso de Nulidad Extraordinario", Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, año 2000, p. 5 y 6.

²² Lo que podría llevar a un doble cuestionamiento: por un lado, la constitucionalidad del texto adjetivo local o, como hace, HITTERS (op. cit., p 499) si resulta conveniente que la Constitución se ocupe de dichas sendas impugnatorias aunque sea elípticamente a través de formalidad que deberá contener la sentencia, en el caso de la nulidad extraordinaria.

²³ HITTERS, JUAN C.: "Técnica...", cit. Tº 2, p. 499; el autor cita como ejemplos el código italiano de 1940 o la mismísima Z.P.O. alemana.

En el mientras tanto ello -eventualmente- suceda, el propio alto tribunal se encarga de desestimar embates -precisamente- por trasgresión a las reglas de unicidad y promiscuidad²⁴.

Asimismo, el esquema diagramado ha sufrido -excepcionalmente- morigeraciones introducidas por la propia SCBA. Entre otros casos, podemos citar los conocidos precedentes De Narváez²⁵ y Scioli²⁶ que resultaron una competencia *sui generis* positiva asumida por el propio órgano para cuestionar también actos no jurisdiccionales.

En el otro extremo, dicho Tribunal ha declinado una competencia que le había sido asignada por ley²⁷ al entender -v.gr.- que no correspondía atribuírsele competencia extraordinaria frente a resoluciones del Tribunal de Cuentas Provincial²⁸.

En definitiva, la competencia de la SCBA -si bien es legal y constitucional- a veces es excepcionalmente flexible²⁹; lo que no podría inferirse de la propia doctrina de dicho tribunal es que le asignen competencia -aún legalmente- cuando no corresponde según los parámetros constitucionales.

Conviene puntualizar aquí la diferencia existente con la competencia jurisdiccional extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual si bien contiene asimismo distintas temáticas atribuidas a su conocimiento extraordinario tanto en su fuente constitucional (art. 116 y 117, CN) como procedimental (art. art. 256 y ss., CPCCN; art. 14,

²⁴ SCBA; in re "Iezzi, Giuliano y otros contra Municipalidad de San Fernando. Amparo" (C. 88.638). Allí sostuvo -voto del Mtn. Hitters- que como reiteradamente ha sostenido ese Tribunal, son de tal manera distintas las fuentes de los medios de impugnación a que se refieren los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial y por su parte el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, que el hecho de pretender fundarlos en los mismos argumentos o entrelazándolos -salvo supuestos excepcionales que en el caso no concurren- es totalmente inadmisibles (Ac. 46.599, sent. del 10-VIII-1993, Ac. 50.762, sent. del 7-III-1995, Ac. 57.323, sent. del 13-II-1996, Ac. 61.024, sent. del 7-VII-1998, entre otras).

²⁵ SCBA, in re "Apoderado del MO.PO.BO, Apoderado del M.I.D. y Apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. contra H. Junta Electoral Pcia. Buenos Aires. Recurso de queja" (Ac. 102.434); allí sostuvo que -como reiteradamente dicha Suprema Corte ha establecido- las decisiones de la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires no resultan revisables judicialmente (confr. Ac. 83.290, res. del 19-XII-2002; Ac. 83.608, res. del 5-III-2003; B. 68.316, res. del 29-VII-2005, entre otras), más recientemente, el señalado criterio de irrevisabilidad resultó morigerado, al enunciarse que rige sólo como "principio general", susceptible de excepcionarse en determinados supuestos. (causas B. 66.132, res. del 16-VII-2003; B. 66.302, B. 66.327 y B. 66.304, todas del 20-VIII-2003; B. 66.401, res. del 3-IX-2003; Ac. 97.674, 9-V-2007 ya cit.).

²⁶ SCBA, in re "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (A. 69.395)

²⁷ v.gr.: Art. 31 Ley 10.869 -Tribunal de cuentas-, texto anterior a la reforma de la ley 13.101

²⁸ SCBA, causa B. 49.102 (28.10.86) "Pizzagalli Eduardo Elmo c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa".

²⁹ Inclusive se ha permitido referir que la anulación de oficio no obedece a puro formalismo, sino a la necesidad de no aplicar al recurrente las consecuencias procesales de defectos a los que pudiere ser inducido por la técnica usada en la sentencia (SCBA; Ac 82867, 07/07/04, "P., S. B. c/I., D.. s/Divorcio vincular".)

15 y cc., Ley 48), todas ellas encuentran cauce en un mismo conducto: el recurso extraordinario federal -en adelante REF-.

La ZPO alemana al igual que el REF mencionado, legisla un recurso con varias causales y no varios recursos -HITTERS³⁰-.

Lo expuesto adquiere mayor relevancia aun, a poco se recuerda que la SCBA reviste el máximo escalón jurisdiccional en el conocimiento de contiendas en materia de derecho común -no federal, sin perjuicio de la vía del REF en éste último supuesto, de surgir una cuestión federal (art. 14 y 15 de la Ley 48)-.

En tal sentido, la Suprema Corte estadual tiene dicho que los fallos de la Corte Nacional no constituyen la "doctrina legal"³¹ a que se refiere el art. 279 del código ritual local³², no obstante tener eficacia vinculante en temas federales (arts. 14 y 15, ley 48 y 116 y 117, Const. Nac.) y en los de derecho común, en cuanto emanan de ese alto Tribunal, que por ser intérprete final del derecho argentino, le confieren mayor robustez o autoridad a sus pronunciamientos, siempre que por su sabiduría y razonabilidad aconsejen su seguimiento³³.

Corolario de lo antes dicho, el objeto de estudio de la presente tesis solo será la SCBA y su faceta jurisdiccional extraordinaria, por lo cual solo se ha analizado su andamiaje constitucional y legal, sin perjuicio de haber hecho referencia al ámbito de la Corte Federal al solo efecto comparativo, salvo cuando se trata de cuestiones federales, en las cuales la propia SCBA así lo ha entendido (como hemos visto).

³⁰ HITTERS, JUAN C.: "Técnica ", T° 2, p. 499.

³¹ Sobre el alcance del vocablo "doctrina legal", véase capítulo "VIII.A)".

³² La violación a la doctrina legal de la SCBA (junto a otros recaudos formales) son los que posibilitan en aquel orden local la posibilidad de que dicho tribunal se inmiscuya en el tratamiento de un recurso que le sea llevado a sus estrados.

³³ SCBA, Causa C. 95.114, "Ottaviano c/ Marcovecchio s/ Daños y perjuicios" y su acumulada 'Spagnoletta c/ Marcovecchio s/ Daños y perjuicios", del 17/II/2010.

III.- INTERRELACIÓN DEL SISTEMA DISPOSITIVO Y EL PRINCIPIO *IURIA NOVIT CURIAE* EN LA FAZ RECURSIVA CIVIL Y COMERCIAL

III.1) LAS FORMAS EN EL PROCESO

Como recordaba CAPELLETTI, el derecho procesal no es sino un instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial, público y privado. Está, en suma, al “servicio” de este último, del cual tiende a garantizar la efectividad u observancia y, para el caso de que eso no ocurra, la reintegración³⁴.

La instrumentalidad del derecho procesal y, por ende, de la técnica del proceso, impone sin embargo una consecuencia de gran importancia. Al igual que todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse o conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto o de su fin, o sea a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza y a esa finalidad³⁵.

La ley ritual establece ciertas formalidades respecto de los actos que integran el trámite judicial. Estos presupuestos están determinados en pos de la salvaguarda de los derechos de defensa y debido proceso de todas las partes involucradas. Buscan que el *iter* judicial se desarrolle ordenada y previsiblemente para ambos contendientes³⁶.

No cabe duda de que resulta indispensable un determinado formalismo judicial, esto es, el principio de la paridad de armas en el proceso concreto, como así también una determinada previsibilidad de todo procedimiento³⁷.

No se nos escapan -sin embargo- las observaciones que se efectúa desde el análisis económico del derecho (en adelante: AED) con tinte estrictamente procesal en tanto

³⁴ CAPELLETTI, MAURO, “Proceso, Ideología, Sociedad”, *Colección Ciencia del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, año 1974, pág. 5.

³⁵ CAPELLETTI, MAURO, “Proceso, Ideología...” cit., pág. 6.

³⁶ RAPALINI, GUSTAVO G., “Exceso ritual manifiesto y búsqueda de la verdad jurídica objetiva: ¿un proceso sin formas?”; *elDial.com* - DC1B2B; 26/8/2013; RAPALINI GUSTAVO GERMÁN, “Extemporaneidad de las presentaciones judiciales....¿exceso ritual manifiesto?”, *DPI Cuántico (Derecho Para Innovar)*, *www.dpicuántico.com* (29/6/2015)

³⁷ ALVARO DE OLIVERA, CARLOS A.: “Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)”, p. 34. Directores: Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios. Palestra, Lima, Perú 2007. El autor, a su vez, remite a Hans Fridhelm Gaul.

apontoca sus objetivos en la reducción de dos clases de costes: los del sistema judicial y los del error³⁸.

Desde dicha perspectiva, una solución eficiente sería aquella que pondere ambas clases de costes, ya que, de esa manera, se obtendría una respuesta óptima³⁹. Sin embargo, la búsqueda de dicha armonía parte de la premisa de que ambos objetivos, inconscientemente, resultan contradictorios. En efecto, la búsqueda de una decisión sin error, en el marco de un proceso jurisdiccional regido por la incertidumbre, pasa por aumentar los mecanismos de corrección, lo que, a su vez, significa un incremento de los costos del sistema⁴⁰.

Por otro lado, las exigencias del debido proceso legal constituyen resguardos que no pueden ser soslayados y que, indudablemente, imponen trámites, diligencias o etapas procesales de carácter formal, que acrecientan la inversión en justicia. En este mismo sentido, el proceso es visualizado como mecanismo de adjudicación razonada en virtud de un discurso de adecuación⁴¹, por lo que la respuesta judicial va asociada a la idea de legitimidad del procedimiento⁴², lo que en términos comparativos resulta más costoso que un proceso entendido como simple mecanismo de resolución de disputas.

Pues bien, en materia de actos procesales de impugnación, el principio de legalidad tiene incidencia decisiva en las áreas del objeto y de la causa de los recursos; sobremanera, en el terreno de los recursos extraordinarios. El legislador establece qué tipos de resoluciones son susceptibles de ser atacadas mediante cada uno de los recursos y en virtud de qué errores resulta admisible la impugnación⁴³.

En consecuencia, la precisión técnica en materia recursiva no es un puro preciosismo lingüístico sino eje fundamental del funcionamiento de todo el sistema procesal. Y esto es así, si realmente se aspira a que todo el litigar sea algo más que un arte o la sumatoria de habilidades personales, siempre generadoras de enorme arbitrariedad⁴⁴.

³⁸ COOTER, ROBERT Y ULEN, THOMAS: “Derecho y Economía”, p. 530/532. México, DF: Fondo de Cultura Económica 1998; asimismo: POSNER, RICHARD: “El análisis económico del Derecho”, p. 549/551. México DF, México: Fondo de Cultura Económica 1992.

³⁹ CARRASCO DELGADO, NICOLÁS: “La contra cautela. una mirada desde el análisis económico del derecho procesal”; Derecho y Humanidades, No 16 vol. 2, 2010, pp. 171-184. Universidad de Chile 2010.

⁴⁰ Ob. cit.

⁴¹ Ob. cit.

⁴² TARUFFO, MICHELE: “La prueba de los hechos”, p. 425. Ed. Trotta; Milán, Italia 2002.

⁴³ TESSONE, ALBERTO J., “Recursos extraordinarios – Inaplicabilidad de ley o doctrina legal”, p. 52. Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, año 2000.

⁴⁴ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, p. 247. Tercera Parte. Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe 2008.

A partir de estas breves líneas introductorias, procuraremos a continuación ahondar en el análisis brevemente insinuado, con el propósito de zanjar la cuestión no en términos definitivos (el presente ensayo y sus límites lo impedirían) sino, al menos, a los efectos de encasillar de la manera más adecuada y razonablemente posible el instituto de corte recursivo objeto de la presente tesis.

III.2) ACLARACIÓN METODOLÓGICA: LA NO INCLUSIÓN DEL PROCESO PENAL

Como reza el título del presente capítulo nuestro enfoque será el proceso civil y comercial (lato sensu) y no así el proceso penal. Ello escapa a una mera decisión discrecional del autor (si bien podría serlo, máxime teniendo en cuenta el título de la presente tesis) sino a un impedimento intrínseco de dicha rama la cual contiene ciertos pilares fundantes del mismo que tornan ciertamente esta investigación desprovista de interés académico alguno.

Ello obedece a cuestiones cuyo abordaje exceden el estrecho marco del presente, pero que a mero título enunciativo se relaciona a los principios generales del proceso penal que (aunque con una médula compartida como ciencia procesal) contiene su propio sistema, principios y reglas que aconsejan no asimilar institutos o estructuras que no resisten ese tipo de análisis o de tratamiento similar.

Agudizando aún más el enfoque referido, la doctrina especializada ya se ha pronunciado en el sentido que hemos apuntado -carencia de relevancia en el ámbito penal del abordaje del recurso indiferente- sin perjuicio de no compartir los fundamentos dados⁴⁵.

En este último sentido, NOGUEIRA recuerda que la extrapolación o intromisión del instituto germánico en el proceso penal es infructífera, ya que no trae ventajas adicionales a las que ya prevé la doctrina del los recursos interpuestos *in forma pauperis*⁴⁶, entendido este último –en palabras de la CSJN- como aquel que procede para apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de su ignorancia de las leyes o del descuido del defensor⁴⁷.

⁴⁵ En general, para concluir que el recurso indiferente no innovaría en el ámbito penal fundan tal razonamiento en la efectiva existencia de otro tipo de institutos existentes (v.gr.: el recurso interpuesto *in forma pauperis*), cuando los mismos no se refieren a los mismos supuestos.

⁴⁶ NOGUEIRA, CARLOS A.: “De los recursos interpuestos *in forma pauperis*”, p. 40. Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires 2013.

⁴⁷ CSJN, fallos 5:459 (causa LXXIII)

III.3) EL SISTEMA INQUISITIVO Y EL SISTEMA DISPOSITIVO

III.3.1) Diferencias entre sistemas, reglas y principios⁴⁸

Conviene puntualizar aquí que nos enrolamos en las filas de aquel sector de la doctrina que escinde claramente entre sistemas, principios y reglas.

Un sistema es el conjunto de principios que deben armonizar entre sí para que aquel pueda lograr la coherencia interna que es necesaria para la obtención de eficiencia en su aplicación a una finalidad dada.

Desde tal enfoque, los sistemas conocidos son dos, obviamente antagónicos: dispositivo e inquisitivo⁴⁹. También encontramos -para otra corriente- como sistemas al escriturario y oral, de única instancia o doble instancia, etc.; pero los mismos no interesan a este análisis.

Los principios no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales⁵⁰.

Habiendo referido que los sistemas pueden ser naturalmente solo dos, los principios procesales (propriadamente dichos, a decir de ALVARADO VELLOSO) no pueden ser mas de cinco: igualdad de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie consecucional, eficacia de esa misma serie y moralidad en el debate.

Estos principios se caracterizan por instrumentar directivas que siempre resultan unitarias (en tanto no admiten la existencia de otras que sean antagónicas), lo cual los diferencia a su vez de las reglas que siempre se presentan binarias⁵¹.

Finalmente, las reglas representan guías o preceptos de menor jerarquía que los principios cuya función implica brindar puntos de partida sobre cuestiones puntuales sobre

⁴⁸ En éste sub-acápito y la aclaración metodológica efectuada, seguimos mayormente al Prof. Alvarado Velloso, cuyas citas específicas se efectúan por separado. Para un análisis similar del tema, véase -entre otros-: GOZAINI, OSVALDO A.: "Garantías, principios y reglas del proceso civil", p. 20. Eudeba, Buenos Aires, 2015.

⁴⁹ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: "El Debido Proceso", p. 77. Campus de la Academia de Derecho de la UNAM. http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/TP_Nro_09_Octubre_1989_El_Debido_Proceso_Alvarado_Velloso_Adolfo.pdf

⁵⁰ GOZAINI, OSVALDO A.: "Garantías, principios y reglas del proceso civil", p. 22. Eudeba, Buenos Aires, 2015.

⁵¹ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: "El Debido..." cit. El autos a su vez, aclara que la importancia de esa concepción radica en la circunstancia de que un proceso solo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados.

el debate judicial (por decir: oral o escriturario; etc.) cuya inclinación por uno de los supuestos no implica denegar al otro la viabilidad⁵².

III.3.2) El Sistema Inquisitivo

Con una fuerte simplificación propia de los límites del presente trabajo, y utilizando la nítida conceptualización de MONTERO AROCA, diremos que el sistema inquisitivo o de oficialidad supera en sus contornos al interés privado para elaborar sus designios desde el interés público. Esto supone que:

1) el inicio de la actividad jurisdiccional no dependa de la voluntad de un particular sino del propio órgano o del Ministerio Público. Si fuese un proceso penal, quedaría sujeto a la legalidad de los presupuestos que permiten actuar al Fiscal en la acusación;

2) la determinación del objeto del proceso no está abandonada en las partes; ni es el marco de la pretensión y la resistencia las que señalan el *thema decidendum*; por eso, el órgano judicial no está vinculado a los planteamientos y puede repensarlos y calificarlos con cierta libertad;

3) naturalmente, si los particulares no disponen del interés colectivo en juego en el proceso, no pueden ponerle fin. No rigen los denominados modos anormales de terminación de la litis⁵³.

III.3.3) El Sistema Dispositivo

En las antípodas del sistema que acabamos de enunciar, se ubica el sistema de libre disposición del método de debate, designado desde antaño con la denominación de dispositivo (en materia civil) o acusatorio (en material penal, pues nace de la acusación que se hace contra alguien) fue aquel que imperó en Grecia y Roma, primordialmente⁵⁴.

Dicho mecanismo es aquel que reconoce a las partes el señorío, el pleno dominio sobre los derechos materiales o procesales involucrados en la causa. En los supuestos en lo que tiene vigencia este principio, son las partes interesadas las que pueden disponer de sus

⁵² En la provincia de Buenos Aires, tanto el fuero Laboral como el de Familia contienen pasajes del proceso inminentemente orales, sin perjuicio de lo cual los escritos constitutivos y ciertos medios probatorios de interponen o desarrollan a través de escritos ya sea en soporte papel o digital.

⁵³ MONTERO AROCA, JUAN - ORTELLS RAMOS, MANUEL - GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS: "Derecho Jurisdiccional", Tº I, p. 501; ed. Bosch, Barcelona, 1989.

⁵⁴ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, "Lecciones de Derecho Procesal", p. 64. Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2015.

derechos, debiendo el órgano jurisdiccional respetar la voluntad de aquellas sin poder apartarse de lo manifestado o decidido por ellas sobre aquello en que rige el principio dispositivo⁵⁵.

Y la aplicación de dicho instituto no importa la violación de la garantía de defensa en juicio ni afecta el principio de congruencia, siempre que no se alteren las circunstancias de hecho, se introduzcan cuestiones no debatidas o se modifiquen los términos en que quedo trabada la litis⁵⁶.

III.3.4) Colofón

Con un mero animo simplista de cerrar el acotado abordaje que el presente trabajo permite, nada que mejor que recordar las enseñanzas de LASCANO.

Entre los principios rectores del proceso civil que con más firmeza han resistido el embate de la política de los últimos tiempos, se encuentra sin duda el llamado "dispositivo" o "derecho de disposición". Es así que, pese a la dirección publicística de la legislación procesal moderna, la iniciativa de las partes y no por la acción oficial, como podría hacerlo suponer la posición relevante que las leyes actuales reconocen al juez en su carácter de órgano encargado de ejercer la función jurisdiccional⁵⁷.

El proceso no es solo un medio del que se vale el Estado para mantener el orden jurídico que ha establecido; es también un instrumento instituido en beneficio de los particulares, que se sirven de él para solucionar sus conflictos. El interés de estos es el que determina su formación; el interés de aquel, es el que autoriza en cambio la regulación de su desarrollo⁵⁸.

De modo que –más allá de todo activismo- debe reafirmarse la importancia del apego a la ley, como fuente primaria y vinculante para la solución de los pleitos, no por resultar aquella una panacea axiológica insuperable, sino por ser la forma de organización racional y controlable de las decisiones judiciales. Esto no pretende reinstalar un positivismo ciego (legalismo), ni descartar posibles excepciones a las reglas, pero sí evitar la tendencia al

⁵⁵ LOUTAYF RANEA, ROBERTO. G.: "Principio dispositivo", p. 348. Astrea, Buenos Aires 2014.

⁵⁶ MOLINA QUIROGA, EDUARDO: "El denominado principio de congruencia como limite a las facultades del juez", La Ley 2004-B, p. 260.

⁵⁷ LASCANO, DAVID: "El principio dispositivo en el proceso moderno"; en "Fundamentos del Derecho Procesal", Tº II, p. 399 -Hugo Alsina: director- Ediar, Buenos Aires 2016.

⁵⁸ LOUTAYF RANEA, ROBERTO. G.: "Principio dispositivo", cit., p. 406..

desapego normativo (axiologista), instando a fijar límites dentro de los cuales se pueda justificar un apartamiento⁵⁹.

Desde luego, nuestro análisis se efectúa bajo el tamiz de la regla general, cual es procesos cuyas pretensiones oscilan sobre cuestiones patrimoniales y disponibles. A *contrario sensu*, existen otras pretensiones que necesariamente mutan los principios basales de la contienda judicial, y donde la pureza del sistema dispositivo se debilita ostensiblemente, a la par que el estado (léase: juez, fiscal, asesor, etc.) amplifica las propias.

Existen innumerables supuestos de procesos civiles -lato sensu- en los cuales el orden público ha generado vínculos transversales cada vez más visibles, y no solo referidos a procesos sucesorios o aquellos donde se persigue la adquisición del dominio por usucapión⁶⁰ y/o donde se encuentre en tela de debate el estado de las personas (por citar algunos ejemplos), sino más cercanos en el tiempo encontramos pretensiones bajo el paraguas consumeril o los procesos de familia (art. 704 y cc., CCyCC) -entre otros- que encuentran mayores intervenciones estatales al respecto⁶¹.

Pues bien, estas excepciones (no pocas en términos cuantitativos) desde luego escapan en la gran medida a las consideraciones basales que aquí haremos.

III.4) EL PRINCIPIO *IURIA NOVIT CURIAE*

En virtud de éste apotegma⁶², los jueces se encuentran facultados para calificar jurídica y autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas que entiendan

⁵⁹ SAFI, LEANDRO K.: "Límites a la declaración de inconstitucionalidad de oficio", ponencia presentada en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, Septiembre de 2017. <http://congresoderechoprocesal2017.jussantiago.gov.ar/wp-content/uploads/2017/06/Tema-3-Leandro-K.-Safi-L%C3%ADmites-a-la-declaraci%C3%B3n-de-inconstitucionalidad-de-oficio.pdf>

⁶⁰ En cuanto al allanamiento, y a los reparos acerca de si en materia de un juicio que persigue la adquisición del dominio por usucapión, libera o no de la necesidad de comprobar fehacientemente que se han dado los elementos configurativos de ese modo de adquisición originaria (Cam. Civ. Com. Trenque Lauquen, in re "SADOBE RUBEN MARCELO C/ BERGUEZ MARCELO JUAN S/ USUCAPION" -expte. nro. - 90009-; 25/10/2016)

⁶¹ Un claro ejemplo **fué** la Res. 315/18 (27/4/2018), mediante el cual el Procurador de la Pcia. de Bs. As. instruye a los Fiscales Generales a que concentren la intervención del Ministerio Público Fiscal en procesos cuyas pretensiones remitan a la defensa del ambiente y de los recursos naturales; procesos concernientes a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores; procesos que involucren actos de disposición sobre el propio cuerpo o lo atinente a la ablación e implante de órganos o materiales anatómicos; procesos en los que se debatan cuestiones de familia; entre otros. **No obstante, la SCBA anuló dicha resolución (Ac. 3957/19).**

⁶² El cual encuentra asimismo su parangón en la locución "da mihi factum, dabo tibi ius", cuya traducción sería: "dadme el hecho, yo daré el derecho" (LOUTAYF RANEA, ROBERTO. G.: "Principio dispositivo", p.

aplicables al caso, con prescindencia de las eventuales alegaciones invocadas por los justiciables.

El aforismo *iuria novit curiae*⁶³ se funda en la presunción de que el juez conoce el derecho, lo que en rigor de verdad representa una imposición y obligación para aquel en países como el nuestro en los cuales la magistratura requiere un título profesional⁶⁴.

Sumado a ello, el juzgador debe siempre expedirse sobre una cosa llevada a su conocimiento. Así, mientras frente la duda y a influjo del *in dubio pro reo* el juez penal está obligado a absolver, el juez civil en cambio y como modo de evitar el *non liquet*⁶⁵ ha de acudir a las reglas que gobiernan la carga de la prueba y decidirá en contra de la parte que debiendo satisfacerla no lo hizo⁶⁶.

Pero volviendo al aforismo que nos ocupa, si bien la doctrina no se ha puesto de acuerdo en el origen del aforismo⁶⁷, lo cierto que hoy día resulta norma expresa de nuestra ley de enjuiciamiento civil.

La norma del art. 163, inc. 6 del código ritual bonaerense establece que la sentencia definitiva de primera instancia deberá contener "*la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes*".

Ahora bien, la amplitud percibida en dicha transcripción no encuentra parangón en la norma del art. 266 del código adjetivo, que se ocupa del acuerdo que deberá realizar el tribunal de alzada en grado de apelación: "*se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubieses sido materia de agravio*"; ni mucho menos en lo que a la SCBA respecta⁶⁸.

342, nota 16. Astrea, Buenos Aires 2014; remite asimismo a MORON, Palomino, "Derecho Procesal Civil", p. 330)

⁶³ "*iura novit curia*" en correcto latín, según Kaminker (KAMINKER, MARIO: "Hechos, el adagio "*iura curia novit*" y la congruencia", p. 143; en "Los Hechos en el proceso civil" -MORELLO, AUGUSTO M., director- La Ley, 2003)

⁶⁴ LOUTAYF RANEA, ROBERTO. G.: "Principio dispositivo" cit., p. 341.

⁶⁵ La expresión «non liquet» (literalmente, «no está claro» en latín) era empleada en el Derecho romano, permitiéndose que una cuestión permaneciese imprejuzgada de manera indefinida.

⁶⁶ SCBA, Ac. 80.093, "Pacheco, Mirta Ester contra Bais, Luis. Daños y perjuicios" (21/12/2005)

⁶⁷ Para SENTIS MELENDO no existen datos exactos relativos a su aparición (SENTIS MELENDO, SANTIAGO: "Iura novit curia", p. 208, Revista de Derecho Procesal, año V, 2da parte, Rubinzal-Culzoni), para ALSINA ya en el siglo XIII se lo utilizaba como traducción latina de una expresión que en esa fecha se hizo corriente: "aténgase el letrado a los hechos que el tribunal conoce el derecho" (ALSINA, HUGO: "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tº II, p. 246/247; Ediar, 1958)

⁶⁸ Art. 288 y 289 del CPCC

No obstante ello, en palabras de CAPELLETTI, la postergación del dogma sostenido en lo puramente dispositivo se debe a la priorización de la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado, una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes⁶⁹.

Por lo cual, como recuerda OTEIZA, un punto central entonces del proceso civil consiste en que el *thema decidendum* es fijado por las partes, con sustento en el principio (para nosotros, “sistema”) dispositivo, que guarda íntima relación con el principio de congruencia: *ne eat iudex petita partium* y con la correspondencia entre la impugnación y el margen de competencia de la jurisdicción revisora: *tantum appellatum quantum devolutum*⁷⁰.

III.5) LA ETAPA RECURSIVA Y LA ATENUACIÓN FUNCIONAL DEL PRINCIPIO

Aunque con un natural desvanecimiento de sus efectos, el principio *iura novit curia* rige en todos los grados de la jurisdicción, y en particular asimismo en el ámbito del recurso de apelación, aunque circunscripto a la facultad del órgano o tribunal revisor de aplicarlo sólo en referencia a lo que ha sido materia de agravios y desde luego oportunamente tratado por el juzgador de la instancia de origen⁷¹.

Y es que, como recuerda la CSJN, el principio según el cual la jurisdicción del órgano *ad quem* se abre en función del alcance de la apelación no obsta a que se pronuncie conforme a la regla *iuria novit curia*, es decir que ha de realizar la calificación jurídica que corresponde de las pretensiones deducidas en juicio⁷².

Pero analizar el tópico desde esa perspectiva implicaría dar por sentado que el impugnante ha sobrepasado el umbral de recaudos de admisibilidad del embate que haya incoado, lo cual supone –en purismo metodológico– otro valladar distinto e independiente a la pretensión recursiva en sustancia.

⁶⁹ CAPELLETTI, MAURO: “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, p. 123 ed. Ejea, Buenos Aires, 1972.

⁷⁰ OTEIZA, EDUARDO: “El Juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, p. 9; en “Poderes y Deberes del Juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti”. Rubinzal-Culzoni editores, 2004.

⁷¹ LOUTAYFRANEA, ROBERTO. G.: “Principio dispositivo”, cit.; p. 372/373.

⁷² CSJN, in re “Metalúrgica Constitución S.A. c/Gobierno Nacional” (23/3/1975); 291:174. LL-1979-B-484

Debe tenerse en cuenta entonces que en nuestro sistema procesal, el ámbito de conocimiento del tribunal de apelaciones tiene un doble orden de limitaciones: el primero de ellos, en función de las pretensiones planteadas en la etapa postulatoria; y el segundo, por el alcance que las partes han dado a los recursos de apelación interpuestos⁷³.

El impugnante puede limitar los alcances cognitivos del órgano revisor de varias formas⁷⁴: la primera (más lejana en el tiempo) con el encuadre y tipificación que haga del bien de la vida objeto de reclamo; la segunda, impugnación ordinaria mediante, con el tipo de vicio que endilgue al resolutorio que entienda lo agravia (v.gr.: nulidad o apelación) al interponerlo y luego al fundar sus agravios; el tercero, aunque excepcional, puede darse frente a la desistimiento del recurso, o bien del derecho o del proceso, lo cual (como lógica consecuencia) repercute en el recurso en trámite (siempre que lo sea, antes de que el tribunal de expida).

Ahora bien, profundizando aun más el análisis, conviene entonces ahora escindir aquellas misiones del *ad quem* que implicarán (como regla general) echar mano al derecho sustantivo o de fondo, o bien, al derecho adjetivo o procedimental.

Esto es: resultan claramente seccionables las tareas tendientes a evaluar la admisibilidad de un embate recursivo, de aquella que (una vez sobrepasado el primero) tienden a evaluar su suficiencia –o fundabilidad- y procedencia.

En lo que a la presente investigación incumbe, adquiere relevancia el primer estadio, por lo cual allí enfilaremos los esfuerzos.

Con la orientación mencionada, convendría ahora preguntarse si el principio *iura novit curiae* contiene la misma relevancia u operatividad en dichos estadios sucesivos, cuya respuesta entendemos negativa.

Hasta ahora hemos visto en los primero párrafos como la mayoría de los esfuerzos doctrinarios y pasajes jurisprudenciales se enfocan claramente en el segundo momento, vale decir, en la procedencia o no del reclamo, el alcance dado al mismo y los poderes que el organismo jurisdiccional revisor mantiene inclusive en su grado apelatorio.

⁷³ SCBA, ED 90-745 (3/7/1980)

⁷⁴ Téngase en cuenta que, inclusive, podría no haber decidido abrir el grifo apelatorio, y quien puede lo mas, puede lo menos. Dicho de otro modo: si inclusive podría no haber recurrido el fallo en pugna, de ahí en adelante, cualquier análisis deberá ser ciertamente riguroso con el actuar del justiciable quejoso, inclusive en contra de sus propios intereses.

Pero en cambio, difiere el estudio y la conclusión cuando de admisibilidad se trata, por cuanto entendemos es aquí donde el principio en estudio adquiere un notable recorte funcional, cuando no su temporal inhabilitación.

Y es que (amalgamados simbióticamente los sub-acápites del presente capítulo) el aparato judicial visto como un todo (prescindiendo de los grados de conocimiento) contiene amplias facultades en general, las cuales no resultan absolutas, encontrándose algunas de ellas vedadas temporalmente o parcialmente.

En referencia a la inhabilidad temporal, si las partes no dieran curso a un proceso civil y comercial, ningún organismo jurisdiccional podría hacerlo de oficio; o asimismo, si las partes finalizaran una contienda judicial, medios alternativos mediante, el juzgador no podría oponerse (siempre que se trate, desde luego, de cuestiones patrimoniales disponibles).

Por ese mismo carril, frente a un ataque ordinario (v.gr.: apelación) el juez que evalúe la admisibilidad del embate no puede sino efectuar un riguroso o minucioso análisis circunscribiéndose precisamente a los requisitos formales de la pieza recursiva, para arribar a dos caminos: conceder o denegar. No cabría otra alternativa, salvo (como veremos más adelante en el discurrir del presente) supuestos excepcionales donde pudiere existir razones objetivas para haber errado la arremetida.

El juicio de admisibilidad es previo al de fundabilidad, y la ausencia de cualesquiera de los recaudos de aquella naturaleza, exime al órgano de apelación de emitir opinión sobre el mérito del asunto. Dicho de otro modo: de no reunirse los primeros, el órgano *ad quem* no está en condiciones de abocarse al segundo⁷⁵.

Y dichas enseñanzas competen asimismo al estadio extraordinario: el error consistente en la proposición promiscua de un recurso extraordinario no puede válidamente ser suplido por el juez del recurso, habida cuenta que el principio *iura novit curia* es de aplicación restringida en este ámbito, dado que la característica saliente de un recurso extraordinario es la calificación en una causal objetiva que selecciona el recurrente⁷⁶.

⁷⁵ AZPELICUETA, JUAN J.; TESSONE, ALBERTO: "La Alzada: poderes y deberes", p. 9. Librería Editora Platense, La Plata 1993.

⁷⁶ PASCUARELLI, JORGE D.: "Cuestiones entre la regla de celeridad procesal y el recurso extraordinario federal en Argentina", elDial.com - DC131E

Y es que (más allá de alguna corriente doctrinaria en contrario⁷⁷) las facultades ordenatorias o instructorias del juzgador deben escindirse en dos etapas en lo que a un recurso ordinario refieren: la admisibilidad, y la suficiencia/procedencia por el otro.

Vale una aclaración en cuanto al objeto: acentuamos el análisis -desde luego- en pleitos donde se debate sobre cuestiones patrimoniales y disponibles para todos los justiciables (regla), por cuanto -como tiene dicho la SCBA- en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general, otras de interés social (excepción), se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar rrazonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice⁷⁸, por cuanto (en tales supuestos excepcionales) aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fondal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible⁷⁹.

III.6) COROLARIO

El análisis del *iuria novit curiae* no puede sino venir amalgamado de su anclaje en el sistema dispositivo, y es por ello que entendimos prudente abordar ambos institutos.

Tan cierta es la virtualidad y aplicación del dicho apotegma, como su atenuación en la faz recursiva. Del mismo modo que cuando se comienza una caminata sobre un terreno empinado escasea el aire de los pulmones, el aforismo se encuentra más desprotegido y vulnerable a poco se acrecientan paralelamente las cargas procesales del justiciable.

Sobre esa razonable idea, entendemos que (salvo excepciones donde naturalmente el derecho de fondo se aproxime en mayor medida al orden público) la posibilidad real de analizar el alcance del principio en la faz recursiva encuentra su razón de ser en la fundabilidad o procedencia de la pieza recursiva, no así en su primer escollo formal

⁷⁷ QUADRI, GABRIEL H.: "Los Recursos Ordinarios en el Proceso Civil y Comercial de la Pcia. de Bs. As.", p. 41. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2013. El auto, a su vez remite a: MIDON, MARCELO S.: "Acerca del poder-deber del juez de reconducir el recurso inadecuadamente interpuesto. El principio de saneamiento procesal y la doctrina del recurso indiferente", SJA 30/6/2010

⁷⁸ SCBA, C. 116.644 "E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena" (18/4/2018)

⁷⁹ SCBA, Ac. 56.535 (16/III/1999); C. 87.970 (5/XII/2007); C. 99.748 (9/XII/2010). En el mismo sentido, ha dicho la Corte Suprema nacional que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. JA 2006-II-27).

(admisibilidad), estadio primigenio donde colegimos el juez debe ser -momentáneamente- un mero organismo de contralor de aspectos eminentemente formales.

IV.- EL SISTEMA RECURSIVO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ALEMANA

IV.1) EL SISTEMA PROCESAL EN LA ZPO

Con las aclaraciones que hemos esbozado en el capítulo III (pto. III.3.1) conviene ahora sino afrontar el tópico del presente apartado analizando los principales pilares que sostienen y corporizan al régimen procesal civil teutón.

Como sostenía GOLDSCHMIDT la Ley de enjuiciamiento civil alemana del 3/2/1881 estaba influida casi con exclusividad por el principio de iniciativa de las partes (principio dispositivo). Y es natural que así haya sido, ya que sus raíces están en la ideología liberal del siglo XIX.

Aunque cabe advertir, como recordaba el referido maestro, que desde hace mucho tiempo el derecho alemán se ha alejado de los principios liberales, donde el principio de la iniciativa de las partes se ha quebrantado en un grado tal que la regla casi ha llegado a ser la excepción⁸⁰ en determinados aspectos.

Un claro ejemplo resulta del art. 139 de la ZPO, el cual fue y es considerado como uno de los pilares del “proceso justo”. Este párrafo regula el impulso y dinámica procesal en general, tanto en su redacción actual como antes de la reforma del año 2002. No estaba contenido en el proyecto de Código Procesal Civil publicado en 1871 y, recién con el Código y la remuneración de la reforma de 1898, fue estructurado en ese momento en tres apartados⁸¹, con una redacción original que lo contempla en “5” apartados en total.

Ahora bien, fieles a su conocido estilo, lejos de darle al tema un mero y raudo tratamiento han afrontado el régimen con particularidades que merecen explicitarse.

Los alemanes hablan de *Verhandlungsmaxime* o “principio de aportación de parte” (que literalmente significa máxima de debate, máxima de controversia o principio de

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): “*Derecho procesal civil*”. Pasajes del prologo de autor a dicha obra. Editorial LABOR S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro.

⁸¹ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS (2006): “*Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*”; Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo. Pág. 118 y ss.

negociación) y de *Dispositionmaxime* o “principio dispositivo”. Lejos de identificarlos, reconocen una significación distinta a cada uno⁸².

Mientras el *principio dispositivo* implica el pleno dominio de los derechos sustanciales y procesales involucrados en la causa con la consiguiente posibilidad de ejercicio o no de ellos, el *principio de aportación de partes* indica que es función de estas el aportar el material de la causa.

Las normas referidas, al igual que tantos otros pasajes de la ley adjetiva germana, constituyen la efectivización de una tendencia mundial a la cual Alemania no estuvo ajena; nos referimos al acercamiento de los originariamente antagónicos sistemas acusatorio e inquisitivo (remitimos al Pto. III.3).

Pero este acercamiento no constituye la fusión de ambos (si es que tal cosa pudiera existir) ni mucho menos la desaparición de las principales notas distintivas que precisamente los han edificado como sistemas antagónicos. Solo han borrado algunos contornos sobre puntos de divergencias entre ambos, y nada más.

En particular y circunscribiendo el foco de análisis en la ley de enjuiciamiento civil alemana, si bien las reformas introducidas en el tiempo han denotado claramente un engrosamiento de las facultades del juez como director activo del proceso, han sido cuidadosamente prolijos para mantener incólume el principio o sistema dispositivo como vara rectora del proceso civil en general, y como veremos del sistema recursivo en particular.

IV.2) LOS RECURSOS EN LA ZPO

Desde antaño la doctrina alemana resulta conteste en considerar que la apelación, la casación y la queja resultan ser los únicos recursos auténticos por cuanto los demás medios de impugnación (*lato sensu*) se pueden distinguir en una forma negativa, en virtud de que no cuentan con los elementos que permitan diferenciarlo de los recursos (*stricto sensu*)⁸³,

⁸² V.V.A.A. (2014): “*Principio dispositivo*”. RANEA LOUTAYF, ROBERTO G. (Director). Pagina. 8. Editorial Astrea, Buenos Aires. Se remite, a su vez, a WYNESS, MILLAR: *Los principios procesales formativos del procedimiento civil*, p. 60 y ss.; LOUTAYF RANEA, *Principio dispositivo*, “Revista de Estudios Procesales”, Centro de Estudios Procesales de Rosario, N° 12, 1972.

⁸³ BARQUÍN ÁLVAREZ, MANUEL: “Los recursos y la organización judicial en materia civil. estudio comparativo de los sistemas de impugnación en Alemania, España, Italia y México”, p. 64/65. Universidad Nacional Autónoma de México, 1976. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=954>. El autor incluye dentro de este último segmento (meros medios de impugnación que no son recursos), a la

algo similar (aunque no idéntico) a la diferenciación que nuestra doctrina ha elaborado hace mucho tiempo ya entre remedios y recursos.

En el derecho procesal civil alemán se distingue entre recursos (*Rechtsmittel*) y remedios (*Rechtsbehelfe*); ambos constituyen medios de impugnación (*Anfechtungsmittel*). A los primeros se los caracteriza por sus efectos suspensivos (*Suspensiveffekt*) y devolutivos (*Devolutiveffekt*). Los remedios, son definibles negativamente, en tanto medios de impugnación que carecen de alguno de los efectos antes enunciados⁸⁴.

IV.3) EL SISTEMA RECURSIVO ORDINARIO O DE SEGUNDA INSTANCIA

Al solo fin de una mejor comprensión de la estructura y funcionamiento del sistema recursivo teutón, deviene necesario pasar brevemente revista del armazón y estratos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista de la organización judicial, encontramos primeramente a los juzgados (órganos unitarios; *Amtsgerichte*), en segundo lugar a los órganos colegiados, llamados tribunales regionales (*Landgerichte*); en un tercer estrato, a los órganos colegiados, denominados tribunales regionales superiores (*Oberlandgerichte*); y, finalmente, al Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*)⁸⁵.

Centralizando el análisis en el sistema recursivo germánico y sus notas más salientes, rápidamente puede advertirse que el sistema o principio dispositivo resulta ser quien mayormente nutre sus pilares fundantes.

Ello así, si bien no es posible la acumulación subjetiva eventual de acciones en el sistema procesal teutón, esto último sí resulta factible en forma de acumulación eventual de recursos o en caso de incertidumbre acerca de la clase de recurso que debe interponerse, de la persona legitimada para el mismo o de la admisibilidad del recurso ya interpuesto y en el caso de adhesión eventual, a la adhesión independiente del recurrido, para la hipótesis de que se declare inadmisibile el propio recurso; puede también presentarse en forma de

demanda de revocación, a las impugnaciones contra resolución que no provienen de tribunales, o a la oposición a la sentencia contumacial o la oposición contra el embargo o un terceo, ya que estos últimos no se interponen ante in tribunal de alzada, sino que se sustancias en el mismo tribunal que produjo la resolución.

⁸⁴ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS (2006): “*Código Procesal Civil alemán (ZPO..*” cit., Pág. 115/116.

⁸⁵ BARQUÍN ÁLVAREZ, MANUEL: “Los recursos y la organización judicial...”, cit., p. 61.

adhesión eventual para el caso de que el recurso del adversario se estime admisible y fundado⁸⁶.

Debe pasarse a conocer de las peticiones accesorias en cuanto conste que la principal no está fundada; en dicho caso, la petición principal debe rechazarse aun cuando se estime admisible la petición eventual. El Tribunal debe, por lo demás, considerar en primer término aquellos medios de ataque, defensa o prueba que probablemente han de conducir con mayor rapidez a la resolución definitiva del negocio. Debe sentarse pues el *principio de la primacía del medio de ataque o de defensa más rápido*⁸⁷.

Solamente dejaría de aplicarse este en el caso de que una sentencia basada en el medio de ataque o defensa principales, pronunciada a favor de una parte, produjera efectos jurídicos de mayor amplitud (de cualquier clase que sean) que la que se apoyara en las alegaciones eventuales y que, por consiguiente, tendría que fundarse forzosamente de un modo alternativo⁸⁸.

Al igual que en nuestro sistema, todo recurso supone como fundamento jurídico la existencia de un gravamen (perjuicio) de la parte; es decir, una diferencia injustificada, desfavorable para ella entre su pretensión y lo que se haya concedido en la resolución en pugna⁸⁹.

Contra las decisiones de los tribunales del Estado como primera instancia, actúan como alzada los tribunales superiores del Estado.

De los recursos, la apelación y la casación se dirigen contra sentencias definitivas, y contra las incidentales que, para los efectos de los recursos, se consideran definitivas. Quedan así sometidas al juicio del tribunal de recurso, no solo la sentencia propiamente (*stricto sensu*), sino también las resoluciones que le hayan precedido (interlocutorias, autos, decretos), salvo que no sean susceptibles de impugnación o lo puedan ser por el recurso de queja. Este último, se ejercita para impugnar autos y decretos, y el recurso de queja urgente,

⁸⁶ GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): "Derecho procesal civil", cit.. Pág. 297. En el caso de nuestro código procesal civil y comercial actual, la única excepción contemplada de ejercicio eventual de pretensión recursiva resulta ser la norma del art. 241 con la revocatoria (o reposición) con apelación en subsidio.

⁸⁷ GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): "Derecho procesal civil", cit.. Página 297.

⁸⁸ GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): "Derecho procesal civil", cit., Página 297.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): "Derecho procesal civil", cit., Página 398.

también contra las interlocutorias pronunciadas en cuestiones incidentales promovidas con terceros⁹⁰.

Como destaca PÉREZ RAGONE, la procesalística alemana distingue entre requisitos de admisibilidad y de fundabilidad de los recursos⁹¹, al igual que en nuestros sistemas. El recurso debe ser en primer lugar admisible, esto es, se debe satisfacer los requisitos exigidos para que el medio de impugnación pueda ser admitido -inclusive a controlar de oficio-; la admisibilidad es un presupuesto para la fundabilidad. Recién en la fundabilidad, el tribunal examinará si la petición recursiva es atendible y si corresponde revocar la resolución impugnada o bien, confirmarla.

En cuanto a los recaudos de admisibilidad, son: idoneidad o procedencia de la resolución impugnada en relación con el medio impugnativo empleado, agravio, tiempo-forma-lugar y legitimación.

Es factible efectuar -aquí- un doble análisis en lo que a la tarea del recurrente incumbe: dentro de la faz de la admisibilidad, si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase del recurso, a causa de que el efecto de la resolución a impugnar consiste en que se ha pronunciado una que no debió haberse dictado (v.gr.: se ha dictado una sentencia definitiva en vez de un auto o decreto), se resuelven en el sentido de estimar la admisibilidad⁹², y representa -en gran medida- el foco de investigación del presente trabajo.

Ahora bien, en lo que a la fundabilidad refiere, para el recurrente alcanza el concepto de agravio formal, o sea, la no correspondencia entre lo peticionado y lo resuelto. Para la contraparte, por el contrario, se requiere un agravio en sentido material, o sea, un perjuicio material relevante manifestado en la posibilidad de obtener una sentencia desfavorable menos gravosa⁹³.

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): "Derecho procesal civil", cit., Página 401.

⁹¹ En la ZPO no existe en materia de recursos ninguna parte general que se ocupe de los requisitos generales de admisibilidad. Han sido la doctrina y la jurisprudencia que, sobre la base de principios generales, en especial inferibles de la regulación completa existente para el recurso de apelación, han elaborado una verdadera "parte general".

⁹² GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): "Derecho procesal civil", cit., Página 402. El recurso será admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva) como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva).

⁹³ PÉREZ RAGONE, ALVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS (2006): "Código Procesal Civil alemán (ZPO)..", cit., Pág. 118.

En lo que hace a la función ya propiamente dicha del tribunal de apelación, este resuelve el fondo (cuando estima fundado el recurso) dentro de los límites de lo solicitado por las partes, decidiendo los puntos litigiosos de las acciones estimadas o desestimadas. Puede también -labor casatoria- devolver la causa al Tribunal de primera instancia si el procedimiento (no ya el fondo de la sentencia) de la misma padece de una de las faltas que no hacen impropio de servir de base para la sentencia, en cuyo caso lo que hace es privar a las partes de una instancia⁹⁴.

IV.4) ETAPA RECURSIVA EXTRAORDINARIA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN. LA CASACIÓN

Conviene aquí comenzar con una aclaración central para comprender el sentido y alcance semántico de la normativa del caso.

Recuerda HITTERS que la ZPO alemana, como su similar austríaca, legislan el recurso de casación aunque en puridad en el sistema germánico el instituto no es denominado propiamente "casación", sino "revisión"; la mayoría de los traductores latinos han preferido aquel vocablo para evitar confusiones con el denominado recurso de revisión, también tipificado en forma expresa en el ordenamiento ritual de referencia, que, como es sabido, ha sido reglado como medio específico de modificar las decisiones judiciales firmes⁹⁵.

La gran diferencia entre la casación y la rescisión consiste en que la primera es válida para impugnar sentencias que todavía no han adquirido el atributo de "*res judicata*", mientras que la última solo es utilizable en caso de que se pretenda impugnar fallos firmes⁹⁶.

Desde el análisis positivo, tras la reforma introducida al sistema en julio de 2001⁹⁷ solo es posible interponer un recurso de última instancia en interés de la ley. El propósito del recurso en esta instancia ya no es, principalmente, obtener una decisión correcta para la causa particular, sino decidir cuestiones jurídicas de relevancia fundamental con el

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, JAMES (1936): "Derecho procesal civil", cit., Página 415.

⁹⁵ HITTERS, JUAN C.: "La casación civil en Alemania. Sus rasgos definidores", JA 1982-II-762

⁹⁶ HITTERS, JUAN C., "La casación civil en Alemania...", cit.; asimismo: HITTERS, JUAN C., "Revisión de la cosa Juzgada", editora Platense 1977, ps. 61 y 87

⁹⁷ El pretérito régimen -desde 1877- establecía que contra sentencias de primera instancia podían articularse dos embates: a) un primer recurso haciendo las veces de segunda instancia donde podían ser objeto de discusión tanto cuestiones fácticas como jurídicas; y b) un segundo recurso que solo se ceñía a fundamentos netamente jurídicos.

propósito de desarrollar la doctrina jurisprudencial y asegurar su unidad, dotando al nuevo sistema de homogeneidad el acceso al Tribunal Superior Federal⁹⁸ (en adelante el TSF).

Resulta interesante destacar que la propia normativa procesal –art. 557 ZPO- se encarga de recordar que el examen del tribunal de casación está limitado al análisis de las pretensiones anulatorias de las partes (característica compartida con el recurso de apelación) pero, al mismo tiempo, señala muy claramente que dicho tribunal no está limitado por los motivos alegados por el recurrente, lo cual implicaría que se podrían localizar incluso otros errores jurídicos no alegados, en tanto que los mismos no se deduzcan posibilidades anulatorias más amplias de las solicitadas por el recurrente⁹⁹. Entre nosotros y en lo que a la SCBA refiere, como hemos visto, inclusive -en supuesto excepcionales- ha decretado nulidades de oficio fuera de las pedidas o fuera de la egida de un recursos de nulidad extraordinario inclusive.

En cuanto a los requisitos para la admisión a dicha última instancia, en primer lugar solo recibirán trámite aquellos recursos que impliquen el debate sobre cuestiones jurídicas de importancia fundamental. La ley de enjuiciamiento civil alemana –art. 543 ZPO- contiene las tres razones: 1) relevancia fundamental de las cuestiones de derecho; 2) desarrollo de la ley; 3) interés de la ley con el fin de asegurar la unidad de la doctrina jurisprudencial. El último de los motivos es el que ha obtenido mayor relevancia en la praxis, salvo resoluciones arbitrarias¹⁰⁰.

Resulta interesante resaltar que el escrito impugnatorio debe presentarse *derechamente ante el tribunal ad quem*¹⁰¹, debiendo individualizar el fallo recurrido como asimismo aclarar si se interpone el recurso de casación, designándolo por su nombre. Asimismo, el recurso deberá motivarse cumpliendo las siguientes reglas: 1º) declaración del alcance de la impugnación que hace el recurrente y de lo que desea que se anule de la sentencia (petición

⁹⁸ GOTTWALD, PETER: “El recurso ante el Tribunal Supremo Federal Alemán tras la reforma de 2001”, p. 109 (traducido al español por Esther Monzó); en “Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa” (*Appeals to Supreme Courts in Europe*); ORTELLS RAMOS, MANUEL –coordinador-. Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP). Universitat de Valencia. Difusión Jurídica, Madrid 2008.

⁹⁹ NIEVA FENOLL, JORDI: “El recurso de casación civil”, p. 50. HUROPE S.L., Barcelona 2003.

¹⁰⁰ GOTTWALD, PETER: “El recurso ante el Tribunal Supremo Federal Alemán...” cit., p. 110. El autor asimismo aclara que no obstante el extremo más relevante fue y sigue siendo el error de juicio obvio en una sola causa, si bien todas las salas del TSF entendieron que tal cuestión no justificaba la admisión del embate, suavizaron su postura al decidir que las resoluciones arbitrarias violarían los principios constitucionales y que un peligro abstracto de repetición y emulación podría ser suficiente para calificar un error de “sintomático”.

¹⁰¹ Como pasaba en el ámbito del código adjetivo penal provincial, antes de la reforma introducida por la ley 14.647 a los arts. 483 y 486.

de casación); 2º) la expresión de los motivos de casación, indicando: a) la norma jurídica que se estime infringida; b) los hechos demostrativos de la falta, cuando la casación se pida por infracción de la ley en lo que atañe al procedimiento. En el mismo se hará costar además el valor del gravamen cuando no consista en una cantidad líquida y de él dependa la admisibilidad del recurso¹⁰².

Asimismo, la misma norma –art. 543- estipula que será el órgano jurisdiccional a quo el que en su propia sentencia declarará si su resolución será pasible de atacarse por la vía de la revisión, considerando los criterios descriptos.

NIEVA FENOLL entiende que la nueva normativa resulta profundamente defectuosa, por cuanto resulta tremendamente perjudicial para los litigantes –cuando no imposible- saber cuándo una cuestión tiene carácter fundamental, dado que la normativa se apoya en conceptos jurídicos indeterminados que dejan demasiada inseguridad jurídica; y que asimismo, que el propio tribunal que emite la pieza sentencial sea quien defina la posibilidad de recurrir o no el fallo sirve a la economía procesal pero se traduce en una denegación de justicia¹⁰³.

Entre nosotros, el sistema recursivo del Procedimiento Administrativo Nacional regula un supuesto similar. El Poder Administrador se encuentra compelido a encuadrar cada impugnación en la normativa procedimental de aplicación (en atención al informalismo a favor del administrado y la teoría de la calificación jurídica); de tal forma, las notificaciones indicarán los recursos que se puedan interponer contra dicho acto y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos, o en su caso si el acto agota las instancias administrativas. Y la omisión o el error en que se pudiera incurrir al efectuar la indicación no perjudicará al interesado ni permitirá darle por decaído su derecho¹⁰⁴.

En la actualidad, la tercera instancia o recurso de última instancia no solo se concede para causas mercantiles de gran envergadura, sino también para sentencias de los juzgados de distrito que conocen en segunda instancia, una posibilidad a la que se recurre con

¹⁰² HITTERS, JUAN C.: "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", cit., Tº 2, p. 100/101.

¹⁰³ NIEVA FENOLL, JORDI: "El recurso..." cit., p. 52. A la parte vencida y admisión recursiva no ha sido favorablemente declarada –agrega el autor-, no le quedará otra opción que ocurrir en queja (*Nichtzulassungsbeschwerde*) ante el TSF –art. 544 ZPO- con efectos suspensivos de la pieza atacada –art. 544 ZPO-.

¹⁰⁴ Decreto 1883/91, art. 40 y 81; Ley 19.549, art. 1º; asimismo: RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: "Recurso indiferente" y sistema recursivo en el procedimiento administrativo argentino: ¿vínculo parental?, elDial.com - DC1E1A

frecuencia. Sumado a la introducción adicional de un recurso heterogéneo de carácter general para cuestiones de derecho contra todo tipo de resolución judiciales (a excepción de las propias sentencias) ¹⁰⁵.

La revisión alemana es, para NIEVA FENOLL, un recurso de naturaleza netamente casacional y extraordinario, teniendo en cuenta que la cognición del órgano jurisdiccional está limitada al derecho, así como a las pretensiones anulatorias articuladas por el recurrente ¹⁰⁶.

Lo dicho nos permite advertir con facilidad –siguiendo a HITTERS- la tendencia ecléctica de los alemanes, al considerar a este recurso máximo como una tercera instancia, pero limitada a las cuestiones de derecho; o dicho en otros términos, una tercera instancia “*sui generis*”, donde no se pierde de vista el “*ius constitutionis*”, ya que cuando el legislador limita el examen a la “*questio iuris*” introduce evidentemente en el proceso un criterio de interés público diverso del que constituye la base de la función jurisdiccional ¹⁰⁷.

III.5) COROLARIO

Puede observarse entonces que ya en la instancia inicial, el proceso civil bajo la égida de la ZPO se percibe impregnado medularmente por el sistema dispositivo; y a poco se vira el análisis hacia arriba, focalizando en los estadios procesales recursivos (tanto sea segunda instancia u ordinarios, como de tercera instancia o de casación/revisión) se observa la imperancia gravitacional de la actividad que despliega o debe desplegar el justiciable, siendo su impulso procesal (y los alcances del mismo) el que sellará la suerte de su embate, quedando delimitado el margen de actuación del TSF.

Sin perjuicio de advertirse una fuerte injerencia del organismo jurisdiccional en la dirección y gestión del caso ¹⁰⁸, no se percibe -en cambio- una intervención sobre la disponibilidad -*stricto sensu*- del justiciable y de su pretensión, basado esto último en claros delineamientos entre las distintas funciones que las partes y el juzgador tendrán a lo largo del debate jurisdiccional.

¹⁰⁵ GOTTWALD, PETER: “El recurso ante el Tribunal Supremo Federal Alemán...” cit., p. 115.

¹⁰⁶ NIEVA FENOLL, JORDI: “El recurso...” cit., p. 51. El autor indica que la única diferencia real de la revisión alemana con respecto a la casación clásica es ese carácter de tercera instancia plena en lo jurídico.

¹⁰⁷ HITTERS, JUAN C., “La casación civil en Alemania...”, cit.

¹⁰⁸ Por citar un ejemplo, en lo que a la fase recursiva refiere: tanto el auto -a la postre apelado- como el recurso (y sus fundamentos) se notifican de oficio.

V.- LA DOCTRINA GERMÁNICA DEL RECURSO INDIFERENTE O PARALELO

Todas las resoluciones que se producen en forma de sentencia declarativa (de fondo) o interlocutoria vinculan al tribunal, de manera que no puede este modificarlas libremente.

Tal pasaje resulta idéntico a nuestro sistema local. El magistrado no podrá como regla sustituir o modificar una sentencia, aunque sí ejercer de oficio y antes de su notificación, la facultad que le otorga el art. 36, inc. 6° -del código ritual-; vale decir que podrá corregir errores materiales, aclarar conceptos oscuros, o suplir cualquier omisión acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión¹⁰⁹.

Con relación a la determinación de la naturaleza de las resoluciones se presenta el problema de deslindar entre el concepto formal y el concepto material de resolución, por ejemplo, cuando un tribunal por algún error omite una decisión que formalmente corresponde a un tipo y materialmente a otro. En este caso, se debe decidir cuál de los dos criterios se ha de tomar en cuenta para determinar el medio de impugnación que proceda.

En nuestra ley de enjuiciamiento civil sucede algo similar con las providencias cautelares, ya que si bien estas tramitan inaudita parte (art. 198), y en consecuencia sin previa sustanciación a su dictado, la estructura procesal idónea debiera ser la providencia simple (art. 160), pero considerando las consecuencias de tal tipo de decisiones, resulta común encontrar providencias de esta naturaleza que explicitan en su cuerpo los fundamentos del juzgador, y por ende, una suerte de providencia sui-generis, ya que si bien excede una mera providencia simple, tampoco llegaría a ser una sentencia interlocutoria (art. 161) atento la ausencia de previa bilateralización.

Retomando el análisis desde el derecho alemán, a ese respecto -desde la faz de la admisibilidad- existen dos teorías de cuño doctrinal: la teoría objetiva y la subjetiva. La primera sostiene que para fijar la naturaleza de la resolución se tome en cuenta el contenido de esta. Por el contrario, la segunda prefiere tomar como criterio la diferente naturaleza que le haya querido dar el tribunal que la produjo. Esta cuestión es de capital importancia, ya que se ha presentado el problema de que en el momento de impugnar la sentencia, el

¹⁰⁹ RAPALINI, GUSTAVO G.: “El denominado “recurso de aclaratoria”: análisis semántico, normativo y jurisprudencial”, eDial.com - DC19B8

tribunal la declare inadmisibile por sustentar la teoría contraria a la que la parte se haya adherido.

La jurisprudencia del STF ha sido contradictoria. El punto de vista más equitativo resulta ser la llamada teoría del recurso indiferente¹¹⁰.

Se denomina teoría del recurso indiferente (*Sowohl als auch Theorié*)¹¹¹ o también recurso paralelo, a aquél que, sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso; o que siéndolo se han omitido elementos formales, produce no obstante los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva que el recurso correctamente articulado¹¹².

Allí, en materia de admisibilidad de los medios de impugnación existe el principio de beneficio (*Meinstbünstigungsprinzip*) o teoría del recurso indiferente (*Sowohl Auch Theorie*)¹¹³. De este modo, un embate es idóneo si puede ser admitido en relación con determinada resolución, si es clara la naturaleza de ésta y del correspondiente medio impugnativo (regla general)¹¹⁴.

Es decir que, en caso de que exista una confusión respecto a la determinación de la naturaleza de la resolución, se ha de estar a lo que la parte haya decidido, esto es, se acepta el recurso (admisibilidad), tanto si se dirigió a un órgano competente para conocer de la resolución impugnada por la firma en que la dictó el tribunal *a quo*, como si la parte acudió ante el órgano competente para conocer la impugnación, atendiendo al contenido de la resolución impugnada¹¹⁵.

No se trata en rigor de verdad de un arquetipo de recurso como perteneciente (junto a otros) a un menú de opciones al servicio del justiciable, sino de una pauta de interpretación

¹¹⁰ BARQUÍN ÁLVAREZ, MANUEL: “Los recursos y la organización judicial en materia civil. estudio comparativo de los sistemas de impugnación en Alemania, España, Italia y México”, p. 61/62. Universidad Nacional Autónoma de México, 1976. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=954>.

¹¹¹ Naturalmente, ambos institutos no son literalmente idénticos en la conversión de un idioma a otro. Desde este análisis raso, “recurso indiferente” sería *Tägliche Ressourcen* en idioma alemán.

¹¹² FALCÓN; ENRIQUE M.: “El recurso indiferente”; LL-1975-B, p. 1139; idem: FALCÓN, ENRIQUE M.: “El recurso indiferente”, p. 286; en “Tratado de los Recursos”, Tº I (libro homenaje al Prof. Adolfo Rivas); Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe 2013.

¹¹³ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: “Código Procesal Civil alemán (ZPO)...” cit.; p. 118 y ss.. En el texto original, el autor utiliza el vocablo “procedencia”, aunque en puridad de verdad sería “admisibilidad” el valladar a sortear.

¹¹⁴ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS...*cit.*

¹¹⁵ BARQUÍN ÁLVAREZ, MANUEL: “Los recursos y la organización judicial en materia civil...” cit., p. 62.

–*principio de beneficio*– a los efectos de conferir admisibilidad a una pieza recursiva que no goza de todos los elementos que debería portar, a los efectos del fin que pretende¹¹⁶.

Es decir que si se ofrecen dudas acerca de la viabilidad formal de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que se ha pronunciado una que no debió dictarse (por ej., se ha emitido una sentencia definitiva en lugar de una incidental o de un auto, o al contrario; o una sentencia ordinaria en vez de una contumacial, o viceversa), hay que resolverlas en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del “mayor favor”). Léase: el recurso resulta formalmente plausible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva) como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva)¹¹⁷.

Así, un recurso es procedente e idóneo si puede ser admitido en relación a determinada resolución, siendo clara la naturaleza de la misma y del correspondiente medio impugnativo (regla general). Pero el recurso será igualmente admisible si por él se pretende impugnar una resolución que “aparece” con carácter de “providencia”, pero que en “realidad” es una “sentencia definitiva”. Allí aun cuando el *a quo* haya errado sobre la naturaleza en tanto “resolución judicial” del pronunciamiento emitido, la inidoneidad formal del recurso no puede perjudicar al recurrente¹¹⁸.

Y podría aplicarse por ejemplo cuando se equivoca el recurrente por no ser el adecuado al tipo de resolución impugnada, pero se considera que planteó el correspondiente¹¹⁹, cuando se pudiera corroborar que tuvo razones para errar.

En principio –entonces– debe quedar claro que este mecanismo no se instituyó como una suerte de “comodín” de simple o alternativa utilización sino que, como hemos visto, su

¹¹⁶ RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: “Recurso indiferente” y sistema recursivo en el procedimiento administrativo argentino: ¿vínculo parental?”, Citar: elDial.com - DC1E1A

¹¹⁷ GOLDSCHMIDT, JAMES: “Derecho procesal civil”, p. 402. Traducción de la segunda edición alemana, y del código procesal civil alemán, incluido como apéndice por LEONARDO PRIETO CASTRO; con adiciones sobre la doctrina y la legislación española por NICETO ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO. Editorial LABOR, S. A., Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Rio de Janeiro 1956.

¹¹⁸ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, “El nuevo proceso civil alemán: principios y modificaciones al sistema recursivo”, SUP. ACT. 24/05/2005, 1-SUP.ACT 19/05/2005, 1-SUP.ACT 17/05/2005, 1.; asimismo: PASCUARELLI, JORGE D.: “Cuestiones entre la regla de celeridad procesal y el recurso extraordinario federal en Argentina”, elDial.com - DC131E

¹¹⁹ PASCUARELLI, JORGE D.: “Cuestiones entre la regla de celeridad procesal...”, cit.; a su vez, el auto remite a las enseñanzas del prof. Peyrano. **Postura con la que discrepamos.**

ratio oscila en aquellas situaciones en las cuales se está frente a una resolución confusa, una situación evidente o una duda razonable¹²⁰.

Léase: no basta que el recurrente postule el agravio que le ocasiona la resolución, para que el Tribunal encasille la pretensión impugnativa en el carril correspondiente.

Ello así, la ZPO contiene claras normas rituales en materia recursiva, ya sea sobre qué tipos de estructuras sentenciales toleran dicho embate, ya sea en relación a una *summa gravaminis*, o bien al plazo y la forma de hacer. Y el relación al contenido de la petición recursiva, de ella debe surgir qué es lo que se impugna y cuáles son las modificaciones que son solicitadas por ante el superior¹²¹.

Calificada doctrina tiene dicho en este sentido que el denominado recurso indiferente o paralelo torna posible admitir aquel que, sin ser el prescripto por la ley en forma específica o que siéndolo no se han observado sus requisitos formales, produce los efectos propios del que hubiera correspondido si se hubiese articulado correctamente. Esta teoría cubre los casos en que la resolución a impugnar sea confusa pero no opera para enmendar las falencias recursivas de las partes en una vía extraordinaria¹²².

Ahora bien, superada la barrera de la admisibilidad, la ZPO contiene diversas consideraciones sobre las exigencias formales y argumentales desde la suficiencia o fundabilidad del embate, según se refiera al recurrente mayor o menormente perjudicado con la sentencia en crisis.

En otras palabras: no existe para ellos lo que entre nosotros preceptúa la norma del art. 260 del ritual provincial: para el recurrente alemán, alcanza el concepto de agravio formal, o sea, la no correspondencia entre lo peticionado y lo resuelto. Para la contraparte, por el

¹²⁰ RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: “Correcta elección del carril impugnativo y doctrina del recurso indiferente: la S.C.J.B.A. confirma su doctrina legal (no tan “indiferente”)”; Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; año 11, no. 44; asimismo: RAPALINI, GUSTAVO GERMÁN: “La doctrina del recurso indiferente”; publicado en DPI Cuántico (Derecho Para Innovar), www.dpicultico.com.

¹²¹ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO, “El nuevo proceso civil alemán.” cit., p. 121. A su vez, el autor remite a GILLES, “Rechtsmitteleintlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidispositionen über das Rechtsmittel”, en AcP, 177, 1977, pp. 191-194.

¹²² D’ALBORA, FRANCISCO J.: “Código procesal penal de la nación”, Abeledo Perrot 2005; Citar ABELEDO PERROT N°: 1301/007090. El autor, a su vez, remite a HITTERS, JUAN CARLOS: “Técnica de los recursos extraordinarios y la casación”; págs. 429-30.

contrario, se requiere un agravio en sentido material, o sea, un perjuicio material relevante manifestado en la posibilidad de obtener una sentencia desfavorable menos gravosa¹²³.

En efecto: el recuso de casación se puede desestimar considerándolo improcedente, cuando la motivación no sea completa o esté hecha fuera de plazo; pero la del de apelación solo es posible en caso de falta de los "*petita*" necesarios, ya que la indicación de motivos no es necesaria más que en el caso de que exista intención de imposible comprobación de hacer nuevas alegaciones, y la omisión de la cual no da lugar a otra cosa que al peligro de repulsión de las alegaciones tardías.

¹²³ PÉREZ RAGONE, ÁLVARO; ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS (2006): "*Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*"; Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo. Pág. 118.

VI.- EL PRINCIPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL DEL SISTEMA PROCESAL BRASILEÑO. EL ABORDAJE PRETORIANO EN EL SISTEMA URUGUAYO

VI.1) INTRODUCCIÓN

Al igual que nadie ignora que el derecho procesal civil nació como ciencia y rama autónoma del Derecho en Alemania (a finales del siglo XIX) con la publicación de la clásica obra de BÜLOW¹²⁴, mucho menos resulta desconocido que el vínculo de la doctrina brasileña con el procesalismo europeo se dio por la presencia de LIEBMAN, hecho de radical y fundamental importancia para el derecho brasileño¹²⁵ y de significativa relevancia para la presente investigación.

Trasladando de género a especie lo antedicho, el instituto recursivo de la ley de enjuiciamiento civil brasileña es un paradigmático supuesto de tal cercana relación¹²⁶.

El principio *da fungibilidade recursal* o "fungibilidad de medios" (al igual que su afín germánico, analizado en el presente trabajo) tiene como objetivo dar prioridad a la vista de la acción recursiva, a expensas de su camino (en algunos casos con énfasis en ciertas condiciones tales como la ausencia de mala fe o error grosero).

VI.2) EL PRINCIPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL DEL DERECHO BRASILEÑO

Dicho principio explica que un recurso, a pesar de que ostente inhabilidad para atacar a un determinado tipo de decisión, puede considerarse válido siempre que exista duda en la doctrina o jurisprudencia respecto del mismo (esto es: de su utilización para esos casos o

¹²⁴ BÜLOW, OSKAR, "Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen" (año 1868); traducción al español. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, trad. Miguel Angel Rosas Lichtenstein. Buenos Aires: EJE, 1964.

¹²⁵ BUZAID, ALFREDO: "Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil de Chiovenda" y "A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro", São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 3-11 y pp. 13-45. Véase asimismo: DINAMARCO, Cândido Rangel, "A formação do moderno processo civil brasileiro (un homenaje a Enrico Tullio Liebman)". En "Fundamentos do processo civil moderno", tomo I, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 27-39.

¹²⁶ Cierta sector de la doctrina entiende que el "Principio de fungibilidad" resulta ser fuente de la doctrina del recurso indiferente (MIDÓN, MARCELO S.: "Acerca del poder-deber del juez de reconducir el recurso inadecuadamente propuesto. El principio de saneamiento procesal y la doctrina del recurso indiferente"; SJA 30/6/2010 (ABELEDÓ PERROT Nº: 0003/015022), posición que no compartimos en razón de entender que ha sido precisamente a la inversa.

no). En términos generales, el término fungibilidad significa la sustitución de una cosa por otra¹²⁷.

Tiene como objetivo -entonces- dar prioridad a la acción, a expensas del camino, en algunos casos determinados con particular énfasis en ciertas condiciones que deben cumplirse (tales como la ausencia de mala fe o error grosero o excusable).

En el entendimiento que toda ley de enjuiciamiento civil teje su estructura a partir de principios (o sistemas) sobre los cuales apunto su ideología procesal, conviene inmiscuirse en algunas notas salientes del CPC del país vecino.

Sobre tal piso de marcha, dentro de los “principios y garantías fundamentales del proceso civil” enunciados en los arts. 1 a 12 del Capítulo I, Título I del CPC: a) sometimiento (por derivación) del ordenamiento procesal a los principios fundamentales establecidos en la Constitución y a la legalidad de las formas (art. 1º); b) principio dispositivo, en tanto el proceso solo comienza por iniciativa de parte, aunque se desenvuelve por impulso oficial (art. 2º)¹²⁸, no resultan detalles menores a considerar.-

Mucho menos las numerosísimas reglas técnicas que dicho Código adjetivo estatuye para la organización del debate judicial, con la finalidad de concretar y satisfacer los principios que enarbola. Baste recordar -en lo que aquí incumbe- los poderes atribuidos al juez para adaptar el procedimiento a las particularidades de la causa; los amplios poderes de dirección confiados al juez; las reglas que consagran el “máximo rendimiento posible” de los actos del proceso¹²⁹, entre tantas otros.

Asimismo, el sistema recursivo o de apelación está formado por una serie de principios, entre los cuales se encuentra el de "singularidad" y el de "correspondencia". El principio de la singularidad implica que para cada pronunciamiento judicial apelable existe, por regla general, sólo un recurso determinado. Y el principio de correspondencia, implica que debe haber directa correlación entre el pronunciamiento judicial y el tipo de recurso apropiado al efecto¹³⁰.

¹²⁷ DE CAMARGO HERMANN, GUSTAVO (2007): “*O princípio da fungibilidade no sistema recursal civil brasileiro*”. quinta-feira, 3 de maio de 2007; entre otros.

¹²⁸ BERIZONCE, ROBERTO O., "El nuevo CPC brasileño. Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales", p. 210. Revista de Informação Legislativa, Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

¹²⁹ BERIZONCE, ROBERTO O., "El nuevo CPC brasileño...", p. 211; cit.

¹³⁰ CORREA DE VASCONCELOS, RITA DE CASSIA, "Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo", p. 78. Editora Revista Dos Tribunais, Brasil 2007.

Sobre tal plataforma jurídica se apoya entonces el instituto en estudio, sumado a un fuerte cambio de paradigma que ha traído la reciente normativa adjetiva sancionada.

Pero volviendo al inicio, comenzar por su conceptualización ("fungibilidad recursiva") implicaría asumir que en términos generales, el vocablo *fungibilidade* significa la sustitución de una cosa por otra. Aunque un mero análisis semántico, sin perjuicio de constituir un necesario punto de partida, puede llevar a errores de interpretación.

Desde el anclaje legal, conviene advertir que dicho principio estaba previsto en el Código de 1939 (art. 810¹³¹), no así en la reforma del año 1973 ni tampoco fue estipulado en el CPC del año 2011. La doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, continuó aplicándolo. Y con el actual CPC (2015) adquirió nuevamente vigencia legal.

Tanto el sistema procesal recientemente derogado como en su inmediato antecesor, como veíamos, trajeron ninguna disposición expresa que permita la aplicación de la fungibilidad de apelación. Esto se debe a que, como se afirma en la exposición de motivos del código Buzaid: su existencia era absolutamente innecesaria a la vista de la correlación bien establecida para la elección del recurso adecuado, lo que elimina la posibilidad de la duda.

En el régimen vigente, en cambio, la fungibilidad representa una vía de excepción recursiva expresamente prevista¹³².

Yendo al objeto mismo de estudio, podemos decir que el principio en discusión explica que un recurso, a pesar de que ser inhábil para atacar una determinada decisión judicial, puede considerarse válido siempre que exista duda en la doctrina o jurisprudencia respecto factible de ser llevado en el recurso tiempo.

Su correcta aplicación depende de un análisis exhaustivo de sus necesidades, tales como: duda objetiva sobre la cual la apelación correspondiente, la ausencia de error grosero, mala fe y la temporaneidad. Y no sólo reconocer la existencia de la fungibilidad de apelación, sino que se debe comprobar en las situaciones que se pueden aplicar, haciendo hincapié en este principio como una guía para garantizar el pleno acceso a la justicia.

La aplicación de éste principio implica cuestionar los méritos de la parte que no deben someterse perjuicio procesal donde hay error en la interposición de un recurso por el otro, a

¹³¹ "Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte nao será prejudicada pela interposicao de un recurso por outro, devendo os autos ser enviados á Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento"

¹³² art. 1032 y 1033 CPC/2015

condición de que los requisitos actuales fundadas dudas acerca de la idoneidad de los medios elegidos y la falta de grosero error.

Por lo tanto si el solicitante cree que el recurso que es ideal (para él) es una apelación y se interpone el término fatal, no hay ninguna razón para retirar 5 días con la justificación de que la acción correcta sería interlocutoria. Es decir, con o sin la asunción de la presencia de la duda fundada y error objetivo, o la ausencia de error grosero, ¿cuál es la importancia de la vigencia de su alojamiento? Al menos esta divergencia se debe considerar irrelevante. En resumen, el solicitante deberá observar sólo el término de la acción que él considera como el derecho para el caso en cuestión.

Sobre tal escenario, la fungibilidad ante el sistema de apelaciones solo se aplica cuando subsisten incertidumbres en la presencia de los principales requisitos de la duda lo más objetivo que los recursos sean llevados y la ausencia de error grave por el cual se infiere abarcada parte de la cuestión relativa a la mala fe, dejando a sí mismos por completo de lado cualquier discusión acerca de la oportunidad.

El Superior Tribunal de Justicia Brasileiro, según la opinión anterior, requiere de tres condiciones acumulativas: a) preguntas objetivas sobre las que la apelación correspondiente al caso; b) ausencia de error grosero o recursos erróneamente interpuesto; c) sea presentado en el plazo del recurso correcto.

De entre las hipótesis de cabida de cada uno de los recursos excepcionales existen aquellas subjetivas, y hay otras objetivas. Para que la fungibilidad recursal excepcional sea posible debe atenderse en hipótesis eminentemente subjetivas, tanto en el Recurso Especial cuanto en el Recurso Extraordinario. Podemos entender, de esa manera, que lo normal será la fungibilidad entre las líneas A de cada dispositivo (arts. 102, III y 105, III- por el hecho de que ambas hablasen sobre la contrariedad a la norma igual que en niveles diferentes) una federal y otra constitucional, pero que posibilitan una confusión entre ellas hasta por la subjetividad existente en estas hipótesis y por la superposición muchas veces de los textos legales, repitiéndose el contenido de la norma constitucional en diversas leyes federales¹³³.

Es imposible, por ejemplo, imaginar que un Recurso Especial que intentó impugnar un acuerdo con declaración de inconstitucionalidad de una norma federal – línea B del art.

¹³³ SILVA LEMOS, VINICIUS: "La fungibilidad recursal excepcional: el problema de la acumulación de los pedidos recursales"; RePro, n° 258, 2016, pp. 235 y ss.

102, III – sería pasible de fungibilidad. En casos como este, el equívoco debe ser encarado como error grosero, ya que se puede argumentar duda plausible entre una hipótesis objetiva y otra subjetiva¹³⁴.

Puliendo el concepto de "duda objetiva", conviene puntualizar que la duda no puede tener origen en la inseguridad personal del profesional que debe interponer el recurso, o incluso su falta de formación o preparación intelectual, menos en el propio sistema recursivo. Esta duda puede derivar: 1) de la ley procesal, que denomine sentencias a decisiones interlocutorias, o viceversa, lo que lleva a la parte a equivocarse en la elección del remedio adecuado; 2) el debate o discusión tanto doctrinaria como jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de cierto acto procesal, como sucede con la decisión que, antes de la sentencia definitiva del caso, decida sobre una cuestión incidental; y 3) que se interprete un auto judicial, por otro, solicitándose o dándosele la estructura de sentencia definitiva a una interlocutoria, o viceversa. En todas estas hipótesis, repárese en que la persona es llevada a cometer el error, quedando demostrada la ausencia de mala fe en la presentación del embate.

Sin perjuicio de haber adquirido tal carácter una posición exorbitante, conviene puntualizar que no resulta el único.

Otro estándar que se encuentra a menudo resulta ser la "ausencia de error grosero". En tal sentido, se ha afirmado (DIDIER) que esta es la otra cara de la exigencia de la duda objetiva. Es decir, si no hay controversia en cuanto a la idoneidad del recurso que corresponde incoar (léase: si no hay real duda objetiva), entonces el error, si se comete, es grueso. MARINONI apunta otro supuesto: aunque en determinadas circunstancias sea posible admitir una duda objetiva entre algunas especies recursivas (como queja y apelación), no se puede admitir la incidencia de fungibilidad, si el interesado se basa en un recurso completamente inhábil en la especie, como en el caso de algún recurso constitucional.

Por último, el "plazo correcto": la interpretación es pacífica con respecto a la necesidad de que un ataque recursivo debe ser interpuesto dentro de aquel que sería el apropiado para el que realmente se persigue. Es una medida para frenar el uso de mala fe. Es que la interposición extemporánea o intempestiva podría demostrar que el atacante sabía que la vía para la reparación perseguida era otra, pero para ésta había fenecido el plazo.

¹³⁴ SILVA LEMOS, VINICIUS: "La fungibilidad recursal excepcional...", cit.; pág. 235 y ss.

Precisamente para evitar tal declaración de inadmisibilidad, ha traído el recurso cuyo límite de interposición preveía un plazo más largo.

La doctrina en general critica este tercer requisito; ¿por qué? Porque si la duda objetiva es un requisito para la aplicación de dicha fungibilidad, no hay forma de pensar que el recurrente puede solicitar un ataque equivocado, pero en el término correcto. Privaría inclusive dicho principio.

En el CPC/2015, se innovó en la admisibilidad *recursal* excepcional, con la intención de flexibilizar la cabida de estos recursos, cuando hubiera duda entre algunas hipótesis de cabida, posibilitando la aplicación del principio de la fungibilidad entre estos recursos, tanto en la interposición de recurso especial en la hipótesis de extraordinario, cuanto en la situación inversa. Entre tanto, hay que imaginar que el equívoco solamente sería posible de ser tergiversado cuando hubiera una duda plausible, en hipótesis completamente subjetivas de cabida de ambos recursos¹³⁵.

La fungibilidad, siendo también una excepción recursal es una realidad en el CPC/2015, totalmente positivada. Si en el CPC/1973 era una construcción jurisprudencial y una aceptación por la doctrina, ahora tenemos hipótesis reales y tipificadas de fungibilidad recursal¹³⁶.

VI.3) COLOFÓN

El sistema brasileño le ha dado un tratamiento más pormenorizado -inclusive llegando a normativizar el principio-, con reglas específicas y claras que no solo establecen pautas conocidas ex ante y otorgan certeza, sino que -por su contenido- desalientan al justiciable o profesional que pretenda laxamente asumir una tarea impugnativa.

VI.4) EL ABORDAJE -PRETORIANO- EN EL SISTEMA URUGUAYO

Entendido el derecho comparado como aquél que acerca -en cuanto a sus diferencias- a las legislaciones internas y propende a armonizar y/o unificar de manera progresiva la forma de concebir el derecho (dentro de idiosincrasias con cierto grado real de compatibilidad), no resulta ocioso -ahora- pasar revista del sistema uruguayo.

¹³⁵ SILVA LEMOS, VINICIUS: "La fungibilidad recursal excepcional...", cit.; pág. 236 y ss..

¹³⁶ SILVA LEMOS, VINICIUS: "La fungibilidad recursal excepcional---", cit.; pág. 237 y ss.

A diferencia del sistema brasileño, en la República Oriental del Uruguay ésta situación no está expresamente regulada; no obstante, tanto doctrina como jurisprudencia son pacíficas en la existencia del principio de “canjeabilidad o fungibilidad de los medios impugnativos”, por el cual se confiere preeminencia a la voluntad impugnativa por encima de las formas procesales.

Léase: de interponerse erróneamente un recurso (o medio impugnativo en general, que no correspondía) pero igualmente cumpliendo con los requisitos del que se debió de haber interpuesto, se entiende interpuesto el que sí correspondía.

En la regulación general establecida en el Código General del Proceso (“CGP”, que rige para todos los procesos y estructuras generales en todo el país, salvo aquellos excepcionados o expresamente exceptuados), se entiende que este principio se deriva principalmente del art. 24 numeral 3), y también del 2 y el 6 de dicha ley de enjuiciamiento civil¹³⁷.

En aplicación de este principio, entonces, es frecuente que se admitan recursos o medios impugnativos distintos del efectivamente presentado, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de procedencia del que sí correspondía.

Para poner un ejemplo: en el CGP tanto el recurso de aclaración (por extremos oscuros o imprecisos en la resolución judicial) como el de reposición (para obtener la revocación de todo o parte de la resolución judicial por el propio tribunal que la dictó), tienen un plazo de interposición de 3 días. Si el interesado interpone un recurso de aclaración pero finalmente solicita la revocación por contrario imperio de la resolución, técnicamente hubiera correspondido uno de reposición, pero al haberse presentado dentro del plazo que corresponde este último, se podría admitir igualmente como tal de abastecerse el resto de los recaudos.

Otro ejemplo: si la resolución judicial se impugnaba no mediante recursos sino mediante la formulación de “oposición” en el plazo de 3 días, pero el sujeto en vez de eso interpone

¹³⁷ Artículo 24. Facultades del tribunal – El tribunal está facultado: (...) 3) Para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda cuando el requerido aparezca equivocado”. “Artículo 2°. Dirección del proceso – La dirección del proceso está confiada al tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este Código”. “Artículo 6°. Ordenación del proceso – El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso”.

un recurso de reposición en el mismo plazo, igualmente se entenderá admisible su impugnación.

En contraposición, un ejemplo donde no se admitiría el “canje”: en el CGP el recurso de reposición contra una sentencia interlocutoria se interpone en plazo de 3 días, y el recurso de apelación contra la misma en un plazo de 6. Si se interponen ambos (es decir, se pide la revocación por contrario imperio y en subsidio por el tribunal de alzada) habrá que hacerlo conjuntamente, y en este caso podrá interponer ambos en el plazo de 6 días de la apelación. Sin embargo, si luego el Juez entiende por alguna razón que esa sentencia interlocutoria no admitía apelación (por ejemplo, por estar en un régimen de apelabilidad limitada, como la etapa de ejecución) entonces el recurso de reposición (único admisible) habría sido interpuesto fuera del plazo de 3 días y será declarado inadmisibile.

Corolario de lo reseñado, el sistema uruguayo no es ajeno a la temática, solo que su abordaje ha sido más bien jurisprudencial y doctrinario, con parámetros que no resultan especificados en una norma procesal y cuya interpretación implica un arbitrio del juzgador en cada concreto, lo cual entendemos no resulta algo aconsejable si de debido proceso se trata.

VII.- EL PRECEDENTE "Y.E.A." Y EL TRATAMIENTO DEL RECURSO INDIFERENTE EN NUESTRA DOCTRINA

VII.1.1) LOS HECHOS DEL CASO

El Sr. "Y.E.A.", luego de fallecido su pareja y en virtud de la relación homosexual que databa de once años de convivencia ininterrumpida (previo al deceso), inicia reclamo administrativo ante la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener el cobro de la prestación de pensión por fallecimiento, efectuando un relato circunstanciado de los hechos que a su criterio habilitaban el otorgamiento de la mentada prestación (convivencia ininterrumpida durante 11 años con el afiliado causante, ostensible trato familiar, asistencia mutua material y afectiva, etc.).

La administración intimada en cambio (previo considerar confusa la situación planteada y requerir aclaración) rechazó su presentación en razón de no encontrarse contemplada en el art. 55 ap. 5º párrafo 3º de la ley 12.207. Esta decisión, fue recurrida aunque el Directorio denegó dicho embate administrativo y confirmó así la denegatoria de la prestación.

VII.1.2) LAS SENTENCIA DE GRADO Y EL RESOLUTORIO DEL TRIBUNAL DE ALZADA

Entablada la demanda por "Y.E.A." y corrido el respectivo traslado de ley (donde la entidad referida solicitó el rechazo de la pretensión actoral), el juzgado de la instancia de origen¹³⁸ hizo lugar a la acción de amparo promovida, dejó sin efecto las resoluciones -administrativas- denegatorias de la petición de pensión efectuada por el amparista, ordenando -en consecuencia- a la entidad demandada para que en el plazo de 10 días de curso a la pretensión del Sr. "Y".

Apelada que fue dicha sentencia por el condenado, el tribunal *ad quem*¹³⁹ revocó -por mayoría- tal pronunciamiento, toda vez que entendió de aplicación al sub examine el plazo de caducidad regulado por el art. 6 de la ley 7166¹⁴⁰ y declaró que *prima facie* no surgía probada con nitidez la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto cuestionado.

¹³⁸ Juzg. Cont. Adm. N° 1 LP; causa 1647-"Y E A C/. CAJA PREV. Y SEGURO MEDICO DE LA PROV. DE BS. AS. S/AMPARO"

¹³⁹ Cám. Cont. Adm. Departamental LP

¹⁴⁰ Ley provincial de amparo antecesora de la 13928, y otrora vigente al momento de suscitarse tal litigio.

Asimismo, sostuvo que la cuestión en debate mostraba elevados índices de controversialidad y diversas aristas doctrinarias y polémicas que tornaban al objeto litigioso de una complejidad tal que excedían el marco limitado del amparo y, además, que el actor no demostró que no pudieran acudir a las vías ordinarias sin daño grave e irreparable.

VII.1.3) EL EMBATE EXTRAORDINARIO LOCAL RECHAZADO -MAL CONCEDIDO- Y LA POSTERIOR QUEJA DENEGADA

Contra lo así resuelto, "Y.E.A." dedujo recurso extraordinario de inconstitucionalidad (REI), el que fue concedido. Y una vez arribada la causa a los estrados de la SCBA, el alto tribunal provincial declaró mal concedido el ataque extraordinario indicado, toda vez que entendió que el recurso extraordinario interpuesto no era viable, por cuanto la alzada no se había pronunciado sobre caso constitucional alguno, ni se advertía en el escrito impugnativo fundamentación en los citados términos, resultando además los agravios desplegados por el atacante ajenos al carril promovido y propios del de inaplicabilidad de ley¹⁴¹.

Interpuesto recurso extraordinario federal contra dicho interlocutorio, la SCBA denegó el ataque federal mentado, en cuya ocasión recordó que las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del derecho procesal son privativas de los tribunales locales y ajenas como regla a la competencia federal por lo que, en estos casos, se torna particularmente exigible que la apelación cuente respecto de los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un supuesto de inequívoco carácter excepcional, requisitos que en dichos autos -remató- no se satisfacen.

VII.1.4) EL DICTAMEN DEL PROCURADOR¹⁴² Y EL FALLO DE LA CSJN¹⁴³

Interpuesto recurso de hecho ante la CSJN, merituó el previo dictamen del procurador.

En este sentido, el ministerio público recordó que si bien la admisibilidad de recursos no son -en principio- revisables en esa instancia extraordinaria, tal principio reconoce excepción cuando lo resuelto implica un exceso de rigor formal que lesiona derechos

¹⁴¹ SCBA, Ac. 99.862; "Y., E. A. c/ Caja de Previsión y Seguro Médico de la Pcia. de Bs. As. Amparo".

¹⁴² CSJN, Y. 36. XLIII. RECURSO DE HECHO "Y., E. A. c/ Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁴³ CSJN, in re "Y. E. A. c/Caja de Previsión y Seg. Medico", (332:1616); sentencia del 28/7/2009.

constitucionales invocados por el recurrente, y conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada, sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el art. 18 de la Constitución (en ambos sentidos, por cita de precedentes de la CSJN).

Más allá de la mención referida sobre el mote de definitivita de la cuestión en ciernes¹⁴⁴, apoyo principalmente su dictamen en el hecho de que asistía razón al recurrente en lo que a la tacha de arbitrariedad se refiere, toda vez que -a su criterio- el sentenciador atendió a una cuestión formal, como ser el *nomen iuris* de la vía utilizada, en desmedro del estudio de los agravios conducentes que ponían en tela de juicio temas de derechos fundamentales llevados ante su estrado, sin dar otro basamento para ello.

Asimismo, apuntó que el fundamento de que la vía utilizada no era la adecuada (siendo que los agravios debieron encuadrarse en el marco del recurso de inaplicabilidad de la ley) resultaba insuficiente a la luz de las particulares circunstancias de la causa apuntadas; máxime cuando no se advertían -y como se señaló, tampoco los jueces expusieron- otras razones de mayor envergadura que permitieran poner a la sentencia apelada a salvo de la tacha de arbitrariedad al decisorio atacado. Dicho rigor formal, no condice con la extrema cautela con que deben actuar los jueces cuando atienden cuestiones inherentes al derecho previsional¹⁴⁵.

Corolario, la Corte Federal, en concordancia con dictaminado por la procuración, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada, ordenando devolver los autos al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los parámetros allí contenidos.

VII.2) EL TRATAMIENTO DEL RECURSO INDIFERENTE EN NUESTRA DOCTRINA

¹⁴⁴ Sostuvo: "...Cabe precisar que, como es sabido, para que el recurso extraordinario sea formalmente admisible es necesario que éste haya sido interpuesto contra una sentencia definitiva. Sobre el punto V.E. tiene dicho que cabe dar por cumplido dicho recaudo cuando se trate de una resolución que, sin ser de esta naturaleza, origine un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (Conf. Doctrina de Fallos: 298:312; 312:2348 entre otros). En este marco y sin perjuicio que los jueces de la segunda instancia local consideraron viable el inicio de una acción ordinaria posterior, en virtud del tiempo transcurrido, la delicada situación de salud alegada por el apelante y la índole de los derechos en juego, estimo que existe la posibilidad cierta de que se configure un agravio de difícil reparación ulterior, extremo que habilita, también, la vía extraordinaria intentada (v. Fallos: 317:164)..."

¹⁴⁵ Máxime, se insistió, cuando el a-quo omitió pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en orden a la aplicación e inteligencia de Tratados Internacionales en materia de discriminación, con argumentos -lo reitero-, de orden ritual.

Con claros fines propuestivos, conviene liminarmente aclarar -en primer lugar- que el tratamiento de la doctrina nacional sobre el tema ha sido de una intensidad fluctuante y dispersa, con un marcado desapego (o cuanto menos, no se ha explicitado) a las raíces intrínsecas que el instituto ostenta en su tierra natal (conf. capítulo "V").

De este modo, veremos diferencias entre quienes analizan el instituto en sí mismo y quienes en cambio efectúan un análisis epidérmico, aunque en su mayoría todos pretenden evaluar su posible compatibilidad con institutos de nuestro ordenamiento.

Asimismo, habida cuenta la dispersión referida, a los efectos del presente trabajo se intentará abordar la mayor cantidad de citas relevantes posibles, sin con ello pretender agotar tal extremo.

Comenzando entonces el análisis propiamente dicho, existe solo un puñado de autores que se han dedicado analíticamente a este instituto, lo que quizás derive en el implícito desconocimiento sobre sus pilares basales en el sistema de origen, o bien en una tácita toma de posición acerca de su improcedencia en nuestro derecho positivo¹⁴⁶.

Entre quienes lo han hecho con un grado aceptable de tratamiento científico, merecen recordarse al menos tres de ellos: en primer lugar, MORELLO, quien al analizar el principio de informalismo del procedimiento administrativo y la conveniencia de su aplicación en el proceso civil, entendió que aquel resultaba ser uno de los flancos donde se mostraba más útil, esencialmente en el marco de los recursos o medios de gravamen, por ser donde los posibles errores en la invocación de los motivos o causales que abastecen la impugnación, pueden distenderse en más de uno de los así tipificados, sosteniendo que su acogimiento permitiría que el órgano judicial esté en el deber de tramitarlo, de conformidad a lo que surge del contenido de la impugnación (v. gr. reposición o reconsideración contra una decisión judicial cuando lo que se articula es su nulidad o apelación). Conllevaría a un reaseguro de la función y un acabado contralor en la posibilidad revisora; en cambio, el rigor actual conspira para que se lo considere bien propuesto¹⁴⁷.

¹⁴⁶ RAPALINI, GUSTAVO G.: "Recurso indiferente" y sistema recursivo en el procedimiento administrativo argentino: ¿vínculo parental?", *elDial.com* - DC1E1A

¹⁴⁷ MORELLO, AUGUSTO M.: "*Experiencias del procedimiento administrativo que pueden contribuir al mejoramiento del proceso civil*", LA LEY 1987-A, 1097-LLP 1987, 446.

En otro orden, BERIZONCE, quien –a su turno- entiende que a partir de la doctrina sentada en el *leading case* "Y.E.A." (más arriba analizado) se ha iniciado el camino hacia el informalismo y en dirección al recurso indiferente¹⁴⁸ en el procedimiento civil.

Recuerda dicho autor que sin perjuicio de las interpretaciones que han excepcionado en determinados supuestos del cumplimiento de recaudos formales, los tribunales argentinos no han admitido en general la doctrina del recurso indiferente; lo que *a contrario sensu* sería suponer (para dicho autor) que existirían ciertos antecedentes vernáculos que han hecho lugar a tal instituto germánico.

Y, en definitiva, entiende que el caso "Y.E.A." resulta un singular precedente ya que sin perjuicio del inexcusable yerro del recurrente, el mensaje de la CSJN ha sido que cuando están en juego derechos fundamentales sensibles con anclaje directo en la Constitución y los Tratados de derechos humano, su frustración no podría sustentarse en razones puramente formales.

Y que frente a tal escenario –concluye- bajo el manto de la irrelevancia de las cuestiones formales, pierden entidad no solo el *nomen iuris*, sino aun el principio de unicidad de los recursos¹⁴⁹.

Por último, ENRIQUE FALCÓN, quien si bien reconoce que no existe ni el CPCCN, ni en los códigos provinciales, una disposición expresa relacionada con este tipo de recurso, entiende que existen otro tipo de disposiciones y principios jurídicos aplicables; entre ellos, las potestades ordenatorias e instructorias que el ritual confiere al juzgador (art. 34, inc. 5° "B"; art. 36, inc. 2° y 3° del CPCC), recuerda que en el procedimiento administrativo nacional, el decreto 1759/72, art. 81, acoge expresamente el recurso indiferente¹⁵⁰.

Entiende que esta suerte de atenuación de la rigidez formalista se debe a la decadencia del principio dispositivo llevado a sus últimas consecuencias, a que la simple concesión del recurso no implica en modo alguno el cambio de la resolución apelada, y no siempre las resoluciones tienen la claridad que debiera caracterizarlas, y por último, en las distintas

¹⁴⁸ BERIZONCE, ROBERTO O.: "El principio de legalidad formal bajo el prisma de la constitución normatizada"; Los Principios Procesales, p. 114 Librería Editora Platense, La Plata.

¹⁴⁹ BERIZONCE, ROBERTO O.: "El principio de legalidad..." cit., p. 115.

¹⁵⁰ FALCÓN, ENRIQUE M.: "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", T° VII, p. 90 y 91, y nota al pie "N° 73". Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.

clases de recursos con sus diversos cómputos de términos y disimiles trámites de interposición y fundamentación¹⁵¹.

Hasta aquí, la referencia doctrinaria a quienes han dedicado puntual abordaje del instituto. No obstante ello, existen otros autores vernáculos que aún con menor énfasis, han hecho cuanto menos una mención del instituto.

Para MIDÓN, pese a su difundida terminología (“doctrina del recurso indiferente”) en punto a su auténtica naturaleza, no se trataría de una mera doctrina, ni tampoco de un recurso. Menos aun, debería ser indiferente su ejercicio por parte de los jueces. Es que nos hallamos en presencia de un poder deber del tribunal del recurso. Más concretamente, de una manifestación del poder deber de los jueces de dirigir, sanear y ordenar los actos del proceso (CPCCN, art. 34, inc. 5°).

En su virtud, y en aras de flexibilizar hasta donde sea posible el formalismo (cuya rígida aplicación desnaturaliza la esencia instrumental del servicio de justicia), los magistrados deben, en el sentido de imperativo, reencausar los recursos y demás vías impugnaticias inadecuadamente propuestas, asignándoles la denominación y trámite que corresponda. Empero siempre sujeto a una condición: que el recurso o vía de impugnación incorrectamente deducido satisfaga los requisitos formales inherentes de la figura que resulte adecuada en función de las circunstancias del caso¹⁵².

Fiel a su estilo de vanguardia¹⁵³ PEYRANO entiende que la utilización del denominado “recurso indiferente” se subsume en el funcionamiento del principio procesal civil del máximo rendimiento, por cuanto implica la reconfiguración de algún recurso o la creación de uno nuevo de tinte pretoriano. Si algo caracteriza al funcionamiento del “recurso indiferente” (al cual adjudica alguna aceptación en Argentina) es que funciona con lo que se tiene: podrá, vg. haberse equivocado la recurrente al interponer el recurso que no era el adecuado al tipo de resolución impugnada, pero de todos modos se considerará que ha planteado el que correspondía y se procederá en consecuencia. Obviamente, la viabilidad del recurso indiferente posee límites y presupuestos (por ejemplo, la falta de claridad de la

¹⁵¹ FALCÓN, ENRIQUE M.: “El recurso indiferente”, LL-1975-B, p. 1140.

¹⁵² MIDON, MARCELO S.: “Teoría general de los recursos”, Cap. Quinto Bis, sub-acápite “II”; Ed. Contexto, Resistencia 2010. Aclara el autor que dicho giro no le pertenece, referenciando a Juan José FERREYRA, que su rol de docente y en clases relativas al tema examinado principia diciendo: “No es un recurso, ni debería sernos indiferente”.

¹⁵³ Con una genialidad que a veces transita por el asfalto, y a veces por fuera del mismo (como el recordado ex-piloto de fórmula 1 GILLES VILLENEUVE), lo que no opaca su peculiar estilo.

resolución cuestionada), pero como fuere es una interesante válvula de escape de rigores formalistas¹⁵⁴.

Un poco más allá aún, otras posturas entienden inclusive que el recurso indiferente constituye una valiosa herramienta que puede utilizar el juez en aquellos casos en que los litigantes no acierten o equivoquen en sus postulaciones, por lo cual logran con ello el debido resguardo de los principios de celeridad y economía procesal, propiciando su aplicación y valoran su eficacia como un medio para dar una rápida respuesta jurisdiccional frente a situaciones jurídicas distintas y diversas¹⁵⁵.

Sin ánimo de dejar fuera de la nómina a otros autores que pudieron haber abordado la temática, lo cierto es que los puntos más salientes (en mayor o menor medida) apuntan hacia las ideas citadas.

VII.3) NUESTRA OPINIÓN

El abordaje vernáculo analizado no se encuentra inmerso en una visión omnicomprensiva del instituto que permita razonablemente aspirar a una conclusión con el mayor grado de científicidad posible sobre sus alcances, sino que se trata de un análisis circunscripto a lo que se dedujo que dicho instituto implicaba.

En efecto, DWORKIN lo esquematiza con su habitual magistralidad: compartimos un concepto solo en la medida en que usamos los mismos criterios; aún así, en algunas circunstancias las personas que comparten un concepto de esa manera caen, no obstante, en un desacuerdo ilusorio sobre su uso apropiado¹⁵⁶.

Ello resulta un fenómeno que en el mundo inclusive es objeto de investigación y desarrollo. Como recuerda MOLINA MARTÍNEZ un elemento verbal o paraverbal que posee una carga cultural específica en una cultura y que al entrar en contacto con otra cultura a través de la traducción puede provocar un problema de índole cultural entre los textos origen y meta. Dicho de otro modo: los culturemas no existen fuera de contexto, sino que surgen en el seno de una transferencia cultural entre dos culturas concretas. Podríamos

¹⁵⁴ PEYRANO, JORGE W.: "El principio del máximo rendimiento procesal en sede civil", http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/el_principio_del_maximo_rendimiento_procesal_en_sede_civil_0.pdf

¹⁵⁵ CROSSIO, AGUSTÍN: " Reflexiones en torno a la "doctrina del recurso indiferente" y la facultad del juez de reconducir el recurso inadecuadamente propuesto, p. 2. Diario N° 63, Año LII • ED 258 (2014)

¹⁵⁶ DWORKIN, RONALD: "Justicia para erizos", p. 199. 1ra Ed. en español. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2014.

decir que la palabra X funciona como culturema entre las lenguas A y B, pero no necesariamente entre las lenguas A y C¹⁵⁷.

En lo que al recurso indiferente implica, se han sucedido todas las situaciones teóricas y someramente apuntadas: o bien no se percibe identidad conceptual entre lo que se pretende analizar y lo que realmente se analiza; o bien, las implicancias o consecuencias de lo que se pretende analizar resultan una construcción subjetiva del autor, desaprehendida de lo que realmente es.

Ello, aunque con innegables loables intenciones, ha permitido en cambio una distorsión de pilares basales del sistema de enjuiciamiento civil que en los hechos no genera más que inestabilidad e inseguridad jurídica. Un ejemplo de lo que CAMPS denomina el lado oscuro de la eficacia procesal¹⁵⁸.

No en vano se ha dicho que tiene más importancia advertir cómo recepta el interlocutor lo que decimos, que cómo y qué decimos: al elegir el contenido del mensaje, tener en cuenta el significado que podrá otorgar quien lo recibe en función de su condición de vida, contexto socio-cultural, capacidad de expresión y comprensión de textos, etc.¹⁵⁹.

Por lo demás, nos permitimos considerar cuanto menos llamativa la doctrina del precedente "Y.E.A." (CSJN), máxime si se aprecia una suerte de doble estándar de dicho máximo tribunal federal, como el dios Jano¹⁶⁰ de la mitología griega. En efecto: la Corte

¹⁵⁷ MOLINA MARTINEZ, LUCÍA: "El Otoño del pingüino: análisis descriptivo de la traducción de los culturemas", pag. 78 y 79. Año 2006

¹⁵⁸ CAMPS, CARLOS E.: "El lado oscuro de la eficacia procesal"; <https://carloscamps.com/2018/05/11/el-lado-oscuro-de-la-eficacia-procesal/> El auto explica que la eficacia procesal -concebida como derecho humano- busca, por un lado, identificar cuáles son los particulares requerimientos, aquellos con urgencia, grave entidad o merecedores de especial protección, de la gente que acude a los tribunales y, por el otro, seleccionar, diseñar -si es necesario- y aplicar los procedimientos que más rápido y de mejor modo brinden una respuesta útil a ese reclamo. En tal camino nos hallamos desde hace tiempo, proponiendo formas de análisis, argumentos y figuras que puedan servir para estos objetivos. Partiendo de estas mismas intenciones - loables, por cierto- encontramos casos donde las figuras propuestas, por su diseño, desconocen innecesariamente derechos y garantías de sujetos intervinientes en los procesos, perjudicándolos e - indirectamente- perjudicando el trámite al dejar instalado el germen de la invalidez o nulidad de un trámite completo o de parte esencial de él. Estas figuras son las que nos colocan en el lado oscuro de la eficacia procesal.

¹⁵⁹ DI PIETRO, MARÍA C.: "Comunicación como puente de cambio. El conflicto jurídico-judicial. Complejidad, positivismo y lenguaje", ponencia presentada en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, Septiembre de 2017; Asimismo: DI PIETRO, MARÍA C.: "La Superación del Conflicto", Ed. Alveroni. 2ª ed. 2017

¹⁶⁰ "Jano" en la mitología romana, es el dios de las puertas, los comienzos, los portales, las transiciones y los finales. Por eso le fue consagrado el primer mes del año y se le invocaba públicamente el primer día de enero, mes que derivó de su nombre (que en español pasó del latín Ianuarius a Janeiro y Janero y de ahí

Nacional (con la misma integración que se expidió en "Y.E.A.") exigió anteriormente mediante una Acordada (4/2007) que los recurrentes no sobrepasen un límite máximo de hojas y renglones por cada una de ellos, sin dejar de advertirles que citen los fallos de la propia Corte conforme el tomo y folio de su publicación¹⁶¹ -mientras que en sus propias decisiones ese mismo organismo no la cumple, al citarlos conforme la colección "Fallos"-.

Es más, en los propios fundamentos de esa misma Acordada 4/07, si citaron los fallos conforme la colección "Fallos".

Este análisis nos llevaría a una pregunta ineludible: cuando hablamos de la CSJN y a su ideología en el tópico, a cual de ambas caras nos referimos?; a la que pretende consagrar garantías a favor del justiciable, o a la que pretende arbitrariamente cercenarlas?.

Desde luego, no se trata de insinuar un desprecio por parte de los ministros a la trascendental función que cumplen como postreros custodios de nuestra carta magna federal, sino tan solo de desmenuzar datos objetivos de la realidad.

derivó a enero). Jano es representado con dos caras, mirando hacia ambos lados de su perfil y no tiene equivalente en la mitología griega. El Janículo, colina ubicada en Roma, debe su nombre a este dios.

¹⁶¹ art. 9, Ac. 4/2007

VIII.- EL RECURSO INDIFERENTE Y EL DERECHO AL RECURSO: UNA MIRADA TRANSVERSAL

VIII.1) INTROITO

Tomando como disparador el título del presente capítulo y habiéndonos ya ocupado de la teoría del recurso indiferente (o paralelo) en gran parte del presente trabajo (en particular, en el capítulo “5”), conviene entonces adentrarse en el abordaje de lo segundo.

Nuestro propósito será ahora introducirnos rápidamente en el instituto en ciernes, para analizadas algunas cuestiones sobre su naturaleza y objeto, concluir con nuestra opinión sobre el punto de contacto con el recurso de indiferente, y en definitiva si resultan ser -ambos- eminentemente antagónicos, o si por el contrario puede encontrarse un punto de convivencia.

Sin ánimo de agotar tal cuestión, nos limitaremos a examinar si en el proceso civil y comercial local existe tolerancia -o no- entre la teoría del recurso indiferente y el derecho al recurso.

VIII.2) ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Instalados ya en el campo del procedimiento, la garantía amplia y genérica del debido proceso comienza a encontrar puntualizaciones; una de ellas es el derecho de toda persona a tener un recurso contra la sentencia de condena. En efecto: la doble instancia, o el derecho a obtener dos resoluciones judiciales sucesivas sobre un mismo hecho, es un principio emblemático de la ciencia procesal, que afincan en la seguridad jurídica y en el derecho que tiene el justiciable al control de la sentencia¹⁶².

A ese respecto, no puede soslayarse que los tratados internacionales se han ocupado de legislarlo específicamente previendo que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad –entre otras garantías- a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2.h CADH); o bien, que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a

¹⁶² GOZAINI, OSVALDO A.: "Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano"; Tº I, p. 595; La Ley, Buenos Aires 2014. El autor utiliza la terminología "control jerárquico" que no compartimos, toda vez que se trata de distintas competencias en razón del grado, y no de una línea jerárquica, más bien -esta última- propia de una organización de lo que solo ha quedado el resabio.

que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo previsto por la ley (Art. 14.5 PIDCyP).

Pero esos tratados internacionales de derechos humanos¹⁶³ no resultan ser la única fuente en el tópic, sino que también existen pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁴ y de la propia Corte regional que se han ocupado de ello y que asimismo resultan vinculantes para el derecho interno argentino.

El Tribunal regional que surge del Pacto de San José de Costa Rica ha expresado en reiteradas oportunidades que sus pronunciamientos son vinculantes para los litigantes, por lo que deben ser acatados en forma irrestricta¹⁶⁵; es más: cuando el Estado no ha sido parte en el proceso internacional donde se fijó la jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención, la conducta de sus autoridades públicas y la de la totalidad de sus órganos incluidos en las instancias democráticas, están obligadas por el Tratado debiéndoselo acatar y considerar los precedentes y lineamientos judiciales del Tribunal Interamericano¹⁶⁶.

Este último resulta un punto álgido por cuanto existen diversas posturas sobre la vinculatoriedad o no de tales pronunciamientos a nivel interno (el caso *Fontevicchia*¹⁶⁷, por mencionar alguno) y asimismo en lo que al real límite de tal garantía incumbe. Y si bien ambas cuestiones exceden el objeto del presente trabajo, razones metodológicas aconsejan cuanto menos plantear los interrogantes existentes en cuanto al segundo.

Sin ánimo de zanjar la cuestión, entendemos que lo que no puede desconocerse es que el principio de supremacía de la constitución ha comenzado a erosionarse hace tiempo, a partir de que un estado parte en un tratado o una convención -como es del caso- reconoce derechos humanos y adquiere derechos y obligaciones internacionales objetivas *erga omnes*¹⁶⁸.

¹⁶³ Para nosotros, la constitución misma (art. 75, inc. 22)

¹⁶⁴ CSJN, *in re* "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional" (6/8/2013), Id SAIJ: FA13000112

¹⁶⁵ HITTERS, JUAN C.: "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana". LA LEY 2012-C, 1215.

¹⁶⁶ HITTERS, JUAN C.: "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana". LA LEY 2013-C, 998.

¹⁶⁷ CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (14/2/2017); Id SAIJ: FA17000003

¹⁶⁸ REY CANTOR, ERNESTO: "Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos", p. 42. Editorial Porrúa, México 2008.

En buen romance: las garantías judiciales recrean un nuevo perfil para el debido proceso, lo que obliga a actualizar los parámetros y, en este sentido, corresponde advertir cuanto atañe al derecho a recurrir ante un tribunal superior¹⁶⁹, y asimismo, cuanto más o menos -a su vez- según se trate o no de un proceso penal.

Tal ha sido la doctrina sentada por la propia SCBA, en el precedente "Inzitari"¹⁷⁰, en el cual -con voto del ex-Ministro HITTERS- concluyó que si bien parece no existir hesitación que respecto a los procesos criminales juega sin requilorios el art. 8.2.h., no debe predicarse lo mismo para los litigios no penales, ya que si bien el Tribunal Interamericano ha extendido, a partir de la O.C. 11/90¹⁷¹, las garantías del art. 8 a los juicios de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter, tal "dilatación" de la regla no alcanza a la totalidad de los litigios.

En lo que al presente incumbe, solo recordaremos que los Estados asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción¹⁷² y que la garantía en ciernes concurre a integrar el debido proceso legal.

VIII.3) AGUDIZANDO AÚN MÁS EL ANÁLISIS

Sentado lo expuesto, y en lo que aquí se pretende exhibir, conviene ahora fijar criterio sobre los alcances del derecho al recurso: si se adopta como una garantía individual o bien como un principio del proceso. En el primer supuesto, no pueden formalizarse condiciones ni límites a su procedencia, mientras que en el segundo caso las abstenciones son posibles¹⁷³.

¹⁶⁹ GOZAINI, OSVALDO A.: "Tratado...." cit; T° I, p. 599.

¹⁷⁰ SCBA, "Inzitari, Jorge Luis contra Sueño Estelar S.A. Despido" L. 101.556 (12/10/2011)

¹⁷¹ "...en materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el art. 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso..."

¹⁷² OC -2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29

¹⁷³ GOZAINI, OSVALDO A.: "Tratado...." cit; T° I, p. 600.

He aquí donde la respuesta compuesta se impone: si se trata de un proceso penal, no cabe duda de que el derecho al recurso (a través de la vía del "doble conforme"¹⁷⁴) ostenta el carácter de una garantía individual. Ahora bien, en los procesos civiles (*lato sensu*) o no penales, el derecho al recurso implica un mero principio del sistema de enjuiciamiento.

Más aún: cualquiera sea la conclusión que se alcance respecto a la exigencia constitucional de la doble instancia, o las modalidades que se encuentren para su definición (ya sea como derecho a la revisión de la sentencia penal condenatoria, o el derecho al recurso en todo tipo de procesos) lo cierto es que en todos, la impugnación no varía su naturaleza como derecho disponible, y como tal, es incluso renunciable¹⁷⁵.

Dicha renuncia puede ser expresa (ya sea antes o luego de la sentencia, siempre que sea una cuestiones que tolere tal dispensa), tácita o implícita (no atacar una resolución en tiempo oportuno permitiendo que la misma adquiriera firmeza) o bien siendo rechazado -por inadmisibile, insuficiente o improcedente- el medio intentado.

Pero volviendo al punto de inicio, los estados parte del pacto de San José de Costa Rica no incumplen -a nivel interno- las prerrogativas allí establecidas, en tanto pongan a disposición del justiciable la posibilidad de contar con la opción de recurrir un fallo (con los alcances del caso, según sea penal o no penal), mas ello no podría alcanzar -razonablemente analizado el instituto- la garantía de certeza o éxito de que el justiciable efectivamente alcanzare a utilizar -sí y solo sí- ese derecho.

VIII.4) ARMONIZANDO LOS INSTITUTOS BAJO ANÁLISIS

El derecho al recurso, como especie del género "debido proceso", encuentra inequívocamente apoyo no solo normativo sino asimismo jurisprudencial, tanto a nivel nacional como supranacional.

En lo que a su naturaleza jurídica y alcances refiere, hemos efectuado apreciaciones que implican básicamente escindir el enfoque según se trate de procesos penales o civilísticos (no penales).

¹⁷⁴ Del mismo modo que derecho al recurso y doble instancia no implican sinónimos (puede existir lo primero sin el segundo, o viceversa), el "doble conforme" opera -en el campo penal- como la posibilidad de una amplia revisión de la sentencia condenatoria.

¹⁷⁵ GOZAINI, OSVALDO A.: "Garantías, principios y reglas del proceso civil", p. 271/272; Eudeba, Buenos Aires 2015.

En estos últimos es donde redoblamos esfuerzos, y entendemos que el mismo se abastece con la mera posibilidad del justiciable de acceder a una vía recursiva que le posibilite el conocimiento de agravio de un tribunal de una distinta competencia en razón del grado.

Y que dicho principio (no garantía) se abastece cuando el estado en general y el legislador en particular han otorgado dicha opción en las respectivas leyes de enjuiciamiento, es decir, se le ha brindado la posibilidad, siendo su carga (imperativo del propio interés) utilizarla o no en el primer caso, y si decide hacerlo que los sea en el modo indicado.

En otros términos: de la misma manera que el derecho de acción (art. 14 CN) no garantiza el efectivo trámite de la causa¹⁷⁶ ni mucho menos su éxito, mismo razonamiento cabe para el derecho al recurso.

Y asimismo -en consonancia con el capítulo "III" del presente- que el apotegma *iuria novit curiae* encuentra su vasto campo de actuación en lo que la suficiencia o fundabilidad y procedencia del embate ordinario refiere, no así en la admisibilidad del ataque en ciernes.

Entender en las facultades ordenatorias o de saneamiento del juzgador mas allá de esos razonables límites, implicaría una válvula de escape para contradecir y desvirtuar cualquier postulado del sistema de enjuiciamiento civil vigente; v.gr.: órgano jurisdiccional que (por tales facultades) debería impulsar el procedimiento hasta su estadio inmediato, o bien, podría asimismo intimar o decretar *ex officio* la perención de la instancia¹⁷⁷.

No desconocemos ni desmerecemos los loables esfuerzos doctrinarios en pos de amplificar los poderes del juez en aras de magnificar los del justiciable, pero ello tiene un límite infranqueable que opera como luz de alerta roja: el debido proceso: si este se trasgrede con el mecanismo sugerido, no estamos frente a un postulado válidamente concebido.

¹⁷⁶ Podría -v.gr.- rechazarse *in limine* por muchas razones

¹⁷⁷ Cualquier parecido con la realidad, es pura coincidencia.

IX.- ¿EXISTE EL RECURSO INDIFERENTE EN LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES?

Parafraseando a ALVARADO VELLOSO, si algún autor intentare hoy pasar a afirmativas las definiciones negativas utilizadas jurisprudencialmente, no tendría más remedio que armar el respectivo concepto a base de un mínimo inventario de las frases hechas acuñadas por los más altos tribunales y que permiten que cada una de las causales de arbitrariedad opere como una suerte de verdadero *estándar* jurídico, que la mayoría de las veces sirven – sostiene- para cerrar la competencia de alzada cuando esta es legalmente infranqueable¹⁷⁸.

Sin llegar a dicho extremo (no porque no pudiera ser objetivamente comprobable) dicha idea resulta un buen puntapié inicial al presente acápite.

Y es que -como a continuación veremos- de la doctrina de la SCBA no puede extraerse una definición de lo que el propio tribunal conceptualiza como recurso indiferente, ni de forma afirmativa ni hermenéuticamente a contrario sensu, razón por la cual conviene tener presente las conclusiones brindadas anteriormente en la presente investigación.

IX.1) ACLARACIÓN PRELIMINAR ("DOCTRINA LEGAL")

Merece una previa aclaración (en la inteligencia del presente trabajo) el alcance de la voz "doctrina legal" para el ámbito de la SCBA, y en otro orden de ideas cuál será el sentido empleado en los acápites que siguen al abordar específicamente precedentes del dicho tribunal cimero.

Como es sabido, la SCBA ha subrayado -en forma monocorde- que la doctrina referida por el art. 279¹⁷⁹ de la ley de rito debe ser legal y además admitida por la propia Corte, monopolizando de ese modo la función de reconocimiento de la misma, al concebirla desde la perspectiva de su ente generador y no -como debió haber sido al decir de HITTERS- desde

¹⁷⁸ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: "El Debido Proceso", p. 71. Campus de la Academia de Derecho de la UNAM. http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/TP_Nro_09_Octubre_1989_El_Debido_Proceso_Alvarado_Velloso_Adolfo.pdf

¹⁷⁹ CPCCBA, Art. 279: Plazo y formalidades. El recurso deberá interponerse por escrito, ante el Tribunal que haya dictado la sentencia definitiva y dentro de los diez días siguientes a la notificación. Tendrá que fundarse necesariamente en alguna de las siguientes causas: 1º) Que la sentencia haya violado la ley o doctrina legal. 2º) Que la sentencia haya aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal. El escrito por el que se deduzca deberá contener, en términos claros y concretos, la mención de la ley o de la doctrina que se reputa violada o aplicada erróneamente en la sentencia, indicando igualmente en qué consiste la violación o el error.

el ángulo de su contenido; siendo entonces el citado organismo el que llenó el vacío fijando las fronteras del instituto analizado¹⁸⁰.

Ello así, podría inferirse (de los propios pronunciamientos de la SCBA) que doctrina legal es aquella doctrina judicial de ella emanada, y que haya sido expresamente utilizada como decisión de fondo para resolver un asunto ante ella traído, sin importar cuantas sentencias idénticas se hayan pronunciado en ese sentido, sino tan solo identidad de plataforma fáctica y plexo normativo en discusión.

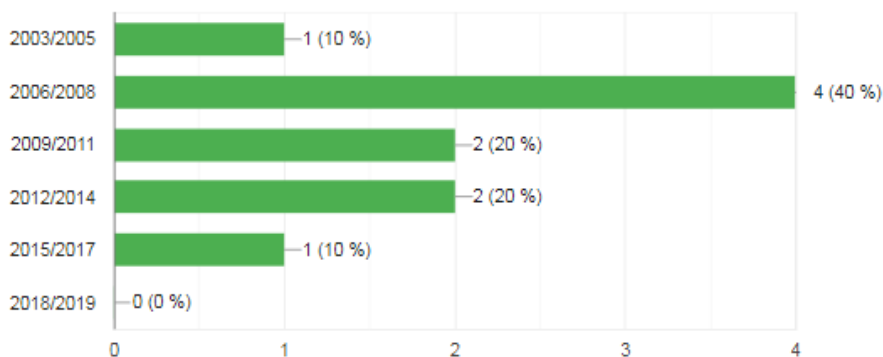
Sentado lo expuesto, en los párrafos que siguen habremos de referirnos a la "doctrina" de la SCBA -en el sentido del modo de pensar y/o enunciados que ha efectuado al respecto- y no de "doctrina legal" ya que, como veremos, no ha existido al día de la fecha un pronunciamiento que efectivamente tratase la doctrina del recurso indiferente y se hubiese pronunciado -concretamente- a favor o en contra, al analizar el fondo de una pretensión revisora.

IX.2) DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Lo cierto es que el máximo tribunal provincial de justicia -como adelantábamos- no se ha expedido aún concretamente sobre el tópico bajo investigación, no obstante lo cual lo ha mencionado en innumerables ocasiones, sin perjuicio de la variedad de situaciones fácticamente disimiles y jurídicamente distintas en las cuales lo ha hecho.

1) Año del precedente

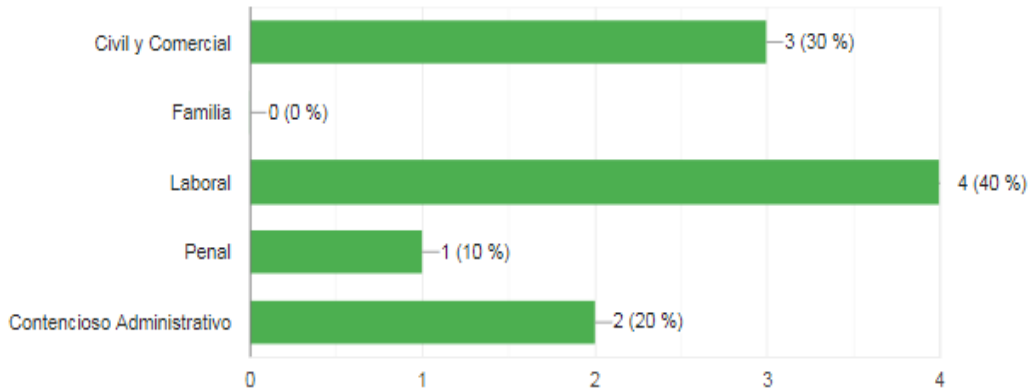
10 respuestas



¹⁸⁰ HITTERS, JUAN C.: "Técnica...", cit., Tº II, p. 333.

2) FUERO

10 respuestas



De todos modos, existe una única conclusión posible -como veremos-, cual es la no aplicación al día de la fecha de la doctrina del recurso indiferente para la interpretación de la SCBA.

Aunque esto último pareciera una buena noticia, adelantamos que no es así, por cuanto no hay -entendemos- una postura univoca y firme de aplicar dicho instituto, o lo que es aún más preocupante, no existe un tratamiento adecuado que permita inferir que cuando se ha utilizado la voz "recurso indiferente" se ha remitido específicamente al mismo¹⁸¹.

Desde tal óptica, se ha permitido -lisa y llanamente- concluir en que no es de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico procesal vigente la teoría del recurso indiferente¹⁸², aunque en otras ocasiones ha elaborado un argumento un tanto más explicativo: si bien es cierto que la casación debe mantener un criterio amplio, para evitar la frustración de su finalidad -ello así, considerando que la justicia moderna tiende cada vez más a concretar el principio de "*deformalizzazione*", es decir que va hacia el informalismo, y en el futuro deberíamos llegar al modelo del recurso indiferente- tal pauta carece de vigencia -por ahora- mientras las leyes de enjuiciamiento no sean modificadas¹⁸³.

¹⁸¹ Dicho de otro modo: cuando dije que se refería a ello, analizando los argumentos, no se refería a ello.

¹⁸² SCBA LP L. 116822 S 06/05/2015; "Lozano, Juan Carlos contra Lavagnino Metalmecánica y otro. Despido"

¹⁸³ SCBA LP L 115038 S 11/09/2013; "Schmidt, Jacobo Ernesto c/Terminal Quequén S.A. s/Diferencias salariales"; causa C 98854 S 11/06/2008; "Rubio, Domingo y otro c/Marcos, Hilda Carmen s/Cobro hipotecario"

Asimismo, ha dicho que en el campo de los recursos extraordinarios se advierte una característica propia, conocida como "principio de formalidad" (ajeno, por supuesto, a toda connotación excesiva o formulista), del que deriva, como uno de sus principales corolarios, la regla de la "unicidad" recursiva, según la cual cada resolución tolera -generalmente- un solo carril de impugnación. Si bien esta premisa, que impone al quejoso la carga de seleccionar adecuadamente el sendero de ataque, no prohíbe la interposición de más de un medio de impugnación en la misma pieza, sí exige delimitar con precisión cuáles son los argumentos que pertenecen a cada remedio, función que no puede ser ejercida oficiosamente por la Suprema Corte. Lo contrario llevaría a adoptar una posición lindante con el sistema germánico del recurso indiferente, según el cual bastaría que el recurrente postule el agravio que le ocasiona la resolución, para que el tribunal encasille la pretensión impugnativa en el carril correspondiente. Si bien de *lege ferenda* podrían analizarse los beneficios de dicha regla, es claro que nuestro régimen recursivo extraordinario vigente no la contempla¹⁸⁴.

En otro orden de ideas, se ha permitido resaltar que si bien no resulta de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico la teoría del recurso indiferente, por la cual basta apelar el decisorio y expresar los agravios que éste le causa al recurrente, para que el tribunal adecue la pretensión impugnatoria al tipo de recurso que corresponda, la interposición conjunta de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley no constituye por sí mismo una técnica impugnatoria que los descalifique cuando resulta posible discernir cuales agravios fundan cada uno de ellos y estos no se contraponen entre sí de manera que se neutralicen¹⁸⁵.

Los recursos extraordinarios deben ser delimitados según están contemplados en la legislación local porque lo contrario llevaría a adoptar una posición lindante con el sistema germánico del recurso indiferente según el cual bastaría que el recurrente postule el agravio

¹⁸⁴ SCBA LP L 115038 S 11/09/2013; "Schmidt..." cit.; causa A 70842 I 28/12/2010; "Rodríguez, Miguel Rafael c/Ministerio de Seguridad s/Cobro de pesos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad";

¹⁸⁵ SCBA LP A 68436 S 25/08/2010; "Giannino, Domingo Pablo c/Colegio de Abogados de Buenos Aires s/Pretensión anulatoria. Recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad". Aquí se verifica lo de la falta de adecuación entre lo que se refiere analizar, y el instituto propiamente dicho.

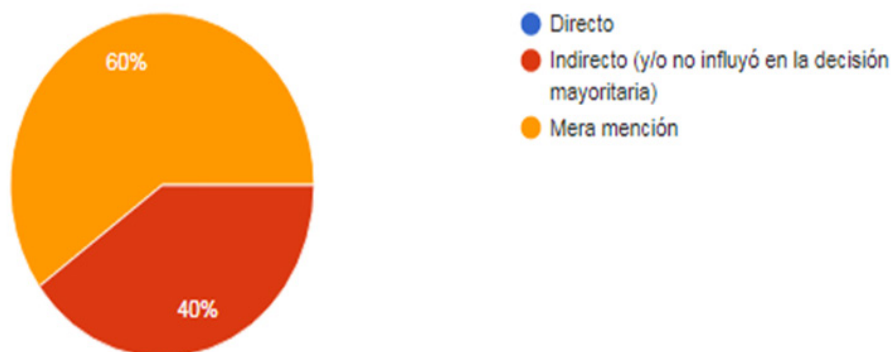
que le ocasiona la resolución, para que el Tribunal encasille la pretensión impugnativa en el carril correspondiente¹⁸⁶.

Inclusive, se ha expedido en ocasión de merituar la vía recursiva analizada y la introducción de cuestiones de raigambre federal: el carril recursivo idóneo para el planteamiento de cuestiones federales a la luz del control de constitucionalidad nacional es el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, por lo que no corresponde la introducción de las mismas por una vía que por su propia naturaleza no resulta apta para tales fines, siendo inadmisibile la creación por vía pretoriana de un recurso no previsto por la Constitución provincial, agregando a ello que no resulta aplicable en nuestro ordenamiento jurídico procesal vigente la teoría del recurso indiferente¹⁸⁷.

No es de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico procesal la teoría del recurso indiferente (por la cual habilitada la competencia revisora del Tribunal, éste adecua el agravio al carril recursivo correspondiente, independientemente del calificativo que le diera el recurrente) y en su consecuencia, no debemos perder de vista que la competencia funcional revisora, que no es oficiosa, reconoce los límites de los agravios que porte el recurso¹⁸⁸.

3) TRATAMIENTO

10 respuestas



¹⁸⁶ SCBA LP C 87270 S 17/09/2008; "Saint Germes s/Quiebra. Incidente de verificación de crédito promovido por Granja Macris S.A."

¹⁸⁷ SCBA LP Ac 86160 I 13/08/2003; "F. ,N. s/Infrac. art. 1 de la ley 11.825. Recurso extraord. de inconstitucionalidad"; SCBA LP P 101055 S 28/05/2008, "Z. ,P. D. s/incidente de apelación"

¹⁸⁸ SCBA LP L 83791 S 19/09/2007; "Becerra, Carlos A. c/D' Avolio, Alesio y otro s/Despido"

Como ha podido observarse, la opinión que adelantáramos no fue en vano: no existe al día de la fecha un tratamiento concreto y específico que permita afirmar que la SCBA ha tratado concretamente el recurso indiferente, y que acto seguido, se haya expido al respecto.

Por el contrario, la SCBA ha elaborado una sólida doctrina legal según la cual deben desestimarse los recursos extraordinarios si su fundamentación es promiscua (arts. 279 y 296, C.P.C.C.; 31 bis, ley 5827 texto según ley 13.812), en tanto los medios de impugnación a que se refieren los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial y por su parte el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, tienen fuentes distintas. Pretender fundarlos en los mismos argumentos o entrelazarlos de tal modo que se genera una confusión en la que no es posible desentrañar dónde comienza o finaliza uno u otro, provoca una promiscuidad argumental inadmisibles, que no es función de este Tribunal Superior suplir¹⁸⁹.

Es que los recursos extraordinarios tienen exigencias técnico-formales propias, de insoslayable cumplimiento, que la Suprema Corte no puede dejar de lado, pues de lo contrario, se infringen las normas de carácter constitucional y legal que lo sustentan (arts. 161, Const. prov.; 279 y 296, C.P.C.C.)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ SCBA LP Rc 121975 I 18/04/2018 “Da Silva, Juan Manuel y otro c/ Fisco de la provincia de buenos aires y otros s/ Daños y perjuicios. Resp. del Estado”

¹⁹⁰ SCBA LP Rc 121975 I 18/04/2018, cit.

X.- CONCLUSIONES

Conforme el objeto de investigación delineado al inicio del presente trabajo, se ha procurado aquí inicialmente determinar el origen en el cual se encuentra consagrado el “recurso indiferente” o “paralelo”, penetrando en los rasgos más salientes de su sistema procesal y en los principios procesales en los cuales se encuentra aquél ensamblado.

A partir de allí, la búsqueda se centró –como adelantamos- en disipar la veracidad o no de la hipótesis inicial, la cual partió desde dos ángulos, concatenados y consecuentes entre sí: el primero, saber -con exactitud científica- de qué hablamos cuando nos referimos a dicha doctrina (capítulo “V”); y en segundo lugar, si ha existido algún precedente comprobable de su utilización (capítulo “VII”) o si resulta compatible o no su inserción en nuestro sistema adjetivo local (capítulo “VIII”), cuanto menos, desde la faz pretoriana del máximo tribunal casatorio bonaerense.

Inclusive se ha puntualizado sobre dos referencias continentales de países vecinos que han abordado el tópico (capítulo “VI”) de manera legal o bien jurisprudencial/doctrinal, aunque no de manera directa, pero con una similitud que merecía su análisis.

Desde ese piso de marcha, hemos de concluir en que no ha existido por parte de la SCBA específico tratamiento de la cuestión, ni en forma directa ni de forma tangencial. Las referencias que se han hecho en los votos analizados permiten afirmar que no existía identidad entre lo que se pretendía referir y lo que efectivamente sostiene el instituto citado. Lógica consecuencia, tampoco existe doctrina legal (ni “doctrina”) en ese sentido.

Dicho de otro modo: la coincidencia en la semántica no ha implicado tratamiento en lo conceptual. Y al decir de la observación empírica de la situación¹⁹¹, no existe por el momento voluntad de ello se modifique a corto plazo, al menos.

La coyuntura actual indica que no existiendo (al momento de presentación del presente trabajo) proyecto de reforma constitucional local, el escenario difícilmente varíe del descripto y analizado. Ergo: la competencia constitucional atribuida a la SCBA seguirá siendo la misma y con el mismo carácter (restrictivo), lo cual confirma la infungibilidad recursiva objeto de análisis.

¹⁹¹ votos que citan entre sí con los mismos argumentos, la última referencia a la voz “recurso indiferente” en el motor de búsqueda de JUBA data del año 2015 y los carriles de impugnación extraordinaria no han sido sometidos a variación normativa alguna.

Lamentablemente nuestra historia política, legislativa y judicial está plagada de ejemplos de trasplantes irresponsables de institutos que en sus países de origen pudieron haber sido virtuosos, pero que insertos en nuestro sistema y en contacto con nuestra idiosincrasia, fracasaron (al menos, sin una modificación acorde para receptorlos).

No desalentamos que de *lege ferenda* pudiera tener una interesante relevancia discutir una eventual reforma procesal que recepcionara tal hipótesis con un pormenorizado catalogo de requisitos a cumplimentarse, pero de *lege data* la realidad no permite imaginar tal ensamble en forma seria.

Aun en el primer supuesto (evaluar una posible reforma), insistimos, dicha enmienda legislativa debiera ser precedida de una revisión constitucional en tanto nuestro derecho positivo no lo toleraría (como hemos sostenido), sin perjuicio de lo dicho sobre la competencia *sui generis* positiva o negativa que la propia SCBA se ha encargado de auto enmarcarse (capítulo “II”) sin que esa conducta al menos por ahora haya sido tachada de anticonstitucional.

En nuestra opinión, postular la lisa y llana terminación de las formas en materia recursiva extraordinaria (como regla general) y reemplazar todo el andamiaje impugnativo local con la doctrina en estudio, además de inconstitucional, afectaría insalvablemente el derecho de defensa en juicio y el debido proceso de los justiciables, contrariamente a lo que se comúnmente se sostiene que se pretendería salvaguardar.-