

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Director
Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro

Año 2021 – Número 2

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**INTERCONTINENTAL
EDITORIA**

Asunción, Paraguay

© **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
GACETA JUDICIAL
Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 2/2021
Primera edición 2021: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJ)
DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, MINISTRO ENCARGADO

COORDINACIÓN
ABG. ERIKA SCHLICHTING GARCETE
ABG. SIRA GREEN DA RE

EQUIPO DE ELABORACIÓN
ABG. NORA BANICIE MURDOCH GUIRLAND, INVESTIGADORA
ABG. ALEXANDER ARGÜELLO ALDERETE, INVESTIGADOR
ABG. MARÍA CRISTINA SANABRIA SANABRIA, INVESTIGADORA
ABG. MARIELA ALEJANDRA MOLINAS DURÉ, OPERADOR INFORMÁTICO

EQUIPO DE EDICIÓN
APOYO DE LA DIRECCIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DISEÑO DE TAPA
SOFÍA ORREGO DURAÑONA

Contactos: gacetajudicialesj@gmail.com – Tel.: (021) 420 570, interno 2790

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S.A.**
Caballero 270. *Teléfonos:* 496 991 - 449 738
Fax: (+595 21) 448 721
Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py
E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98
ISBN: 978-99967-12-40-1

CONTENIDO

ÍNDICES

Índice Temático	11
Índice por Tribunales	17

DOCTRINA

LOS MEDIOS TELEMÁTICOS COMO ACCESO A JUSTICIA EN EL FUERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	21
Por Pili Rodríguez	

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE APELACIONES. Atribuciones. Reenvío. SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Fundamentación insuficiente. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Trámite y resolución. Medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio. Base de la Medición. C.S.J. Sala Penal. 26/03/2021 (Ac. y Sent. N° 297).	33
ENTIDADES AUTÁRQUICAS. Instituto de Previsión Social. ACCIÓN DE AMPARO. Presupuestos. Legitimidad. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. Vademécum. TApel. Civil y Comercial. Segunda Sala. 18/02/2021 (Ac. y Sent. N° 5).....	61
CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. Derecho a la salud. ENTIDADES AUTÁRQUICAS. Instituto de Previsión Social. ACCIÓN DE	

CONTENIDO

AMPARO. Presupuestos. COSTAS. TApel. Penal. Segunda Sala. 23/10/2020 (Ac. y Sent. N° 72).....	77
DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. Proceso Laboral. De las nulidades del procedimiento. DERECHO LABORAL. Calificación Jurídica. Principios Generales. LEY N° 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. De los actos jurídicos en general. Subordinación o dependencia. Principio de primacía de la realidad. Principio de inversión de la prueba. TApel. Laboral. Primera Sala. 03/11/2020 (Ac. y Sent. N° 130).....	85
RECURSO DE ACLARATORIA. Objeto del Recurso de Aclaratoria. DERECHO LABORAL. Principio General. Principio in dubio pro operario. CÓDIGO PROCESAL LABORAL. Principio de inversión de la prueba. CÓDIGO LABORAL. Indemnización complementaria. Indemnización compensatoria. TApel. Laboral. Primera Sala. 06/11/2020 (Ac. y Sent. N° 140).	125
RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. DERECHO DEL NIÑO. DESARROLLO INTEGRAL. Normativas. DERECHO A SER OÍDO. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA. PATRIA POTESTAD. Ejercicio. Obligaciones. Fallecimiento. Padre. AUDIENCIA. Operadores de justicia. Participación. Mayoría de edad. AUTORIZACIÓN JUDICIAL. Rendición de cuentas. TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 05/03/2020 (Ac. y Sent. N° 07).....	137
RECURSO DE ACLARATORIA. AUTORIZACIÓN JUDICIAL. TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 24/06/2020 (Ac. y Sent. N° 19).	158
CONSTITUCIÓN NACIONAL. RECURSO DE AMPARO. Improcedencia. TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 13/07/2020 (Ac. y Sent. N° 25).	171
CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONSTITUCIÓN NACIONAL. REGLAMENTOS. RESOLUCIONES. INSTITUCIÓN EDUCATIVA. CÓDIGO CIVIL PARAGUA-	

CONTENIDO

YO. TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 22/07/2020 (Ac y Sent. N° 31).	174
CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. Derechos Humanos. CONTRATO. Efectos del Contrato. Cumplimiento de Contrato. TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 30/08/2020 (Ac. y Sent. N° 35).....	189
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA. PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN. EL PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD. VENIA JUDICIAL. CONFESIÓN JUDICIAL. DERECHO A SER OÍDO. NIÑO. Madurez. PRUEBAS. CONSTITUCIÓN NACIONAL. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. COSTAS. RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. VENIA PARA VIAJAR. DERECHO A LA DEFENSA. TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 01/09/2020 (Ac. y Sent. N° 43).	197



Índice Temático

ACCIÓN DE AMPARO, 61, 62, 78
 Legitimidad en la acción de amparo, 61
 Presupuestos, 61, 62, 78

AMPARO, 176
 Improcedencia, 176

AMPARO CONSTITUCIONAL, 177, 178

AUDIENCIA, 159
 Mayoría de edad, 159
 Operadores de justicia, 159
 Participación, 159

AUTORIZACIÓN JUDICIAL, 159, 160, 171
 Rendición de cuentas, 159

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, 177

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 199

CÓDIGO LABORAL, 126
 Indemnización complementaria, 126

CÓDIGO PROCESAL LABORAL, 88, 126
 Indemnización compensatoria, 126

ÍNDICE TEMÁTICO

Principio de inversión de la prueba, 88, 126
Reglas Generales, 88

CONFESIÓN JUDICIAL, 198

CONSTITUCIÓN NACIONAL, 174, 175, 176, 199

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 62,
189

Derecho a la salud, 77

Derecho a la vida, 62, 77, 189

Derechos Humanos, 189

CONTRATO, 190

Cumplimiento de Contrato, 190

Efectos del Contrato, 190

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 174, 175, 176

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 36

Atribuciones, 36

Sala Penal, 36

Trámite y resolución, 36

ÍNDICE TEMÁTICO

COSTAS, 78, 199

DERECHO A LA DEFENSA, 199

DERECHO A SER OÍDO, 139, 198

DERECHO DEL NIÑO, 137, 139, 140

DERECHO LABORAL, 86, 87, 88, 89, 125

Calificación Jurídica, 86

Principio de primacía de la realidad, 87, 88

Principio General, 125

Principio in dubio pro operario, 125

Principios Generales, 86, 87, 89

Subordinación o dependencia, 87, 89

DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO, 85

De las nulidades del procedimiento, 85

Proceso Laboral, 85

DESARROLLO INTEGRAL, 137, 140

EL PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD, 198

ENTIDADES AUTÁRQUICAS, 61, 62, 77

Instituto de Previsión Social, 61, 62, 77

Vademécum, 62

ÍNDICE TEMÁTICO

INSTITUCIÓN EDUCATIVA, 176, 177

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, 139, 160, 197, 199

LEY N° 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, 86

Calificación jurídica, 86

De los actos jurídicos en general, 86

NIÑO, 198

Madurez, 198

PATRIA POTESTAD, 158

Ejercicio, 158

Fallecimiento, 158

Obligaciones, 158

Padre, 158

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD, 139

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA, 140, 159, 197

PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN, 198

PRUEBAS, 198

RECURSO DE ACLARATORIA, 125, 171

Objeto del Recurso de Aclaratoria, 125

ÍNDICE TEMÁTICO

RECURSO DE AMPARO, 174, 175, 176

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO, 137, 138, 139, 140, 199
Normativas, 138, 139

REGLAMENTO, 175, 177

RESOLUCIONES, 175

SENTENCIA, 34, 35, 36, 37

Base de la Medición, 37

Fundamentación, 37

Fundamentación insuficiente, 34, 35, 36

Medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio, 36,
37

Vicios de la Sentencia, 34, 35, 36, 37

TRIBUNAL DE APELACIONES, 33, 35

Atribuciones, 33, 35

Reenvío, 33

VENIA JUDICIAL, 198

VENIA PARA VIAJAR, 199, 200



Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Penal

C.S.J. Sala Penal. 26/03/2021. “Recurso Extraordinario de Casación en los autos: M. M. E. y otros s/ Homicidio Doloso y otros” (Ac. y Sent. N° 297).	33
--	----

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Segunda Sala

TApel. Civil y Comercial. Segunda Sala. 18/02/2021 Marcial Darío Ayala García c/ I.P.S s/ Amparo (Ac. y Sent. N° 5).....	61
--	----

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Segunda Sala

TApel. Penal. Segunda Sala. 23/10/2020. Amparo Constitucional de Pronto Despacho promovido por la Sra. Fanny Inés Fleitas de Pedretti c/ el Instituto de Previsión Social (Ac. y Sent. N° 72).	77
--	----

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TRIBUNAL DE APELACIÓN LABORAL

Primera Sala

TApel. Laboral. Primera Sala. 03/11/2020. “Ricardo Julián Paredes Rodríguez c/ Santa Clara S.A. Ctro. Med. Priv. y otros s/ Cobro de Guaraníes en Diversos Conceptos (Ac. y Sent. N° 130).	85
TApel. Laboral. Primera Sala. 06/11/2020. “Tomas Alfredo Cáceres Franco c/ CJX S.A. Importación y Exportación s/ Despido Injustificado y Cobro de guaraníes en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 140).	125

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

Capital

TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 05/03/2020. Juicio: “A. C. S. s/ Régimen de Relacionamento” (Ac. y Sent. N° 07).	137
TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 24/06/2020. “Juicio V.Y.A.P. y otro s/ Autorización Judicial para hacer transacciones sobre los Derechos del Niño” (Ac. y Sent. N° 19).	158
TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 13/07/2020. “Juicio V.Y.A.P. y otro s/ Autorización Judicial para hacer transacciones sobre los Derechos del Niño” (Ac. y Sent. N° 25).	171

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 22/07/2020. Causa: “P. V. A. y otra en representación de su menor hija c/ Colegio C.E.P.B. s/ Amparo” (Ac y Sent. N° 31).	174
TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 30/08/2020. “J. J. M. A. c/ ASISMED S.A. s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 35).....	189
TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 01/09/2020. Causa: “J. C. M. V. K. s/ Venia para viajar con fines de radicación” (Ac. y Sent. N° 43).....	197



Doctrina

LOS MEDIOS TELEMÁTICOS COMO ACCESO A JUSTICIA EN EL FUERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Por Pili Rodríguez¹

*El desafío que significó la pandemia del COVID19 para todo el sistema de justicia ha hecho principalmente que uno de los fueros más sensibles, el de la niñez y adolescencia, busque inexorablemente garantizar la continuidad del servicio más allá de las restricciones sanitarias en virtud al cumplimiento de sus más altos principios como el interés superior y la efectividad de los derechos de la niñez y adolescencia, se conjugaban dos situaciones por un lado las medidas sanitarias de distanciamiento y reducción de actividades para evitar la propagación y el contagio y por el otro los procesos del fuero que están impregnados altamente del principio de inmediación principalmente en relación al niño, niña o adolescente sujeto de derechos y protección especial, es así que hasta parece una gran casualidad que el 6 de enero de 2020, dos meses antes de la vigencia de las medidas sanitarias, era promulgada la **Ley N° 6.495 “Que autoriza la imple-***

¹ Jueza de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno de la Ciudad de Luque. Abogada, Notaria y Escribana Pública. Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional. Especialista en Proceso, Arbitraje y Mediación por la Universidad de Salamanca, España. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay del Consejo de la Magistratura. Formadora Iberoamericana de Ética Judicial, Docente de Grado y Posgrado. Ponente Invitada en la Escuela Judicial del Poder Judicial de Lima Sur en agosto y octubre de 2020.

mentación del sistema de audiencias por medios telemáticos en el Poder Judicial y el Ministerio Público”, la misma regula el uso de los medios telemáticos para la realización de audiencias en los procesos judiciales que se tramitan en los distintos fueros que componen el Poder Judicial o ante el Ministerio Público los cuales tendrán carácter gratuito y asimismo establece que **se entenderá por medio telemático a toda comunicación a distancia entre dos o más personas que pueden verse y oírse en tiempo real a través de una red o de otro recurso tecnológico de transmisión.**² a cuyo análisis y aplicación en el fuero mencionado se aboca el presente trabajo.

El Artículo 3 de la analizada ley establece que podrán ser sustanciados por medios telemáticos **todo tipo de audiencias en general**, de todos los **fueros e instancias**, incluso aquellas que requieren **asistencia personalísima**. Aquí es importante destacar que desde la adopción por la Corte Suprema de Justicia de la **Acordada N° 1366/20 “Que reglamenta la actividad del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria”** donde se suspendieron las actividades del Poder Judicial en todas las Circunscripciones Judiciales pero que al mismo tiempo incluyó como excepción al fuero de la Niñez y Adolescencia, considerándolo como servicio de estricta necesidad se garantizó su funcionamiento para atender los casos urgentes como las **venias para viajar**, conforme a los Artículos 100 y 101, de la Ley N° 1680/01, a excepción de las venias con fines de radicación, que se tramita por el procedimiento general de acuerdo al mismo cuerpo legal, las **medidas cautelares de urgencia**, las **restituciones** y los casos de **maltrato**.³ Sin dejar de mencionar que posteriormente a través de la **Acordada 1446/20 “Que reglamenta la reducción de actividades en el Poder Judicial”** se dispuso que los Juzgados de Niñez y Adolescencia habilitados como servicio indispensable incluyan a las **demandas nuevas de alimentos** como procesos a ser tramitados como los demás ya establecidos por la 1366/20.⁴

² Art. 1 Ley 6495/20.

³ Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1.366/2020.

⁴ Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1.446/2020.

*Es así que la aplicación de la Ley 6495/20 resultaba imperiosa a los fines de la jurisdicción especializada donde las tramitaciones de los citados procesos habilitados incluyen indefectiblemente la realización de audiencias de sustanciación tal como lo estipula el Código de la niñez y adolescencia para las **venias para viajar** “...corresponderá al Juez de la Niñez y la Adolescencia conceder autorización para que el niño o adolescente viaje al exterior en los siguientes casos: a) cuando uno de los padres se oponga al viaje y b) cuando el padre, la madre o ambos se encuentren ausentes, justificado con la presencia de dos testigos. En el caso establecido en el inciso a), el niño o adolescente **deberá ser presentado al Juzgado** a su regreso...”⁵ en ese sentido también se dispone que en caso de disenso de uno de los padres con relación al viaje, la cuestión se resolverá por el **trámite establecido en el Artículo 94 de este Código** que establece el proceso para los casos de **Restitución** y que fuera modificado por la **Ley 6083/18** que igualmente dispone “...El Juzgado **convocará a las partes a una audiencia**, a llevarse a cabo en un plazo máximo de tres días, **ordenando la presentación del niño o adolescente** bajo apercibimiento de resolver la restitución del mismo al lugar donde convivía...Las partes **concurrirán a la audiencia acompañadas de sus testigos** y demás instrumentos de prueba y el Juzgado resolverá sin más trámite, siendo la resolución recaída apelable sin efecto suspensivo.”⁶ Es menester acotar en este punto que cada caso es sumamente particular quedando al buen tino del Juzgador o Juzgadora la pertinencia de la presencia del NNA principalmente en los procesos de Restitución que en caso de su procedencia el mismo debe ser restituido a su hogar habitual situación que en casos de extrema controversia sin avenencia de las partes podría tornarse dificultosa la ejecución de lo resuelto sin dicha presencialidad, debiéndose siempre encontrar ese justo equilibrio entre la intermediación y el derecho a ser oído y los cuidados sanitarios respectivos.*

*Asimismo en el caso de las medidas cautelares de urgencia la también noble **Ley 6486/20 “De promoción y protección del derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, que regula las medi-***

⁵ Art 100 de la Ley 1680/01 Código de la Niñez y Adolescencia.

⁶ Art 1 Ley 6083/18.

das de cuidados alternativos y la adopción” que entró en vigencia el 31 de enero de 2020 dispone que para la adopción de las medidas de urgencia en los casos de NNA en estado de vulnerabilidad que amerite la separación de su entorno familiar en ultima ratio, “...recibidos los antecedentes, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, o en su caso el Juzgado de Paz, dentro de las siguientes 6 (seis) horas **debe oír al niño, niña o adolescente personalmente** y considerarlo de acuerdo a su edad y grado de madurez, así como **verificar su estado general por sí mismo** o a través del informe brindado por la Defensoría Pública; y arbitrar las medidas cautelares de carácter urgente que fueren necesarias para garantizar al niño, niña o adolescente su seguridad e integridad física y psicológica...”⁷ Así como la realización de audiencia de sustanciación donde el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, debe **convocar dentro del tercer día a las partes** y en dicha audiencia **deberán ser presentadas las pruebas documentales, testimoniales** y demás pruebas que resulten pertinentes, igualmente las partes **deberán presentar al Juzgado los documentos que acrediten su identidad y la de los niños, niñas o adolescentes** sujetos de la protección también el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia **está obligado a oír al niño, niña o adolescente** conforme a su grado de desarrollo y madurez en un espacio adecuado para recibir sus declaraciones, evitando su exposición pública, la revictimización y su contacto con el victimario y estará **acompañado por el Defensor de la Niñez y la Adolescencia y un profesional del área de psicología del Equipo Asesor de la Justicia**, quienes **emitirán sus pareceres en forma verbal** y que **en ningún caso se podrá suspender la audiencia** fijada por ausencia del fiscal o el defensor de la niñez o de cualquiera de los técnicos...”⁸

Cabe igualmente mencionar que en los casos de **Maltrato** hacia los NNA la **Ley 4295/11** “Que establece el procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada” prevé para dicho proceso la realización de una **audiencia de sustanciación** dentro del tercer día donde las partes serán **convocadas por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia**, donde se deberán **ofrecer y diligenciar las**

⁷ Art 32 Ley 6486/20.

⁸ Art 34 Ley 6486/20.

pruebas y en caso de inasistencia injustificada de la parte denunciada a la primera citación, ésta será traída por la fuerza pública.⁹

*En ese mismo orden el proceso especial establecido para el reclamo de la **Asistencia Alimentaria** de conformidad a lo dispuesto en el Art 188 del Código de la Niñez y Adolescencia incluye a una **audiencia de rigor donde debe ser oído el alimentante** principalmente para ejercer su derecho a la defensa y pueda ser establecido un **monto provisorio de asistencia alimentaria** durante la tramitación de las pruebas y hasta tanto se dicte sentencia definitiva.*¹⁰

Sin duda alguna todos los procesos habilitados durante la suspensión y reducción de actividades en el Poder Judicial como medidas sanitarias ante la declaración de estado de emergencia nacional por la pandemia del COVID19 incluyen audiencias necesarias para la determinación de la resolución al proceso teniendo a la inmediación del juzgador o juzgadora como principio cardinal a más de los principios del derecho a ser oído y de interés superior de todo NNA como ejes transversales e ineludibles dentro de la Jurisdicción especializada contexto que ya ha tenido en cuenta el espíritu y la redacción de la ley 6495/20 en consonancia con el principio constitucional y convencional del Interés Superior del Niño explicito en el Art 54 de nuestra Carta Magna y 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño cuando rezan que en caso de circunstancias contrapuestas primará la que esté más ajustada a ese interés superior, la que radicará en su bienestar y permitirá la efectividad de sus derechos¹¹ en absoluta concordancia con los derechos de rango constitucional a la vida y la salud consagrados en los artículos 4 y 68 respectivamente de la ley suprema de la Republica.

Es así que para la implementación de los medios telemáticos en consonancia con los principios anteriormente señalados la ley 6495/20 requiere se den las circunstancias como la existencia de una dificultad significa-

⁹ Art 8 Ley 4295/11.

¹⁰ Art 188 Ley 1680/01.

¹¹ Art 54 Constitución Nacional de la Republica del Paraguay.
Art 3 Convención Internacional de los Derechos del Niño.

*tiva para asistir a la audiencia ante el órgano jurisdiccional por el compareciente al acto procesal debido a **una enfermedad u otras circunstancias personales***¹² con mayor razón desde el aumento de casos y expansión de contagios de Covid19 a fin de no exponer la salud de los usuarios y funcionariado judicial.

*También cuando por cualquier motivo, **así lo aconseje, el interés superior del niño, niña o adolescente.***¹³ En este sentido la salud y la vida de los sujetos de protección especial del fuero especializado constituyen en este contexto de pandemia su interés superior estimando que incluso no existiendo una ley que así lo estipule la reingeniería judicial ante dicha situación hubiera desde luego apostado a medios alternativos como los tecnológicos para precautelar tales fines, no obstante y para mayor refuerzo en la protección el concierto de Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia conforme las circunstancias dadas y los decretos del Poder Ejecutivo en torno a las medidas sanitarias hacían hincapié en el cuidado del sistema de justicia en relación a la presencia de los NNA en las sedes judiciales como la prohibición del ingreso de los mismos, a excepción de aquellas situaciones en que la presencia de los mismos sea **indispensable para un acto procesal**, así como el arbitrio de los mecanismos necesarios a fin de poder llevar a cabo las audiencias en los distintos fueros, por medios telemáticos a través de la Dirección de Tecnología y Comunicación en coordinación con los Magistrados y Magistradas la disposición de fijación de **3 (tres) audiencias por día como máximo, cuando la realización sea estrictamente necesaria y no pueda llevarse a cabo por medios telemáticos**, siendo las llevadas a cabo **por medios telemáticos ilimitadas**, no obstante en el caso NNA o de otras partes, se deberán establecer los **mecanismos necesarios para la protección correcta de todas las partes para realizar dicha diligencia ya sea dentro o fuera del recinto judicial**, es decir implementar todas las medidas de prevención y bioseguridad recomendando siempre a los usuarios que deberán asistir en la **cantidad mínima y estrictamente necesaria de personas.**¹⁴

¹² Art 3 inc b ley 6495/20.

¹³ Art 3 inc c ley 6495/20.

¹⁴ Art 16, 34, 39-41 Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1373/20.

*A medida del levantamiento gradual de las restricciones sanitarias se aumentó el número de audiencias presenciales a **4 (cuatro)** por día como máximo recomendando siempre exhortar fuertemente a los usuarios de justicia del fuero especializado a asistir en cantidad mínima y estrictamente necesaria de personas.¹⁵ Así como mantener la prohibición del ingreso de niños y adolescentes, a excepción de aquellas situaciones en que la presencia de los mismos sea indispensable para un acto procesal o **cuando ingresen a las sedes para trámites varios**, en compañía de sus padres o tutores bajo su absoluta responsabilidad ¹⁶ Ya en el 2021 se siguieron dictando acordadas relativas a las nuevas medidas sanitarias adoptadas por el Poder Ejecutivo siendo la constante el exhorto a los Magistrados a cumplir con las medidas, especialmente en lo relativo a la limitación de audiencias con presencia física de las partes y a la **utilización de los medios telemáticos**¹⁷, es decir que la ultimación de medios telemáticos para la realización de audiencias así como para la realización de otros procedimientos como remisión de documentos, ratificaciones de firmas se fueron convirtiendo en una metodología de trabajo cotidiano principalmente en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia.*

*La utilización de medios telemáticos también pueden constituir una **garantía de la realización de la diligencia**, cuando, debido a la distancia existente entre la sede jurisdiccional y el domicilio de la parte, del testigo, del perito o del compareciente que se encuentre privado de su libertad, el traslado pueda verse frustrado ante la falta de los **recursos necesarios** para el efecto o se vea impedido o dificultado por otro motivo atendible¹⁸, aquí opera con mayor énfasis el principio de la efectividad de los derechos de los NNA que se encuentren en proceso judicial de modo que la concreción de los mismos no se vea obstaculizada por la falta de realización de las audiencias, acto neurálgico de los procesos de dicho fuero como ya se pudo observar anteriormente, así como a su vez la aplicación de las **100***

¹⁵ Art 21-23 Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1466/20.

¹⁶ Art. 7 Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1490/20.

¹⁷ Art. 34 Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1507/20.

¹⁸ Art 3 inc d-e Ley 6495/20.

Art. 34 Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1507/20.

Reglas de Brasilia de acceso a justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, instrumento intencional ratificado por la Corte Suprema de Justicia por Acordada No 633/10 que considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable, debiéndose ser estos objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo, igualmente ante dichas circunstancias de vulnerabilidad los servidores y operadores del sistema de justicia otorgaran el trato adecuado a estas circunstancias singulares, constituyendo causas de vulnerabilidad, no solo la edad también la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, dándose frecuentemente una concurrencia de varias vulnerabilidades en un solo NNA, recomendándose así priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia con agilidad y prioridad adoptando medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto, cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, enfatizándose aún más en el contexto pandémico actual. La proximidad de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación, la comparecencia de una persona en condición de vulnerabilidad de manera adecuada, evitar comparecencias innecesarias, la grabación en soporte audiovisual del acto así como el aprovechamiento de las nuevas tecnologías para mejorar las condiciones de acceso a la justicia son normativas de este instrumento cuya aplicación transversal confluye perfectamente para optar por la utilización de los medios telemáticos para favorecer la realización de los derechos de la niñez y adolescencia.¹⁹

Otro factor importante para la realización de actos procesales y concurrencia de las partes a través de medios telemáticos es la autorización por el Juzgado o Tribunal, mediante **resolución fundada**, especialmente

¹⁹ Acordada N° 633/10.

*en casos de hechos punibles relacionados con la violencia de género o violencia intrafamiliar, crimen organizado, dificultades que impidan comparecer físicamente, distancia considerable para acceso a la sede del Poder Judicial o del Ministerio Público, el traslado para la audiencia implique cuestiones de seguridad, es decir expresar y justificar en la resolución que dispone la utilización de medios telemáticos los motivos de la misma, y asimismo dicha disposición puede ser establecida **de oficio, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, o a petición de la autoridad administrativa encargada de institutos penales**, para los casos de personas privadas de libertad, reforzándose así el **principio de oficiosidad** propio del fuero de la niñez y adolescencia, igualmente la **irrecurribilidad de la resolución**²⁰ como forma de efectivizar las audiencias llevadas a cabo de forma telemática sin dilación alguna.*

*En relación al principio de acceso a justicia y efectividad de los derechos de los NNA resulta interesante la disposición del Artículo 5 de la ley 6495/20 cuando en casos en que existan dificultades para la utilización de medios telemáticos y persisten algunas de las circunstancias especiales como las descriptas anteriormente, el Juez, Jueza o Tribunal o el o la Agente Fiscal, deberá **arbitrar las medidas y los medios para trasladarse hasta el lugar en que se encuentra el deponente**, siendo dicho procedimiento también de carácter **gratuito** ²¹ debiéndose acotar que deberá primar siempre el cumplimiento de los protocolos sanitarios respectivos en todo momento y en todo lugar.*

*Con respecto al valor de las actuaciones realizadas a través de los medios telemáticos, estas **mantendrán la misma eficacia jurídica y el valor probatorio del modo en que convencionalmente se suele efectuar el acto**, debiéndose adoptar para el efecto los **mecanismos de registro pertinentes** que deberán incorporarse a la carpeta fiscal o expediente judicial, **el registro audiovisual valdrá como prueba** de la realización del acto, independientemente que el acta sea remitida posteriormente para*

²⁰ Art 4 y 7 Ley 6495/20.

²¹ Art 4 Ley 6495/20.

*su agregación material a la carpeta fiscal o expediente judicial, el acta labrada por el secretario judicial, tendrá valor con su firma.*²²

*La Cooperación Judicial Internacional y Nacional en el marco de la cooperación penal internacional, los Acuerdos y Convenios internacionales suscriptos por la República del Paraguay o cuando sea necesario invocar el principio de reciprocidad internacional es una normativa trascendente de la ley de referencia para facilitar ostensiblemente actuaciones que en otro tiempo resultarían de impensable realización para la pronta efectividad de los derechos de los NNA.*²³

Por último resulta loable e imperiosa la implementación efectiva de la disposición de medios telemáticos ya no solo en la situación de pandemia sino como modernización del sistema judicial valiéndose de las nuevas tecnologías de comunicación para garantizar un efectivo acceso a justicia principalmente de sectores más vulnerables y de prioritaria protección, como lo es la niñez y la adolescencia, debiendo las autoridades obligadas por ley aunar criterios para la habilitación, monitoreo, control, seguridad, tecnología adecuada y otros mecanismos²⁴ priorizando la obtención de recursos materiales y humanos para la concreción de dichos fines con base no solo en la utilización de medios telemáticos y tecnológicos en el sistema de justicia en las audiencias o comparecencias de las partes ante la sede judicial con motivo de pandemia de COVID19 sino trascendente ya a varias otras actuaciones procesales como notificaciones, cooperaciones interinstitucionales iniciada con la implementación del expediente judicial digital con miras a una completa digitalización del servicio de Justicia que facilite sostenida y sustentablemente la rapidez y efectividad en las respuestas a los reclamos y derechos de los usuarios y beneficiarios así como favorecer a la transparencia y fortalecimiento de las instituciones.

Buenas prácticas en la utilización de medios telemáticos como acceso a justicia en la jurisdicción de la niñez y adolescencia.

Desde la vigencia de la ley 6495/20 desde la jurisdicción de la niñez y adolescencia se ha encontrado la manera de utilizar los medios telemáti-

²² Art 6 Ley 6495/20.

²³ Art 8 Ley 6495/20.

²⁴ Art 8 Ley 6495/20.

cos en los diversos procesos con miras al beneficio exclusivo del NNA, la efectividad de las respuestas obtenidas hacen que con los recursos adecuados y el equilibrio entre los principios imperantes como la oficiosidad, la inmediatez y la celeridad puedan garantizarse sus derechos removiendo obstáculos de acceso a justicia a través de la tecnología tal es así que desde la Corte Suprema de Justicia se ha elaborado y aprobado una guía para la realización de audiencias telemáticas de utilización transversal a todos los fueros con miras a la validez de dichos actos y con la utilización de todo tipo de herramientas de comunicación tecnológica incluyéndose los soportes de mensajería y Videoconferencias como WhatsApp, Telegram, Zoom, GoogleMeet entre otros, así mismo se han desarrollado varias audiencias acortando distancias como por ejemplo en casos de asistencia alimentaria internacional, o en el caso de que los alimentantes se encuentren privados de libertad así como también que progenitores privados de libertad por casos que no hayan sido en contra de sus hijos o hijas que se encuentren en la modalidad de cuidados alternativos mantenga su relacionamiento y vínculo afectivo, en casos de NNA migrantes que han tenido que guardar cuarentena en albergues estatales antes de retornar a sus familias o en grave situación de vulnerabilidad, juezas se han constituido donde se encontraban los mismos para poder garantizar prontamente sus derechos, igualmente se han autorizado para salidas al exterior pese a las restricciones fronterizas por razones humanitarias para que NNA reciban tratamientos médicos o retornen con sus progenitores residentes en el exterior, a continuación y como anexo final algunos de dichos ejemplos:

<https://www.pj.gov.py/notas/19611-aprueban-guia-de-audiencias-telematicas>

<https://www.pj.gov.py/notas/18178-juzgado-de-la-ninez-de-concepcion-notifico-via-whatsapp>

<https://www.pj.gov.py/notas/19131-juzgado-de-la-ninez-de-salto-del-guaira-realizo-mas-de-200-audiencias>

<https://www.pj.gov.py/notas/19004-juzgado-de-primera-instancia-de-la-ninez-dispone-realizacion-de-audiencias-por-medios-telematicos>

<https://www.pj.gov.py/notas/19829-realizan-exitosa-audiencia-con-lengua-de-senas-para-progenitores-sordomudos>

<https://www.pj.gov.py/notas/18459-audiencia-telematica-ante-jueza-de-la-ninez-de-santa-rosa-del-aguaray>

DOCTRINA

<https://www.pj.gov.py/notas/18353-jueza-de-la-ninez-y-adolescencia-adopta-in-situ-medidas-cautelares>

<https://www.pj.gov.py/notas/19950-juzgado-se-traslada-para-escuchar-a-un-nino>

<https://www.pj.gov.py/notas/18166-jueza-de-ninez-otorga-venia-para-viajar>



Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Penal

ACUERDO Y SENTENCIA N° 297

***Cuestión Debatida:** En el presente fallo los fundamentos esgrimidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se analizan los argumentos de la parte recursiva, se han dado curso favorable a los mismos, por encontrarse ante un Acuerdo y Sentencia, y una Sentencia Definitiva viciadas de nulidad por falta de fundamentación. Así mismo cuestiones relacionadas a la correcta medición de la pena, introducción y valoración de las pruebas.*

TRIBUNAL DE APELACIONES. Atribuciones.

En cambio, si el planteamiento de la apelación se refiere a un error material, esto habilita al Tribunal a examinar la punibilidad de la conducta, aun cuando solo haya sido denunciado un error respecto a un presupuesto determinado. Ejemplo si se denuncia la errónea aplicación de la medición de la pena, por haber incurrido en el error material de la doble valoración de circunstancias pertenecientes al tipo legal, obligatoriamente debe analizarse si se dan en primer lugar los presupuestos de la punibilidad de la conducta, lo cual incluye los presupuestos de la tipicidad misma.

TRIBUNAL DE APELACIONES. Atribuciones. Reenvío.

Por otro lado, la consecuencia de la constatación de un error material, es que el propio Tribunal de Apelaciones debe decidir sobre la absolu-

ción o condena y de ninguna manera puede ordenar el reenvío de la causa ya que carece de sentido, que si por el ejemplo el Tribunal de Apelación consideró que los hechos probados en la Sentencia, no son típicos, por falta de dolo de hecho, reenvíe la causa a otro Tribunal de Sentencia, que está obligado a aplicar el derecho conforme a los hechos probados en el nuevo juicio. El único caso en el que procede el reenvío a un nuevo juicio, tratándose de un error en la aplicación del derecho material, se refiere a la medición de la pena.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia.

Así mismo, la resolución recurrida, constituye una sentencia manifiestamente infundada, porque el Tribunal de Apelaciones presenta como fundamento de su decisión que: “no puede estudiar el agravio que le fue planteado porque le está vedada la reiteración de las pruebas producidas en primera instancia, salvo que existan hechos nuevos y contundentes”, esta afirmación se corresponde con una sentencia contradictoria según los presupuestos descriptos en el artículo 403 inciso 4 CPP porque en primer lugar: no le fue solicitado al Tribunal de Apelaciones una nueva valoración de pruebas y en segundo lugar constituye un error de interpretación sumamente grave la afirmación del Tribunal de Apelaciones, respecto a que en caso de hechos nuevos y contundentes sí les estaría permitida la valoración de medios de prueba, afirmación además absolutamente sin sentido, teniendo en cuenta que precisamente por el principio de inmediatez los hechos fijados por el Tribunal de Sentencia no pueden ser modificados por el Tribunal de Apelaciones.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia.

Debe decirse que, si bien el colegiado de segunda instancia pone su máxima atención en los vicios de la Sentencia, también puede acontecer que deba resolver sobre la validez de actos procesales desarrollados en etapas anteriores, que conlleven incluso a obstáculos procesales que impidan el desarrollo del proceso.

SENTENCIA. Vicios de Sentencia. Fundamentación insuficiente.

Otro argumento aparente se encuentra en la afirmación, vacía de contenido, hecha por el Tribunal de Apelaciones que sostiene que en la

sentencia de primera instancia se encuentran consignados de forma concisa los motivos fácticos y jurídicos que la sustentan y no existen especulaciones, habiéndose respetado las garantías procesales y constitucionales.

Considero a estos argumentos claramente infundados pues se refieren a frases rutinarias desconectadas de todo análisis respecto a los medios de pruebas concretos producidos y valorados en juicio vinculados a las reglas de la sana crítica en su valoración.

TRIBUNAL DE APELACIONES. Atribuciones.

A los otros agravios, contesta el Tribunal de Apelaciones que no puede revalorar las pruebas rendidas en juicio oral y público por el principio de inmediatez, tratándose el proceso penal de instancia única y que le toca verificar si existen o no vicios en la sentencia definitiva. Lo cual además de constituir una frase rutinaria que de manera alguna se conecta con el agravio planteado, es nuevamente errada, puesto que como fuera explicado líneas arriba, la competencia del Tribunal de Apelaciones en un recurso de apelación especial contra la Sentencia Definitiva de primera instancia, no se circunscribe exclusivamente a lo manifestado por estos.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Fundamentación insuficiente.

Con respecto al agravio formulado por la defensa técnica del señor G.E.C., que objetó la calificación jurídica que le fue aplicada, invocando un error en la aplicación del derecho material relacionado a los elementos constitutivos del hecho punible, el Tribunal le responde afirmando que cada una de las pruebas que fueron producidas en juicio fueron analizadas de acuerdo a las normas legales y las reglas de la sana crítica quedando acreditado el hecho punible en cuestión, lo que constituye un ejemplo más de sentencia manifiestamente infundada, pues en lugar de establecer si los parámetros respecto a la interpretación de los elementos del tipo realizados por el Tribunal de Sentencia eran correctos o no, afirma que la valoración de los medios de prueba fue correcta, es decir se refiere a cuestiones fácticas y no jurídicas contradiciendo además lo que a lo largo de todo el fallo había reiterado: es decir, que estaba imposibilitado de valorar medios de prueba.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Fundamentación insuficiente.

Del análisis de los fundamentos expuestos por el Tribunal de Apelaciones, se infiere que el mismo ha omitido referirse a la correcta aplicación del art. 105 inc. 1 y 2 núm. 4 (alevosía) del CP. En este sentido, la resolución recurrida no ha otorgado una respuesta jurisdiccional adecuada a los agravios expuestos por los recurrentes al interponer recurso de apelación especial por lo que incurre en un vicio de sentencia por fundamentación insuficiente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Atribuciones. Trámite y resolución.

En cuanto a la solución del caso, por aplicación del art. 474 del CPP, como solución del caso corresponde por DECISIÓN DIRECTA analizar si la Sentencia Definitiva N° 06 del 26 de marzo del 2015, que resolvió condenar a los acusados: E.Y.G.S, M.M.E y G.E.C se halla ajustada a derecho.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio.

Respecto a este agravio, en primer término, observo que, en la Sentencia Definitiva, puntualmente a fs. 1357 del expediente judicial, se menciona expresamente a la Nota que contiene la declaración hecha por el acusado G.E.C., en el Dpto. de Investigación de Delitos, expresando que la misma no solo fue producida en juicio, sino que inclusive fue valorada. Textualmente dice la Sentencia: que fue leída en juicio y luego valorada la nota policial en la cual se verifican una serie de informaciones brindadas por el coacusado G.E.C., en la citada dependencia policial y que fueron posteriormente corroboradas.

Lo que demuestra que dicha nota policial que contiene la declaración del coacusado, fue producida, vale decir, introducida por su lectura en juicio y además valorada.

Inclusive el Tribunal de Sentencias justifica su decisión, afirmando que la valoración de esta declaración proporcionó datos precisos, detallados y extensos.

SENTENCIA. Fundamentación. Base de la Medición.

Así mismo, es obligación del Tribunal A-quo, fundar su decisión según criterios legales y racionales utilizados para su individualización, de manera que permita exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento, ya que, en una deficiente fundamentación de la medición de la pena es frecuente encontrar un doble error, esto es, con relación a las circunstancias que pertenecen al tipo penal que se encuentra prohibido en el Art 65 inc. 3° del Código Penal y, otra cuando los hechos son estudiados o valorados de forma reiterativa en varios puntos previstos en el citado artículo.

SENTENCIA. Fundamentación. Base de la Medición.

Sobre el punto, se visualiza que el Tribunal A-quo, ha valorado de forma reiterativa las circunstancias fácticas que pertenecen al tipo penal de “Homicidio Doloso” así pues, en el punto 2 en relación a la imputada M.M.E. y en relación a los tres imputados en el punto 6, siendo evidente que son consecuencias que guardan vinculación con el Art. 105 inciso 1° del C.P., es el que matara a otro.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio.

Por otra parte, con respecto al agravio de la defensa de la coimputada M.M.E., que reclama que la sentencia se basó únicamente en la declaración brindada por el señor G.E.C., y expone que al considerar la declaración del acusado en sede policial se ha violado el artículo 371 del C.P.P. El citado artículo Excepciones a la Oralidad expresa que: “Solo podrán ser incorporados al juicio por su lectura u otros medios: 3) la querrela, la denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme a lo previsto por este código... Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, no tendrá ningún valor y su inclusión ilegal producirá la nulidad absoluta de todo el juicio”. En el caso analizado el Tribunal ha tomado como medio de prueba documental la Nota DH N° 259/2011 remitido por el departamento de Investigación de Delitos de la Policía, prueba admitida por A.I. N° 1516 de fecha 25 de octubre de 2012 que eleva la cau-

sa a juicio oral y público, ajustándose a lo expuesto en el numeral 3° del artículo 371 del C.P.P.

C.S.J. Sala Penal 26/03/2021. “Recurso Extraordinario de Casación en los autos: M. M. E. y otros s/ Homicidio Doloso y otros”. (Ac. y Sent. N° 297).

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: **RAMÍREZ CANDIA, ANTONIO FRETES** y **LLANES OCAMPOS**.

En consecuencia, EL MINISTRO MANUEL DE JESÚS RAMÍREZ CANDIA SOSTUVO:

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Central, resolvió confirmar la Sentencia Definitiva N° 63 del 26 de marzo del 2015 que resolvió condenar a los acusados E.Y.G.S, M.M.E y G.E.C.

Los abogados defensores de los acusados interponen Recursos de Casación contra la referida resolución del Tribunal de Apelaciones.

I. ADMISIBILIDAD

Considero que los recursos planteados son admisibles por los siguientes fundamentos:

Los recursos fueron planteados dentro del plazo de diez días y ante la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se adecuan a las exigencias procesales previstas en el art. 468¹ y 480² C.P.P.

Específicamente, la resolución objeto de la presente casación fue notificada a M.M.E, en fecha 03 de noviembre de 2.015 y el recurso fue interpuesto en fecha 17 de noviembre del mismo año.

¹ El art. 480 segunda oración CPP “*El recurso extraordinario de casación se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para el trámite y la resolución de este recurso serán aplicables, analógicamente, las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia.*”

² El art. 468 primer párrafo CPP dispone: “*El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado.*”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El Sr. G.E.C., y su defensa técnica han sido notificados en fecha 03 de noviembre del 2.015, y en fecha 17 de noviembre del mismo año presentó el escrito en análisis.

El Sr. E.Y.G.S., fue notificado en fecha 03 de noviembre de 2.015; su abogado defensor en fecha 04 de noviembre del mismo año y en fecha 18 de noviembre del 2.018 presentó recurso de casación.

Igualmente se halla cumplida la exigencia prevista en el artículo 449 del CPP³, en atención a que los recursos fueron interpuestos por los abogados que ejercen la defensa técnica de los condenados.

Así mismo, la resolución impugnada, constituye objeto del recurso de casación según lo dispuesto en el artículo 477 CPP., puesto que se trata de una sentencia definitiva del Tribunal de Apelaciones que resolvió confirmar la condena dictada por el Tribunal de Sentencia.

Por último, considero admisible el recurso de casación procesal y material planteado por la defensa técnica de M.M.E., (fs. 1519/1556), quien invocando el artículo 478, inciso 3 CPP, argumenta que el Tribunal de Apelación que confirmó la condena de su defendida, se basó en una fundamentación aparente respecto a los agravios que le fueron planteados: tanto errores materiales como procesales del Tribunal de Sentencia, no fueron contestados.

Afirma el recurrente que la cámara de apelación omitió responder sobre los errores procesales y en cuanto a los materiales, se limitó a responder en forma genérica que el Tribunal de Sentencia valoró correctamente circunstancias a favor y en contra de la acusada y por eso la medición de la pena era correcta.

Con lo cual no se refirió al error material invocado respecto a la medición de la pena, que consistía (según lo manifestado por la defensa) en que el Tribunal de Sentencia incurrió en doble valoración que es un error material o de derecho puesto que tuvo en cuenta para la medición de la pena, circunstancias que pertenecen al tipo legal.

³ El art. 477 CPP dispone “*Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena*”.

JURISPRUDENCIA

Igualmente, el Tribunal de Apelación tampoco respondió los errores procesales que fueron reclamados por la defensa, quien sostuvo que el Tribunal de Sentencia, entre otros errores basó la sentencia en la lectura de la nota policial que contenía la declaración indagatoria del acusado G. E. tomada en sede del departamento de investigaciones de la policía nacional.

Y finalmente, el Tribunal de Apelación no respondió a los agravios de la defensa, respecto a un error material del Tribunal de Sentencia, referido a los presupuestos de la tipicidad.

Así mismo, considero admisible el recurso de casación procesal planteado por el Defensor Público F.M.S, en representación de G.E.C que invoca como motivo de casación el art. 478 núm. 3 (sentencia infundada) en concordancia con los artículos 403 numeral 4, 5 y 7 y 125, 464 y 465 del Código Procesal Penal.

La defensa afirma que la sentencia emitida por el Tribunal de Apelaciones incurre en un vicio de incongruencia omisiva al no referirse expresamente a los planteos expresados durante el recurso de apelación especial.

Argumenta la defensa que el Tribunal de Apelaciones no se expidió sobre el error material o en la aplicación del derecho penal de fondo que le fue planteado, puesto que la calificación de la conducta del Sr. G.E.C., y la consecuente medición de la pena, resueltas por el Tribunal de Sentencia, no se adecuan con los hechos establecidos durante el juicio oral y público; ya que su defendido ha sido calificado como instigador del homicidio agravado, con la misma pena prevista para el autor, no dándose en su persona los presupuestos de las circunstancias agravantes que se dieron en el autor, y sobre este agravio concreto el Tribunal de Apelaciones, no emitió posición jurídica alguna.

Por último, considero admisible el recurso de casación procesal planteado por la defensora publica C.R.G.V., en representación de E.Y.G.S., que invoca el artículo 478 inciso 3, en concordancia con el 403, inciso 3 y 7 CPP, argumentando que el acuerdo y sentencia del Tribunal de Apelaciones adolece de una fundamentación aparente, por no contestar los agravios que le fueron planteados respecto a la Sentencia condenatoria de primera instancia.

La defensa argumenta que el primer agravio planteado al Tribunal de Apelaciones, que se refería a la decisión del Tribunal de Sentencias, de

ordenar la remisión de su defendido a la penitenciaría nacional de Tacumbú, sin tener en cuenta su condición de agente policía y que por lo tanto su vida estaría en peligro, no fue resuelto.

Sostiene además la defensa, que su agravio respecto al error del Tribunal de Sentencia en la medición de la pena, que consistió en condenar a una pena desmedida a su defendido tampoco fue respondido.

A su turno, la Ministra LLANES OCAMPOS manifiesta que se adhiere al voto del Preopinante por sus mismos fundamentos.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA

Respecto a la procedencia del recurso, sostuvo el MINISTRO RAMÍREZ CANDIA cuanto sigue:

Concluyo que procede anular el Acuerdo y Sentencia Nro. 122 del 28 de octubre de 2015 objeto del presente recurso de casación, puesto que el mismo contiene graves errores procesales que habilitan la interposición del recurso y su consecuente nulidad.

Baso esta decisión en atención a que el motivo argumentado para la interposición del recurso de casación por las tres defensas fue la falta de fundamentación manifiesta y en este sentido una sentencia manifiestamente infundada es aquella que contiene los vicios de la sentencia descritos en el artículo 403 inciso 4 CPP que habilitan la apelación y la casación.

Así es que encuentro que el Acuerdo y Sentencia Nro. 122 del 28 de octubre de 2015, está compuesto de 27 páginas, de las cuales, en las primeras 19, el Tribunal transcribe textualmente las manifestaciones de los intervinientes, de lo que sigue que el Acuerdo y Sentencia es claramente insuficiente en su fundamentación pues en lugar de realizar el análisis de los agravios que le fueron presentados, transcribe las manifestaciones de los intervinientes supliendo con ellas las consideraciones del Tribunal de Apelaciones que deben describir las razones de derecho procesal o material que fundamentan su decisión respecto a los agravios que le fueron planteados.

Por otro lado, a partir de la página 19 del acuerdo y sentencia recurrido, con el acápite: “Análisis del tribunal”, comienza una valoración global de los agravios interpuestos por las defensas de los tres procesados, pese a que cada uno de los recurrentes, presentó agravios concretos distintos, unos referidos a vicios procesales y otros referidos a errores materiales de la Sentencia de Primera Instancia.

Esta forma de proceder del Tribunal de Apelaciones, de por sí denota una falta de conocimiento del alcance del control de la sentencia, puesto que de ninguna manera se puede realizar una fundamentación global de los agravios, por el contrario, los mismos deben ser separados para su estudio y agrupados en atención a si los errores invocados constituyen errores procesales o errores materiales.

En este sentido, corresponde en primer lugar el estudio de los errores procesales invocados ya que si estos efectivamente son detectados procede el reenvío de la causa, siempre y cuando puedan ser subsanados en nuevo juicio o procede el sobreseimiento por decisión directa, siempre que el error procesal constituya a su vez un obstáculo procesal que impida la persecución del proceso.

Así mismo, si el planteamiento es respecto a errores procesales, la competencia del Tribunal se circunscribe solamente al juzgamiento de los mismos. Vale decir, la competencia está limitada y no está facultada a la revisión de otros errores procesales, ni de errores materiales en los que hubiera podido incurrir el Tribunal de Sentencia y que no fueron invocados por el recurrente.

En cambio, si el planteamiento de la apelación se refiere a un error material, esto habilita al Tribunal a examinar la punibilidad de la conducta, aun cuando solo haya sido denunciado un error respecto a un presupuesto determinado. Ej. Si se denuncia la errónea aplicación de la medición de la pena, por haber incurrido en el error material de la doble valoración de circunstancias pertenecientes al tipo legal, obligatoriamente debe analizarse si se dan en primer lugar los presupuestos de la punibilidad de la conducta, lo cual incluye los presupuestos de la tipicidad misma.

Por otro lado, la consecuencia de la constatación de un error material, es que el propio Tribunal de Apelaciones debe decidir sobre la absolución o condena y de ninguna manera puede ordenar el reenvío de la causa ya que carece de sentido, que si por el ejemplo el Tribunal de Apelación consideró que los hechos probados en la Sentencia, no son típicos, por falta de dolo de hecho, reenvíe la causa a otro Tribunal de Sentencia, que está obligado a aplicar el derecho conforme a los hechos probados en el nuevo juicio. El único caso en el que procede el reenvío a un nuevo juicio, tratándose de un error en la aplicación del derecho material, se refiere a la medición de la pena.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Es por ello que al realizar el Tribunal de Apelaciones una fundamentación global de los agravios sin hacer estos distingos, la solución a la que arribe indefectiblemente será errónea, contradictoria, e infundada y las consecuencias jurídicas resueltas, vale decir: el reenvío o la decisión directa serán mal aplicados, lo cual constituye una sentencia manifiestamente infundada.

Por lo que considero que esta falta de sistematización y separación para el tratamiento de los agravios de por sí torna al acuerdo y sentencia manifiestamente infundado.

Así mismo, la resolución recurrida, constituye una sentencia manifiestamente infundada, porque el Tribunal de Apelaciones presenta como fundamento de su decisión que: “no puede estudiar el agravio que le fue planteado porque le está vedada la reiteración de las pruebas producidas en primera instancia, salvo que existan hechos nuevos y contundentes”, esta afirmación se corresponde con una sentencia contradictoria según los presupuestos descriptos en el artículo 403 inciso 4 CPP porque en primer lugar: no le fue solicitado al Tribunal de Apelaciones una nueva valoración de pruebas y en segundo lugar constituye un error de interpretación sumamente grave la afirmación del Tribunal de Apelaciones, respecto a que en caso de hechos nuevos y contundentes sí les estaría permitida la valoración de medios de prueba, afirmación además absolutamente sin sentido, teniendo en cuenta que precisamente por el principio de inmediatez los hechos fijados por el Tribunal de Sentencia no pueden ser modificados por el Tribunal de Apelaciones.

Del análisis minucioso del acuerdo y sentencia recurrido, se percibe que luego de la fundamentación “global” existe una suerte de fundamentación individual respecto a los agravios formulados por las defensas y es así que con relación a lo planteado por la defensa de M.M.E., realiza una consideración errónea cuando afirma que el Tribunal de Apelaciones no puede inmiscuirse en las cuestiones que hacen a la etapa preparatoria ni a la investigación hecha por el Ministerio Público, pudiendo desenvolver su competencia únicamente en relación a la validez de la decisión asumida en la sentencia definitiva.

Debe decirse que, si bien el colegiado de segunda instancia pone su máxima atención en los vicios de la Sentencia, también puede acontecer que deba resolver sobre la validez de actos procesales desarrollados en

etapas anteriores, que conlleven incluso a obstáculos procesales que impidan el desarrollo de proceso.

Pero lo que torna manifiestamente infundado al acuerdo y sentencia, es que al realizar esta consideración errónea ni siquiera contesta el agravio concreto que le fue planteado.

En cuanto a la errónea medición de la pena, por doble valoración que le fue planteada, dijo el Tribunal de Apelaciones que la mención a que “se ha segado la vida de una persona”, hecha en la sentencia de primera instancia para fundamentar la pena, no constituye doble valoración, sino que se hizo en realidad hincapié al daño que ha causado a la sociedad tal acontecimiento.

Esta afirmación hecha, en contra de toda regla de deducción lógica, niega una circunstancia evidente: la muerte es el resultado típico en el homicidio y no puede ser nuevamente valorado en la medición de la pena.

En otro punto establece, el Acuerdo y Sentencia recurrido, que la decisión de condenar a la señora M.M.E., a la pena privativa de libertad de 22 años es prueba de que sí se han considerado a favor y en contra las circunstancias que hacen al art. 65 del C.P. por cuanto la pena ha sido menor a la solicitada por el Ministerio Público y la Querrela Adhesiva, y con ella nuevamente viola las reglas de la lógica en la argumentación, puesto que el solo hecho que haya sido condenada a una pena menor a la solicitada no justifica de manera alguna la realización del examen respecto a las circunstancias a favor y en contra que fueron tenidas en cuenta para arribar a esta condena.

Así mismo, el tribunal de Apelaciones, claramente ha recurrido a argumentos genéricos al decir que: las pruebas fueron valoradas de manera individual, enunciado la cadena de inferencia para concluir que con ello fueron acatadas las reglas de la sana crítica.

Otro argumento aparente se encuentra en la afirmación, vacía de contenido, hecha por el Tribunal de Apelaciones que sostiene que en la sentencia de primera instancia se encuentran consignados de forma concisa los motivos fácticos y jurídicos que la sustentan y no existen especulaciones, habiéndose respetado las garantías procesales y constitucionales.

Considero a estos argumentos claramente infundados pues se refieren a frases rutinarias desconectadas de todo análisis respecto a los medios de pruebas concretos producidos y valorados en juicio vinculados a las reglas de la sana crítica en su valoración.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Respecto a los agravios planteados por la defensa de E.Y.G.S., el Tribunal de Apelaciones no dio respuesta alguna acerca del lugar de reclusión en donde cumpliría su condena el acusado.

A los otros agravios, contesta el Tribunal de Apelaciones que no puede revalorar las pruebas rendidas en juicio oral y público por el principio de inmediatez, tratándose el proceso penal de instancia única y que le toque verificar si existen o no vicios en la sentencia definitiva. Lo cual además de constituir una frase rutinaria que de manera alguna se conecta con el agravio planteado, es nuevamente errada, puesto que como fuera explicado líneas arriba, la competencia del Tribunal de Apelaciones en un recurso de apelación especial contra la Sentencia Definitiva de primera instancia, no se circunscribe exclusivamente a lo manifestado por estos.

Respecto al error material que le fue planteado el Tribunal de Apelaciones sostiene que se halla imposibilitado de valorar las pruebas producidas durante el Juicio Oral y Público por el principio de inmediatez.

Frase reiterativa y formularia a lo largo del fallo que además en este punto, es absolutamente inadecuada puesto que el agravio específico versa sobre la aplicación del derecho material que nada tiene que ver con la valoración de los medios de prueba, sino con la aplicación correcta o incorrecta de los presupuestos de la punibilidad a las circunstancias establecidas como probadas en el juicio oral y público.

Más adelante se menciona que en la sentencia se ha analizado la relación de causalidad entre la acción y el resultado y que estos elementos fueron comprobados en la audiencia de debate según las constancias de autos; pero nuevamente la decisión es solo aparente, la expresión genérica de que se han comprobado los extremos según constancias de autos no cubre la petición hecha por el justiciable y por ende la labor no es correcta y este vicio se extiende también a las consideraciones plasmadas en torno a la falta de fundamentación del Art. 65 del C.P. al momento de fijar la pena.

Con respecto al agravio formulado por la defensa técnica del señor G.E.C., que objetó la calificación jurídica que le fue aplicada, invocando un error en la aplicación del derecho material relacionado a los elementos constitutivos del hecho punible, el Tribunal le responde afirmando que cada una de las pruebas que fueron producidas en juicio fueron analizadas de acuerdo a las normas legales y las reglas de la sana crítica quedando acreditado el hecho punible en cuestión, lo que constituye un ejemplo más

de sentencia manifiestamente infundada, pues en lugar de establecer si los parámetros respecto a la interpretación de los elementos del tipo realizados por el Tribunal de Sentencia eran correctos o no, afirma que la valoración de los medios de prueba fue correcta, es decir se refiere a cuestiones fácticas y no jurídicas contradiciendo además lo que a lo largo de todo el fallo había reiterado: es decir, que estaba imposibilitado de valorar medios de prueba.

Por último, G.E.C., y M.M.E, plantean casación material, agravándose de la incorrecta interpretación del precepto legal descripto respecto a la interpretación de la alevosía que afirma que está dada por la situación desventajosa en la cual se encontraba la víctima al momento de perpetrarse el acto que puso fin a su vida y corresponde poner de resalto que el análisis hecho por el colegiado no se condice con la norma de fondo que se refiere a la alevosía en la que el elemento que debe darse es el de aprovechar intencionalmente la indefensión de la víctima. Los miembros de alzada exponen que no se ha verificado excitación emotiva en el procesado ni otros motivos que pudieran ser demostrados por la defensa y comprobados por el tribunal; esto último es a todas luces incorrecto, la defensa técnica no tiene nada que demostrar.

Del análisis de los fundamentos expuestos por el Tribunal de Apelaciones, se infiere que el mismo ha omitido referirse a la correcta aplicación del art. 105 inc. 1 y 2 núm. 4 (alevosía) del CP. En este sentido, la resolución recurrida no ha otorgado una respuesta jurisdiccional adecuada a los agravios expuestos por los recurrentes al interponer recurso de apelación especial por lo que incurre en un vicio de sentencia por fundamentación insuficiente⁴.

⁴ Artículo 403. VICIOS DE LA SENTENCIA. Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes; ...4) que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En conclusión, viola los artículos 398 núm. 2, 125 CPP⁵ y 256 CN. Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de casación y en consecuencia anular el Acuerdo y Sentencia N° 122 de fecha 28 de octubre del 2.015, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Circunscripción judicial de Central.

En cuanto a la solución del caso, por aplicación del art. 474 del CPP⁶, como solución del caso corresponde por DECISIÓN DIRECTA analizar si la Sentencia Definitiva N° 06 del 26 de marzo del 2015 que resolvió condenar a los acusados M.M.E., E.Y.G.S y G.E.C., se halla ajustada a derecho.

A los efectos de establecer un correcto análisis primeramente analizaremos los agravios que afecten a los errores de procedimiento (procesales) y después los que afecten a los errores en la aplicación del derecho de fondo (materiales).

La defensa técnica de M.M.E., reclama que la sentencia se basó únicamente en la declaración brindada por G.E.C., asimismo expone que al considerar la declaración del acusado en sede policial se ha violado el artículo 371 del C.P.P.

Respecto a este agravio, en primer término, observo que, en la Sentencia Definitiva, puntualmente a fs. 1357 del expediente judicial, se menciona expresamente a la Nota que contiene la declaración hecha por el coacusado G.E.C., en el Dpto. de Investigación de Delitos, expresando que la misma no solo fue producida en juicio, sino que inclusive fue valorada. Textualmente dice la Sentencia: que fue leída en juicio y luego valorado la nota policial en la cual se verifican una serie de informaciones brindadas

⁵ Artículo 398. REQUISITOS DE LA SENTENCIA. La sentencia se pronunciará en nombre de la República del Paraguay y contendrá: 2) el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan;

⁶ Art. 474 del C.P.P., dice: "DECISIÓN DIRECTA. *Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío.*

por el coacusado G.E.C., en la citada dependencia policial y que fueron posteriormente corroboradas.

El Tribunal de Sentencia, fundamenta su decisión de valoración en las disposiciones contenidas en el artículo 297 inciso 4 CPP, en concordancia con la ley orgánica de la policía nacional.

Lo que demuestra que dicha nota policial que contiene la declaración del coacusado, fue producida, vale decir, introducida por su lectura en juicio y además valorada.

Inclusive el Tribunal de Sentencias justifica su decisión, afirmando que la valoración de esta declaración proporcionó datos precisos, detallados y extensos.

Ante tales afirmaciones, no queda otra solución que anular la Sentencia Definitiva Nro. 63 en virtud a lo dispuesto en el artículo 371 C.P.P., por los siguientes fundamentos:

El artículo 371 CPP, dispone taxativamente cuales son los documentos que pueden ser introducidos a juicio oral y público por su lectura, y en su última parte, establece como consecuencia al incumplimiento de esta disposición que:

1. Todo otro instrumento que se pretenda introducir al juicio por su lectura, no tendrá ningún valor y
2. Su introducción ilegal producirá la nulidad absoluta del todo el juicio.

De la interpretación gramatical de la norma, surge, en primer lugar, una prohibición absoluta de valoración del medio de prueba, pero al establecer que la “introducción ilegal producirá la nulidad absoluta de todo el juicio”, el artículo dispone una verdadera prohibición absoluta de introducción del medio de prueba, vale decir, que la sola lectura en juicio, de un documento que no está expresamente indicado en el artículo 371 CPP, tiene como consecuencia jurídica la nulidad absoluta de todo el juicio.

Situación que, en esta causa, efectivamente aconteció, puesto que la sentencia se basó en la lectura de la nota policial que contiene la declaración brindada ante sede policial por el coacusado, que dice además fue corroborada con otros medios de prueba.

Cabe destacar, que este error procesal del Tribunal de Sentencia, que consistió en introducir la nota policial y además valorarla, de por sí, tiene como consecuencia la nulidad de todo el juicio, sin embargo con su actuación, el Tribunal de Sentencia, también violó la prohibición estable-

cida en el artículo 96 CPP, última parte que dispone que la declaración indagatoria no podrá ser valorada si no es realizada conforme a las formalidades previstas en el código procesal penal, lo que obviamente no pasó, además viola lo establecido en el artículo 90 CPP, que dispone que la policía nacional no podrá tomar declaración indagatoria al imputado y viola lo dispuesto en el artículo 297, inciso 4 CPP, puesto que este autoriza expresamente a la policía nacional a recabar datos que sirvan para la identificación del imputado, es decir que solamente a los efectos de su identificación puede interrogar al indiciado o imputado.

Por último, afirmo que estos errores procesales, eran absolutamente innecesarios, puesto que el coacusado declaró con las formalidades establecidas para la declaración indagatoria, la producción y valoración que hizo el Tribunal de Sentencia, de la nota policial que contiene la declaración del coacusado tomada por la policía, y que tiene como consecuencia, por disposición expresa del artículo 371 CPP la nulidad de todo el juicio, ni siquiera debió producirse.

Respecto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado, en atención a la forma en que ha sido resuelta la cuestión (reenvió a otro Tribunal de Sentencia), como lo establece el artículo 261 segundo párrafo del CPP⁷.

CONCLUSIÓN

1. Corresponde HACER LUGAR al recurso de casación y en consecuencia ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 122 de fecha 28 de octubre del 2.015, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción judicial de Central por ser una sentencia infundada.

2. Por decisión directa corresponde ANULAR la Sentencia Definitiva N° 63 del 26 de marzo del 2.015 dictado por el Tribunal de Sentencia integrado por los Jueces Rolando Duarte Martínez, Javier Sapena Bibolini y Leticia Frachi Vargas y en consecuencia reenviar la causa a otro Tribunal de Sentencia para la realización de un nuevo juicio oral y público.

3. Las costas deben imponerse en el orden causado, ES MI VOTO.

⁷ **Artículo 261 del CPP. IMPOSICIÓN.** “...Estas serán impuestas a la parte vencida, salvo que el tribunal halle razón suficiente para eximir las totalmente o imponerlas en el orden causado...”.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA MINISTRA MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS dijo:

Que, los recurrentes han manifestado entre otras cosas en sus escritos de fundamentación, cuanto sigue. En primer término, El defensor público F.M.S., en representación del imputado G.E.C., y siendo el recurso interpuesto motivado por el artículo 478 inc. 3° del CPP, presenta en resumidos términos los siguientes agravios: "...De ninguna manera se puede subsumir la conducta de mi defendido dentro de lo dispuesto en el art. 105 inciso 1° y 2°, num. 4... A lo largo del proceso, se ha argumentado la inexistencia de la "alevosía" por parte de mi defendido... El señor G.E.C., fue instigador, no tenía el dominio del hecho. La calificación jurídica impuesta es incompatible con lo probado en juicio en tanto no se ha integrado al tipo penal previsto en la calificación agravada del art. 105. La conducta de mi defendido debió ser subsumida dentro de lo dispuesto en el artículo 105 inciso 3° num. 1. Esta mención realizada por esta defensa no ha sido considerada en la Sentencia Definitiva y en la resolución motivo de esta casación... El Tribunal de Apelaciones no se ha expresado con relación a esa circunstancia referida por esta defensa e incurre en una INOBSERVANCIA, y ERRÓNEA APLICACIÓN DE PRECEPTOS LEGALES con respecto a la subsunción de la conducta...Con relación a la medición de la pena del Tribunal Sentenciador se ha excedido en condenar a pena privativa de libertad de 18 años... a esto se debe agregar la falta de fundamentación y valoración de los presupuestos del art. 65 del C.P., puesto que el tribunal se limita a mencionar circunstancias fácticas, sin mencionar la valoración positiva o negativa. Convirtiendo dicho análisis de la medición del quantum de la pena, en un análisis arbitrario carente de fundamentos. VICIO FORMAL DE INCONGRUENCIA OMISIVA sobre la calificación jurídica impugnada y sobre el quantum de la pena aplicada. Solución Propuesta: Declarar la Nulidad parcial de la sentencia definitiva N° 63 del 26 de marzo de 2015 y el Acuerdo y Sentencia N° 122 del 28 de octubre de 2015 y ordenar el reenvío a un nuevo Tribunal de Sentencia".

En segundo término, la defensa de la imputada M.M.E, encabezada por el doctor J.B., en su escrito por el cual interponen recurso extraordinario de casación motivado por el artículo 478 inc. 3° del CPP expresan los siguientes agravios: "...el Tribunal de Apelaciones no ha revisado si hubo una buena o errónea aplicación de las disposiciones legales, errónea aplicación del derecho en cuanto a disposiciones de fondo y forma. Errores in

iudicando, el Tribunal ha descartado testigos presenciales que hubiesen variado la calificación de los hechos. Tampoco revisó los errores elementales del Tribunal de Sentencia, al confundir las causas de justificación como elemento constitutivo de la tipicidad... El Tribunal ha violado las normas de la sana crítica, art. 175 del CPP. Fundamentación: los agravantes del numeral 2º del art. 65 C.P. Actitud frente al derecho; y numeral 3º intensidad de la energía criminal... acerca de la prohibición de la valoración de elementos del tipo penal al momento de la medición... No se ha analizado ningún análisis valorativo sobre aquellos aspectos objetados; incurriendo en INCONGRUENCIA OMISIVA al ignorar los argumentos de la defensa, al dictar la decisión judicial, lo cual constituye una clara indefensión que amerita la NULIDAD ABSOLUTA de la resolución impugnada... Para condenar a 22 años se subsumió la conducta dentro del tipo penal de HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO. El Tribunal de Apelación en su Acuerdo y Sentencia N° 122 del 28 de octubre de 2015 ignoró nuestros agravios sin siquiera explicar los motivos por los cuales esta defensa no tiene razón en sus planteamientos, ni del porque es confirmada la sentencia condenatoria... FUNDAMENTACIÓN CITRA PETITA. Porque no resuelve todas las cuestiones planteadas... Concurre el vicio de la sentencia que habilita la Casación –Art. 403 del CPP... Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se ha observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo”. Mediante estas contradicciones en detrimento de las reglas de la sana crítica (Art. 175), el Tribunal llega a una errónea aplicación de los arts. 65 y 105 del C.P. FUNDAMENTACIÓN GLOBAL Y APARENTE. (SIMPLE MENCIÓN DE HECHOS Y OPINIONES). ERRÓNEA MEDICIÓN DE LA PENA POR INOBSERVANCIA DEL ART. 65 DEL C.P. Inciso 3º. Forma de Realización del Hecho: La acusada se aprovechó de la situación de dependencia de un empleado suyo, para que este buscara una persona para efectuar su plan, la de dar muerte a la víctima. (Violación del art. 65 inc. 3º Prohibición de doble valoración). 6- Consecuencias reprochables del hecho: La acusada ha segado la vida de una persona joven que representa una pérdida importante para la sociedad... (Violación art. 65 inc. 3º). Esta argumentación traducida en agravio no fue analizada por el Tribunal de Apelaciones. PETITORIO: ANULAR la resolución recurrida... ordenar el REENVÍO de la presente causa”.

JURISPRUDENCIA

En tercer término, la defensora pública Claudia González, en representación del imputado E. I. G. S., impone el recurso de casación motivado por el artículo 478 numerales 1º y 3º y expresa que: “...EL TRIBUNAL DE APELACIÓN NO SE EXPIDIÓ SOBRE LAS PRETENSIONES (incongruencia omisiva): en relación a que el condenado es Policía no puede ser derivado al Penal de Tacumbú, existiendo riesgo para su vida. El Tribunal de alzada se ha referido de manera escueta en relación a la sanción penal impuesta. SOLUCIÓN PROPUESTA: ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 122 de fecha 28 de octubre de 2015. ORDENAR EL REENVÍO de la causa a otro Tribunal de Apelaciones...”.

Impreso el trámite pertinente para la sustanciación del recurso, se corrió traslado al Ministerio Público, siendo contestado por la Abg. M.S.M., agente fiscal adjunta encargada del Área Especializada en Recursos de Casación, quien expresó con respecto al primer imputado cuanto sigue: “En su apelación especial la defensa pretendió un nuevo análisis de las pruebas desarrolladas en el juicio oral porque la conducta debía ser enmarcada en el art. 105 inc. 3 del C.P. y no en el art. 105 inc. 2º núm. 4. El defensor arguye que con relación a la medición de la pena el Tribunal se ha excedido en condenar a G.E.C. a la pena de 18 años... (Dictamen N° 1404 del 14.09.2016)”. Para el segundo imputado, manifestó: “El recurrente señala errores in procedendo e in iudicando. El Tribunal de Apelaciones solo se limitó a revisar el quantum de la pena. No se refirió a errores del Tribunal de sentencia, cuando confunde causas de justificación con elementos de la tipicidad y descarga elementos de descargo que hubieran variado la calificación de los hechos. Se consideran ajustados los argumentos de la Alzada, pues la lectura del escrito de apelación especial se verifica que la defensa se limitó a analizar cada una de las pruebas ofrecidas y producidas en el juicio oral dándole a cada una de ellas una valoración diferente a la otorgada por el Tribunal de Sentencia ” (Dictamen N° 1403 del 14.09.2016).” y, en relación al tercer imputado, menciona la representante del Ministerio Público que: “Se colige que sus agravios se basan en la disconformidad con los respuestas otorgadas por el A-quem en relación a sus agravios formulados en su apelación especial. La Cámara de Apelación respondió a todos los agravios (errónea aplicación del derecho en cuanto al análisis de las pruebas y a la aplicación a las reglas de la sana crítica, no consideración del in dubio pro reo, falencias en la determinación de la pena y el lugar de reclusión no apto). (Dictamen N° 1405 del 14.09.2016)”.

Del análisis pormenorizado de los recursos interpuestos se tiene que el motivo argumentado por las tres defensas en relación al Acuerdo y Sentencia N° 122 del 22 de octubre de 2015, es que esta incurre en incongruencia omisiva y que es una resolución manifiestamente infundada conteniendo los vicios descritos en el artículo 403 inciso 4° del C.P.P. De la resolución recurrida se advierte que, el Ad-quem dio una respuesta genérica, pero también específica sobre los agravios expuestos por los recurrentes. En lo que respecta a la aplicación del Art. 65 inc. 3° del Código Penal sobre la consideración de las circunstancias que pertenezcan al tipo penal y por ende la revaloración, razón por la cual, es evidente que esto no puede llevar al juzgamiento correcto de la actuación del órgano inferior, me gustaría exponer algunas apreciaciones.

Cabe recordar que, la motivación es un instrumento contra la arbitrariedad judicial, garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas de forma irracional, es decir, obliga a los Magistrados a que expongan las razones que avalen a su decisión de forma expresa, completa, simple y lineal.

En ese sentido, la ley exige al juez que, al momento de dictar resolución, haga una exposición de los motivos de hecho y derecho en que fundan sus opiniones, es decir, se requiere que la decisión asumida, esté precedida de una fundamentación clara y precisa permitiendo así la posibilidad de exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento.

Al respecto, el Art. 256 de la Constitución Nacional reza: "...Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta constitución y en la ley..." así mismo el Art. 125 del Código Procesal Penal establece: "...Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...". Consecuentemente, su incumplimiento comporta la nulidad del fallo dictado.

Ahora bien, de conformidad con el Art. 474 del Código Procesal Penal, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se encuentra facultada a resolver directamente el recurso planteado contra el fallo dictado por el Tribunal de Sentencia y sobre el cual el Ad-quem se ha pronunciado en forma limitada, expresando sobre lo establecido en el artículo 65 del código penal (a fs. 1.584) La consecuencias reprochables del hecho: "ha segado la vida de una persona... el Tribunal A-quo... hizo hincapié en el daño que ha

causado a la sociedad tal acontecimiento, que como es bien sabido también es objeto de protección de la norma...”.

En el caso de marras, los recurrentes impugnaron puntos de la medición de la pena –errores in iudicando- cometidos por el Tribunal de mérito en la fijación del quantum asignado a los autores del hecho punible, de ahí resulta ineludible el control lógico-jurídico del fallo. Sin embargo, esta competencia se limita únicamente al estudio y resolución de las cuestiones señaladas por los apelantes (Art. 456 del C.P.P.).

La primera defensa técnica, centra sus agravios manifestando en relación al artículo 65° del Código Penal: “...que el Tribunal de Sentencia se limita a mencionar circunstancias fácticas, sin mencionar la valoración positiva o negativa de las mismas. Convirtiendo dicho análisis de la medición del quantum de la pena, en un análisis arbitrario carente de fundamentos”.

La segunda defensa técnica, centra sus agravios manifestando en relación al quantum de la pena “...el Tribunal de Alzada hace mención y transcripción íntegra al párrafo antes citado, sin embargo, no hace referencia al agravio planteado y omite realizar un análisis acabado de las circunstancias que deberían ser valoradas a favor y en contra de la acusada... el Tribunal de Sentencia y menos el Tribunal de Alzada ha determinado cual es el reproche máximo considerado como punto de partida. Punto 3) La Forma de realización del hecho; y punto 6) Consecuencias reprochables del hecho. Violación del art. 65 inc. 3° del C.P.”.

La tercera defensa técnica, centra sus agravios manifestando en lo nuclear: “...El Tribunal de Alzada se ha referido de manera escueta en relación a la sanción penal impuesta, en demasía, a mi defendido, la sentencia impugnada adolece de una fundamentación aparente...” Al respecto, adelanto mi postura por la procedencia del reclamo.

Que, el Art. 65 del Código Procesal Penal reza: “Bases de la medición: 1° La medición de la pena se basará en el grado de reproche aplicable a autor o partícipe y considerará los efectos de la pena en su vida futura en sociedad. 2° Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente: 1. Los móviles y los fines del autor; 2. La forma de la realización del hecho y los medios empleados; 3. La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho; 4. La importancia de los deberes infringidos; 5. La relevancia del daño y del peligro ocasionado; 6. Las consecuencias repro-

chables del hecho; 7. Las condiciones personales, culturales, económicas y sociales del autor; 8. La vida anterior del autor; 9. La conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima; 10. La actitud del autor frente a las exigencias del derecho y, en especial, la reacción respecto a condenas anteriores o salidas alternativas al proceso que impliquen la admisión de los hechos. 3° En la medición de la pena, no podrán ser consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal”.

De la lectura de la norma se tiene que, esta herramienta brinda al Tribunal de Sentencia, las pautas que deben valorarse al momento de fijar la pena, enumerando en forma enunciativa y explicativa cuáles son los criterios que deben ser considerados con respecto a la correcta determinación del grado de reprochabilidad del acusado, pues estos parámetros deben ser considerados de manera positiva o negativa y de acuerdo a las circunstancias fácticas del juicio, quedando prohibido considerar con efecto agravante o atenuante la configuración de un elemento típico en la medición de la pena, sin olvidar los efectos de la pena en la vida futura del procesado.

La prohibición de la doble valoración se fundamenta en que el legislador, al decidir acerca del marco punitivo aplicable a un tipo penal ha solucionado de manera general cuáles son los factores que agravan la ilicitud y la culpabilidad y, por tanto, no puede ser valorada en una nueva oportunidad. (Maurach R., Gössel K., Zipf. H., “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 742.).

Así mismo, es obligación del Tribunal A-quo, fundar su decisión según criterios legales y racionales utilizados para su individualización, de manera que permita exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento, ya que, en una deficiente fundamentación de la medición de la pena es frecuente encontrar un doble error, esto es, con relación a las circunstancias que pertenecen al tipo penal que se encuentra prohibido en el Art 65 inc. 3° del Código Penal y, otra cuando los hechos son estudiados o valorados de forma reiterativa en varios puntos previstos en el citado artículo.

En ese contexto y de la atenta lectura del fallo de primera instancia surge que, el acusado G.E.C., fue condenado a 18 (diez y ocho) años; M.M.E a 22 (veintidós) años y E.Y.G.S., a 24 (veinticuatro) años de pena

privativa de libertad, en base a las argumentaciones erráticas con relación a la aplicación del Art. 65 del Código Penal.

El Tribunal de mérito al momento de sopesar los parámetros previstos en el Art. 65 inc. 2° del Código Penal expresó: “2 La forma de realización del hecho y los medios empleados: la acusada se aprovechó de la situación de dependencia de un empleado suyo, para que este buscara una persona para efectuar su plan, la de dar muerte a la víctima... (M.M.E.). En relación al inciso 6, las consecuencias reprochables del hecho para los tres casos expresó el Tribunal: el mismo ha segado la vida de una persona joven que representa una pérdida importante para la sociedad...”.

Sobre el punto, se visualiza que el Tribunal A-quo, ha valorado de forma reiterativa las circunstancias fácticas que pertenecen al tipo penal de “Homicidio Doloso” así pues, en el punto 2 en relación a la imputada M.M.E. y en relación a los tres imputados en el punto 6, siendo evidente que son consecuencias que guardan vinculación con el Art. 105 inciso 1° del C.P., es el que matara a otro.

En resumen, el Tribunal de Sentencia ha realizado una doble valoración al analizar el punto 2 y 6 del inc. 2° del 65 del Código Penal, considerando presupuestos que configuran el tipo penal como circunstancias desfavorables a los autores del hecho punible.

De modo que, deviene procedente, considerar que la pena podrá ser revisada, cuando es factible resolver la cuestión directamente en esta instancia, con lo que se evitaría el innecesario dispendio de tiempo y de energía jurisdiccional que son componentes gravitantes de los Principios de Celeridad y Economía Procesal que todo juicio penal requiere.

Al respecto, resulta evidente que se han violado dos principios esenciales: proporcionalidad y necesaria motivación, es por esto que, corresponde rectificar la pena impuesta al procesado, dejándola establecida en 23 años y 6 meses (para E.Y.G.S.); 21 años (para M.M.E.) y 17 años y 6 meses (para G.E.C.) de pena privativa de libertad, lo cual no significa la necesaria incursión del Ad-quem el terreno de los hechos y pruebas acreditados en el debate oral -Principio de Inmediatez- reservada al Tribunal de Mérito.

En ese sentido señala Roxin: “la tendencia actual de este recurso extraordinario diluye la distinción entre hecho y derecho, pues el órgano revisor debe evaluar tanto el enjuiciamiento del caso desde el punto de vista jurídico (subsunción) como la conducta desplegada por el tribunal de

mérito en la determinación del material fáctico objeto de la subsunción. Así la división cuestión de hecho/cuestión de derecho será inocua, pues la actividad de control queda completamente abierta a la revisión de todos los defectos que tornen incorrecta la decisión recurrida, dado que revisar todas las actuaciones no es lo mismo que duplicar el juicio y producir de nuevo la prueba de los hechos”.

Por otra parte, con respecto al agravio de la defensa de la coimputada M.M.E., que reclama que la sentencia se basó únicamente en la declaración brindada por el señor G.E.C., y expone que al considerar la declaración del acusado en sede policial se ha violado el artículo 371 del C.P.P. El citado artículo Excepciones a la Oralidad expresa que: “Solo podrán ser incorporados al juicio por su lectura u otros medios: 3) la querrela, la denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme a lo previsto por este código... Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, no tendrá ningún valor y su inclusión ilegal producirá la nulidad absoluta de todo el juicio”. En el caso analizado el Tribunal ha tomado como medio de prueba documental la Nota DH N° 259/2011 remitido por el departamento de Investigación de Delitos de la Policía, prueba admitida por A.I. N° 1516 de fecha 25 de octubre de 2012 que eleva la causa a juicio oral y público, ajustándose a lo expuesto en el numeral 3° del artículo 371 del C.P.P.

Para finalizar, se tiene que las defensas técnicas de los coimputados M.M.E., y G.E.C., se agravan en sus respectivos recursos de casación por la incorrecta interpretación del precepto legal de alevosía realizada por el Tribunal de Alzada. Se observa a fs. 1584/1585 la respuesta esgrimida por el tribunal de apelaciones al agravio planteado, que considero clara y correcta. “...la jurisprudencia ha dividido a la alevosía en varios tipos; alevosía proditoria, se caracteriza por la emboscada... el victimario se oculta en un lugar propicio a la espera de la víctima; alevosía por sorpresa se caracteriza por un ataque inesperado... por la forma repentina en que ocurre el hecho punible... Con lo que se puede colegir que la alevosía contempla un variado espectro que se caracteriza por la situación desventajosa en la que se encontraba la víctima...los coprocesados, si bien desplegaron diferentes roles, se advierte la premeditación y concierto previo para que el hecho pueda ser consumado”.

JURISPRUDENCIA

Por todo lo expuesto precedentemente, corresponde: hacer lugar al recurso extraordinario de casación interpuesto por las defensas técnicas de los procesados E.Y.G.S., M.M.E., y G.E.C., en consecuencia anular el Acuerdo y Sentencia N° 122 de fecha 28 de octubre de 2015 dictado por el Tribunal de Apelación Penal, circunscripción de Central; confirmar la Sentencia Definitiva N° 63 de fecha 26 de marzo de 2015 dictada por el Tribunal de Sentencia y en consecuencia rectificar los apartados N° 8, 9 y 10 imponiendo la pena privativa de libertad de veintitrés (23) años y seis (6) meses al procesado E.Y.G.S., de veintiún (21) años a la procesada M.M.E y diecisiete (17) años y seis (6) meses al procesado G.E.C., e integrar la fundamentación de los puntos 2 y 6 del inc. 2° del Art. 65 del Código Penal, por así corresponder a estricto derecho.

Finalmente, corresponde imponer las costas en el orden causado al no hallarse los requisitos exigidos para imponerlas a una de las partes, pues de conformidad al criterio de equidad, el cual implica no imponer las costas a quien sin temeridad ni mala fe ha instaurado la acción penal, situación que se ha dado en la presente causa, conforme a las constancias de autos; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el Art. 261 del Código Procesal Penal y en observancia a lo prescrito en el Art. 269 del mismo cuerpo legal. ES MI VOTO.

A SU TURNO, EL DR. ANTONIO FRETES manifiesta que se adhiere al voto del Ministro Ramírez Candía por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por ante mí que lo certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 297

Asunción, 26 de marzo de 2021.

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

SALA PENAL,

RESUELVE:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD de los Recursos de Casación, planteados por los acusados.

2. HACER LUGAR a los Recursos de Casación, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3. ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 122 de fecha 28 de octubre del 2.015, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción judicial de Central.

4. ANULAR la Sentencia Definitiva N.º 63 del 26 de marzo de 2015 dictada por el tribunal de sentencia integrado por los jueces Rolando Duarte Martínez, Javier Sapena Bibolini y Leticia Frachi Vargas y en consecuencia reenviar la causa a otro tribunal de sentencia para la realización de un nuevo juicio oral y público.

5. IMPONER costas en el orden causado.

6. ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Manuel de Jesús Ramírez Candia, Antonio Fretes y María Carolina Llanes.

Ante mí: Karina Penoni, Secretaria.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Segunda Sala

ACUERDO Y SENTENCIA N° 5

***Cuestión debatida:** El tribunal de alzada estudia los agravios expuestos por parte del representante del I.P.S. contra la sentencia recaída en un juicio de amparo en el que se pretende la compra de un insumo médico que no se encuentra dentro del Vademécum Institucional.*

Como parte del fundamento esgrimido en la apelación se alega que los accesorios necesarios para el implante de la válvula aórtica, no cuentan con registro sanitario y sumado a esto la inexistencia de profesional médico a nivel nacional que pueda llevar adelante el procedimiento quirúrgico; resultando inviable la pretensión del amparista, por lo que solicita la revocatoria del fallo.

ENTIDADES AUTÁRQUICAS. Instituto de Previsión Social. ACCIÓN DE AMPARO. Presupuestos. Legitimidad en la acción de amparo.

En estas condiciones no observamos alguna ilegitimidad del acto provocado por la parte demandada. No se ha negado la provisión del material solicitado sin causa justificada. Se ha explicado la situación y el cuadro que se presenta. No se aprecia el contenido de una reglamentación del I.P.S. para casos excepcionales que pueda aplicarse saliendo de su presupuesto económico programado, esto es por una parte.

Al no demostrarse en forma clara y manifiesta la ilegitimidad del acto por parte de la Institución, así como también la urgencia del caso por falta de alternativa o la inexistencia de otro remedio eficaz al efecto, y además existiendo otras vías de solución, según el informe del I.P.S., el amparo no puede prosperar en estas condiciones, por consiguiente la sen-

tencia definitiva y la medida cautelar apeladas deben ser revocadas, con costas, a la perdidosa, conforme Art. 203 inc. b) y 587 del C.P.C. Es mi voto.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. ACCIÓN DE AMPARO. Presupuestos. ENTIDADES AUTÁRQUICAS. Instituto de Previsión Social.

Siendo el Instituto de Previsión Social, el órgano autárquico, que tiene por finalidad el cumplimiento del Art. 95 de la Constitución Nacional, su negativa constituye un acto no solo ilegítimo, sino inconstitucional, cuando quien requiere el servicio, es una persona asegurada con suficiente antigüedad como aportante.

Así pues, el primer requisito se halla cumplido, así como el segundo de que existe un peligro a un derecho de rango constitucional, en este caso la vida.

En cuanto a lo alegado por la parte demandada, que no se ha agotado la instancia contenciosa administrativa, ciertamente que podría irse por esa vía, pero indudablemente el trámite procesal de dicha acción, no se compadece con la urgencia del caso, y ni aún por medio de una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo, podrá dar la respuesta en tiempo al caso, donde hay una vida de por medio, por lo que coincidimos con el A-quo que es el amparo la vía adecuada para su pretensión.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. ACCIÓN DE AMPARO. Presupuestos. ENTIDADES AUTÁRQUICAS. Instituto de Previsión Social. Vademécum.

Siendo el Instituto de Previsión Social, el órgano autárquico, que tiene por finalidad el cumplimiento del Art. 95 de la Constitución Nacional, su negativa constituye un acto no solo ilegítimo, sino inconstitucional, cuando quien requiere el servicio, es una persona asegurada con suficiente antigüedad como aportante.

Así pues, el primer requisito se halla cumplido, así como el segundo de que existe un peligro a un derecho de rango constitucional, en este caso la vida.

En cuanto a lo alegado por la parte demandada, que no se ha agotado la instancia contenciosa administrativa, ciertamente que podría irse

por esa vía, pero indudablemente el trámite procesal de dicha acción, no se compadece con la urgencia del caso, y ni aún por medio de una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo, podrá dar la respuesta en tiempo al caso, donde hay una vida de por medio, por lo que coincidimos con el A-quo que es el amparo la vía adecuada para su pretensión.

TApel. Civil y Comercial. Segunda Sala. 18/02/2021 Marcial Darío Ayala García c/ I.P.S s/ Amparo (Ac. y Sent. N° 5).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Se encuentran ajustadas a derecho las resoluciones apeladas?

Practicado el sorteo de ley para establecer el orden de votación arrojó el siguiente resultado: COCCO SAMUDIO, ZUCCOLILLO DE VOUGA y PAREDES BORDÓN.

A LAS CUESTIONES PLANTEADAS EL MAGISTRADO COCCO SAMUDIO DIJO:

Por la sentencia recurrida el Juez Aquo resolvió: “ 1) *HACER LUGAR al amparo promovido por el señor MARCIAL DARÍO AYALA GARCÍA contra el INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL y, en consecuencia, DISPONER que el Instituto provea la Válvula aórtica EDWARDS SAPIEN 3 N° 29 mm con todos sus accesorios indispensables además de todos los materiales para acceso periférico según la eventualidad para el implante por vía Percutánea Femoral Tras Catéter (TAVI), medicamentos necesarios para el tratamiento recomendado. 2) IMPONER las costas a la parte vencida...*”.

Sostiene el apelante que, no se puede negar lo que se desconoce, el informe del Servicio de Hemodinamia es claro cuando dice que no existe antecedente clínico o diagnóstico clínico del Sr. Marcial Ayala García, este informe no fue valorado por el Juez quien expresó en forma errónea que no se pone en duda la patología del Amparista, situación totalmente improcedente en razón de que no se puede negar lo que no se conoce. Prosigue que, afirma la sentencia que el Amparo es la vía idónea para los fines perseguidos, sin demostrar el acto u omisión ilegítimo, citando este como requisito para la procedencia de la acción cuya ausencia hace improcedente el Amparo. Refiere igualmente que, el Magistrado en la sentencia no ha valorado las pruebas para entender la inviabilidad de la pretensión, pues si bien

afirma que la Válvula Aórtica TAVI cuenta con el registro sanitario, no tuvo en cuenta que dicha Válvula necesita para su aplicación de otros insumos accesorios, insumos que en algunos casos no disponen del registro sanitario, según informe el Departamento de Vigilancia Sanitaria del M.S.P. y B.S., no siendo atendido este extremo, imponiendo al instituto una obligación de cumplimiento imposible. También alega que, por analogía se menciona el caso “Olga Justina González Vda. de Ugarte c/ I.P.S. s/ Amparo”, sin realizar un razonamiento objetivo de la situación y estamos seguros, dice, que el Juez no tuvo a la vista el expediente por lo que no pudo conocer a fondo la cuestión haciendo simplemente una cita de un juicio desconociendo su contenido. Agrega que, el Instituto de Previsión Social cuenta con personería jurídica de carácter privado como cualquier Sanatorio que brinda un seguro médico contratado y estipulado de antemano lo que brinda las obligaciones y limitaciones. Ej.: cuadro básico de insumos médicos; cualquier otra cuestión que no se encuentre dentro de dichas obligaciones no pueden ser reclamadas, por Ej.: El Sanatorio Migo-ne no cuenta con la válvula necesaria. Solicita finalmente la revocatoria de la sentencia apelada.

La parte actora contesta el traslado sosteniendo que la sentencia apelada reúne todos los requisitos exigidos por el Art. 578 del C.P.C. y ha sido dictada en el marco del Art. 134 de la Constitución Nacional. Manifiesta que el apelante falsea los hechos con el deliberado propósito de confundir a este Tribunal, al mencionar que su mandante, el IPS desconoce la gravedad de su patología o que no existen en la institución sus antecedentes o diagnósticos clínicos. Afirma que su médico tratante es el Dr. Ricardo Rolón, cardiólogo del I.P.S. con quien realizó las consultas y es quien le informó que padece una patología de la Válvula Aórtica denominada Estenosis, razón por la cual tuvo que realizarse varios estudios confirmándose el diagnóstico clínico de Estenosis Aórtica Severa. Prosigue que, fue dicho médico quien indicó que el tratamiento de reemplazo valvular debe ser por vía Percutánea no por cirugía a cielo abierto por el alto riesgo que representa para su estado de salud la cirugía cardiaca. El apelante afirma que el IPS no brinda consultas a pacientes ambulatorios, solo realizan en ese departamento cateterismo, diagnóstico y terapéutico, por lo que no pudo haber concurrido ante ese departamento, sino figura su consulta en el SIH, ya escapa a su competencia en calidad de paciente. Afirma que en ningún momento ingresó como paciente internado en la Previsional, dado

que cuenta con un seguro privado el cual utiliza para esos casos y la consulta con el Dr. Oscar Paredes realizó a través del seguro privado ya que en el IPS debía esperar varios meses para hacerlo y también por el inicio de la pandemia por Covid-19. Asevera que, no es verdad que el I.P.S. no cuente con recursos humanos capacitados o profesionales en condiciones de realizar la cirugía requerida, pues según lo informado por directivos de la Institución, existen médicos especializados tanto en Francia como en España, para realizar la intervención quirúrgica del implante valvular aórtico (TAVI) como los Doctores Víctor Rojas Rodríguez y Hugo González Saldívar quienes por desidia de la institución no pueden desarrollar dentro del I.P.S. su experiencia. Alega que el juez ha valorado todas las pruebas entre ellas que la válvula aórtica TAVI cuenta con Registro Sanitario en el país; que la firma representante ante el I.P.S. se halla identificada como Biomédica S.A. y que IPS compró en el pasado, por vía de la excepción y todos sus accesorios, según el expediente N° 011525/2020, de fecha 17 de abril de 2020, derivada del juicio caratulado “Olga Justina González Vda. de Ugarte c/ I.P.S. s/ Amparo”. Añade que la parte demandada incurrió en grave omisión al negarse a proveer un dispositivo esencial para mejorar su calidad de vida. Asimismo, señala que el I.P.S. invoca razones económicas o falta de capacitación especializada ignorando que la salud y la vida está protegida por la Constitución Nacional. Concluye que la S.D. N° 62 carece de vicios o nulidades y ante la inconsistencia de los méritos expuestos corresponde no hacer lugar a la apelación planteada por su notoria improcedencia, con costas.

En la presente acción de amparo la única cuestión que será puesta a consideración de esta Alzada consiste en determinar si la decisión apelada se ajusta o no a derecho respecto a, “*DISPONER que el Instituto provea la Válvula aórtica EDWARDS SAPIEN 3 N° 29 mm con todos sus accesorios indispensables además de todos los materiales para acceso periférico según la eventualidad para el implante por vía Percutánea Femoral Tras Catéter (TAVI), medicamentos necesarios para el tratamiento recomendado*”.-

Asimismo, al promover la demanda el Juez Aquo decretó como medida cautelar cuanto sigue: “...*Decrétese como medida cautelar de urgencia la compra de la válvula aórtica para la realización del implante vía femoral tras catéter (TAVI) Edwards Sapiens 3 tamaño 28 mm, con todos los accesorios indispensables para el implante y de otros materiales...*”.

La medida cautelar también fue apelada por la parte demandada, y siendo ésta, en contenido, la misma cuestión resuelta en la sentencia, nos abocamos a ambos recursos.

Analizamos la mencionada cuestión bajo el marco legal básico, que es el Art. 134 de nuestra Ley Fundamental, dentro del cual se encuadra jurídicamente la garantía constitucional del amparo en armonía con las disposiciones formales previstas en los Arts. 565 al 588 del Código Procesal Civil. Es así que la mencionada disposición constitucional textualmente dispone: *“Toda persona que, por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral. El amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el amparo no causarán estado”*.

Ligeramente, son puntos a favor de la procedencia de un amparo: Producción de una *Lesión de raigambre constitucional*; la *arbitrariedad*, es decir, la actuación contraria a derecho por carecer de fundamentos que la sustenten; *ilegalidad*, es decir, obrar en contra de la ley, de la actuación de la autoridad pública o del particular, deben ser manifiestas. (Cod. Proc. Civ. y Com. de la Nación Arg. Comentado, Arazi-Rojas, Tomo II, pág. 645).

En un mejor análisis, la acción contiene ciertos elementos inexcusables que deben ser cumplidos conjuntamente para que proceda la pretensión, siendo los mismos: **I-) Acto u omisión manifiestamente ilegítimo**. La ilegitimidad encontramos en todo acto que atente contra el orden público vigente y en especial la vulneración de aquellos derechos consagrados por nuestra ley fundamental, como el derecho a la vida, la libertad, igualdad y justicia. La ilegitimidad del acto violatorio debe ser manifiesta, clara y evidente. Existen casos en que, aún mediando restricción a un derecho, esa restricción por ser razonable, no es ilegítima (Derecho de Ampa-

ro, Germán Bidart Campos, año 1961, pág. 230). **II-) Ausencia de solución previa del caso por sus cauces naturales correspondientes.** Esto traducimos como la inexistencia de medios idóneos previstos para un reclamo judicial ordinario o extrajudicial, ante el surgimiento de una su- puesta lesión de derecho, produciéndose ello, luego de agotar todos los trámites legales previos. **III-) Lesión grave o el peligro de que tal cosa se produzca.** Es preciso también que la lesión que el acto produzca, sea grave, pues de no tener la violación ese carácter, el amparo será im- procedente. Grave, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, significa grande, de mucha entidad o importancia. El amparo, remedio de jerarquía constitucional no puede ser utilizado para resolver cuestiones ligeras. (El Amparo Judicial, Enrique Sosa, año 2004, pág. 74). **IV-) La urgencia del caso.** Este requisito se da cuando las vías ordinarias no contienen un remedio legal y eficaz para el derecho que se pretende proteger y de no optarse por el amparo, los daños serían irrepa- rables.

De manera que, en el juzgamiento de la pretensión se debe atender que la acción no sea desnaturalizada o mal utilizada. Desnaturalizar la acción significa en este caso despreñar, desconocer o sobrepasar los re- glamentos, normas y procedimientos propios de la institución pública para saltar directamente a una acción jurisdiccional solicitando una orden judi- cial para imponer sobre las demás normas y procedimientos preexistentes que deben ser respetados. Los reglamentos internos constituyen las he- rramientas que regulan la conducta de los funcionarios de la institución y a estos deben someterse las personas que prestan sus servicios en la mis- ma. Igualmente, los asegurados deben someterse a tales reglamentos.

El juez ha corrido traslado al Instituto de Previsión Social acerca de la petición del accionante. El Instituto ha remitido un detallado informe acerca de la *Válvula Aórtica EDWARDS SAPIEN 3 N° 29 mm* y también del paciente, que nos parece razonable transcribir porque consideramos importante.

Según constancia de autos (fs. 9), el Dr. Ángel Rolón Ruiz D. envía una nota al Dr. Elías Rolón, Jefe del Servicio de Hemodinamia del I.P.S. informando sobre el cuadro clínico del paciente Marcial Ayala manifes- tando que es candidato a implante transcatóter de válvula aórtica (TAVI) por estenosis aórtica severa sintomática, a los efectos de valorar factibilidad y disponibilidad según el cuadro básico o stock de su servicio del I.P.S. A fs.

10 obra la contestación informando que a la fecha (29/10/20) el material transcáteter de válvula aórtica (TAVI), no figura en el Cuadro Básico de Dispositivos Médicos de la Institución por consiguiente se halla sin existencia en el stock del Servicio de Hemodinamia.

A fs. 17/18 obra la nota interna del Dr. Juan Elías Rolón Paredes al Dr. Roger Ayala, Jefe Departamento de Medicina Interna H.C. del I.P.S., referente a la solicitud de reconsideración de la nota del 29 de octubre de 2020 manifiesta que: *“...reitera y certifica una vez más que el material transcáteter de válvula aórtica no figura en el cuadro básico de dispositivos médicos de la institución y por ende se halla sin existencia a la fecha en el servicio de hemodinamia. Agrega en la nota que, en relación a la nota del señor Marcial Ayala al Pdte. del I.P.S., en el sentido de que ya tiene el precedente de compra por la previsional por la vía de la excepción a la señora Olga de Ugarte en febrero de 2020, informa que: “...es de suma importancia mencionar que el material transcáteter de válvula aórtica (TAVI) solo puede ser implantado por profesionales habilitados por las Empresas que fabrican la válvula TAVI luego de cumplir con requisitos que los habiliten como médicos libres como operadores para el implante de TAVI. Actualmente a nivel nacional no existe profesional médico que cuente con la habilitación como médico libre para el implante de la válvula TAVI, razón por la cual la empresa Biomédica en el marco del contrato 074/2020, convocó al país al profesional extranjero en su carácter de Médico Experto en la Práctica “Proctor” para realizar el procedimiento a la paciente Olga Ugarte, pero el profesional manifestó que le sería imposible por todos los protocolos internacionales vigentes por la Pandemia por COVID-19 que la fecha le impiden trasladarse de un país a otro obligándolo a cumplir aislamiento. Además, debo informar que el dispositivo que fue adquirido y se halla en los depósitos de la DASM desde marzo del corriente, podría incluso vencer sin poder ser implantada...”*”.

La siguiente nota interna invoca el Art. 30 del Decreto Ley N° 1860/50 que dispone: “Riesgos de Enfermedad. En caso de enfermedad no profesional o accidente que no sea del trabajo, el Instituto proporcionará a los asegurados: a) Atención médico-quirúrgica y dental, medicamentos y hospitalización, conforme a las normas que dispongan los reglamentos del Instituto. Provisión de aparatos de prótesis y ortopedia de acuerdo al reglamento que dicte el Consejo de Administración. Lo solicitado por el recurrente no figura en el cuadro básico de la Institución.”

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Con respecto al paciente Marcial Ayala tenemos que, en fecha 20 de enero de 2021, el Dr. Juan Elías Rolón Paredes, Jefe del Servicio Hemodinamia del H.C. del I.P.S., remitió una nota a la Asesoría Jurídica informando que: *“..no se cuenta con ningún antecedente clínico y por consiguiente y por consiguiente con ningún diagnóstico clínico del paciente MARCIAL AYALA en el servicio de hemodinamia, además de la presentada por el Dr. Ángel Rolón, ya que el paciente no consultó en ningún momento en este servicio. El paciente no registra internación alguna en la Institución, según registros del SIH control de internación hospitalaria. Se desconoce el estado del paciente si el mismo se encuentra en condiciones para una intervención quirúrgica. No existe en la Institución ni a nivel nacional profesional especialista habilitado por la Empresa para la aplicación o implante de Válvula Aórtica Transcatéter (TAVI). Existe tratamiento alternativo para el tratamiento de los pacientes con Diagnóstico de Cardiopatías Valvulares el cual consiste en la cirugía convencional de reemplazo valvular aórtico realizado por profesionales médicos de la Institución según guías médicas actuales en el Servicio de Cardiología hace más de 30 años”.*

Entonces tenemos, por una parte, que la válvula, aparte de no existir dentro del listado de suministros médicos al asociado del I.P.S., no está “disponible”. El laboratorio que provee dicha válvula condiciona su venta a que, únicamente los cirujanos especialistas pueden realizar dicho implante de la válvula en el paciente, según informe de fs. 17. Estos médicos cirujanos especialistas no existen en nuestro País. Los del extranjero no pueden venir debido a la Pandemia, no desean hacer cuarenta al llegar y al volver.

Se presenta este cuadro que, aparte de la inexistencia en stock ni en el listado de medicamentos e insumos del I.P.S. de dicha válvula, ¿carece de profesionales médicos cirujanos especialistas quienes son los únicos que pueden colocar la válvula al paciente? La válvula en existencia adquirida para la señora Olga Justina González Vda. de Duarte está en reserva en el I.P.S. e inexplicablemente aún no se ha procedido a su implantación a la paciente, probablemente sería por las mismas razones.

El informe del I.P.S. dice que existen tratamientos alternativos para casos de esta naturaleza, explicando en qué consiste dicho tratamiento, entonces no se avizora la urgencia del caso ni como única alternativa el implante de la Válvula solicitada.

El I.P.S. reclama que el asegurado no fue ni se encuentra internado en el Instituto, tampoco asiste a consultorios médicos del I.P.S., desconocen su cuadro clínico porque no va a consultas al I.P.S.

En estas condiciones no observamos alguna ilegitimidad del acto provocado por la parte demandada. No se ha negado la provisión del material solicitado sin causa justificada. Se ha explicado la situación y el cuadro que se presenta. No se aprecia el contenido de una reglamentación del I.P.S. para casos excepcionales que pueda aplicarse saliendo de su presupuesto económico programado, esto es por una parte.

Al no demostrarse en forma clara y manifiesta la ilegitimidad del acto por parte de la Institución, así como también la urgencia del caso por falta de alternativa o la inexistencia de otro remedio eficaz al efecto, y además existiendo otras vías de solución, según el informe del I.P.S., el amparo no puede prosperar en estas condiciones, por consiguiente la sentencia definitiva y la medida cautelar apeladas deben ser revocadas, con costas, a la perdidosa, conforme Art. 203 inc. b) y 587 del C.P.C. Es mi voto.

A SU TURNO, el Dr. J.C.P.B. dijo, Por la sentencia en alzada S.D. N° 62 de fecha 28 de enero de 2021, el A-quo RESOLVIO:”1) *HACER LUGAR al amparo promovido por el Señor MARCIAL DARIO AYALA GARCIA contra el INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL y, en consecuencia DISPONER que el Instituto provea la Válvula aórtica EDWARDS SAPIEN 3 N° 29 mm con todos sus accesorios indispensable además de todos los materiales para acceso periférico según la eventualidad para el implante por Vía Percutánea Femoral Tras Catéter (TAVI), medicamentos necesarios para el tratamiento recomendado. 2) IMPONER las costas a la parte vencida”.*

La parte demandada presenta su escrito de interposición de recursos, a fs. 144/147, donde funda sus agravios que le causa la sentencia, reiterando argumentos señalados al contestar el amparo, tales como el orden jerárquico de las normas constitucionales, Arts. 134, 128 127, 95, 68, 47, 46 y 260 de la Constitución nacional, que hacen referencia al amparo constitucional, a la primacía del interés general sobre el particular, al cumplimiento de la ley de la seguridad social, del derecho a la salud, de las garantías de igualdad, de la igualdad de las persona así como los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional, señala que el A-quo ha ignorado las pruebas arrimadas de donde se tiene que existe, a) la imposibilidad mate-

rial y legal de dar cumplimiento a los solicitado en el amparo, copia del correo electrónico de vigilancia Sanitaria del MSP y BS, b) Que no existe la posibilidad llevar adelante la intervención solicitada por carecer de profesionales capacitados para la misma, Que no existe antecedentes clínicos y por consiguiente diagnóstico clínico del paciente. Señala que los argumentos del A-quo, resultan arbitrarios al no haber considerado las pruebas arrimadas por su parte.

En autos, el Señor Marcial Ayala, asegurado con 13 años de aportes al Instituto de Previsión Social, deduce amparo constitucional contra dicha institución, señalando que su médico tratante, Dr. Ricardo Rolón, médico del IPS, ha señalado que el mismo debe someterse a una operación de implante valvular aórtico transcater (TAVI) ya que el método tradicional de operación a cielo abierto del corazón, presenta demasiados riesgos debido a que el mismo de diabetes mellitus tipo 2 de larga data, insulino dependiente, dislipidemia controlada con medicación, Hipertensión arterial, sobrepeso, ver fs., 21 de autos.

La institución demandada ha negado lo solicitado por el amparista, alegando que el dispositivo solicitado no se encuentra dentro del cuadro básico de cobertura, por lo cual no lo tiene en existencia, señala además que el mismo no ha consultado en el servicio de hemodinamia, según la afirma el Dr. Juan Elías Rolón, en la nota interna a fs. 61 de autos, y que no existe especialista en el país que pueda realizar el procedimiento requerido.

Al contestar la acción, fs. 57 de autos, el Instituto no ha desconocido ni la calidad de asegurado ni su antigüedad, como asegurado del Instituto.

Antes de continuar considerando puntualmente el caso de autos, es conveniente la precisión de algunos aspectos relativos a la institución del amparo constitucional.

En ese sentido el Art. 134 de la Constitución Nacional, dispone, en su primer párrafo: ***Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la Ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente*** y agrega en el último párrafo: ***La ley reglamentará el respectivo procedimiento.***

JURISPRUDENCIA

La reglamentación para el procedimiento en la acción de amparo, se encuentra legislada en los Arts. 565 y sgtes. del Código Procesal Civil, a los cuales debemos remitirnos, para considerar en primer término, antes de entrar en el fondo de la cuestión, a establecer, si prima facie, se encuentran reunidos todos los requisitos necesarios que hagan viable la acción de amparo.

De conformidad a la norma Constitucional transcrita, Art. 134, así como de los Arts. del Código Procesal Civil citados, y conforme a la jurisprudencia pacíficamente desarrollada por nuestros tribunales, se tiene que dichos requisitos, establecidos en la propia norma constitucional, son: a) Una acción u omisión, manifiestamente ilegítima de una autoridad o de un particular; b) Que dicha acción u omisión, cause un agravio, o un daño grave, en la persona o en los derechos de rango constitucional de la persona afectada, c) Que no exista otra vía procesal más idónea para la reparación del daño, o que si existiera, sea insuficiente para evitar el daño, debido a la urgencia del caso; o, d) que se hayan agotado las vías administrativas previas, en los casos que se recurra en amparo contra decisiones de entidades, sean públicas o privadas, y e) que la acción se haya deducido dentro de los sesenta días hábiles, posteriores al día en que el afectado tomo conocimiento de la acción u omisión.

Para la procedencia de la acción se requiere la existencia simultánea de los requisitos precedentemente mencionados, siendo bastante que uno de ellos no se halle configurado para que el amparo no proceda. En primer lugar encontramos que el amparo fue promovido dentro del plazo de 60 días establecido en la norma.

El amparo constitucional es un remedio excepcional reservado a casos extremos para los casos donde existe una grave violación de un derecho de rango constitucional, o un peligro inminente de ello, en base a un acto ilegítimo, y que no tiene un resorte procesal ordinario o sumario que permita su pronta reparación, la adopción de medidas cautelares adecuadas, por ende, su acogimiento debe ser de carácter estricto y cuidadoso para preservar la seriedad de esta garantía constitucional.

Es decir, no cualquier acto ilegítimo, que cause un perjuicio puede dar fundamento a la promoción del amparo, se requiere que la garantía o el derecho conculcado o en peligro de serlo, sea de rango constitucional, es decir enunciado en la propia constitución.

Es menester recordar, en este punto, que el I.P.S., aun siendo una entidad autárquica, no es una institución hospitalaria netamente estatal, ya que los fondos que lo sostienen provienen del aporte de trabajadores y empleadores, no pudiendo en consecuencia dar servicio sino a aquellos sujetos de la previsual que están con sus aportes y antigüedad conforme con las reglamentaciones pertinentes dictadas por la autoridad del ente, de acuerdo con su carta orgánica.

No esta demás recordar igualmente, las disposiciones que rigen constitucionalmente la instalación del IPS, o sea el Art. 95 de la CN, que señala: **DE LA SEGURIDAD SOCIAL: El sistema obligatorio e integral de seguridad social PARA EL TRABAJADOR DEPENDIENTE Y SU FAMILIA será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos serán supervisados por el Estado. Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio".**

Se infiere de la norma transcripta, entonces que la cobertura es solo para el trabajador asalariado y su familia, en los términos que establezca la Ley reglamentaria.

En ese sentido el amparista ha demostrado ser asegurado del Instituto con suficiente antigüedad para un procedimiento como el que solicita.

En cuanto a la existencia o no de un acto ilegítimo, se tiene que existe una obligación de preservar la vida, Art. 4 de la Constitución, ***Del Derecho a la Vida: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica.*** “Así también el Ar. 68 de la Constitución se refiere al tema en los siguientes términos. ***Artículo 68°.- Del Derecho a la Salud: El estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofe y de accidentes. Toda persona está obligada a some-***

terse a medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”.

Siendo el Instituto de Previsión Social, el órgano autárquico, que tiene por finalidad el cumplimiento del Art. 95 de la Constitución Nacional, su negativa constituye un acto no solo ilegítimo, sino inconstitucional, cuando quien requiere el servicio, es una persona asegurada con suficiente antigüedad como aportante.

Así pues, el primer requisito se halla cumplido, así como el segundo de que existe un peligro a un derecho de rango constitucional, en este caso la vida.

En cuanto a lo alegado por la parte demandada, que no se ha agotado la instancia contenciosa administrativa, ciertamente que podría irse por esa vía, pero indudablemente el trámite procesal de dicha acción, no se compadece con la urgencia del caso, y ni aún por medio de una medida cautelar en un proceso contencioso administrativo, podrá dar la respuesta en tiempo al caso, donde hay una vida de por medio, por lo que coincidimos con el A-quo que es el amparo la vía adecuada para su pretensión.

En cuanto a la inexistencia de la válvula, se observa a fs. 15/16 de autos, el informe de la I.Q. Nair Sánchez, Jefa del Departamento de Administración de Suministros Médicos del IPS, dirigida al Dr. Juan Elías Rolón Paredes, en el que informa de la existencia de la Válvula aórtica requerida, lo cual contradice lo afirmado por el mencionado Dr. Rolón Paredes, este documento no fue desconocido por los abogados de la institución demandada al momento de contestar la demanda.

En cuanto a la inexistencia de profesional calificado para una operación de la naturaleza demandada, extraña que el médico tratante del IPS, recomiende un procedimiento, si es que fuera verdad que no existe en el país profesional capaz de realizarla.

En cuanto a las demás normas citadas por la institución demandada, no se aplican al presente caso, ya que no se está violando la igualdad ante ley, ni existe primacía del interés particular, en función a que el amparista, es un sujeto asegurado, con antigüedad, para ser objeto de protección del Art. 95 de la Constitución Nacional, en cumplimiento de los Arts. 4 y 68 de la Carta Magna.

En conclusión, encuentro que la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo, se encuentra ajustada a derecho y debe ser confirmada, así como las costas a la parte demandada. Es mi voto.

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

A SU TURNO, la Magistrada MARIA SOL ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, manifiesta que se adhiere al voto del Dr. Guido R. Cocco Samudio, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Señores Miembros de conformidad por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL, SEGUNDA SALA;

RESUELVE:

REVOCAR la medida cautelar decretada en autos por providencia de fecha 19 de enero de 2021 por el cual se ordena al I.P.S. la compra de la Válvula Aórtica para la realización del implante vía femoral tras catéter (TAVI) EDWARS SAPIENS 3 TAMAÑO 29 mm, con sus accesorios, por improcedente.

HACER LUGAR AL RECURSO DE APELACIÓN interpuesta por la parte demandada y en consecuencia, **REVOCAR** la S.D. N° 62 de fecha 28 de enero de 2021 dictada en estos autos de conformidad a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas a la parte actora.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Guido Cocco Samudio, Zuccolillo de Vouga y Juan Carlos Paredes Bordón.

Ante mí: Eduardo Maggin, Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Segunda Sala

ACUERDO Y SENTENCIA N° 72

***Cuestión debatida:** El tribunal de alzada estudia los agravios del representante del I.P.S. contra la sentencia recaída en un juicio de amparo, el accionante pretende el reembolso por parte de I.P.S. de los gastos de internación generados en un sanatorio privado.*

Alegan los representantes legales de la perdedora en su escrito de fundamentación, que no se dan los presupuestos fácticos para la procedencia del amparo, por no haber agotado el recurrente las instancias administrativas ordinarias, por lo que solicitan la revocatoria del mismo.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. Derecho a la salud. ENTIDADES AUTÁRQUICAS. Instituto de Previsión Social.

Los principios constitucionales del derecho a la dignidad humana y principios jurídicos de equidad, de justicia social son garantizados por nuestra ley suprema, siendo el Estado Paraguayo quien está obligado a garantizar el pleno goce de los derechos consagrados en ella, debo hacer indicación que nuestro país se encuentra en Estado de Emergencia Sanitaria debido a la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud a causa del COVID-19 o Coronavirus estableciéndose en consecuencia medidas administrativas, fiscales y financieras, en este sentido es el Estado Paraguayo quien está obligado a prestar los servicios de Salud que la población requiere; el I.P.S., es un ente autónomo y por tanto sus obligaciones se derivan del contrato que posee con sus aportantes, sin embargo y en el caso particular el Sr. Justo Pedretti ha acudido al sector privado

por decisión ajena a la previsional, por tanto no puede cargársele al ente administrativo con gastos generados en dicho sector privado.

ACCIÓN DE AMPARO. Presupuestos. COSTAS.

Las circunstancias médicas acaecidas en el caso en estudio deben ser objeto de un estudio y debate amplio no a través de la garantía constitucional invocada en marras. Además, se resalta que según consta a fs. 48 de autos, aún está pendiente la solicitud que la recurrente dio entrada ante la previsional para que la misma asuma los gastos médicos erogados en razón de la enfermedad del Sr. JUSTO FEDERICO PEDRETTI PRATT, por lo que, al estar pendiente el veredicto de la institución, notoriamente no se han agotado las vías ordinarias, sumado a que la urgencia del caso que ameritó iniciar esta acción tampoco se encuentra fundada. Por estas consideraciones, corresponde REVOCAR la S.D. No. 35 de fecha 13 de octubre de 2020, por no reunirse los requisitos de la garantía constitucional abordada e imponer las COSTAS en el orden causado.

Tapel. Penal. Segunda Sala. 23/10/2020. Amparo Constitucional de Pronto Despacho promovido por la Sra. Fanny Inés Fleitas de Pedretti c/ el Instituto de Previsión Social (Ac. y Sent. N° 72).

Previo a la deliberación y votación, el Tribunal de Apelaciones resolvió plantearse la siguiente cuestión:

¿Se ajusta a Derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo pertinente, resultó el siguiente orden de votación, **Dres. BIBIANA BENÍTEZ FARIA, JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ y DELIO VERA NAVARRO.**

En cuanto a la única cuestión planteada, la Dra. BIBIANA BENÍTEZ FARIA dijo que: En virtud de la sentencia impugnada, el A-Quo ha resuelto: "...**HACER LUGAR**, a la presente acción de amparo constitucional promovida por la Abg. LAURA CIPOLLA con Mat. N° 11.911 en nombre y representación de la Sra. FANNY INES FLEITAS BUONGERMINI DE PEDRETTI a promover acción de amparo contra el HOSPITAL CENTRAL DEL INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL (I.P.S.), conforme los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. **II.- DISPONER**, que el Instituto de Previsión Social asuma los costos financieros y sanatoriales de quien fuera su asegurado JUSTO FEDERICO PEDRETTI con C.I. N° 351.987, hospitalizado desde su ingreso

hasta el 08 de octubre de 2020 en el Hospital Universitario de San Lorenzo del Grupo San Roque...III.-IMPONER las costas al vencido. IV ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia”.

La resolución impugnada se halla fundada en los siguientes términos: “...**Que**, a fs. 43 al 45, consta y data el informe de la evolución clínica y cuadro elaborado en el ingreso del paciente en fecha 27 de agosto del 2020, siendo el responsable en ese entonces, el medico Luis Gómez Paciello, en el cual, se verifica el conocimiento que tuvo el IPS del cuadro grave con evolución de una semana de COVID positivo en el paciente de avanzada edad con varias patologías de base, **específicamente a fs. 45, obra la ficha ambulatoria suscripta por el Dr. ANWAR MIRANDA, en el cual, en el numeral 6 a raíz del cuadro clínico, el PLAN para el paciente era el de “LBT+INTERNACION”, acreditándose de ésta manera de que conforme a ello el plan descrito por el citado médico en relación a JUSTO FEDERICO PEDRETTI, era el de internación por su cuadro grave clínico y por ser portador del COVID Positivo. Que**, de ésta manera vista las constancias de autos, en especial la obrante a fs. 45, en el cual, la indicación para el paciente era la internación, sin embargo, al día siguiente en fecha 28 de agosto del 2020, radicalmente el Instituto de Previsión Social en la persona del Dr. Orlando Aguilera Campuzano, decide el alta médica contrariando la indicación y el plan programado para el asegurado JUSTO FEDERICO PEDRETTI y suscripto en su momento por el Dr. Anwar Miranda. Configurándose de esta manera la circunstancia por parte de IPS de asistir o negar asistencia (internación sugerida en forma inicial) al asegurado JUSTO FEDERICO PEDRETTI, lo cual, ha derivado en el hecho invocado por la amparista y que desembocó en la necesidad urgente e ineludible de derivar a un centro privado de asistencia médica, que finalmente como producto de su internación por cuarenta días en la unidad especializada, derivó en gastos hospitalarios de elevado monto hasta el deceso del asegurado en fecha 08 de octubre de 2020. Por tanto, en base a las circunstancias y normas constitucionales, legales, todas invocadas precedentemente en concordancia con los elementos e informes obrantes en autos, corresponde dictar estricta justicia y hacer lugar al amparo promovido por la Sra. Fanny Inés Fleitas Boungermini de Pedretti, en representación del Sr. JUSTO FEDERICO PEDRETTI, y en consecuencia, en virtud del art. 4, 68 y 69 de la Constitu-

ción Nacional, DISPONER, que el Instituto de Previsión Social asuma los costos financieros y sanatoriales de quien fuera su asegurado JUSTO FEDERICO PEDRETTI con C.I. N° 351.987 y hospitalizado desde su ingreso hasta el 08 de octubre de 2020 en el Hospital Universitario de San Lorenzo del Grupo San Roque. Finalmente, de conformidad a lo dispuesto en el art.193 y 587 del C.P.C, esta Magistratura considera que, dada la naturaleza del objeto debatido en la presente causa, la negativa de I.P.S. a asistir a su asegurado, la recomendación dada- en el ingreso previo chequeo del cuadro clínico - de INTERNACION del paciente y posterior alta médica en 24 horas para un tratamiento ambulatorio del asegurado catalogado como paciente de alto riesgo, y la inusitada negativa del citado Instituto en su contestación de reconocer las circunstancias y asistencia corresponde oportuno imponer las costas al vencido”.

Al fundamentar el recurso de apelación interpuesto por su parte, la Abg. Nora Murdoch Guirland representante del INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL (I.P.S.) sostiene cuanto sigue: “... En tal sentido, mi parte se agravia contra la resolución recurrida pues la misma resulta desmotivada y hasta arbitraria ya que a través del presente amparo ha acogido un pedido que escapa y ha desnaturalizado el objeto del recurso del amparo. En el caso que nos ocupa se ha realizado administrativamente el pedido de desembolso de los gastos. Esta petición no ha sido resuelta por el I.P.S. a través del Consejo de Administración, es decir es otro de los motivos que debió considerar el magistrado ya que la fecha de presentación data de 06/10/2020, UN DIA ANTES DE PRESENTAR LA ACCION DE AMPARO, es decir es obrar en sede administrativa la petición no resuelta, esta situación se encuentra plenamente justificada ya que ha sido la parte actora quien ha agregado en autos la presentación de fecha antes señalada. Esto constituye un fundamento más para la revocatoria del fallo en virtud a lo dispuesto en el art. 134 del C.N., se encuentra pendiente en el órgano administrativo la decisión sobre su petición, motivo más para pedir la revocatoria del fallo. Ello es así pues resulta una excepción al procedimiento o proceso regular (pues se acortan los plazos, se limitan las defensas a ser opuestas y se habilitan días inhábiles, etc.), y por ende, resulta de interpretación restrictiva (excepciones sunt strictissimae interpretationis – las excepciones son de interpretación estrictísima), de conformidad a la regla establecida por el art. 5 del Código Civil, por lo que el espectro de la acción del amparo es limitado y salvo urgencia debidamente acreditada (lo que no

ha sucedido aquí) debe rechazarse y las partes deben acudir al proceso ordinario establecido por defecto en nuestra ley, como se lee en el art. 207 del Código Procesal Civil. Asimismo, conforme a documentaciones que acompañamos, el amparista ya utilizó los medios administrativos para obtener lo solicitado en este amparo. Cuyo trámite actualmente se encuentra en pleno proceso a los efectos de dar respuesta a la nota presentada por el amparista, por lo que, al utilizar este medio administrativo, indefectiblemente trae como consecuencia el rechazo del presente juicio de amparo”.

Al contestar el recurso de apelación interpuesto por su parte, la Sra. Fanny Inés Fleitas Bougermini de Pedretti bajo patrocinio de la Abg. Laura Cipolla, quien manifestó cuanto sigue: *“Con respecto a la apelación, en fecha 13 de octubre del año en curso, el A-quo, ha resuelto mediante S.D. N° 35 recurrida hacer lugar al presente juicio, en base a los argumentos anteriormente expuestos, y, de la lectura y aplicación del Art. 134 de la Constitución Nacional, junto con las enseñanzas de los mejores tratadistas al respecto, se concluye que la procedencia del juicio de amparo está condicionada a la existencia concurrente de los siguientes requisitos: a) Acto lesivo ilegítimo; b) lesión grave o peligro inminente de ello; c) ausencia de remedios ordinarios.(La acción de amparo. Enrique A. Sosa), todos estos presupuestos concurrentes ocurren en este juicio, por ende, corresponde confirmar el presente amparo. Existiendo un acto ilegítimo, contra la salud y vida de mi esposo Justo Pedretti. Se causó una lesión, sobre todo de carácter grave e irreparable, ya que se omitió darle un tratamiento acorde y con ello pudieron ocasionar el empeoramiento masivo de su cuadro clínico y su posible muerte inmediata. También se ha carecido de remedios previos y ordinarios, como bien se deduce de la presente contestación, si bien se ha recurrido administrativamente como primera medida, se han cerrado de entrada las puertas a una posible solución, es por ello que se ha recurrido a la instancia judicial”.*

El Art. 134 de la Constitución Nacional dispone con relación al Amparo, cuanto sigue: *“...Toda persona que, por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gra-*

tuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El Magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral. El Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes. La ley reglamentará el respectivo procedimiento...”.

En este estado de cosas, corresponde determinar la procedencia o no de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal, en este sentido encuentro que la medida adoptada por el A-quo no posee justificación principalmente por las circunstancias particulares que asumieron los familiares del Sr. Justo Pedretti, lo cual acredita que la previsión I.P.S. no ha obrado ilegalmente.

En efecto, la situación que nos ocupa se dio en fecha 26 de agosto del 2020, ocasión en que el asegurado de la previsional, Justo Pedretti, ha sido ingresado con cuadro positivo de *COVID19*, y además el mismo contaba con patologías de base, conforme a las constancias de autos, sin embargo y conforme al informe obrante a fs. 39 de autos, el citado habría sido dado de alta en fecha 28 de agosto del 2020, y posteriormente el mismo habría sido ingresado en un nosocomio privado por decisión de los familiares del citado.

Ahora bien, si bien es cierto, las circunstancias que motivaron el alta médica del Sr. *Justo Pedretti*, fueron principalmente su condición médica estable en ese momento, no obstante se arguyen otras circunstancias que podrían ser discutibles, sin embargo, estas circunstancias al cual nos referimos no pueden ser estudiados acabadamente en esta instancia y por esta vía excepcional; por lo cual concretamente tenemos que el Sr. Justo Pedretti ha sido dado de alta de la previsional y que, ante el empeoramiento del estado de Salud del citado, sus familiares han decidido en forma unilateral acudir a un nosocomio privado, conforme se desprende de las manifestaciones vertidas por el amparista y la nota obrante a fs. 5/7, afirmaciones de donde se desprende claramente que en ningún momento la previsional I.P.S. ha derivado al Sr. Justo Pedretti al nosocomio privado ni tampoco consta que la previsional haya negado el servicio médico al citado, motivo por lo cual mal se podría hablar de una negativa por parte del I.P.S. o incluso una obligación por la internación del Sr. Pedretti, en el

Sanatorio privado, puesto que la decisión de acudir a dicho nosocomio no fue una decisión de la previsional.

Los principios constitucionales del derecho a la dignidad humana y principios jurídicos de equidad, de justicia social son garantizados por nuestra ley suprema, siendo el Estado Paraguayo quien está obligado a garantizar el pleno goce de los derechos consagrados en ella, debo hacer indicación que nuestro país se encuentra en Estado de Emergencia Sanitaria debido a la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud a causa del COVID-19 o Coronavirus estableciéndose en consecuencia medidas administrativas, fiscales y financieras, en este sentido es el Estado Paraguayo quien está obligado a prestar los servicios de Salud que la población requiere; el I.P.S., es un ente autónomo y por tanto sus obligaciones se derivan del contrato que posee con sus aportantes, sin embargo y en el caso particular el Sr. Justo Pedretti ha acudido al sector privado por decisión ajena a la previsional, por tanto no puede cargársele al ente administrativo con gastos generados en dicho sector privado.

En conclusión, la sentencia dictada en grado inferior debe ser revocada, por los motivos señalados anteriormente, y además considero que, al no existir temeridad o mala fe en la tramitación de la presente, considero que las costas de ambas instancias deben ser impuestas en el orden causado. ES MI VOTO.

OPINIÓN DEL DR. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Las circunstancias médicas acaecidas en el caso en estudio deben ser objeto de un estudio y debate amplio no a través de la garantía constitucional invocada en marras. Además, se resalta que según consta a fs. 48 de autos, aún está pendiente la solicitud que la recurrente dio entrada ante la previsional para que la misma asuma los gastos médicos erogados en razón de la enfermedad del Sr. JUSTO FEDERICO PEDRETTI PRATT, por lo que, al estar pendiente el veredicto de la institución, notoriamente no se han agotado las vías ordinarias, sumado a que la urgencia del caso que ameritó iniciar esta acción tampoco se encuentra fundada. Por estas consideraciones, corresponde REVOCAR la S.D. No. 35 de fecha 13 de octubre de 2020, por no reunirse los requisitos de la garantía constitucional abordada e imponer las COSTAS en el orden causado.

JURISPRUDENCIA

A su turno, el Dr. DELIO VERA NAVARRO manifiesta adherirse a la opinión del DR. JOSE AGUSTIN FERNANDEZ, por sus mismos fundamentos.

Concluida la deliberación y realizada las votaciones, se dio por terminada la reunión de los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala, quienes refrendaron el presente Acuerdo, consignándose la Sentencias que sigue:

VISTO: los fundamentos expuestos en el Acuerdo precedente, el Tribunal de Apelaciones de lo Penal, Segunda Sala,

RESUELVE:

REVOCAR la S.D. N° 35 de fecha 13 de octubre de 2020, emanada por el Juzgado Penal de Garantías N° 11, a cargo del Juez Penal Abg. Yoan Paul López Samudio, por los motivos expuestos en el considerando de la presente resolución.

IMPONER, las costas de ambas instancias en el orden causado.

ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Bibiana Benítez Faria, José Agustín Fernández y Delio Vera Navarro

Ante mí: José A Parquet, Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL

Primera Sala

ACUERDO Y SENTENCIA N° 130

Cuestión debatida: La presente jurisprudencia traída a estudio, trata sobre una demanda en lo laboral, interpuesta por un profesional médico, contra varios sanatorios privados. El debate en alzada gira en torno a la discusión respecto de la existencia de una relación de dependencia laboral o por el contrario un contrato civil entre las partes.

DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO. Proceso Laboral. De las nulidades del procedimiento.

Por su parte, de una atenta lectura a la resolución impugnada, puede constatarse que ella se encuentra estructurada con suficiente justificación interna, tanto de la premisa normativa como fáctica. Si bien, se cuestiona una posible falta de, o en su caso errónea, valoración de algunos elementos probatorios, circunstancia que de cierto modo podría encuadrarse dentro de lo que se conoce como insuficiencia de justificación externa de la *quaestio facti*, o en su caso, como deficiente fundamentación por eventual conculcación de las reglas de la experiencia, en cambio, entendemos que dicho estudio conforme lo hemos adelantado *ut supra*, debe canalizarse como un potencial vicio in iudicando, atendiendo sobre todo a que la nulidad es concebida como una cuestión de *última ratio*. Teniendo en consideración ello, y dado que no existe contradicción dentro de las premisas asentadas por el Juzgado de origen, concluimos que se respetaron los principios lógicos jurídicos que regulan la argumentación jurídica, por lo que, reparamos en que la resolución reúne los requisitos de logicidad, sobre todo cuando que resulta congruente tanto en el aspecto interno como externo.

DERECHO LABORAL. Calificación Jurídica.

De igual modo, calificada doctrina reconoce que “...La calificación como contrato de trabajo surge cuando hay subordinación jurídica, económica, técnica y asunción de riesgos por parte del empleador. La mencionada dependencia justifica la creación del principio protectorio del trabajador-prestador del servicio...”.

DERECHO LABORAL. Principios Generales.

Tampoco hay que perder de vista, el hecho de que, en la actualidad, gran parte de la doctrina especializada se encuentra conteste en que el requisito fundamental para la existencia de la dependencia es la subordinación jurídica, pasando los demás *supra* señalados, a una suerte de segundo plano de relevancia, circunstancia que, desde luego, no empiecen la eventual importancia de éstos, atendiendo a la complejidad que pueden presentar los casos concretos.

Sobre la subordinación jurídica se tiene dicho que “...Su preeminente naturaleza jurídica se pone, no obstante, de relieve en el hecho de que comprende un poder de mando, un poder de supervisión y un poder disciplinario, los cuales pueden ser ejercidos por el empleador directamente o por delegación del mismo.

LEY N° 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. De los actos jurídicos en general. Calificación jurídica.

No se oculta, que de conformidad al Art. 300 del CC, la calificación jurídica que los contratantes hacen al acto, no determina su naturaleza, que evidentemente debe ser juzgada según su contenido, es decir, según las distintas cláusulas que la componen y conforme al principio de primacía de la realidad—sobre esto último volveremos oportunamente al ser trascendental para nuestra materia.

LEY N° 1.183/85 CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. De los actos jurídicos en general. Calificación jurídica.

En ese sentido, respecto del contenido del contrato, hay que decir que a criterio de esta magistratura y a modo de adelanto, las cláusulas que fueron pactadas dentro de ella, tampoco enervan la calificación jurídica otorgada por las propias partes al acuerdo, por cuanto que, no se despren-

den elementos que nos lleven a concluir de manera categórica, que se estableció expresamente una suerte de subordinación “jurídica”, sino que a contrario, nos indican ausencia de ésta en cuanto a elementos primordiales para su existencia.

DERECHO LABORAL. Principios Generales. Subordinación o dependencia.

Ya lo decía Cabanellas, que “...Si el profesional regula sus honorarios, no existe subordinación; si el empresario asigna un sueldo o un tanto por visita o asistencia, con potestad para regir la prestación, habrá subordinación y contrato laboral...”¹. Recuérdese que el producto del servicio, esto es el honorario profesional, se estableció por un acuerdo suscripto por el gremio y sujeto a modificación o actualización conforme a ciertos parámetros estrictamente estipulados y entendemos asentados a instancia del gremio respectivo, es decir, no estamos ante una situación en que la Empresa impone, o en su caso, modifica o actualiza el monto de los emolumentos que debía percibir el profesional por sus servicios brindados.

DERECHO LABORAL. Principio de primacía de la realidad.

De esta manera, quedó confirmado en juicio que la parte demandada acompañó, atendiendo a su contenido y objeto, un contrato de locación de servicios, es decir, un contrato de naturaleza civil, perteneciente al derecho común, con lo que, debemos de concluir que cumplió con su carga probatoria. Lo que es menester tener en cuenta a partir de aquí es que esto, no significa que con ello se determine la suerte del juicio, puesto que aún nos resta por evaluar el presente caso, a la luz del principio de la primacía de la realidad, es decir, de las demás pruebas que versan sobre los hechos controvertidos y que puedan echarnos luz sobre la relación sustancial existente y que a la postre puedan enervar o ratificar la letra del contrato suscripto entre las partes.

¹ Cabanellas de Torres, G. (1992). *Compendio de Derecho Laboral. Tomo I.* Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Pág. 489.

DERECHO LABORAL. Principio de primacía de la realidad.

En efecto, enseña la doctrina respecto de este principio, que "...se denomina así al principio que afirma que siempre se debe reconocer a través de los hechos concretos y sus características la verdadera sustancia de una relación, con prescindencia de los mantos, ropajes, designación o apariencia que las partes le hayan dado a la misma.

Así también se tiene por señalado que: "...Éste es un principio general del derecho, que en el del trabajo presenta rasgos muy particulares. Conforme a él, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma) por sobre la apariencia..."

DERECHO LABORAL. Principio de primacía de la realidad.

De los aspectos conceptuales que nos viene de la doctrina especializada, se desprende de forma límpida, que este principio -tal como lo indica su nombre- otorga preeminencia a los hechos suscitados en la realidad – desde el punto de vista formal según lo probado en juicio- por encima de aspectos que fueron objeto de documentación –contrato de locación de servicios-, sobre todo cuando se pretende darle otro ropaje jurídico a la realidad, soslayando su verdadera esencia.

CÓDIGO PROCESAL LABORAL. Reglas Generales. Principio de inversión de la prueba.

Fácil resulta advertir que para que el principio opere a plenitud, es menester que la parte interesada pruebe la existencia de los hechos –en nuestro caso la relación de subordinación- ya que el principio –*sub examine*- parte y funciona a partir de los hechos y estos a su vez – procesalmente- se encuentran supeditados a su confirmación en juicio. Cabe señalar, que al haber la parte demandada acompañado el contrato perteneciente al derecho común, es la parte accionante quien debe desvirtuar lo pactado en el contrato, por aplicación lisa y llana de las reglas del desplazamiento probatorio.

DERECHO LABORAL. Principios Generales. Subordinación o dependencia.

No hay que perder de vista, que además de la existencia de una autonomía económica que surgen del presente estudio, existe igualmente, una elevada capacidad técnica de parte del profesional médico, que en este caso es un especialista en un área determinada de la medicina, profesión que de por sí requiere una versación técnica elevada. Sobre el punto, se tiene dicho que "...Cuanto mayor es el grado de especialización o más calificada la labor, el sometimiento al poder directivo ajeno debe surgir manifiesto para que se dé el elemento de la subordinación o dependencia, decisivo en la existencia del relacionamiento laboral, siendo este elemento el principal o determinante de que el trabajo prestado sea objeto de un contrato de trabajo.

Tapel. Laboral. Primera Sala. 03/11/2020. "Ricardo Julián Paredes Rodríguez c/ Santa Clara S.A. Ctro. Med. Priv. y otros s/ Cobro de Guaraníes en Diversos Conceptos (Ac. y Sent. N° 130).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear la siguiente;

CUESTIÓN:

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: GERALDINE CASES MONGES, MARIO IGNACIO MAIDANA GRIFITH y SANDRA TERESITA BAZÁN SILVERO.

A LA CUESTION PLANTEADA LA MAGISTRADA GERALDINE CASES MONGES, DIJO:

Se agravia la parte recurrente y demandada contra la SD N° 001 del 05 de febrero del 2018, así como de su aclaratoria, la SD N° 003, 13 de febrero del 2018, señalando que "...*CRITICA DE LA S.D. N° 001, DEL 5 DE FEBRERO DE 2018. El asunto de fondo de este litigio es la calificación jurídica del vínculo que existió en los hechos entre el doctor Ricardo Paredes (médico interno o de planta del sanatorio) y las accionadas. El vínculo duró, sin haber tenido jamás interrupción, nada menos que 36 años 6 meses 26 días con Santa Clara S.A., desde el 1° de octubre de 1979 hasta el 27 de abril de 2016. La codemandada, Sanatorio Británico S.A., estrechamente vinculada a Santa Clara S.A., al poco tiempo de constituirse, se agregó*

para utilizar también los trabajos de mi representado, desde mayo de 2014 hasta el 27 de abril de 2016. En la sentencia cuestionada, se concluye desafortunadamente que la relación no fue laboral sino civil, y, en consecuencia, no se hace lugar, con costas, a la demanda sobre diversos conceptos laborales (indemnizaciones y otros rubros). Resulta evidente el inmenso perjuicio ocasionado por la resolución al trabajador. LA SENTENCIA OMITE EL ANÁLISIS DE HECHOS Y DE PRUEBAS RELEVANTES Antes de examinar los fundamentos invocados por el juez, es muy importante destacar la absoluta omisión acerca de ciertos hechos esenciales que fueron probados en el proceso. En el escrito de demanda se afirmó, a f. 209: “Santa Clara S.A... se dedica a ofrecer y brindar numerosas formas de prestaciones médicas, en diversos planes y niveles, a sus asegurados, quienes le pagan determinados precios, de acuerdo al plan y nivel elegidos. Dichas prestaciones se llevan adelante mediante los servicios contratados de una multitud de trabajadores, dentro de la cual son obviamente esenciales los médicos. Estos médicos, en su mayoría, atienden en sus propios consultorios privados o en hospitales, sanatorios o centros exteriores al sanatorio explotado por Santa Clara S.A. Pero Santa Clara S.A., desde su nacimiento en 1969, tuvo también médicos internos, para trabajar en el centro médico explotado por la empresa, a fin de atender directamente en él a los asegurados que así lo quisiesen, en determinados planes, niveles y especialidades (...). Se relató igualmente que “el actor fue contratado verbalmente por los directivos de Santa Clara S.A. el 1° de octubre de 1979 para trabajar como médico interno en el Centro Médico “Santa Clara”, que funcionaba en Coronel Bogado entre EE.UU. y Tacuarí” y que “desde el inicio de la relación laboral... se desempeñó como médico interno, en la especialidad de otorrinolaringología”. “Siguiendo las directivas de Santa Clara S.A., el doctor Ricardo Paredes, en su especialidad de otorrinolaringólogo, debía atender a los pacientes que eran abonados de distintos planes de seguro médico de la empresa y que concurrían al citado centro médico. También por instrucciones de la empleadora, el trabajador debía cumplir un horario de trabajo. Por la forma de pagarse la retribución, ésta era por unidad de tiempo (hora), en lo que hacía que consultas, y de diversos montos por otras tareas (lavado de oído, extracción de cuerpo extraño, cauterización de várices nasales, cauterización de cornetes, etc.). Dichos salarios eran pagados periódicamente, una vez al mes” (f. 209). Se expuso asimismo que “Santa Clara S.A. proveía la infraestructura y toda su organización empresarial para la

obtención de los pacientes y la ejecución de las labores de los médicos internos. Los que necesitaban servicios de un otorrinolaringólogo concurrían al centro y eran atendidos por el doctor Paredes. Al mismo tiempo, la empresa promovía y captaba nuevos asegurados y se engrosaba indefinidamente la cantidad de pacientes. Santa Clara S.A. ponía el centro médico totalmente equipado con los muebles y útiles necesarios para la atención en los consultorios, para las tareas administrativas y operativas de apoyo y para la mayor comodidad de los pacientes (espacios de espera, sanitarios, etc.). La empresa contrataba también el personal gerencial, administrativo, contable, de recepción y atención a los visitantes y de los demás servicios indispensables para el buen funcionamiento de la actividad de los médicos, entre ellos la de mi mandante” (fs. 209/210). Todos los hechos indicados en los tres párrafos anteriores (fecha de inicio de la relación entre Santa Clara S.A. y Ricardo Paredes mediante un contrato verbal de trabajo, condiciones de trabajos propias de una relación laboral, etc.) no fueron negados por Santa Clara S.A. en la contestación de la demanda y quedaron reconocidos, en virtud del Art. 115 del CPT. La antigüedad de Ricardo Paredes fue también corroborada por testigos (ver pregunta N°4 y respuesta a ella, fs. 501, 504, 508, 509). Incluso en el escrito de contestación de la demanda, Santa Clara S.A. admitió que el doctor Ricardo Paredes prestó servicios para ella. Reconocida la relación, no le cabía al actor sino a Santa Clara S.A. demostrar categóricamente que era civil y no laboral (Art. 19 del C.T.). Además, habiendo quedado reconocido el vínculo desde el 1° de octubre de 1979 y no habiendo presentado Santa Clara S.A. contrato escrito alguno que acreditara una relación de naturaleza distinta a la laboral durante los cinco primeros años, no cabe sino concluir que, al menos durante dicho quinquenio, lo que existía era una relación laboral (Art. 19 y 48 del C.T.). Y cabe agregar que Santa Clara S.A. ingresó al proceso un solo “contrato de prestación de servicios”, completo, de fecha 1° de junio de 2011, 32 años después del comienzo de la relación (presentó asimismo otro contrato de dos páginas, pero la primera página no está firmada por el actor y éste no reconoció dicha página). Habiendo quedado claro que hubo relación laboral durante los primeros cinco años, se entiende jurídicamente que los derechos laborales derivados del contrato de trabajo del primer quinquenio no pueden ser objeto de renuncia, transacción o limitación convencional y que cualquier pacto contrario es nulo (Art. 105 de la Constitución de 1967, Art. 3° del Código de Trabajo de 1961, Art. 86 de la Constitución de 1992 y Art.

3° del Código de Trabajo actual). Es grave en extremo aceptar como de naturaleza civil los contratos de servicios posteriores, pues dichos contratos pretendían ser nuevas envolturas externas de la misma relación laboral y no solo alteraban en detrimento de Ricardo Paredes su mínimo de garantías y derechos laborales sino en que, literalmente, lo liquidaban, en contradicción también con el Art. 5° del C.T. Lo expuesto parece suficiente para la Excma. Cámara revoque la sentencia, admita la relación laboral con Santa Clara S.A. y haga lugar a la demanda. No obstante, se irán presentando otras críticas a la sentencia que también conducen a la admisión de la relación laboral. 2.La resolución omitió asimismo cualquier análisis acerca de los “Contratos de Locación de Servicios Profesionales”, con sus respectivos “Anexos”, agregados al expediente por la parte actora (fs. 3 a 11). Estos contratos, pese a sus denominaciones, revelan, a través de sus propias cláusulas y “Anexos”, que lo que existía realmente era una relación laboral. En la demanda se manifestó que “...por los hechos arriba considerados, era categórica la existencia de una relación laboral entre Santa Clara S.A. y el Dr. Ricardo Paredes. Sin embargo, la empresa pretendió disfrazar el notorio contrato de trabajo por tiempo indefinido y fue haciéndole firmar a mi mandante ‘contratos de locación de servicios de profesionales’. Pero no solo analizando la realidad, sino que también los propios textos de dichos ‘contrato de locación de servicios profesionales’, la conclusión es que había una relación laboral” (f. 210). Estos “contratos de locación de servicios profesionales” no fueron negados por la demandada y quedaron reconocidos (Art. 115 del CPT). Los tres son muy parecidos y ya en el escrito de demanda se hizo en análisis del primero de ellos. Se producen las partes más significativas, de las que se deriva una relación laboral irrefutable. “Cláusula Primera: EL PROFESIONAL se obliga a prestar servicios profesionales médicos en la especialidad de OTORRINOLARINGOLOGÍA, que consistirá en atención facultativa de consultas, a los Abonados de distintos planes de Seguro Médico de la Empresa, debiendo efectuarlos en los consultorios de la misma o lugares designados por ésta”. Se entiende perfectamente que el doctor Ricardo Paredes no es libre de elegir a quiénes debe atender, sino que queda obligado a brindar su labor (atención facultativa como sinónimos de atención médica) a los abonados del seguro médico de Santa Clara S.A. Tampoco es autónomo para elegir el lugar de trabajo, sino que está obligado a atender a los asegurados de Santa Clara S.A. en los consultorios de Santa Clara S.A. o en los lugares que ésta designe. Emergen pues

claramente de esta cláusula unos primeros elementos sustanciales que caracterizan a una dependencia laboral: a) hay una parte fuerte de la relación, la subordinante, en este caso Santa Clara S.A., que es la que la que decide qué pacientes debe atender la otra parte más débil y subordinada, en este caso el médico Ricardo Paredes b) existe una parte más fuerte y subordinante (Santa Clara S.A.), que determina el lugar de trabajo de la parte más débil y subordinada (Ricardo Paredes). “Cláusula Segunda: Las partes acuerdan establecer por instrumento separado que pasará a formar parte integrante de este Contrato, los días y oportunidades en que se efectuará la presentación de servicios por parte de EL PROFESIONAL, conforme a las necesidades de LA EMPRESA”. En el instrumento separado (ANEXO N° 1 a f. 5), integrante del contrato, se establece el horario de trabajo: lunes, de 15:00 a 17.30. Con posterioridad, Santa Clara S.A. aumentó las horas de trabajo, lo que se reflejó en los Anexos (a fs. 8 y 11) de los contratos de 1985 (a fs. 6 y 7) y 1986 (a fs. 9 y 10). El nuevo horario fue: lunes, de 15:00 a 18:00; miércoles, de 15:00 a 17:30; jueves, de 07:00 a 11:30; viernes, de 07:00 a 11:30 y de 15:30 a 18:00; sábados, de 07:00 a 10:00. Nótese que “conforme a las necesidades de la empresa”, el horario original fue modificado. Y lo mismo fue sucediendo en todo el momento que duró la relación: la empleadora, fue modificando, las veces que le pareció oportuno, el horario laboral de Ricardo Paredes. Analizando la cláusula segunda y el Anexo N° 1, letra “d”, se colige la sujeción del trabajador a un horario de trabajo. “Cláusula Tercera: Por los servicios profesionales que el Dr. Ricardo Paredes se obliga a prestar, establecidos en las Cláusulas anteriores, LA EMPRESA le abonará: a) Arancel básico por paciente; b) Bonificación por Auditoría; c) Honorarios no percibidos por licencia. Las bases e importes y condiciones se establecen en ANEXO que forma parte del presente Contrato”. La “bonificación por auditoría” denota que el trabajo profesional del médico no era libre, autónomo o independiente, sino auditado por la empresa, lo que introduce otro elemento más de subordinación. En el Anexo figura: a) el arancel básico de Gs. 860 por hora; b) por los servicios de cirugía, Gs. 800 el galeno médico; c) honorarios no percibidos por licencia, anualmente entre los meses de diciembre a marzo. Interpretando esta cláusula tercera, en concordancia con el Anexo N° 1, se tiene que la empresa se obligaba a abonar al actor de determinadas sumas por los trabajos profesionales que éste prestaba a los abonados de los distintos planes de seguro médico de Santa Clara S.A. en los consultorios de la empresa o en los luga-

res designados por ella. Además, la empresa se obligaba a pagar los honorarios no percibidos por licencia, anualmente entre los meses de diciembre a marzo. Esta licencia anual pagada no es otra cosa que las vacaciones anuales remuneradas, propias del Derecho Laboral. “Cláusula Cuarta: EL PROFESIONAL cuidará que la prestación de sus servicios se cumpla con la mayor eficiencia, para cuyo efecto LA EMPRESA pone a su disposición los elementos necesarios”. Se establece aquí que la empresa es la que proporciona los elementos necesarios para que el Dr. Paredes preste sus labores con la mayor eficiencia posible. El médico depende, para llevar adelante sus tareas, de los elementos que pone la empresa. Estos elementos ya se mencionaron líneas arriba al aludirse a la infraestructura y la organización empresarial. Con la inauguración del sanatorio en 1984 y con su crecimiento posterior (hechos no negados por la adversa por ende reconocidos), los medios de trabajo, la infraestructura edilicia en general y los recursos humanos puestos a disposición del médico por la empleadora aumentaron considerablemente (esta puesta a disposición de los elementos por parte de la empresa es otro ejemplo de la dependencia del trabajador respecto al empleador). Cláusula Quinta: “EL PROFESIONAL declara conocer los distintos planes del Seguro médico que LA EMPRESA tiene en vigor con sus Abonados y acepta adecuar la prestación de sus servicios al alcance de los mismos”. Ricardo Paredes debe adecuar la prestación de sus servicios de acuerdo a la organización y a los planes de la empresa. Se asiste, por lo tanto, a otro elemento propio de la subordinación laboral. Finalmente, las cláusulas sexta, séptima y novena no se compadecen con la clara relación laboral que existía en la realidad. Así, la cláusula sexta establece un plazo de un año de duración del contrato. Existiendo jurídicamente en verdad un contrato de trabajo, no un contrato de locación de servicios, debe tenerse presente que las labores de prestación de servicios médicos organizados en forma empresarial por Santa Clara S.A. tienen una naturaleza permanente. Por lo tanto, el contrato de trabajo es por tiempo indefinido (Art. 52 y concordantes del Código del Trabajo promulgado en 1961 y Art. 50 y concordantes del Código del Trabajo vigente desde 1993). Más todavía. Ya existía un contrato laboral verbal desde el 01/10/1979 y era por tiempo indefinido. Carecía de sustento jurídico la pretendida alteración por un contrato de plazo. La cláusula séptima reza que “el presente contrato es de locación de servicios” y que “por tanto no se desprende relación de dependencia laboral alguna, en razón de la elevada capacidad técnica de los

servicios contratados por LA EMPRESA". Lo que se desprende del texto es una tosca intención patronal de disfrazar a toda costa la realidad de una categórica relación laboral con la forma de un contrato de locación de servicios. Dado un auténtico vínculo laboral, carece de sentido jurídico rotularlo como "contrato de locación de servicios". Los derechos del empleado, derivados de una relación laboral no pueden ser objeto de renuncia, transacción o limitación convencional y es nulo todo pacto en contrario (Art. 105 de la Constitución de 1967 y Art. 86 de la de 1992; Art. 3°, tanto del Código de Trabajo de 1961 como del de 1993). Y es significativa la alusión a la "razón" por la que "no se desprende relación de dependencia laboral": la "elevada capacidad técnica" del médico. En verdad, la "elevada capacidad técnica" del trabajador no es un elemento que determine la subordinación. Con el proceso técnico y científico, la clásica figura del patrón que sabe más que el empleado acerca de cómo ejecutar el servicio contratado y que brinda instrucciones y controla la labor, ha venido perdiendo relevancia. En empresas como las de este caso, ello salta a la vista. En otras palabras, la llamada "dependencia técnica", al menos en lo que concierne a la manera técnica de realizar un trabajo, ya no constituye necesariamente un elemento decisivo de la subordinación laboral. Es obvio que el médico, y más aún el especialista, sabe más que el empresario para quien trabaja o que los directivos de la empresa, acerca de cómo diagnosticar las enfermedades del paciente, el tratamiento a seguir, los procedimientos a aplicar, etc. Lo mismo ocurre con otros profesionales de alta calificación como ingenieros, arquitectos, artistas, etc., en sus respectivos campos de conocimiento y de acción, que trabajan para un empleador. La alta calificación de un trabajador es perfectamente compatible con una relación laboral. Todos estos contratos escritos, que sucedieron al contrato verbal, no fueron tenidos en cuenta en la sentencia y, como se vio, constituyen, a pesar de sus denominaciones, pruebas de que lo que existía, en realidad, era una relación laboral. 3. En el escrito de demanda se aseguró que el doctor Ricardo Paredes siempre trabajó como médico interno o médico de planta, es decir, en el local del sanatorio explotado por Santa Clara S.A., primeramente, en Coronel Bogado entre EE.UU. y Tacuarí, y, desde 1984, el sanatorio situado en Rodríguez de Francia esq. Parapetí, hasta el fin de la relación laboral (fs. 209, 210). Esta calidad de médico interno o de planta fue acreditada por varias pruebas, entre ellas las siguientes: a) la ausencia de negación en la contestación de la demanda, con el consiguiente efecto de

quedar reconocida en virtud del Art. 115 del CPT; b) los contratos de “locación de servicios”, que pese a su denominación denotaban claramente contratos de trabajo, en los que se establecía que “el profesional se obliga a prestar sus servicios profesionales...a los Abonados de distintos planes de Seguro Médico de LA EMPRESA, debiendo efectuarlos en los consultorios de la misma...” (Cláusula primera, fs. 3, 6, 9); c) la Guía de Médicos Profesionales del Sanatorio Santa Clara, editada por la empresa en enero del 2006 (fs. 13 a 29), en la que figura el nombre del doctor Ricardo Paredes, con dirección de atención en el Centro Médico Santa Clara (f. 22). d) la lista de especialidades y servicios internos del Sanatorio Santa Clara, editada igualmente por la entidad, en septiembre del 2009 (fs. 12 y 12 vlt.), en la que se detalla la nómina de médicos internos o de planta que atienden en el Sanatorio Santa Clara (“de alta complejidad”), entre quienes está el demandante, en el tercer piso, con horarios precisos, de lunes a viernes. Todos los documentos mencionados no fueron negados por la accionada y quedaron reconocidos. En su escrito de contestación de la demanda, a f. 373, Santa Clara S.A., si bien no negó que el doctor Ricardo Paredes atendía en un consultorio del edificio del sanatorio, pretendió en algunas líneas que “no siempre atendió desde el Santa Clara, pues en años anteriores atendía a asegurados de mi mandante desde una clínica particular externa y ajena a mi conferente, de nombre CLINICA CONTINENTAL”. Sin embargo, esto no era cierto y por ello no pudo ser demostrado. En realidad, en las guías de profesionales y servicios adjuntadas al escrito de contestación de la demanda, para ciertos planes Santa Clara (fs. 268/273), se certifica nuevamente que el doctor Ricardo Paredes nunca dejó de atender como médico interno de planta en el Centro Médico Santa Clara, puesto que en las tres guías consta este lugar, simultáneamente al otro sitio (Clínica Continental). Se constata incluso en una de las guías (f. 269), en la que se especifican los horarios de atención, que la carga horaria del doctor Paredes en el Centro Médico Santa Clara era de 31 horas, de lunes a sábados. Observando atentamente las mañanas y tardes que trabajaba en el Centro Médico Santa Clara, solo quedaba un escasísimo tiempo, los martes y jueves de tarde, en la Clínica Continental. Cabe agregar que el documento obrante a f. 260, supuesta primera página de un contrato, no fue reconocido por el actor y no lleva su firma. Además, mi representado aclaró perfectamente en su absolucón de posiciones que la labor simultánea en la Clínica Continental fue una política del Centro Médico Santa Clara para atender a pa-

cientes asegurados del Centro Médico Santa Clara y otro tipo de pacientes, cuando no tenían turno (en el Centro Médico Santa Clara se entiende) pero no funcionó y se cerró muy rápido (décima posición, a fs. 510 y 511). Es muy importante el haber quedado probado que la actividad de Santa Clara S.A. es la de ofrecer y brindar numerosas formas de prestaciones médicas, mediante los servicios contratados de una multitud de trabajadores, dentro de la cual son obviamente esenciales los médicos. Esto significa que la labor de los médicos es vital e indispensable: sin médicos, la actividad de Santa Clara S.A. no puede llevarse a cabo. En la absolución de la primera posición (“Confiese como es verdad que Santa Clara S.A. Centro Médico Privado ofrece a sus asegurados los servicios médicos de numerosos profesionales de la salud”), la representante de Santa Clara S.A. reconoció que “sí es verdad...” (fs. 499 y 500). Se confirmó igualmente con esta prueba la rama empresarial de actividad de Santa Clara S.A. y que ésta pone a disposición de los asegurados los médicos a quienes recurrir. Además, se demostró que, de los números médicos que atienden a asegurados de Santa Clara S.A., la mayoría de ellos atienden en sus propios consultorios privados o en hospitales, sanatorios o centros exteriores al sanatorio explotado por Santa Clara S.A. (ver las guías y las listas ya referidas). En la absolución de la representante de la empresa, a la segunda posición: “Confiese como es verdad que de estos numerosos profesionales, la mayoría atiende en consultorios situados en lugares distintos al sanatorio de Rodríguez de Francia esquina Parapiti”, la respuesta fue “Sí, aclaro atienden en distintas partes” (fs. 499 y 500). En estos casos de médicos que atienden en lugares distintos al sanatorio, podrá quizá discutirse si son o no trabajadores dependientes. Empero, los médicos internos o de planta, como era el caso de mi mandante, eran categóricamente trabajadores en relación de dependencia. Resumiendo lo que se expuso, Ricardo Paredes estaba obligado a atender a los pacientes señalados por la empresa, a trabajar en los consultorios de ella o en lugares designados por la misma, en un horario fijo compatible con las necesidades de la entidad (estas tres condiciones sirven suficientemente como ejemplos de que debía cumplir determinadas directivas de la empresa). Percibía una remuneración a intervalos regulares mensuales. La infraestructura edilicia, los recursos humanos aplicados a tareas lógicamente necesarias para la labor profesional, en el marco de un gran emprendimiento de prestaciones médicas (recepción de pacientes, atención de llamadas telefónicas, limpieza, aseo e higiene propios del consultorio y del

edificio sanatorial, labores de promoción, conservación y crecimiento del número de asegurados y pacientes a ser atendidos, trabajos organizativos, administrativos y de financiamiento vinculadas a la labor individual del médico y al marco general necesario para su trabajo, etc.) y el resto de los elementos de trabajo eran puestos por la empresa. Notoriamente, existió una relación laboral que se expuso y demostró en el juicio. Sin embargo, en la sentencia no se analizaron los hechos y pruebas señalados. FUNDAMENTOS ERRADOS DE LA SENTENCIA. Alusiones al vínculo con Santa Clara S.A. (f. 745 vlt.). Se lee en la sentencia: “Debemos adelantar el vínculo contractual que ligaba a las partes...se halla visiblemente ausente el factor de subordinación, por las siguientes razones: 1)Con respecto a la firma Santa Clara S.A.: Del contrato de prestación de servicios firmado entre el Dr. Paredes y la firma Santa Clara S.A., no surgió indicio alguno que amerite suponer que haya existido entre los mismos una relación laboral subordinada; las cláusulas del contrato son bastante claras para percatarse de que la verdadera naturaleza del contrato es civil y no laboral; nada de lo acordado entre las partes hace suponer lo contrario. Las respuestas dadas por el propio actor en su absolución de posiciones y por los testigos presentados, confirman la posición asumida por el Juzgado” (f. 745 vlt.). Cabe resaltar que se refiere exclusivamente al contrato presentado por Santa Clara S.A. de fecha 1 de junio de 2011. No tiene en cuenta en absoluto el contrato verbal inicial (1979-1984), los contratos arrimados por el actor (de 1984, 1985 y 1986) y los demás hechos y pruebas que se reseñaron anteriormente en este escrito. No se pueden derivar del texto transcrito verdaderas razones. Hay afirmaciones categóricas pero generales. Existe una ausencia de explicación acerca de las cláusulas concretas tenidas en cuenta. No se encuentra el hilo de razonamiento que parte de cláusulas específicas y que derive en el grave remate de que “en el vínculo contractual que ligaba a las partes se halla visiblemente ausente el factor de subordinación”. En efecto, no hay argumentos acerca del por qué “las...” (Es decir, todas), “...cláusulas del contrato son bastante claras” y por qué llevan al remate de que “la verdadera naturaleza del contrato es civil y no laboral”. Idéntica generalidad y vaguedad conllevan “no surgió indicio alguno que amerite suponer que haya existido entre los mismos una relación laboral subordinada” y “nada de lo acordado entre las partes hace suponer lo contrario”. La misma generalidad y ausencia de sustento argumental pueden atribuirse a “las respuestas dadas por el propio actor en su absolución de

posiciones y por los testigos presentados, confirman la posición asumida por el Juzgado” (¿qué respuestas en concreto y por qué serían el hilo conductor a una conclusión tan categórica y delicada en un caso como el de este proceso?). Es bueno tener presente que, en la vida real, es muy común que relaciones laborales se mimeticen en contratos civiles de servicios y que esto ocurre a menudo en casos, como el de este juicio, de grandes empresas que contratan a profesionales altamente calificados. Precisamente por esto es que los órganos jurisdiccionales del fuero laboral deben ser muy escrupulosos en casos como éste y no detenerse en la redacción “clara” de los contratos formales. Deben dejar a un lado las apariencias formales y penetrar en la realidad para ver qué es lo que ocurre en los hechos. Es la aplicación del principio de primacía de la realidad, tan caro en el Derecho Laboral. La sentencia de primera instancia se ha quedado en la letra del contrato y ha considerado suficiente el texto de algunas cláusulas. En síntesis, está ausente una verdadera fundamentación. Por todo lo ya expuesto y argumentado a lo largo de este escrito, lo correcto es concluir que hubo relación laboral entre mi representado y Santa Clara S.A. Pero agregamos que incluso el texto del único contrato de servicios (a fs. 238/239) invocado por el juez, puede también concluirse que hubo relación laboral, especialmente si se lo ubica dentro de todo el historial de relacionamiento entre las partes que ya fue sobradamente explicado. En la cláusula primera se estatuye que el objeto del contrato es la prestación de servicios para abonados titulares y adherentes de Santa Clara, en los distintos planes de servicios médicos que tiene habilitados la contratante y que el profesional declara conocer en toda su extensión. Se dispone así mismo que el médico deberá adecuarse a los mencionados planes de servicios médicos de la empresa y que los abonados elegirán el profesional que quieran conforme a los condicionantes de los planes de Santa Clara. De dicha cláusula se derivan nuevamente elementos de una relación laboral, que ya se desarrollaron en este escrito: a) el Dr. Ricardo Paredes debe brindar sus servicios a los abonados y adherentes de los planes de servicios médicos habilitados por Santa Clara S.A. No es el caso de un profesional médico independiente que elige a quiénes libremente atender; b) el Dr. Ricardo Paredes debe adecuar su prestación de servicios como otorrinolaringólogo a los planes ajenos a Santa Clara S.A. No es la situación de un profesional médico independiente que decide libremente sus propios planes. En la cláusula segunda se ordena que el médico deberá prestar sus servicios en el Sanatorio Santa Clara, Av. Rodríguez de Fran-

cia y Parapití, y que las internaciones y estudios de diagnóstico se realizarán en el Sanatorio Santa Clara, salvo beneficiarios especiales, pero también previa autorización de la empresa. Se coligen otra vez factores de subordinación: a) el médico está obligado también a prestar sus servicios en el Sanatorio Santa Clara, ubicado en Av. Rodríguez de Francia y Parapití. No es el caso de un profesional independiente que escoge con libertad el lugar donde atenderá a los pacientes; b) el médico queda obligado a efectuar las internaciones y los estudios de diagnóstico en el sanatorio de la empresa. No representa la situación de un profesional independiente que puede elegir libremente dónde internar a sus pacientes y dónde efectuar los estudios de diagnóstico; c) el médico puede variar excepcionalmente lo anterior, siempre y cuando lo autorice Santa Clara S.A. En la tercera se establece que la remuneración por los servicios profesionales la efectuará Santa Clara S.A. según los aranceles acordados con Sociedad Paraguaya de Otorrinolaringología y Cirugía de cabeza y Cuello. Esta asociación, como lo haría cualquier organización gremial que defienda los intereses de sus asociados, logró una serie de conquistas para sus miembros. Por lo demás, se sabe que las diversas asociaciones de médicos, según la especialidad, fijan aranceles que constituyen pautas o parámetros respetados por las empresas de medicina prepaga. En la cláusula cuarta se establece como requisito para que la empresa pague al médico por las consultas ambulatorias el llenado de unas planillas confeccionadas por la empresa y proveídas por ésta, aparte de que dichas planillas deben estar firmadas por los beneficiarios que realizaron la consulta y contener el motivo de la consulta/diagnóstico. Lo anterior es un nuevo ejemplo de subordinación: el médico debe cumplir los requisitos exigidos por Santa Clara S.A. para poder cobrar la remuneración de su trabajo. En la misma cláusula cuarta se establece que todas las consultas deberán ser autorizadas por Santa Clara y que el médico deberá comunicarse a un número telefónico a fin de solicitar el código de autorización respectivo, el cual imperativamente será consignado en la planilla. La liquidación y el pago al profesional se harán periódicamente, al mes siguiente de la presentación de los servicios que hayan sido autorizados. En la cláusula quinta se dice que, en cuanto a la remuneración de los servicios del médico, en ningún caso existirá relación directa entre el profesional y los beneficiarios abonados de la contratante. En la sexta se dispone que, para la presentación de los servicios en el rubro de estudios y procedimientos, el médico, previamente, deberá contar con la

autorización de la contratante. Todo el contenido de las tres últimas cláusulas constituye un nuevo ejemplo de una relación de dependencia. En la séptima se vuelve a imponer una serie de limitaciones al médico. Mediante la cláusula novena el médico queda obligado a dar acceso y/o copia firmada de la historia clínica de los pacientes beneficiarios del seguro que hayan sido atendidos por él, si es que Santa Clara S.A. lo requiere. Otro ejemplo de dependencia. Las cláusulas mencionadas son ejemplos suficientes para concluir que la relación era claramente laboral. Alusiones al vínculo con Sanatorio Británico S.A. El juez sostiene: “2) Con respecto al Sanatorio Británico S.A.: El contrato de sublocación de consultorio médico -tercer piso- es la única prueba que denota la existencia de un vínculo contractual entre el Dr. Ricardo Paredes y el Sanatorio Británico S.A.; sin embargo, las cláusulas establecidas en dicho contrato resultan lo suficientemente claras para determinar la existencia de un contrato de naturaleza civil y no laboral. Así también, la absolución de posiciones del Dr. Paredes y las testificales diligenciadas, coadyuvan a que el Juzgado excluya la existencia de una relación subordinada entre las partes y haga lugar a la hipótesis de una relación laboral con los demandados”. “A todo esto podemos agregar...las facturas expedidas por el Dr. Paredes en concepto de honorarios, no son correlativas (fs. 251 al 254), lo que demuestra que emitió facturas por servicios profesionales a otras personas físicas y jurídicas. Así también, las numerosas comunicaciones de cancelación de turno (fs. 333 al 353), ponen en evidencia que el tiempo y los días laborales eran manejados a su antojo por el Dr. Ricardo Paredes, reforzándose así el concepto de prestador de servicios independiente...”. Contrariamente a lo que dicte el juez, en el proceso se demostró acabadamente la relación laboral entre mi mandante y Sanatorio Británico S.A. En el escrito de demanda se aseveró: “En 2008, el grupo empresarial, conocido como “Grupo Harrison”, compró el 25% de las acciones del Sanatorio Santa Clara. En 2010 el referido Grupo compró otro 58% más de las acciones, con lo que pasó a tener el 83% de ellas. Estas informaciones se publicaron en el diario “ULTIMA HORA.COM”, del domingo 17 de abril de 2011 y son coherentes con la interrupción que se dio de nuevos directivos en el Sanatorio Santa Clara. Se afirmaba en el medio: “Grupo Harrison tiene invertidos 70 millones de dólares en su holding. El holding de la familia Harrison maneja en su mayoría empresas que se dedican a la salud: Industria y distribuidora farmacéutica, cadena de farmacias, seguro prepago y sanatorio, además de una gráfica y telefonía

celular. En total, en ellas se llevan invertidos unos 70 millones de dólares". La lista detallada de empresas incluía el seguro médico y sanatorio Santa Clara. "El proyecto en el Santa Clara es ir mejorando el sanatorio, el servicio...", dijo el escribano Óscar Harrison, según "Ultima Hora". El artículo aseveraba igualmente que "La capacidad de internación del hospital es de 60 camas y el proyecto es llegar a 100 o 120 camas, habilitar todos los pisos del edificio y mudar el área administrativa del seguro prepago para convertir todo el edificio en sanatorio exclusivamente". El Grupo Harrison se quedó pues con la abrumadora mayoría o quizá la totalidad de las acciones de Santa Clara S.A. Centro Médico Privado, empresa ésta que siguió explotando el Sanatorio Santa Clara, en la misma dirección de siempre: Rodríguez de Francia esq. Parapití. Y buena parte de las oficinas administrativas de Santa Clara S.A. Centro Médico Privado se concentraron en Oliva esq. O'Leary. Desde mayo de 2015, otra empresa del Grupo Harrison, "Sanatorio Británico S.A.", se agregó, junto a Santa Clara S.A. Centro Médico Privado, como coexplotadora del Sanatorio Santa Clara y como coempleadora de los médicos internos del sanatorio. Desde mayo de 2014 el doctor Paredes, además de continuar trabajando para Santa Clara S.A. Centro Médico Privado, laboró también para Sanatorio Británico S.A. Por detrás de ambas empresas, el mismo grupo empresarial que las controla. De ahí que siempre las decisiones de ambas empresas están consensuadas entre ellas, estrechamente vinculadas además por la explotación común del sanatorio. Se adjuntan a este escrito las facturas expedidas por mi representado, en concepto de honorarios, para Santa Clara S.A., RUC 80002917-8, con dirección en Rodríguez de Francia 910 (enero de 2014 a mayo de 2016), y, para Sanatorio Británico S.A., RUC 80071221-8, también con dirección en Rodríguez de Francia 910 (julio de 2014 a mayo de 2016). Atendiendo a que las instrucciones de ambas empresas era expedir las facturas al mes siguiente de los trabajos efectuados en el mes anterior, las remuneraciones expedidas en julio del 2014 correspondían a trabajos efectuados en el mes anterior aun en mayo. Y las expedidas en mayo de 2016 correspondían a las tareas desarrolladas hasta el 27 de abril de 2016. En los últimos tiempos, el Sanatorio "Santa Clara" comenzó a ser conocido como "Sanatorio Británico". Fue la decisión del grupo Harrison, que controla Santa Clara S.A. Centro Médico Privado y Sanatorio Británico S.A. El domingo 8 de mayo de 2016 se publicó un suplemento comercial del diario ABC COLOR acerca del Sanatorio Británico S.A. (se adjunta). En las páginas 2 y 3 del

suplemento, bajo el título de “Servicios de salud con los mejores estándares internacionales”. Transcribimos algunos extractos: (5 párrafos de lo transcrito en el diario- fs. 797 - 798) Por su parte, Santa Clara hizo publicar en la página 2 del suplemento un respaldo publicitario: “Felicitamos al Sanatorio Británico por las mejoras realizadas en beneficio de nuestros asegurados que son los principales protagonistas”. Tanto con Santa Clara S.A. Centro Médico Privado como con Sanatorio Británico S.A., mi representado siguió manteniendo una relación laboral. Continuó, como lo hizo siempre, como médico interno del sanatorio, atendiendo exclusivamente a los pacientes autorizados por Santa Clara S.A. Centro Médico Privado o Sanatorio Británico S.A. El lugar de trabajo se conservó en el mismo establecimiento ubicado Rodríguez de Francia esq. Parapití. Prosiguió con un horario de trabajo establecido por las empleadoras, común para ambas. Persistió el pago regular y periódico de una remuneración por sus trabajos, con montos variados según sus faenas consistieran en atención de consultas de asegurados de Santa Clara S.A., consultas “externas” o pacientes “privados” (pacientes externos al seguro de Santa Clara, provenientes de otras empresas como Unimed, Santa Bárbara, Coomecipar, con las que tenían acuerdos Santa Clara S.A. o Sanatorio Británico S.A., pacientes que concurren al Sanatorio sin tener ningún seguro, etc.), cirugías, extracciones de cuerpos extraños, lavado de oídos, cauterizaciones de várices nasales, cauterizaciones de cornetes, etc. El pago de los honorarios lo hacía Sanatorio Británico S.A. mediante cheques mientras que Santa Clara S.A. depositaba en una cuenta abierta en el Banco Continental a nombre de mi representado. La expedición de facturas para que el trabajador cobrara su retribución fue exigida por Santa Clara S.A. en la década de los noventa. Los pagos al trabajador se realizaban al mes siguiente de las tareas desarrolladas en el anterior. Se adjuntan a este escrito las facturas que reflejan los salarios abonados al actor por Santa Clara S.A. (emitidas desde enero 2014 hasta mayo 2016) y por Sanatorio Británico S.A. (emitidas desde julio 2014 hasta mayo del 2016). Se acompañan también los documentos emitidos por las empresas en los que se detallan los trabajos del doctor Paredes y los importes de las remuneraciones por cada uno de ellos (“Facturas por prestador”, en el caso de Sanatorio Británico S.A. y “Utilización de servicios prepaga”, en el de Santa Clara S.A.). Todos los demás hechos característicos de la relación laboral se mantuvieron. El actor podía atender a pacientes autorizados por las empleadoras. Debía llenar formularios, planillas, historias

clínicas; expedir recetas, órdenes de estudios, de prácticas y de internaciones; efectuar interconsultas, cirugías y otros procedimientos, de acuerdo a disposiciones generales de las empresas (ver, a modo de ejemplos, los documentos adjuntados que contienen las disposiciones de Santa Clara, formularios de autorizaciones de prácticas de alta complejidad). Las empresas siguieron poniendo a disposición del empleado los medios de trabajo y los recursos humanos: ... f. 799 segundo párrafo... El demandante continuó adecuando la prestación de sus trabajos atendiendo a la organización y a los planes de las empresas” “El “contrato de sublocación” aludía a una mala práctica que había sido iniciada por Santa Clara S.A. en el último tramo de la relación laboral, en el sentido de imponerle al trabajador el pago de un precio por el “alquiler” del consultorio. El Sanatorio Británico S.A. abonaba a Santa Clara S.A. un alquiler por el sanatorio, propiedad de esta última. Por eso lo de la “sublocación” a los médicos internos. En su contestación de la demanda, Sanatorio Británico S.A. no negó ninguno de los hechos expuestos en los párrafos anteriores. Entonces, en virtud del Art. 115 del CPT, dichos hechos quedaron reconocidos. Resulta sumamente revelador el hecho de que Sanatorio Británico S.A., desde mayo de 2014, abonaba honorarios profesionales al Dr. Ricardo Paredes de una manera periódica regular, mes a mes, tal como también lo hacía Santa Clara S.A. Obran en el expediente (fs. 69 a 91) nada menos que 23 facturas emitidas desde el 14 de julio de 2014 hasta el 12 de mayo de 2016. Estas facturas no fueron negadas en la contestación de la demanda e, incluso, la propia accionada acercó a su vez al expediente varias facturas emitidas por Ricardo Paredes al Sanatorio Británico S.A. Lo anterior vuelve absolutamente inverosímil lo dicho por el Sanatorio Británico S.A., en el sentido de que la única relación con mi representado era un contrato de sublocación de consultorio. Por otro lado, en el expediente están las planillas emitidas por Sanatorio Británico S.A., denominadas “facturas por prestador” (fs. 199/208), que quedaron reconocidas en el proceso. En estas planillas se detallan los trabajos ejecutados por mi mandante para Sanatorio Británico S.A. y se describen los nombres completos de las personas atendidas. Igualmente, tal como se expuso en el escrito de demanda, en dichas planillas se distinguen los casos de pacientes externos al seguro de Santa Clara, que también eran atendidos en el Sanatorio Británico, para pacientes no asegurados por Santa Clara S.A., Sanatorio Británico S.A. pagaba los honorarios reflejados en las facturas aludidas. Además, el horario de tra-

bajo de Ricardo Paredes, desde la agregación de Sanatorio Británico S.A., estaba establecido no solo por Santa Clara S.A. sino también por Sanatorio Británico S.A. Obra en el expediente, a f. 103, una nota de Sanatorio Británico a Ricardo Paredes, de fecha 23 de diciembre de 2015, en la que se le indica un nuevo horario de trabajo. Este documento fue acompañado al escrito de demanda y no fue negado en la contestación de Sanatorio Británico S.A. Se halla en el expediente, a f. 419, el informe de Servicio Integral Médico S.A. (Sanatorio Santa Bárbara), en el que se afirma que Sanatorio Británico S.A. presta servicios médicos sanatoriales a los asegurados y beneficiarios de la primera de las nombradas, de acuerdo al contrato firmado entre ésta y Sanatorio Británico S.A. (a fs. 420, 421 y 422). Este contrato ilustra el modo de operar de Sanatorio Británico S.A.: tenía acuerdos con otras empresas de la salud, en virtud de los cuales los asegurados y beneficiarios de estas empresas podían ser atendidos en el Sanatorio Británico por los médicos que trabajaban para el Sanatorio Británico. En este sentido, está también en el expediente, a f. 422, un listado de médicos de consultorio del Sanatorio Británico, entre los cuales se encuentra mi poderdante. De lo relacionado hasta aquí, se concluye coherentemente que Sanatorio Británico S.A. utilizó los servicios de Ricardo Paredes y a cambio de esto le pagó mes a mes las remuneraciones reflejadas en las facturas. Sentado lo anterior, se deduce que lo que existió fue una relación laboral. (Art. 19 del C.T.). Es decir, en el mismo sanatorio de siempre, ubicado en Rodríguez de Francia esq. Parapití, Ricardo Paredes trabajó en relación de dependencia, tanto para Santa Clara S.A. como para Sanatorio Británico S.A. Por lo demás, esta situación de vinculación estrecha entre este tipo de empresas de la salud es de conocimiento notorio y público. Ocurrió, simplemente que, en los hechos y no en los meros papeles, el doctor Ricardo Paredes prestó sus servicios en el mismo local de siempre, en un horario de trabajo que era común para ambas empleadoras (es decir, utilizada por ambas), percibiendo salarios de ambas empresas de un modo periódico mensual, atendiendo exclusivamente a pacientes autorizados por cualquiera de ellas, sometido a la organización, planes y procedimientos ordenados por dichas empresas, utilizando la infraestructura, medios de trabajo y recursos humanos proveídos por Santa Clara S.A. y Sanatorio Británico S.A. etc. Por lo demás, el trabajo profesional del doctor Ricardo Paredes beneficiaba económicamente a ambas empresas. Respecto a lo afirmado en la sentencia sobre la no correlatividad de las facturas expedidas a Sanato-

rio Británico y que ello demuestra que mi representado emitió facturas a otras personas físicas o jurídicas, ellos, de por sí, no debilita la tesis de la relación laboral. En efecto, el trabajador no estaba obligado a mantener vínculos de exclusividad con Sanatorio Británico S.A. ni con Santa Clara S.A. Pero, en realidad, las facturas emitidas por el Dr. Paredes eran, casi todas, o para la una o para la otra, con lo que se demostró también que prácticamente todo su tiempo laboral lo dedicó a ambas (ver facturas a fs. 31/91). Y en lo tocante a las “numerosas” comunicaciones de cancelación de turno, conviene precisar que se refieren a un periodo de dos años, desde que se sumó como empleadora Sanatorio Británico S.A. Y en dicho tiempo, excluyendo las ausencias correspondientes a semana santa (fs. 351-352) y a un paro general de médicos (fs. 349-350), se tiene un total de ocho ausencias en veinticuatro meses: un promedio normal o hasta bajo de 4 ausencias por año. No puede derivarse de esto que el trabajador manejara el tiempo laboral a su antojo y que se “reforzara” con ello un supuesto concepto de “prestador de servicios independiente”. Alusiones a la relación tanto con Santa Clara S.A. como Sanatorio Británico S.A. (f. 745 vlt.). La S.D. se refiere al artículo 17 del Código del Trabajo y afirma que los presupuestos que deben darse para que una relación sea laboral son: “1°)...2°)...3°)...” (f.800). En cuanto al requisito de prestación de un servicio se asevera que “se da plenamente, ya que fue admitida por las firmas Santa Clara S.A. y Sanatorio Británico S.A. la prestación de servicios del Dr. Ricardo Julián Paredes Rodríguez a favor de las mismas”. Respecto al requisito de pago de una remuneración, también se lo da por cumplido. Pero el juez considera que en el vínculo que ligaba a las empresas médicas demandadas con el doctor Ricardo Paredes “se hallaba visiblemente ausente el factor de subordinación”. Leyendo la sentencia, la base textual para considerar que la subordinación no se dio es la que sigue: ... (f. 801- segundo párrafo) De lo transcripto hasta aquí, se concluye que el juez considera que la llamada subordinación técnica (sujeción a las indicaciones específicas sobre la forma de realizar el trabajo de un oficio o profesión) es un presupuesto “esencial e indispensable” para que tenga lugar la dependencia laboral...” (Sic.).

Posteriormente, la parte recurrente pasa a citar jurisprudencia de un caso que según su criterio es similar al presente proceso y continúa diciendo que “...En el caso de este proceso, por todo lo que ya se narró, es evidente que el médico Ricardo Paredes se hallaba integrado a la organización de

Santa Clara S.A. y de Sanatorio Británico S.A., dentro de un orden jerárquico. Las empresas tenían no solo la posibilidad -suficiente para configurar la subordinación jurídica- de imprimir una cierta dirección a la actividad del trabajador, sino que la ejercían. Es cierto que también el juez recordó genéricamente que "...el elemento substancial y determinante para que una relación sea considerada de índole laboral es la subordinación o dependencia, que no es otra cosa que la facultad de empleador de imprimir determinada dirección a la actividad del trabajador...". Pero consideró erróneamente que la existencia de dicha subordinación jurídica no se demostró en este proceso. Para evitar repeticiones innecesarias, nos remitimos a todo lo ya explicado en este escrito acerca de la subordinación de Ricardo Paredes a Santa Clara S.A. y, particularmente, a las numerosas y categóricas pruebas producidas en el proceso. En atención a lo dicho en los dos últimos párrafos de la sentencia y de cara a lo probado en el proceso, debe señalarse que: a) numerosas pruebas de la parte actora fueron cabalmente idóneas para demostrar la existencia de la relación laboral con las demandadas; b) se introdujeron sobradamente en el proceso documentos que probaron que Ricardo Paredes integró el plantel permanente de médicos de las firmas demandadas; c) el estado subjetivo de cualquier trabajador, incluyendo el de una persona de alto grado de instrucción, al momento de firmar un contrato, no es lo más trascendente; sí lo es el conjunto de circunstancias objetivas que permiten desentrañar qué es lo que pasó verdaderamente en los hechos reales; d) la existencia de la relación laboral se demostró suficientemente. Habiéndose concluido en la sentencia que no se demostró la relación laboral, no se hizo lugar, con costas, a la demanda sobre cobro de guaraníes en diversos conceptos laborales. Confiamos en que el necesario reexamen de este caso que hará el Tribunal de Apelación arrojará como resultado la admisión de la relación laboral y la revocación de la sentencia de primera instancia. CRITICA DE LA S.D. N° 003, DEL 13 DE FEBRERO DE 2018. Esta sentencia aclaratoria corrigió un simple error material de la S.D. N° 001 y, en el fondo, ratificó lo sustancial de no hacer lugar con costas la demanda planteada. La imposición de costas perjudica obviamente al trabajador." (Sic.).

Corrido el traslado de rigor, la adversa se presentó a los efectos de contestar el traslado conforme al escrito obrante a fs. 805/515 de autos, señalando inter alía que: "... nuestros representados no han reconocido la relación en las condiciones que falsamente son mencionadas por la contra-

parte. Del escrito de contestación de la demanda, se destaca que, a lo largo de la misma, nuestra representada ha desconocido la existencia de una relación de trabajo, y consiguientemente de beneficios de naturaleza laboral. La negación de tales extremos ha tenido lugar de manera categórica y terminante, y por tanto no puede aplicarse – como pretende la adversa- la disposición contenida en el art. 115 del Código Procesal del Trabajo... la apelante tergiversa los párrafos contenidos en nuestros sendos escritos de contestación. Es mentira que no hayamos desconocido tales circunstancias, nuestras representadas han negado; haciéndolo de forma enfática y categórica, el tinte laboral de la relación. Si bien se ha reconocido la existencia de la vinculación en sí, en todo momento hemos sostenido que la misma es de naturaleza civil, negando en consecuencia que la actora haya tenido una jornada u horarios, antigüedad y condiciones de prestación de raigambre laborales... a lo largo del tiempo las condiciones de la prestación se han mantenido invariables... la ausencia de contrato aducida por la adversa en ninguna medida supone que la relación inicialmente haya sido de índole laboral... a lo largo del presente proceso, ha quedado desvirtuado el elemento de subordinación del cariz laboral en toda relación... El profesional de referencia, de alto grado académico, intelectual y de vasta trayectoria, de forma libre y voluntaria ha consensuado las condiciones contractuales previstas en el contrato de fecha 01 de junio de 2011, y es por ello que el a quo ha tenido en consideración dicho digesto convencional... El hecho de que en el contrato respectivo se haya pactado la atención médica a los asegurados de la contratante deviene una cuestión lógica y de ella no puede inferirse ninguna relación de trabajo... el Señor Ricardo Julián Paredes no cumplía ninguna jornada laboral. El profesional atendía a los pacientes asegurados y privados o personales en los horarios coincidentes con su propia disponibilidad de tiempo y con la entera facultad inclusive cancelar consultas agendadas a antojo y paladar, y sin que ello le merezca sanciones o penalidades que sí son aplicables a los funcionarios dependientes... destacamos que el Centro Médico Santa Clara dispuso su cierre definitivo en fecha 17 de julio de 2014, según se comprueba con el certificado de cierre definitivo expedido por el Ministerio Público y Bienestar Social. Santa Clara S.A. Centro Médico Privado, opera según la certificación emitida por la autoridad competente (fs. 249) desde el 01 de julio de 2014 en sus Oficinas sitas en la calle Oliva N° 685 esquina Juan E. O’Leary, ofreciendo solamente el servicio de medicina prepaga a sus beneficiarios, motivo por el

cual difícilmente podrán tenerse como ciertas las alegaciones de la recurrente... En estos autos ha quedado demostrado que el Dr. Paredes no tenía asignado un salario por parte de nuestra mandante, pues percibía sus honorarios de acuerdo a la cantidad de pacientes asegurados atendidos en consulta... El galeno demandante, además, podía prestar sus servicios a pacientes de otras aseguradoras médicas e inclusive a pacientes privados o personales no asegurados a ningún servicio de medicina prepaga... la subordinación jurídica como elemento cualificante y determinante de la relación laboral no se verifica. Como profesional liberal, el Dr. Paredes siempre ha prestado –en consultorio alquilado por su cuenta- servicios independientes y autónomos, aplicando su criterio profesional en todos los casos, sin ninguna injerencia de la firma Santa Clara en la prestación de sus servicios. En efecto, la recurrente no ha tenido la obligación de marcar horarios, y ni siquiera de asistir a su consultorio. La actora disponía totalmente de su tiempo, y si no asistía, nada variaba en la relación contractual convenida. Nadie lo sancionaba, apercibía ni descontaba absolutamente nada. Esto solo incidía en su facturación la cual, como hemos visto, reflejaba la cantidad de pacientes atendidos por el profesional. La recurrente tenía total libertad de atender a los pacientes que se le antojara. La misma tenía sus pacientes privados y personales, y podía elegir atender a estos o a los pacientes asegurados al Santa Clara o a otros seguros... La actora tenía total libertad de suspender pacientes y de reagendar consultas... nunca existió una obligación de asistencia, lo que demuestra la notoria independencia, característica innata de las relaciones de naturaleza civil... no puede perderse de vista el carácter de profesional de alto grado académico del Dr. Ricardo Julián Paredes, que no hace sino ratificar que la relación contractual que ha vinculado a las partes, siempre ha sido de carácter civil, y no laboral... Por su grado de instrucción resulta evidente que la actora siempre conoció la naturaleza civil de su vinculación con las demandadas... la actora era libre de atender pacientes no asegurados, considerados estos privados y personales del galeno demandante...” (Sic.).

De inicio hay que traer a colación que, si bien la parte recurrente se encuentra facultada según lo dispone el Art. 248 del CPT, a invocar vicios del procedimiento o de la estructura formal de la resolución recurrida, sin embargo, constatamos que el memorial de agravios, contiene una crítica relativa a la valoración probatoria, es decir, vicios considerados y catalo-

gados como in iudicando, que no conciernen a la serie procesal o al aspecto lógico de la resolución.

Esta circunstancia, desde luego que no obsta para que esta Alzada se aboque al control procedimental y de logicidad de la resolución impugnada, dado que a tenor de lo previsto por el Art. 204 del CPT, y el Art. 256 de la CN, este análisis deviene oficioso para todo Tribunal revisor.

Con relación al procedimiento que fuera impreso en la instancia de origen, observamos que la serie procesal no adolece de vicio in procedendo, dado que la pretensión fue debidamente sustanciada entre las partes y dentro del periodo respectivo, cada una de ellas actuó, ofreció y produjo las pruebas conforme a sus respectivos intereses procesales. Así, pues, es doble concluir que no existe conculcación a la garantía constitucional de la defensa en juicio ni restricción a la actividad probatoria, por lo que, el Art. 204 del CPT, resulta inaplicable para el presente caso.

Por su parte, de una atenta lectura a la resolución impugnada, puede constatarse que ella se encuentra estructurada con suficiente justificación interna, tanto de la premisa normativa como fáctica. Si bien, se cuestiona una posible falta de, o en su caso errónea, valoración de algunos elementos probatorios, circunstancia que de cierto modo podría encuadrarse dentro de lo que se conoce como insuficiencia de justificación externa de la *quaestio facti*, o en su caso, como deficiente fundamentación por eventual conculcación de las reglas de la experiencia, en cambio, entendemos que dicho estudio conforme lo hemos adelantado *ut supra*, debe canalizarse como un potencial vicio in iudicando, atendiendo sobre todo a que la nulidad es concebida como una cuestión de *última ratio*. Teniendo en consideración ello, y dado que no existe contradicción dentro las premisas asentadas por el Juzgado de Origen, concluimos que se respetaron los principios lógicos jurídicos que regulan la argumentación jurídica, por lo que, reparamos en que la resolución reúne los requisitos de logicidad, sobre todo cuando que resulta congruente tanto en el aspecto interno como externo.

Habiendo superado este control de carácter oficioso, nos abocamos a la crítica razonada elaborada por la parte recurrente –presuntos vicios in iudicando- y que atacan las razones jurídicas invocadas por el Juzgador de Origen, respecto del rechazo de la demanda promovida por el Señor Ricardo Julián Paredes. Para este efecto, y teniendo en vista un control no sólo

endo sino que incluso extra procesal, es menester traer brevemente a colación los antecedentes medulares del caso que actualmente nos ocupa.

Es así que, el citado justiciable, de profesión médico con especialidad en Otorrinolaringología, se presentó, por medio de apoderado, a promover demanda laboral contra la persona jurídica denominada Santa Clara Sociedad Anónima, así como contra la persona jurídica denominada Sanatorio Británico Sociedad Anónima, alegando haber iniciado una relación laboral dependiente, en un primer momento con Santa Clara S.A., por medio de, en principio un contrato verbal que posteriormente paso a concertarse de forma escrita, y en un segundo momento, además del primero también con el Sanatorio Británico, atendiendo al supuesto hecho de que éste, básicamente, forma parte del mismo grupo empresarial que aquel.

Conforme surge de la traba de la litis, el thema decidendum en primera instancia se centró en torno a la existencia o no, de la relación laboral de dependencia, de lo que seguimos que el estudio respecto de la presencia de subordinación fue la parte medular del caso. En tal sentido, hay que tener presente que el juzgado de origen desestimó la demanda promovida, en el entendimiento de que no encontró elementos de juicio que lo lleven a concluir sobre la existencia de la citada subordinación, circunstancia que es cuestionada por la parte recurrente y demandante.

De entrada, hay que dejar bien en claro, que la subordinación es el componente característico de la disciplina que nos compete, y no sólo se constituye en el pivote sobre el cual se estructura toda la tutela jurídica laboral, sino que también, es el factor determinante a la hora de diferenciarlo de otros tipos de relaciones contractuales, como por ejemplo, los pertenecientes al derecho común. Ello surge, pues bien, de varios articulados que hacen referencia a este elemento, como ser: Art. 01, 02, 08, 19, 23, 48 del CT, entre otros.

De igual modo, calificada doctrina reconoce que "...La calificación como contrato de trabajo surge cuando hay subordinación jurídica, económica, técnica y asunción de riesgos por parte del empleador. La mencionada dependencia justifica la creación del principio protectorio del trabajador-prestador del servicio..."².

² Lorenzetti, R. L. (1999). *Tratado de los Contratos. Tomo II*. Rubinzal - Culzoni Santa Fé, Argentina. Pág. 567.

Tampoco hay que perder de vista, el hecho de que, en la actualidad, gran parte de la doctrina especializada se encuentra conteste en que el requisito fundamental para la existencia de la dependencia es la subordinación jurídica, pasando los demás supra señalados, a una suerte de segundo plano de relevancia, circunstancia que, desde luego, no empecen la eventual importancia de éstos, atendiendo a la complejidad que pueden presentar los casos concretos.

Sobre la subordinación jurídica se tiene dicho que "...Su preeminente naturaleza jurídica se pone, no obstante, de relieve en el hecho de que comprende un poder de mando, un poder de supervisión y un poder disciplinario, los cuales pueden ser ejercidos por el empleador directamente o por delegación del mismo..."³ (Subrayado nuestro).

Teniendo como punto de partida la premisa general asentada, nos introducimos al estudio de la cuestión debatida. Dentro de ese afán, el primer cuestionamiento efectuado por la parte recurrente, consiste en una presunta falta de aplicación de la solución procesal prevista en el Art. 115 del CPT, respecto de párrafos puntuales que fueron nuevamente transcritos por el interesado dentro del memorial de agravios. Lo que se pretende con ello –conforme surge del tercer párrafo de f. 789 de autos- es que se tenga por reconocida, de conformidad a la norma supra citada, ciertos hechos concretos, a saber; (i) que la relación inició de forma verbal; (ii) que, como consecuencia, las condiciones eran propias de un contrato laboral.

Sobre esto hemos de decir, que al negarse la relación laboral de dependencia e invocarse una prestación de servicios de naturaleza civil o perteneciente al derecho común, indudablemente, se controvierte la génesis o la sustancia de la relación jurídica, dado que se lo tipifica con una naturaleza distinta. Entendemos, entonces, que como se pone en discusión ni más ni menos que la piedra angular que sostiene la aplicabilidad o no

En idéntico sentido, véase: Peroni *et al.* (2011). *Código Civil de la República del Paraguay Comentado. Segunda Edición. Tomo VI.* La Ley Paraguaya. Asunción, Paraguay. Pág. 116.

³ Buen Lozano, N. de; Morgado Valenzuela, E.; Coordinadores. (1997). *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* IIJ – UNAM. Ciudad de Mexico, Mexico. Pág. 308.

del fuero tuitivo, la disputa abarca o se extiende, necesariamente, a los puntos cuestionados por la parte recurrente y señalado ut supra. Nótese que esta conclusión es acorde a lo que dispone el Art. 114 del CPT, que establece que para tener por afirmado positivamente un hecho, debe necesariamente probarse el hecho principal, es decir, la subordinación.

Es que además, el hecho de que la relación contractual, desde el punto de vista sustancial, haya iniciado o no de forma verbal, independientemente al periodo de tiempo en que esta formalidad se haya extendido, no podría enervar la conclusión a la que arribó la judicatura de origen, por cuanto que la forma contractual –verbal- invocada respecto de la génesis de la relación jurídica existente entre las partes, no puede ser considerado como privativo y exclusivo del derecho laboral, a razón de que el contrato de prestación de servicios civiles no exige solemnidad alguna para su celebración, de lo que fácilmente seguimos que ese tipo formal puede aplicar para uno u otro supuesto factual. Entonces, acá no estamos sino ante la invocación de lo que se conoce como parallogismo de una falsa oposición, por lo que, debemos concluir que el argumento jurídico así expuesto resulta improcedente.

Lo que sí es cierto, es que, desde la óptica estrictamente procesal, cuando el accionante invoca la relación de dependencia y la demandada alega la existencia de prestación de servicios civiles, la carga de la prueba recae sobre la demandada, en el sentido de que ésta, debe de acompañar los recaudos probatorios que acrediten o den convicción suficiente de la presencia del contrato de naturaleza civil que dice existir. Esta posición, se encuentra amparada por la letra del Art. 19 primera parte del CT.

De hecho, que en estos autos se hallan agregados sendos contratos suscriptos entre las partes, que se encuentran a su vez reconocidos en juicio, conforme se desprende de la audiencia de reconocimiento de firmas instrumentada por medio de las actas de fecha 03 de mayo de 2017, y que rola a f. 512 y 516 de autos. Es más, la propia parte accionante acompañó contratos suscriptos con la demandada.

Tenemos así, que el contrato obrante a f. 238/239 de autos, celebrado entre el señor Ricardo Julián Paredes y la persona jurídica Santa Clara S.A., se encuentra intitulado como “Contrato de Prestación de Servicios”, lo que de inicio, y según la literalidad del objeto, nos deja un cierto sesgo de que el acuerdo es perteneciente al derecho común, no especializado.

No se oculta, que de conformidad al Art. 300 del CC, la calificación jurídica que los contratantes hacen al acto, no determina su naturaleza, que evidentemente debe ser juzgada según su contenido, es decir, según las distintas cláusulas que la componen y conforme al principio de primacía de la realidad—sobre esto último volveremos oportunamente al ser trascendental para nuestra materia.

En ese sentido, respecto del contenido del contrato, hay que decir que a criterio de esta magistratura y a modo de adelanto, las cláusulas que fueron pactadas dentro de ella, tampoco enervan la calificación jurídica otorgada por las propias partes al acuerdo, por cuanto que, no se desprenden elementos que nos lleven a concluir de manera categórica, que se estableció expresamente una suerte de subordinación “jurídica”, sino que a contrario, nos indican ausencia de ésta en cuanto a elementos primordiales para su existencia.

Vemos así, que conforme se desprende de la pieza parcial obrante a f. 261 de autos —reconocido en juicio- se plasmó expresamente en la cláusula undécima que “...Queda expresamente aclarado entre las partes, que el presente Contrato es de Servicios, contemplado en la Legislación Civil...”. Si nos atenemos a la literalidad del texto plasmado en la cláusula, llegaremos a la misma conclusión esbozada ut supra, así como por el juzgado inferior.

No hay que dejar de soslayar que la mera literalidad es un indicio, y como tal insuficiente, dado que es menester ahondar aún más en el contenido del contrato. Así, pues, sumergidos a la profundidad del mismo, la conclusión establecida líneas arriba, no hace sino adquirir aún mayor fuerza. En efecto, el primer elemento relevante lo constituyen los anexos obrantes a fs. 240, 241, 242 de autos, documentos que fueron reconocidos en juicio conforme se desprende de f. 512 de autos, por lo tanto, plenamente válidos para acreditar hechos aquí controvertidos, y que formaban parte del contrato respectivo.

Estos anexos, no son más que acuerdos celebrados entre la Empresa demandada y la Sociedad Paraguaya de Otorrinolaringología y Cirugía de Cabeza y Cuello —en adelante SPORL Y CCC-, ente conformado por el gremio de profesionales al que pertenece el demandante. Cabe agregar, que dentro de ella —este aspecto es sumamente relevante- se estipularon lineamientos generales que rigieron junto con el contrato individual de prestación de servicios, sobre la relación jurídica sustancial existente entre

las partes, y que nos inducen a la postre, a concluir que existía un impedimento para que la Empresa, pudiera ejercer mecanismos de dirección típicos en las relaciones subordinadas –sobre esto volveremos oportunamente.

Asimismo, conforme a la conjunción del anexo y el contrato privado suscripto entre las partes, surge de manera diáfana que el profesional demandante no es ajeno a la titularidad de los frutos o resultados del servicio que ofrece en el contrato. En suma, constatamos que, en la cláusula tercera del contrato individual de prestación de servicios, se previó que el profesional debía percibir un valor galeno por los servicios brindados – frutos de la actividad profesional- según los parámetros establecidos en el anexo respectivo y señalado ut supra.

Surge de esta forma, que se acordó con el gremio profesional – SPORL Y CCC- la retribución por tal servicio y según la especialidad de los mismos. En resumidas cuentas, comprobado que el médico según el contrato debía percibir in totum el fruto o resultado por el servicio ofrecido, es que concluimos que el demandante no es ajeno a la titularidad del servicio producido, debido a que este fruto o resultado del servicio, no pasaba a las arcas de la Empresa como sucedería normalmente con un trabajador en situación de estricta situación de dependencia laboral. Es que, desde luego que no podría ser de esa manera, si se tiene en consideración que los emolumentos que le correspondían al demandante eran los que debía de, necesariamente, percibir como cualquier profesional autónomo o independiente de la misma experticia practicada.

De hecho, que, la imposición del precio valor galeno, es decir, la regulación de los honorarios establecida en el acuerdo con el gremio correspondiente –SPORL Y CCC-, constriñe a la demandada, a seguir los lineamientos estipulados para tal efecto en ese acto jurídico –anexos- circunstancia que hace denotar una evidente falta de dirección, en sentido lato.

Ya lo decía Cabanellas, que “...Si el profesional regula sus honorarios, no existe subordinación; si el empresario asigna un sueldo o un tanto por visita o asistencia, con potestad para regir la prestación, habrá subordinación y contrato laboral...”⁴. Recuérdese que el producto del servicio,

⁴ Cabanellas de Torres, G. (1992). *Compendio de Derecho Laboral. Tomo I.* Heliasta. Buenos Aires, Argentina. Pág. 489

esto es el honorario profesional, se estableció por un acuerdo suscrito por el gremio y sujeto a modificación o actualización conforme a ciertos parámetros estrictamente estipulados y entendemos asentados a instancia del gremio respectivo, es decir, no estamos ante una situación en el que la Empresa impone, o en su caso, modifica o actualiza el monto de los emolumentos que debía percibir el profesional por sus servicios brindados.

Asimismo, véase, por ejemplo, que la percepción del fruto o el resultado del servicio dedicado, se efectuaban de manera mensual, no por un acto de dirección e imposición de la Empresa, sino porque en el acuerdo antes señalado, así fue establecido según el punto octavo del convenio.

Podrá advertirse desde ya, la superlativa importancia que guardan los Anexos para determinar no sólo que los resultados del servicio pertenecían al actor de la demanda, sino que incluso, para comprobar que la demandada tenía cercenada su posibilidad de ejercer aspectos relevantes de dirección dentro del proceso productivo, conforme ya lo hemos principiado más arriba y cuyo punto aquí retomamos.

En ese sentido, nótese que, en el numeral tercero del anexo, se estableció un mandato imperativo positivo, en el que se impuso que ésta —el anexo— pasará a ser parte integrante, o en su caso, pasará a adjuntarse a los contratos individuales que los profesionales, eventualmente, suscriban con la Empresa. Justamente, este último es el caso de autos, por lo que, no podemos sino concluir que la demandada se encontraba ceñida a ese acuerdo suscrito con el gremio. Y es que, la afectación que produce el anexo al contrato individual resulta incuestionable puesto que dentro de aquella se establecieron cláusulas imperativas sin posibilidad, por ende, de rehuir de ellas.

Se desprende así, que estos anexos socavan no sólo la posibilidad de ejercicio del poder de mando, sino que también el disciplinario y como lógica extensión restringe la actividad supervisora, circunstancias que impiden a la postre, la configuración de una subordinación jurídica. En tal sentido, nótese la existencia de un mandato imperativo, esta vez negativo obrante en el numeral décimo segundo, donde se dispuso la expresa prohibición de cualquier alteración o modificación unilateral e inclusive por acuerdo de partes, del anexo celebrado entre la SPORL Y CCC y la Empresa demandada, impidiéndose también cualquier otra forma de contratación o pago. Asimismo, hay que tener en cuenta, que el punto décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, establecen, específicamente, los

lineamientos jurídicos a seguir cuando existiere algún tipo de incumplimiento del acuerdo con las consecuencias que ello traería aparejado, así como la forma de solución de los problemas inter personales, independientemente de que ellos se generen por parte del profesional o de la Empresa. Incluso, se plasmó que estos problemas generados por las relaciones particulares de los integrantes del gremio –el actor- con la Empresa -demandada- se resolverían con la conformación de una comisión negociadora constituida por representantes de ambas partes, en número igualitario.

Todo ello redundaba, inexorablemente, en que la empresa tiene vedada una posibilidad de dirección en aspectos cruciales, como ser el poder de mando, supervisión y sobre todo el poder disciplinario, circunstancia que nos llevan finalmente, atendiendo a los lineamientos generales establecidos ad initio, a inclinarnos hacia una falta de subordinación, en este caso jurídica.

Además, existen otros elementos igualmente relevantes que coadyuvan a la premisa conclusiva respecto del contrato de prestación de servicios y que hemos asentado, como ser, el contrato obrante a f. 224, 225 de autos –reconocido en juicio, ver f. 516-, así como aquellas cláusulas que denotan la existencia de un contrato de sublocación de consultorio médico, conforme se desprende de la instrumental obrante a f. 257 de autos.

Estos materiales probatorios que fueron reconocidos en juicio nos indican que el actor asumía el costo de la locación de un predio dentro de las instalaciones del Sanatorio Santa Clara, en un primer término, y el costo de la sublocación de un predio con relación al Sanatorio Británico en un segundo término, al procederse al cierre de aquella conforme puede confirmarse con la copia autenticada obrante a f. 248 de autos, así como las obrantes f. 294/298 de autos. En cualquier caso, esta circunstancia denota una suerte de autonomía profesional, por cuanto que el accionante, si bien operaba ciertos días y horarios dentro del establecimiento de la demandada, sin embargo, lo hacía por medio de una relación comercial en razón de que asumía el costo de tener que operar en dicho establecimiento atendiendo a los tiempos de cada una de las partes.

Respecto de otros elementos que surgen del contrato, y que coadyuvan a la conclusión apuntada, podemos citar brevemente cuanto siguen: (i) la denominación que individualiza a las partes contratantes; (ii) se dejó expresa constancia que el acuerdo no constituye exclusividad sino una

prestación de servicio a favor de los abonados y a elección de éstos; (iii) si bien, en la segunda cláusula se estipuló la atención en los sanatorios Santa Clara (Asunción) y Santa Clara (Luque), en cambio, también se estipuló la posibilidad de consultas ambulatorias a favor de los asegurados; (iv) la cláusula décimo primera, denota autonomía del profesional en la prestación del servicio contratado, puesto que a más de arrendar el predio a utilizar –conforme surge del párrafo anterior-, se estipuló la posibilidad de que el profesional tenga dependientes a su cargo y por su propia cuenta.

Así, pues, con todo lo hasta aquí apuntado, pierde virtualidad el agravio esgrimido por la parte recurrente, en el sentido de que el actor, no tenía independencia para la atención de otros pacientes que no sean necesariamente los asegurados de la demandada. En el mejor de los escenarios para su parte, ello constituiría la configuración de uno de los aspectos en que puede manifestarse un poder de mando, empero, no enerva la ausencia de otros aspectos, y mucho menos, los demás subelementos que configuran la subordinación jurídica.

Con relación al contrato invocado por la parte recurrente, asiste razón a su parte, en el sentido de que el mismo resulta válido para acreditar hechos, dado que la parte demandada no negó expresamente la validez del mismo al momento de la contestación al traslado conferídole, es más, hace referencia a ello en su escrito de contestación al memorial de agravios. En ese sentido, la doctrina nacional es tajante al señalar que “...Esta exigencia de reconocimiento de documento privado cuya firma se atribuye a una de las partes, ha sido interpretada en materia laboral, en relación a los documentos presentados por la parte demandada, y cuya firma se atribuye al trabajador... Sin embargo, los documentos privados agregados por la parte trabajadora, con su demanda, se rige por el artículo 115 del C.P.T., y no por el artículo 158 del C.P.T...”⁵.

Sin embargo, aun siendo dicho material válido procesalmente hablando, vemos que en la séptima cláusula, se estipuló que “Queda expresamente aclarado entre las partes, que el presente Contrato es de locación de Servicios, contemplados en la Legislación Civil” (Sic.), de lo que fácilmente seguimos, que en cualquier caso, este documento daría más fuerza a

⁵ Cabrera Velázquez, L. (2019). *El proceso Laboral Paraguayo*. LexiJuris. Asunción, Paraguay. Pág. 313.-

la tesis esgrimida más arriba, antes que a la posición de la parte aquí recurrente, sobre todo, cuando que las cláusulas en ellas asentadas son muy similares y deben, necesariamente, verificarse con los contratos ya estudiados.

De esta manera, quedó confirmado en juicio que la parte demandada acompañó, atendiendo a su contenido y objeto, un contrato de locación de servicios, es decir, un contrato de naturaleza civil, perteneciente al derecho común, con lo que, debemos de concluir que cumplió con su carga probatoria. Lo que es menester tener en cuenta a partir de aquí es que esto, no significa que con ello se determine la suerte del juicio, puesto que aún nos resta por evaluar el presente caso, a la luz del principio de la primacía de la realidad, es decir, de las demás pruebas que versan sobre los hechos controvertidos y que puedan echarnos luz sobre la relación sustancial existente y que a la postre puedan enervar o ratificar la letra del contrato suscripto entre las partes.

En efecto, enseña la doctrina respecto de este principio, que "...se denomina así al principio que afirma que siempre se debe reconocer a través de los hechos concretos y sus características la verdadera sustancia de una relación, con prescindencia de los mantos, ropajes, designación o apariencia que las partes le hayan dado a la misma..."⁶.

Así también se tiene por señalado que: "...Éste es un principio general del derecho, que en el del trabajo presenta rasgos muy particulares. Conforme a él, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma) por sobre la apariencia..."⁷.

De los aspectos conceptuales que nos viene de la doctrina especializada, se desprende de forma límpida, que este principio -tal como lo indica su nombre- otorga preeminencia a los hechos suscitados en la realidad – desde el punto de vista formal según lo probado en juicio- por encima de

⁶ Arturo de Diego, J. (2002). *Manual del Derecho de Trabajo y Seguridad Social. 5ta. Edición. Actualizada*. Buenos Aires, Argentina. Lexis Nexis. Pág. 116.-

⁷ Vázquez Vialard, A. (1999). *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. 8va. Edición Actualizada y Ampliada*. Buenos Aires, Argentina. Astrea. Pág. 138.

aspectos que fueron objeto de documentación –contrato de locación de servicios-, sobre todo cuando se pretende darle otro ropaje jurídico a la realidad, soslayando su verdadera esencia.

Fácil resulta advertir que para que el principio opere a plenitud, es menester que la parte interesada pruebe la existencia de los hechos –en nuestro caso la relación de subordinación- ya que el principio –sub examine- parte y funciona a partir de los hechos y estos a su vez –procesalmente- se encuentran supeditados a su confirmación en juicio. Cabe señalar, que al haber la parte demandada acompañado el contrato perteneciente al derecho común, es la parte accionante quien debe desvirtuar lo pactado en el contrato, por aplicación lisa y llana de las reglas del desplazamiento probatorio.

Tal es así, que a partir de aquí, lo determinante es que se haya confirmado con materiales probatorios, circunstancias fácticas que nos hagan concluir respecto de la existencia de la subordinación o dependencia del accionante con relación a la parte demanda.

En tal sentido, existen en autos, pruebas de informes no hacen sino ratificar la posición establecida respecto de la existencia de un contrato de locación de servicios, de naturaleza civil. En tal sentido, nos resulta relevante, el informe que fuera remitido por la Cooperativa de Producción, Consumo, Ahorro, Crédito y Servicios Profesionales de la Salud Limitada (Coomecipar), que rola a f. 423 de autos y cuya agregación al juicio fue dispuesto por medio de la providencia de fecha 25 de abril de 2017.

El citado material probatorio, da cuenta de que “...El Dr. RICARDO JULIAN PAREDES RODRIGUEZ, con RUC 278629-0, y con Registro Profesional No. 1.854, solicitó su ingreso como Prestador en fecha 23-09-2014, y tiene suscripto el “Contrato de Prestación de Servicios Médicos” con la Cooperativa de Producción, Consumo, Ahorro, Crédito y Servicios Profesionales de la Salud Limitada –COOMECEPAR- por el que se obliga a prestar servicios de asistencia médica, en consultas, estudios, procedimientos ambulatorios e internaciones clínicas y/o quirúrgicas, en Consultorios o Sanatorios, en la especialidad de OTORRINOLARINGOLOGÍA, a los beneficiarios del SISTEMA SERVICIO DE PROTECCIÓN A LA SALUD (S.P.S. COOMECEPAR) – Cláusula 1 del Contrato – conviniéndose como lugar de atención: Consultorio particular, sito en Sanatorio Británico en sus horarios habituales de atención a los pacientes en general, o, en las

clínicas, instituciones o centros de diagnósticos y tratamientos en el que disponga EL PROFESIONAL...” (Sic.).

Esto nos hace ver que: (i) queda confirmado que el actor no tenía exclusividad en el ejercicio de la profesión en favor de la parte demandada, tal como se dejó plasmado en el apartado primero del contrato, circunstancia al que hemos hecho alusión más arriba; (ii) queda demostrado que el actor estableció como consultorio particular, el consultorio alquilado a la firma demandada, y que en ese lugar evacuaba consultas, no sólo para asegurados de la firma demandada, en consecuencia; (iii) queda desvirtuada la tesis de que sólo podía evacuar consultas con los asegurados de la demandada, lo que denota una reafirmación de la improcedencia de la argumentación referente a este punto.

Cuestión no menos importante, es que el contrato que se acompañó al mencionado informe, guarda rasgos o similitudes con el suscripto con la parte demandada y examinados más arriba, como por ejemplo el anexo de aranceles emanado de la Sociedad Paraguaya de Otorrinolaringología, circunstancia que nos lleva nuevamente hacia la tesis de la existencia de una prestación de servicios, dependiente del derecho común.

Cabe señalar que el hecho de que el accionante prestaba sus servicios profesionales no sólo en el centro médico perteneciente a la parte demandada, quedó igualmente acreditado con el informe emanado por el Centro Médico Bautista, y obrante a f. 451 de autos. Esta prueba de informe, señala cuanto sigue: “...Al respecto informamos cuantos sigue, que el Dr. Ricardo Julián Paredes Rodríguez forma parte de nuestro Staff de Profesionales Médicos a partir del 05/09/2016 hasta la fecha...” (Sic.).

Por su parte, la señora Claudia Elisa Martínez Varela –quien es la Gerente del establecimiento de la firma demandada- confirmó con sus testimonios que el accionante arrendaba un consultorio médico a los efectos de la prestación de sus servicios profesionales, conforme surge del acta de audiencia obrante a f. 695 de autos. Además, de este testimonio se desprende que el contrato de locación se encontraba supeditado a la disponibilidad de horario del médico, así como a la disponibilidad de consultorios según los tiempos de aquel.

Asimismo, señaló la testigo que el accionante podía cancelar unilateralmente las consultas pactadas, circunstancias que denotan autonomía en la prestación de servicios por ausencia de dirección. De hecho que este último extremo se condice plenamente con las documentales obrantes a fs.

333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352 de autos, que fueron reconocidos en juicio a tenor de la audiencia obrante a f. 512 de autos. En tal sentido, hay que señalar que si bien del contrato surge que se estipularon fechas y horas de consultas dentro del predio locado, sin embargo, con la conjunción de prueba documental y testimonial, comprobamos diáfananamente que el accionante tenía la potestad de cancelar de forma unilateral las consultas ya pactadas, sin mayor justificativo que el señalamiento de motivos personales, sin que ello redunde, puesto que no surge de autos, en una falta al deber de obediencia y su correspondiente consecuencia disciplinaria.

También quedó confirmado con el testimonio de la Señora Nancy Peralta Jiménez, que el pago de la remuneración se efectuaba conforme a lo que hemos señalado más arriba, cuando estudiábamos el contrato de servicios. En ese sentido, el actuar de la Empresa, se condice plenamente con lo estipulado en el acuerdo obrante dentro del anexo, conforme puede corroborarse con la respuesta al segundo y sexto preguntado. Esto nos indica, que sobre este punto la realidad no es ajena a la letra del contrato, por lo que, aplica lo que dijéramos al respecto en dicha sede.

Aunado a ello, quedó acreditado en autos, el hecho de que el actor facturaba con impuesto al valor agregado (IVA) y de forma no correlativa tal como ya lo señaló el Juzgado de Origen, conforme se desprende de las copias autenticadas de las facturas obrantes a f. 251, 252, 253, 254, 255 de autos, que fueron reconocidos en juicio –ver f. 512-. Lo mismo puede decirse de las facturas cuyas copias autenticadas rolan a fs. 34 al 91 de autos. Si bien, este medio probatorio de forma aislada resulta insustancial, sin embargo, asociado a los distintos elementos de prueba y convicción hasta aquí analizados, adquiere notoriedad y relevancia en favor de la existencia de un vínculo de naturaleza civil.

Además, estas facturas dan cuenta no sólo de la cantidad de los emolumentos percibidos por los servicios brindados, que denota cierta autonomía económica, sino que da noticias de la existencia de una notoria disparidad en la percepción de los emolumentos por los servicios prestados. Esto último, nos hace ver que la percepción de los frutos del servicio se encuentra supeditado a la cantidad de servicio brindado y por circunstancias totalmente ajenas a la Empresa.

Asimismo, surgen de los testimonios de los señores Adolfo Jorge Kronawetter Avalos –f. 504, en la primera ampliatoria-, así como la Seño-

ra Elizabeth Marlene Soler de Klein, quienes preguntados si acudieron a consulta con el actor en un consultorio médico, específicamente Clínica Continental, confirmaron que acudieron a este lugar para ese efecto, cuando no contaban con el seguro médico brindado por la parte demandada. Esto a más de condecirse con lo que hemos dejado plasmado más arriba, se opone drásticamente al punto reclamado en el memorial de agravios, respecto de que el accionante sólo podía atender a pacientes asegurados de la demandada.

No hay que perder de vista, que además de la existencia de una autonomía económica que surgen del presente estudio, existe igualmente, una elevada capacidad técnica de parte del profesional médico, que en este caso es un especialista en un área determinada de la medicina, profesión que de por sí requiere una versación técnica elevada. Sobre el punto, se tiene dicho que "...Cuanto mayor es el grado de especialización o más calificada la labor, el sometimiento al poder directivo ajeno debe surgir manifiesto para que se dé el elemento de la subordinación o dependencia, decisivo en la existencia del relacionamiento laboral, siendo este elemento el principal o determinante de que el trabajo prestado sea objeto de un contrato de trabajo... Ac. N° 77, 18-09-13..."⁸.

De esta manera, teniendo en cuenta el análisis que hasta aquí fuera efectuado, y habiendo ahondado en los aspectos puntuales referentes a los distintos elementos que engloban a la subordinación, es que esta magistratura se decanta por la confirmatoria del fallo recurrido, en razón de la existencia de suficientes y razonables indicios de existencia de autonomía e independencia en el ejercicio de su calificada profesión por parte del actor de la presente demanda, aplicando esta conclusión para ambos sujetos demandados atendiendo a la forma en que vinculó la actora a éstos, dentro del presente juicio.

Así, pues, corresponde no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el representante convencional de la parte accionante, y en consecuencia, confirmar la S.D. Nro. 001 de fecha 05 de febrero de 2018, así como su aclaratoria la S.D. Nro. 003 del 13 de febrero del 2018, dictadas

⁸ Cristaldo Montaner, J. D.; Cristaldo Rodríguez, B. E. (2015). *Legislación – Doctrina – Jurisprudencia del Trabajo. Tomo I*. Fides. Asunción, Paraguay. Pág. 105.

JURISPRUDENCIA

por el Juzgado de Primera Instancia del Cuarto Turno en lo Laboral de esta Capital, por estar plenamente ajustadas a derecho.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas según la regla objetiva de la derrota, a la parte recurrente, de conformidad al Art. 232 primera parte del CPT.

ES MI VOTO.

A SUS TURNOS, los Magistrados SANDRA BAZÁN SILVERO Y MARIO IGNACIO MAIDANA GRIFITTH se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la Sentencia que sigue a continuación:

SENTENCIA N° 130

Asunción, 03 de noviembre de 2020.

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el;

TRIBUNAL DE APELACION DEL TRABAJO,
PRIMERA SALA

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la Sentencia Definitiva N° 001 del 05 de febrero del 2018, y su aclaratoria, la Sentencia Definitiva N° 003 del 13 de febrero del 2018, dictadas por el Juzgado en lo Laboral de Cuarto Turno.

2.- IMPONER las costas en esta Instancia a la parte recurrente.

3.- ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Geraldine Cases Monges, Sandra Bazán Silvero y Mario Ignacio Maidana Griffith.

Ante mí: Abg. Nancy Aquino, Secretaria Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 140

***Cuestión debatida:** El presente fallo traído a estudio versa sobre una demanda de Despido Injustificado y cobro de Garantías en Diversos Conceptos, siendo motivo del debate si los rubros reclamados en la presente demanda como ser 1) antigüedad; 2) el salario impago y las comisiones no percibidas; 3) la indemnización por despido injustificado y falta de preaviso; 4) el aguinaldo proporcional y las vacaciones proporcionales correspondientes al año 2018; 5) las indemnizaciones compensatoria y complementaria; y 6) los descuentos legales, deben ser abonadas por la demandada en su totalidad o proporcionalmente.*

RECURSO DE ACLARATORIA. Objeto del Recurso de Aclaratoria.

No obstante, de la lectura de la misma sentencia, se observa que, a pesar del error en la consignación de la fecha, de igual manera en ésta se reconoce y se tiene en cuenta que la antigüedad del actor es de 6 meses y 16 días, tal como lo afirmó en su escrito de demanda y que también fue aceptado por la demandada en su escrito de contestación, por lo que puede entenderse éste como un error de redacción que no afecta al sentido de la Sentencia, en consecuencia, no produjo un gravamen irreparable que requiera estudio en esta Alzada, debiendo ser el Recurso de Aclaratoria el procedente para subsanar este error y no así el de la Apelación, por lo cual, este agravio no puede prosperar.

DERECHO LABORAL. Principio General. Principio in dubio pro operario.

Sin embargo, tras la lectura del escrito de demanda presentado por el actor, se puede apreciar que en reiteradas ocasiones hace mención al reclamo del pago de “comisiones”, pero no se observa que especifiquen los meses por los cuales reclama el pago de dichas comisiones. Entonces, no habiendo claridad en cuanto a este punto, y en aplicación al principio in dubio pro operario, que rige nuestra materia, se debe estar por lo más conveniente al trabajador, que, en este caso, consiste en tener por cierto que las comisiones reclamadas por el trabajador corresponden a la totalidad del tiempo trabajado en la Firma demandada, es decir, 6 meses y 16 días.

CÓDIGO PROCESAL LABORAL. Principio de inversión de la prueba.

En virtud a la inversión de la carga de la prueba dispuesta por el Art. 137 del C.P.T., atendiendo que la relación laboral fue admitida por la misma y que, además, reconoció expresamente que percibía tales comisiones, además del salario. Así las cosas, del análisis del Expediente, se advierte que la demandada no demostró, por ningún medio de prueba, haber abonado tales rubros al actor, es más, en las liquidaciones de sueldos, obrantes a fojas 22/23, presentados por la demandada, se consigna que fue abonado únicamente el salario, pero no así las comisiones, que también figuran en dicho documento, pero que la suma abonada en tal rubro fue de Guaraníes Cero (Gs. 0.).

CÓDIGO LABORAL. Indemnización complementaria.

Que, en resoluciones precedentes esta Sala ha sostenido que, si el empleador no controvierte el despido injustificado denunciado por el trabajador o la trabajadora, no procede la indemnización del Art. 82 C.T., que tiene como requisito la imputación de una causa legal de despido que no haya sido acreditada en juicio (Ac. y Sent. N° 107/09 entre otros), por lo cual, en esta línea de ideas, corresponde hacer lugar a este agravio y, en consecuencia, excluir el rubro de Indemnización Complementaria de la liquidación practicada en la Sentencia de Primera Instancia.

CÓDIGO PROCESAL LABORAL. Indemnización compensatoria.

Que, por otro lado, con relación a la indemnización compensatoria, el Art. 233 del C.P.T. establece que, para que ella tenga lugar, se requiere que la iniciación y prosecución del juicio se deban a la negativa injustificada del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones legales o convencionales. Teniendo en cuenta ello, se observa que en este caso, la negativa de la demandada a cumplir con su obligación del pago de las comisiones debidas al actor – ya mencionadas en el estudio del segundo subpunto del segundo punto de agravio – traen al Juicio incluso hasta ésta Instancia, por lo cual, resulta notorio que es procedente que al actor le sea abonada dicha indemnización, por lo que corresponde confirmar ese rubro de la condena.

TApel. Laboral. Primera Sala. 06/11/2020. “Tomás Alfredo Cáceres Franco c/ CJX S.A. Importación y Exportación s/ Despido Injustificado y Cobro de guaraníes en Diversos Conceptos” (Ac. y Sent. N° 140).

Previo estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear las siguientes;

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

¿La misma se encuentra ajustada a derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: GERALDINE CASES MONGES, ANGEL DANIEL COHENE y JULIO CESAR CENTENO y.

RESPECTO AL ESTUDIO OFICIOSO DE LA NULIDAD, LA PREOPINANTE GERALDINE CASES MONGES, DIJO: En primer lugar, debe decirse que solo se ha interpuesto el recurso de apelación; no obstante, esta Alzada en cumplimiento a su deber legal de Control de Logicidad de la Sentencia Judicial procede al estudio de oficio de la misma respecto al cumplimiento de las formas y solemnidades que imponen la Ley, logrando apreciarse que no contienen vicios de forma o de fondo que ameriten la declaración de su nulidad.

A SUS TURNOS, los MAGISTRADOS ANGEL DANIEL COHENE y JULIO CESAR CENTENO, manifiestan que adhieren al voto de la colega preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA MAGISTRADA GERALDINE CASES MONGES, DIJO: Apela la parte demandada la S.D. N° 43 de fecha 24 de abril de 2019, por la que se resolvió: “1) HACER LUGAR, con costas a la demanda Laboral promovida TOMAS ALFREDO CACERES FRANCO contra C.J.X. S.A. IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN sobre DESPIDO INJUSTIFICADO Y COBRO DE GUARANIES y en consecuencia condenar a la demandada a que le abone al actor la suma de GUARANIES DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y OCHO (Gs. 10.899.168.-) en el perentorio término de 48 horas de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, de conformidad a los fundamentos expuestos precedentemente. 2) ANOTAR...”. Expone sus agravios a fs. 112/114 de autos, manifestando “...TERMINACIÓN DE LA RELACION LABORAL. ANTIGÜEDAD:

Erróneamente señala que el actor ha manifestado haber sido desvinculado sin causa en fecha 26 de diciembre de 2017, empero, esta fecha NO fue la indicada por el actor en su escrito inicial. Como verán la fecha mencionada por el actor es del día 20 de setiembre de 2018, y reconoce que gozó de un preaviso, cuya nota el mismo acompaña, y ha sido reconocida en autos, y que se le ha abonado por la diferencia en este concepto. SALARIO. SALARIO IMPAGO: La resolución impugnada llega a la conclusión que no guardan relación con las pruebas producidas en autos, como verán VV.EE. el actor y esta representación han presentado la liquidación final percibida por el actor en la cual consta que ha percibido sus haberes por los 28 días del mes de setiembre del 2018, calculados en base al salario mínimo percibido por el actor. Es decir, sólo restaba abonar la diferencia por el promedio que quitaba el actor con las comisiones. El promedio era de Gs. 2.600.000, y es esta diferencia de Gs. 487.438, la que aún no había percibido el actor. Es más, a fs. 10 el mismo actor reconoce haber percibido sus haberes del mes, pero no la diferencia por las comisiones. En todas las páginas SOLO hace alusión a que no se le ha pagado la comisión. Erróneamente señala la resolución recurrida que esta representación no ha acreditado el pago del salario de setiembre siendo que, por el contrario, se ha presentado la liquidación final donde EXPRESAMENTE consta este rubro (fs. 09 y 25) y la misma ha sido reconocida por el actor. En la liquidación figura incluso que el actor ha recibido un anticipo salarial de Gs. 1.000.000. Es más, al absolver posiciones el actor reconoce que percibió sus haberes pero que faltaba la diferencia por la comisión puesto que “debía de haber sido salario mínimo legal más las comisiones... y que ya había percibido un anticipo salarial de guaraníes un millón” (fs. 60 de autos). Otra demostración de que la resolución erróneamente agrega el rubro de “salario del mes” es que en los ALEGATOS también el actor reconoce haber percibido el sueldo (fs. 82). Además, bajo el mismo título en la resolución recurrida se incluye al reclamo de comisiones, señalando que corresponden ellas sean abonadas por 06 meses y 16 días. Empero, en toda la demanda el actor no reclama eso, solamente señala que en la liquidación de haberes no se le contemplaba las comisiones del mes. Es más, el actor ni siquiera ha prestado declaración jurada ni ofrecido los libros laborales como para hacer valer a su favor las presunciones. Por ello, es otro error de la resolución recurrida otorgar la suma de Gs. 3.184.580 en concepto de comisiones por 06 meses y 16 días. Lo cual JAMÁS fue reclamado en autos, y esta

representación por ello tampoco presentó recibos para probar que ello desde luego NO se adeuda. Por el contrario, era el actor quien debió probar el monto de las comisiones y ello no ha ocurrido. En estas condiciones, el actor debía aportar la prueba de sus afirmaciones conforme a los principios consagrados por el derecho procesal común. Por todo lo expuesto y debidamente probado en autos, estos dos rubros no deben estar contemplados en la liquidación de la resolución recurrida dado que como el mismo A-quo reconoce, el doble cobro sería incurrir “en una suerte de enriquecimiento ilícito del trabajador”. (fs.91vltto) INDEMINZACION POR DESPIDO INJUSTIFICADO Y FALTA DE PREAVISO: El actor reconoce haber percibido una comunicación de su despido ya en fecha 20 de setiembre de 2018, y de haber gozado de días de preaviso, y que el mismo se haría efectivo recién en fecha 28 de setiembre del 2018, fecha en la cual se le abonarían sus haberes. De hecho, el actor ha reconocido percibir la suma de Gs.1.478.793, en concepto de preaviso y la suma de Gs. 1.056.281 en concepto de indemnización. Esta liquidación fue practicada en base al salario mínimo legal, por lo que restaba hacer el cálculo sobre la diferencia de Gs. 487.438, en atención al promedio salarial percibido por el actor (salario mínimo + comisiones= Gs. 2.600.000) Empero, ello no fue realizado por la resolución recurrida. AGUINALDO PROPORCIONAL, VACACIONES PROPORCIONALES 2018: Ambos rubros incluidos de hecho fueron calculados en la liquidación reconocida por el actor a fs. 25. Es decir, solo restaba calcular la diferencia. INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA y COMPLEMENTARIA: Estos rubros otorgados por el A quo en la resolución recurrida no corresponden dado que la indemnización compensatoria es una sanción complementaria cuya aplicación debe estar supeditada a circunstancias especiales, apreciables en cada caso. En este sentido es con teste la jurisprudencia que señala que “la indemnización compensatoria es improcedente porque si bien pudo ser ocasionada por el demandado la iniciación del juicio y su prosecución no se debió a su injustificada oposición, ya que del resultado se deduce que se opuso con derecho a gran parte de las pretensiones”. Por ello, habida cuenta que ella puede ser reducida ante esta Instancia, por razones de equidad, y en atención a que el monto de la condena es menor al monto total reclamado en este juicio, la misma debe ser modificada. Además, luego de los agravios expuestos específicamente contra el rubro de salario y comisiones, entendemos que la misma debe ser modificada. Las indemnizaciones del art. 233 del CPT y 84CL

deben ser excluidas dado que el accionado puso a disposición del actor, varios de los rubros que conforman la condena, allanándose así parcialmente a la demanda. Por último, agravia a esta representación que la resolución recurrida no contemple los descuentos legales y otros que han sido expresamente reconocidos por el actor, motivo por el cual, el total que debía percibir era de Gs. 6.072.198, y luego de estos descuentos percibió la suma de Gs. 4.292.255 (liquidación practicada y reconocida, a fs. 25, sobre el salario mínimo legal)...” Termina solicitando al Tribunal que, luego de los trámites de rigor, modifique el numeral 1 de la resolución recurrida, haciendo lugar parcialmente, imponiendo las costas según los vencimientos recíprocos o en el orden causado y modificando el monto de la condena.

Que, la parte actora contestó los agravios diciendo que la Sentencia recurrida se halla ajustada a Derecho, debido a que cada prueba producida dentro del proceso fue valorada correctamente y que lo reclamado por la parte demandada es inentendible y errado. Expone más consideraciones en defensa de su tesis y finalmente petitiona se tenga por contestado el agravio y la confirmación de la Sentencia recurrida en todos sus términos.

Que, del escrito de expresión de agravios, se desprende que la apelante ataca la resolución recurrida en lo atinente a: 1) la terminación laboral y la antigüedad; 2) el salario impago y las comisiones no percibidas; 3) la indemnización por despido injustificado y falta de preaviso; 4) el aguinaldo proporcional y las vacaciones proporcionales correspondientes al año 2018; 5) las indemnizaciones compensatoria y complementaria; y 6) los descuentos legales.

Que, como primer punto de agravio, menciona la recurrente que el A-quo consignó erróneamente en la Sentencia que la fecha de despido, manifestada por el actor, es el 26 de diciembre de 2017, cuando en realidad debía ser el 20 de setiembre de 2018. Así las cosas, del análisis de la resolución recurrida, se constata que asiste razón a la apelante en cuanto al error del inferior en la fecha de desvinculación tenida en cuenta en la Sentencia, que data del 26 de diciembre de 2016, sin embargo, se equivoca la misma al afirmar que la fecha de despido es el 20 de setiembre de 2018, pues lo afirmado por el actor en su escrito de demanda – y aceptado por la demandada en su contestación – es que el mismo fue desvinculado en fecha 28 de setiembre de 2018, lo cual también se puede corroborar en las copias de la nota de preaviso, presentadas a fojas 25 de autos. No obstante, de la lectura de la misma sentencia, se observa que, a pesar del error en la

consignación de la fecha, de igual manera en ésta se reconoce y se tiene en cuenta que la antigüedad del actor es de 6 meses y 16 días, tal como lo afirmó en su escrito de demanda y que también fue aceptado por la demandada en su escrito de contestación, por lo que puede entenderse éste como un error de redacción que no afecta al sentido de la Sentencia, en consecuencia, no produjo un gravamen irreparable que requiera estudio en esta Alzada, debiendo ser el Recurso de Aclaratoria el procedente para subsanar este error y no así el de la Apelación, por lo cual, este agravio no puede prosperar.

Que, el segundo punto de agravio se puede dividir en dos subpuntos, en el primero, la apelante manifiesta que en la Sentencia recurrida el Juez de Primera Instancia no tuvo en cuenta que el salario por los 28 días trabajados en el mes de setiembre ya le fue abonado al actor y que, teniendo en cuenta que el actor percibía salario mínimo más comisiones, lo único que faltaba abonarle era la diferencia por la comisión de dicho mes, todo ello de conformidad a lo que consta en la liquidación presentada en autos a fojas 25. Ahora bien, en la liquidación realizada en la parte final de la Sentencia recurrida, se observa que, del subtotal a ser percibido por el trabajador, fue restada la suma de Gs. 4.292.255 (Guaraníes Cuatro Millones Doscientos Noventa y Dos Mil Doscientos Cincuenta y Cinco), proveniente de la liquidación presentada por la demandada a fs. 25 de autos, donde se halla consignado el monto del salario por los 28 días del mes de setiembre, trabajados por el actor, por lo que se entiende que el A-Quo sí consideró el pago al trabajador por el mes de Septiembre en la Sentencia recurrida, por lo cual, tampoco corresponde el estudio de este agravio.

Que, como segundo subpunto del segundo punto de agravio, la apelante reclama que no corresponde le sean abonados al trabajador las comisiones por los seis meses y 16 días que dispuso el Juez en la Sentencia, correspondiente a la totalidad del tiempo que el actor trabajó en la Firma demandada, sino que únicamente le corresponde el cobro de las mismas por el último mes de trabajo (septiembre de 2018). También manifiesta que tales comisiones no fueron reclamadas por el actor en ningún momento de la demanda y que, por tal motivo, la parte demandada no se molestó en probar el pago de las mismas. Sin embargo, tras la lectura del escrito de demanda presentado por el actor, se puede apreciar que en reiteradas ocasiones hace mención al reclamo del pago de “comisiones”, pero no se observa que especifiquen los meses por los cuales reclama el pago de di-

chas comisiones. Entonces, no habiendo claridad en cuanto a este punto, y en aplicación al principio *in dubio pro operario*, que rige nuestra materia, se debe estar por lo más conveniente al trabajador, que en este caso, consiste en tener por cierto que las comisiones reclamadas por el trabajador corresponden a la totalidad del tiempo trabajado en la Firma demandada, es decir, 6 meses y 16 días.

Que, en este punto cabe mencionar que, como lo sostiene la jurisprudencia constante y uniforme de los Tribunales del Trabajo, correspondía a la empleadora demostrar que tales montos ya le fueron abonados al trabajador, en virtud a la inversión de la carga de la prueba dispuesta por el Art. 137 del C.P.T., atendiendo que la relación laboral fue admitida por la misma y que, además, reconoció expresamente que percibía tales comisiones, además del salario. Así las cosas, del análisis del Expediente, se advierte que la demandada no demostró, por ningún medio de prueba, haber abonado tales rubros al actor, es más, en las liquidaciones de sueldos, obrantes a fojas 22/23, presentados por la demandada, se consigna que fue abonado únicamente el salario, pero no así las comisiones, que también figuran en dicho documento, pero que la suma abonada en tal rubro fue de Guaraníes Cero (Gs. 0.-).

Que, por otro lado, la apelante menciona que el actor no ha brindado declaración jurada ni ha solicitado emplazamiento para la presentación de libros laborales como para hacer valer a su favor las presunciones. Sin embargo, dichas presunciones no son necesarias en este caso, pues como ya se mencionó precedentemente, el Art. 137 del C.P.T. impone al empleador el deber de probar lo que afirma – en este caso, de que ya abonó el rubro reclamado por el actor – lo cual no ocurrió durante la tramitación del presente Juicio, por lo que este agravio tampoco puede prosperar.

Que, el tercer y cuarto puntos de agravios tratan sobre los rubros de indemnización por despido injustificado, falta de preaviso, aguinaldo proporcional y vacaciones proporcionales, los cuales se estudiarán en conjunto, pues la apelante reclama lo mismo en cada uno de dichos haberes.

Que, en ese sentido manifiesta que el pago de dichos haberes ya fue realizado en los términos de la liquidación presentada en autos, la cual fue calculada teniendo como base el salario mínimo, pero que restaba calcular dichos haberes teniendo en cuenta las comisiones correspondientes, lo cual no fue realizado por el A-Quo. Sin embargo, se observa que en la Sentencia se realizó una liquidación final teniendo como base el monto total percibi-

do por el trabajador mensualmente (Gs. 2.600.000), y como ya se mencionó precedentemente, al subtotal de los haberes mencionados en dicha liquidación, le fue restado el total de la suma consignada en la liquidación presentada por la demandada, calculada con la base del salario mínimo, por lo que se concluye que el cálculo reclamado por la demandada ya fue realizado, y debidamente consignado en la liquidación de la Sentencia, por lo cual, estos agravios también resultan inoficiosos.

Que, con relación al quinto agravio, la apelante manifiesta que las indemnizaciones compensatoria y complementaria no proceden, dado que el accionado puso a disposición de los actores varios de los rubros que conforman la condena, allanándose así parcialmente a la demanda. Aquí corresponde la separación de ambos rubros a fin de dar a cada uno el estudio individual que corresponde, pues son independientes uno de otro.

Que, con relación a la indemnización complementaria, es importante notar que, en el caso de autos, la empleadora en ningún momento ha controvertido el despido injustificado del trabajador, sino que por el contrario, lo admitió expresamente, incluso abonó una suma parcial expresada en la liquidación obrante a fojas 25, y ofreciendo abonar lo que consideraba restante e inclusive solicitó la apertura de una cuenta Judicial al efecto, conforme se observa en el escrito de contestación de demanda, específicamente a fojas 29 de autos.

Que, en resoluciones precedentes esta Sala ha sostenido que si el empleador no controvierte el despido injustificado denunciado por el trabajador o la trabajadora, no procede la indemnización del Art. 82 C.T., que tiene como requisito la imputación de una causa legal de despido que no haya sido acreditada en juicio (Ac. y Sent. N° 107/09 entre otros), por lo cual, en esta línea de ideas, corresponde hacer lugar a este agravio y, en consecuencia, excluir el rubro de Indemnización Complementaria de la liquidación practicada en la Sentencia de Primera Instancia.

Que, por otro lado, con relación a la indemnización compensatoria, el Art. 233 del C.P.T. establece que, para que ella tenga lugar, se requiere que la iniciación y prosecución del juicio se deban a la negativa injustificada del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones legales o convencionales. Teniendo en cuenta ello, se observa que en este caso, la negativa de la demandada a cumplir con su obligación del pago de las comisiones debidas al actor – ya mencionadas en el estudio del segundo sub-punto del segundo punto de agravio – traen al Juicio incluso hasta ésta Instancia,

JURISPRUDENCIA

por lo cual, resulta notorio que es procedente que al actor le sea abonada dicha indemnización, por lo que corresponde confirmar ese rubro de la condena.

Que, por último, la apelante se agravia porque la resolución recurrida no contempla los descuentos legales y otros que han sido expresamente reconocidos por el actor. Sin embargo, la Ley no contempla descuento alguno con relación a las indemnizaciones y los demás rubros contenidos en la liquidación, por lo que dichos descuentos no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de calcular los haberes que le corresponden al trabajador y, en consecuencia, este agravio tampoco puede prosperar.

Que, por lo precedentemente expuesto y advirtiendo que el único agravio triunfante es el referente a la indemnización complementaria, corresponde extraer este rubro del monto total de la condena, quedando así fijado el total de la misma en la suma de guaraníes Ocho Millones Doscientos Noventa y Nueve Mil Ciento Sesenta y Ocho (Gs. 8.299.168.-), debiéndose así confirmar con estas modificaciones la Sentencia recurrida. En cuanto a las costas, deberán imponerse en el orden causado en virtud a lo dispuesto en el Art. 232 del C.P.T. Es mi voto.

A SU TURNO, los MAGISTRADOS ANGEL DANIEL COHENE y JULIO CESAR CENTENO se adhieren al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acto firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que Certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

SENTENCIA N° 140

Asunción, 06 de noviembre de 2020

VISTO: Lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el

TRIBUNAL DE APELACION DEL TRABAJO,
PRIMERA SALA,

RESUELVE:

1º) CONFIRMAR parcialmente la sentencia apelada, en virtud de las consideraciones precedentemente expuestas; modificando el monto total de la condena a la suma de guaraníes Ocho Millones Doscientos Noventa y Nueve Mil Ciento Sesenta y Ocho. (Gs. 8.299.168.-); de conformidad a lo expuesto en el Acuerdo que antecede.

2º) IMPONER las costas de esta Instancia en el orden causado.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO LABORAL

3º) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Geraldine Cases Monges, Ángel Daniel Cohene y Julio Cesar Centeno.

Ante mí: Abg. Nancy Aquino, Secretaria Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

Capital

ACUERDO Y SENTENCIA N° 07

Cuestión debatida: Una madre solicita régimen de relacionamiento con su hija. La abuela materna tiene la guarda de la niña y no existe entre ellas una buena comunicación.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. DERECHO DEL NIÑO.

El derecho de la niña a relacionarse con su madre se halla consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que establece el derecho de la niña a mantener relaciones personales y contactos directo con sus progenitores de manera regular y amplia, salvo que la misma sea lesiva a su interés, es decir por motivos graves que pongan en peligro el bienestar de la niña y no pueda relacionarse con sus progenitores.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. DERECHO DEL NIÑO. DESARROLLO INTEGRAL.

Cuando se han acreditado las diversas vicisitudes y conflictos entre la progenitora y la abuela materna en el relacionamiento de la madre y la niña, y no habiéndose probado ninguna circunstancia que demuestra una actitud o conducta negativa de la madre hacia la infante durante el régimen de relacionamiento, y que conforme al resultado de las evaluaciones psicológicas realizadas tanto a la progenitora como a la niña, existe la necesidad de estrechar el vínculo materno-filial, de modo a contribuir al pleno y armónico desarrollo integral de la niña.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO.

Al analizar las diversas pruebas producidas, las evaluaciones técnicas, las documentaciones agregadas, podemos afirmar en cuanto al recurso interpuesto contra el régimen de relacionamiento establecido para los días sábados y el día de la madre, que se ha demostrado que la progenitora y la abuela aman a la niña y que la progenitora reúne las condiciones emocionales y materiales para desarrollar el régimen de relacionamiento materno filial con su hija.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO.

Los familiares deben arbitrar los medios necesarios para que la niña pueda relacionarse con su progenitora normalmente, sin que ello sea causal de conflicto, pues no existen circunstancias acreditadas que impidan u obstaculicen que la madre y la niña se relacionen con más frecuencia, bajo la supervisión de un Asistente Social fuera del hogar de la abuela.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO.

La dificultad de comunicación se encuentra en el relacionamiento entre la madre y la abuela de la niña, comunicación que ambas deberán mejorar para el bien de la niña, dado que la niña necesita del apoyo y la ayuda tanto de su madre como de la abuela materna para ir desarrollándose plenamente como persona.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO.

El régimen de relacionamiento por el cumpleaños de la niña, el relacionamiento materno filial será en el domicilio de la abuela materna, en el horario de 16:00 a 19:00 horas, exhortando a la madre y abuela a evitar tener conflictos o discusiones en presencia de la niña, considerando que es un día de gran importancia para ella, debiendo ser un momento de felicidad, tranquilidad y alegría para la misma.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. Normativas.

El art. 54 in fine de la Constitución Nacional consagra que “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”, en total consonancia con lo preceptuado por el art. 3 de la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”. Asimismo, el art. 3 del Có-

digo de la Niñez y la Adolescencia dispone que para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, entre otros, atendiendo además de la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. Normativas.

Las 100 reglas de Brasilia prescriben en el numeral 5 que todo niño, niña o adolescente deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo, en concatenación con el numeral 78 que establece que en los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral. Finalmente, también corresponde mencionar el art. 95 modificado por la Ley N° 6083/18 el cual regula el régimen de relacionamiento familiar.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. DERECHO DEL NIÑO.

Entre los diversos derechos que posee todo niño/a o adolescente se encuentra el de mantener vínculos de relacionamiento con los demás familiares con quienes no cohabita, a los efectos de que pueda recibir la atención y el cariño necesarios, considerando que el trato o comunicación entre padres e hijos tiene marcada influencia en su desarrollo psico-físico.

DERECHO DEL NIÑO. DERECHO A SER OÍDO. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Se debe tener en cuenta primeramente la opinión de la niña, en virtud a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en concordancia con el art. 167 modificado por la ley N° 6083, como así también a lo establecido en el art. 3 del C.N. y A., el cual establece que para determinar el interés superior o prevaleciente del niño se respetarán sus vínculos familiares, entre otros.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

El art. 4 de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” refiere al Principio de Efectividad de los derechos del niño, que dice: “...Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos

económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional...”.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA.

El art. 5 también de la Convención, habla sobre el Principio de la Autonomía Progresiva, el cual prescribe que: “...Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención...”.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. DERECHO DEL NIÑO. DESARROLLO INTEGRAL.

Considerando los problemas de comunicación suscitados entre la progenitora y la abuela materna (quien posee la guarda de la niña), motivo que crea un ambiente de desconcierto entre ambas, el cual puede influir de manera negativa en el desarrollo integral de la niña, se exhorta a la progenitora y abuela a que dejen de lado sus discrepancias a fin de poder crear un ambiente armonioso con el objetivo de educar y formar a la niña, por ese motivo y con ese fin deben revertir urgentemente sus posiciones para lograr que la niña pueda disfrutar de su niñez y de los vínculos familiares.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO.

No se puede dejar a cargo de las partes la decisión de la forma y el lugar del relacionamiento de la niña con su madre, atendiendo la falta de comunicación existente entre la progenitora y la abuela materna, exhortando a la madre y abuela a evitar tener conflictos o discusiones en presencia de la niña, considerando que el día de su cumpleaños, es un día de gran importancia para ella, debiendo ser un momento de felicidad, tranquilidad y alegría para la misma.

TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 05/03/2020.
Juicio: “A. C. S. s/ Régimen de Relacionamento” (Ac. y Sent. N° 07).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: MARIA DEL CARMEN ROMERO LOPEZ, SILVIO RODRIGUEZ y GLORIA ELIZABETH BENITEZ RAMIREZ.

A LA UNICA CUESTIÓN PLANTEADA, la miembro preopinante, Magistrada MARIA DEL CARMEN ROMERO LOPEZ, DIJO:

Previo al estudio de este Tribunal de Apelación del recurso interpuesto, corresponde determinar si existe legitimación activa y pasiva de quienes revisten la condición de partes litigantes en el presente proceso; y en ese sentido, se halla acreditada conforme a las instrumentales agregadas a fs. 1, 9, 10, 11, 12 de autos, con los cuales se acreditan tanto la calidad de progenitora como la calidad de abuela-guardadora del sujeto tutelado en el presente juicio.

Y en ese contexto, se tiene que la recurrente fue notificada de la *S.D. N° 250 de fecha 16 de junio de 2019*, conforme a la cédula de notificación de fs. 192, del 25 de julio de 2019; interponiendo el presente recurso objeto de estudio, dentro del plazo establecido, escrito mediante obrante a fs. 193/195 de autos, por lo que corresponde su estudio.

El Juzgado de Primera Instancia de la Niñez de la Adolescencia del Sexto Turno por **S.D. N° 250 del 16 de Junio de 2019**, resolvió: “**1) HACER LUGAR** a la Medida Cautelar solicitada por la Abg. MARIA EMILIA RUIZ DIAZ CALDERINI en nombre y representación de la Sra. D. R. S. C., y en consecuencia **ORDENAR** la realización de terapia psicológica designado por el Departamento de Psicología Forense del Poder Judicial a las Sras. D. R. S. C. y S. M. C. S. elevando un informe trimestral de la evolución de las mismas al Juzgado. Ofíciense. - **2) HACER LUGAR al juicio del Régimen de Relacionamento** promovido por la señora S. M. C. S., por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, contra la señora D. R. S. C. con relación a la niña A. C. S. y en consecuencia; - **3) DEJAR ESTABLECIDO el siguiente Régimen de Relacionamento: Los días: 1-**

MARTES Y JUEVES: La señora S. M. C. S. visitará a la niña A. C. S., en el domicilio de la abuela materna, la señora D. R. S. C. desde las 16:00 horas hasta las 19:00 horas. **2- SABADOS:** La señora S. M. C. S. retirará a la niña A. C. S., del domicilio de la abuela materna, la señora D. R. S. C., desde las 14:00 horas y la devolverá en el mismo sitio a las 18:00 horas del mismo día, determinando para el efecto el concurso de un Asistente Social, a fin de la fiscalización y posterior remisión de informe circunstanciado de dicha actividad. **3- CUMPLEAÑOS DE LA MADRE:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna, de 16:00 horas hasta las 19:00 horas. **4- CUMPLEAÑOS DE LA NIÑA:** serán festejados en el lugar y horario convenidos de forma libre y voluntaria por la progenitora y la abuela materna, ninguna tanto la abuela materna como la progenitora está autorizada a impedir que la otra comparta con la niña A. C. S.- **5- SEMANA SANTA:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna, los días santos, de 09:00 a 15:00 horas, permaneciendo lo dispuesto en relación a los días sábados invariable, por ende la señora S. M. C. S., retirará a la niña A. C. S., del domicilio de la abuela materna, la señora D. R. S. C., desde las 14:00 horas y la devolverá en el mismo sitio a las 18:00 horas del mismo día, determinando para el efecto el concurso de un Asistente Social, a fin de la fiscalización y posterior remisión de informe circunstanciado de dicha actividad; y el domingo de pascuas visitará a la niña de 09:00 horas a 15:00 horas. **6- DIA DE LA MADRE:** la progenitora podrá retirar a la niña del domicilio de la abuela materna, desde las 14:00 horas y la devolverá en el mismo sitio a las 18:00 horas del mismo día, determinando para el efecto el concurso de un Asistente Social, a fin de la fiscalización y posterior remisión de informe circunstanciado de dicha actividad. **7- FIESTA DE FIN DE AÑO:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna, los días 25 de diciembre (navidad) y 01 de enero (año nuevo) de 09:00 horas a 15:00 horas. - **4) DISPONER** al Departamento de Asistencia Social del Poder Judicial designar un Asistente Social para el acompañamiento de las visitas en el domicilio de la abuela materna sito en XX. N° XX c/ XX de la ciudad de Asunción, y el relacionamiento de los días sábados, en los cuales la progenitora retirará a la niña, elevando un informe del acompañamiento y las visitas al Juzgado. Oficiese. - **5) IMPONER** las costas en el orden causado. - **6) ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia de esta resolución a la Excm. Corte Suprema de Justicia”.

Contra la S.D. N° 250 de fecha 16 de junio de 2019, interpone recurso de apelación la Defensora Civil ante el Fuero de la Niñez y la Adolescencia del Noveno Turno, *ROSSANA HERMOSILLA GONZALEZ*, en representación de la Sra. *D. R. S. C.*, y en lo sustancial de sus agravios manifiesta que: “...*la Sra. D. S., madre de la Señora S. C. y abuela de la niña A, ha sostenido y probado en juicio que, si bien la misma no se oponía al relacionamiento de la niña con su madre, si se oponía a que dicho relacionamiento se realice fuera del domicilio de la misma, en razón a que la seguridad de la niña no estaría garantizada bajo el cuidado de la madre, por padecer la misma trastorno de la personalidad, además de la probabilidad de consumir sustancias estupefacientes...Evidentemente el A-quo llegó al convencimiento, luego del estudio de las pruebas que obran en autos, que los argumentos expuestos por la demandada, Sra. D. S. son verdaderos o creíbles, pues al resolver que el Relacionamiento de la niña con la madre se realizará en el domicilio de la guardadora, y sólo los sábados, por pocas horas y el día de la madre, la misma podrá retirar a su hija, pero con la presencia de una Asistente Social; es porque considera que la seguridad de la niña no está segura al cuidado de la madre*”. “...*siguiendo el razonamiento del Juzgado, lo que correspondía es que haga lugar al relacionamiento solicitado, pero en la forma propuesta por la Sra. D. S., es decir, solamente en el domicilio de la misma. Ya que el retirar a la niña, por más que sea con la presencia de una asistente social, puede resultar insuficiente para garantizar la integridad física, psicológica y emocional de la niña*”, *sigue arguyendo que otro punto que constituye el objeto de la presente apelación es punto 4 que refiere la forma de realizar el relacionamiento el día del cumpleaños de la niña; el punto dice*”...*serán festejados en el lugar y horario convenidos de forma libre y voluntaria por la progenitora están autorizadas a impedir que la otra comparta con la niña*”, *VV.EE., evidentemente, si se llega a instancias judiciales, es porque ya no hay entendimiento entre las partes sobre el objeto de las pretensiones, por lo que el juzgado no puede dejar a cargo de la voluntad de las partes ese tema, diciendo que el lugar y el horario serán convenidos; pues al no haber acuerdo, lo único que va haber es conflicto, estando la niña en medio de ello*”. Finaliza solicitando “*se dicte resolución revocando la sentencia recurrida y se establezca el régimen de relacionamiento, en la forma solicitada por la Sra. D. S., es decir, únicamente en el domicilio de la misma*”. (fs. 193/195).

A fs. 201/204 de autos, contesta el traslado corrídole, la Sra. S. M. C. S. por derecho propio y bajo patrocinio del *Abogado Oscar Ariel Torres López*, en los términos del escrito respectivo y manifiesta entre otras cosas que: *“...la recurrente pretende impetrar a mi persona condiciones que no fueron probadas en estos autos, relativos a mi perfil “psiquiátrico” y “psicológico”, sosteniendo sin fundamento alguno que mi menor hija puede “correr riesgos” en caso de retirarla del domicilio de mi madre en el marco del Régimen de Relacionamento establecido, sin embargo, no aclara cuáles son los supuestos “riesgos” que podría padecer mi menor hija. También me atribuye el supuesto consumo de “sustancias estupefacientes” ...extremos éstos que desde ya los niego porque no se compadecen con mi realidad actual, la cual, en contrapartida, he demostrado que mi conducta es totalmente conducente a una maternidad responsable, al solicitar por la vía judicial el Régimen de Relacionamento con mi menor hija...”*. Finaliza solicitando se confirme la resolución recurrida.

DE LAS CONSTANCIAS DE AUTOS, RESULTA QUE:

El presente juicio tuvo sus inicios en el mes de marzo del año 2017, dictándose sentencia en el mes de junio del año 2019, estableciéndose el siguiente régimen de relacionamiento: *“...1- MARTES Y JUEVES: La señora S. M. C. S. visitará a la niña A. C. S., en el domicilio de la abuela materna, la señora D. R. S. C. desde las 16:00 horas hasta las 19:00 horas. 2- SABADOS: La señora S. M. C. S. retirará a la niña A. C. S., del domicilio de la abuela materna, la señora D. R. S. C., desde las 14:00 horas y la devolverá en el mismo sitio a las 18:00 horas del mismo día, determinando para el efecto el concurso de un Asistente Social, a fin de la fiscalización y posterior remisión de informe circunstanciado de dicha actividad. 3- CUMPLEAÑOS DE LA MADRE: la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna, de 16:00 horas hasta las 19:00 horas. 4- CUMPLEAÑOS DE LA NIÑA: serán festejados en el lugar y horario convenidos de forma libre y voluntaria por la progenitora y la abuela materna, ninguna tanto la abuela materna como la progenitora está autorizada a impedir que la otra comparta con la niña A. C. S.- 5- SEMANA SANTA: la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna, los días santos, de 09:00 a 15:00 horas, permaneciendo lo dispuesto en relación a los días sábados invariable, por ende la señora S. M. C. S., retirará a la niña A. C. S., del domicilio de la abuela materna, la*

*señora D. R. S. C., desde las 14:00 horas y la devolverá en el mismo sitio a las 18:00 horas del mismo día, determinando para el efecto el concurso de un Asistente Social, a fin de la fiscalización y posterior remisión de informe circunstanciado de dicha actividad; y el domingo de pascuas visitará a la niña de 09:00 horas a 15:00 horas. 6- **DIA DE LA MADRE: la progenitora podrá retirar a la niña del domicilio de la abuela materna, desde las 14:00 horas y la devolverá en el mismo sitio a las 18:00 horas del mismo día, determinando para el efecto el concurso de un Asistente Social, a fin de la fiscalización y posterior remisión de informe circunstanciado de dicha actividad.** 7- **FIESTA DE FIN DE AÑO: la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna, los días 25 de diciembre (navidad) y 01 de enero (año nuevo) de 09:00 horas a 15:00 horas**".*

Como puede observarse, la apelante en su escrito de fs. 193/195 centra sus agravios en contra de los siguientes puntos de la S.D. N° 182 de fecha 16 de junio de 2019:

La citada sentencia judicial resuelve en su apartado tercero que los días sábados, la Sra. S. M. C. S. retirará a la niña A del domicilio de la abuela materna...desde las 14:00 hs hasta las 18:00 hs, con el acompañamiento de una Asistente Social e igualmente, el punto 6 dispone que la madre retire a la niña A con Asistente Social, para el relacionamiento, en el día de la Madre. La Sra. D. S., abuela de A, sólo se opone a que el relacionamiento de la niña con su madre se realice **fuera del domicilio** de la misma, en razón a que la seguridad de la niña no estaría garantizada bajo el cuidado de la madre ya que *"por más que sea con la presencia de una asistente social, puede resultar insuficiente para garantizar la integridad física, psicológica y emocional de la niña"*.

Cuestiona asimismo el punto 4, sobre el relacionamiento el día del cumpleaños de la niña, refiriendo que al llegar a instancias judiciales, *"es porque ya no existe entendimiento entre las partes, y el Juzgado no puede dejar a cargo de la voluntad de las partes este tema, al no haber acuerdo, lo único que va haber es conflicto"*.

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

En este contexto, considerando que el derecho de la niña a relacionarse con su madre se halla consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que establece el derecho de la niña a mantener relaciones personales y contactos directo con sus progenitores de ma-

nera regular y de manera amplia, salvo que la misma sea lesiva a su interés, es decir por motivos graves que pongan en peligro el bienestar de la niña y no pueda relacionarse con sus progenitores, corresponde el estudio de estos autos, de la resolución recurrida y de la fundamentación del recurso interpuesto.

En la evaluación realizada por el Lic. Julio Larrucea, Psicólogo Forense del Servicio de Psicología Forense del Poder Judicial (*Dictamen N° 941, fs 105*) se infiere que en la Señora S. C., progenitora de A *“no se observa grado de ansiedad negativa... que a pesar de la situación actual que está experimentando, es un modelo positivo para el relacionamiento con su hija... que no se manifiestan actitudes negativas por parte de ella para el cuidado de la niña y que no se observa relacionamiento negativo de la madre con la niña”*. A esto, se suma la evaluación realizada a la niña A, agregada a fs 106, realizada por la Dra. María Celsa Vera de Rojas, Psicóloga Forense, en el que resalta que *“la figura materna se encuentra ausente, aunque ella la reconoce como tal y la percibe como “buena” ...posee rasgos de ansiedad que generan en ella la situación ambigua de la presencia de la madre”*.

Así también con los dichos de las partes y las declaraciones testimoniales se han acreditado las diversas vicisitudes y conflictos entre la progenitora y la abuela materna en el relacionamiento de la madre y la niña, no habiéndose probado ninguna circunstancia que demuestra una actitud o conducta negativa de la madre hacia la infante durante el régimen de relacionamiento, y que conforme al resultado de las evaluaciones psicológicas realizadas tanto a la progenitora como a la niña, existe la necesidad de estrechar el vínculo materno-filial, de modo a contribuir al pleno y armónico desarrollo integral de A, interés primordial para esta Magistratura.

El resultado de estas evaluaciones es coincidente con la valoración realizada por la Abg. *ADRIANA MARECOS*, Defensora de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, a fs. 142, quien ha manifestado que las decisiones en materia de familia son siempre modificables aconsejando *HACER LUGAR* a la demanda de régimen de relacionamiento solicitada, disponiendo a su vez que las Sras. D. R. S. C. y S. M. C. S. inicien un proceso de terapia psicológica de tipo vincular a fin de mejorar los conflictos que existen actualmente entre ellas.

Es así que luego de analizar la sentencia recurrida, las diversas pruebas producidas, las evaluaciones técnicas, las documentaciones agre-

gadas, podemos afirmar en cuanto al recurso interpuesto contra el régimen de relacionamiento establecido para los días sábados y el día de la madre, que se ha demostrado que la progenitora y la abuela aman a la niña y que la progenitora reúne las condiciones emocionales y materiales para desarrollar el régimen de relacionamiento materno filial con su hija A C., debiendo ambos familiares arbitrar los medios necesarios para que A pueda relacionarse con su progenitora normalmente, sin que ello sea causal de conflicto entre ambas, pues no existen circunstancias acreditadas que impidan u obstaculicen que la madre S. C. y la niña A C. se relacionen con más frecuencia, bajo la supervisión de un Asistente Social fuera del hogar de la abuela, ya que la dificultad de comunicación se encuentra en el relacionamiento entre la madre y la abuela de la niña, comunicación que ambas deberán mejorar para el bien de A, dado que la niña necesita del apoyo y la ayuda tanto de su madre como de la abuela materna para ir desarrollándose plenamente como persona, y en tal sentido el relacionamiento establecido para los días sábados y para el día de la madre debe ser mantenido y confirmar la sentencia recurrida en su numeral **3.2 y 3.6**.

En cuanto al siguiente punto impugnado que hace referencia a la falta del establecimiento específico de la forma en que se desarrollara el régimen de relacionamiento para el cumpleaños de la niña, pues la resolución ha dejado librada al acuerdo de las partes y considerando que esta situación podría generar problemas en el cumplimiento del régimen de relacionamiento, en tal sentido como ya se ha expresado considerando que no se acreditado un obstáculo que impida a la progenitora relacionarse con la niña fuera del domicilio de la abuela materna, corresponde **modificar el punto 3.4 de la S.D. N° 250 de fecha 16 de Junio de 2019** y establecer que el régimen de relacionamiento por el cumpleaños de la niña, el relacionamiento materno filial será en el domicilio de la abuela materna, en el horario de 16:00 a 19:00 horas, exhortando a la madre y abuela a evitar tener conflictos o discusiones en presencia de la niña, considerando que es un día de gran importancia para ella, debiendo ser un momento de felicidad, tranquilidad y alegría para la misma.

Respecto a las costas generadas en esta instancia, soy de criterio que las mismas deberán ser impuestas en el orden causado, debido a que la Sra. D. R. S. C. se encuentra representada por la Defensoría Pública (fs 159). Es mi voto.

A SU TURNO, EL MAGISTRADO SILVIO RODRÍGUEZ, DIJO:

Me adhiero al voto emitido por la distinguida Colega de Sala Preopinante.

A SU TURNO, la MAGISTRADA GLORIA ELIZABETH BENÍTEZ RAMÍREZ, DIJO:

Primeramente, es preciso resaltar que el **art. 54 in fine de la Constitución Nacional** consagra que “*Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente*”, en total consonancia con lo preceptuado por el **art. 3 de la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”**. Asimismo, el **art. 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia** dispone que para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, entre otros, atendiendo además de la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo. Igualmente, “**Las 100 reglas de Brasilia**” prescribe en el numeral 5 que todo niño, niña o adolescente deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo, en concatenación con el numeral 78 que establece que en los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral. Finalmente, también corresponde mencionar el **art. 95 modificado por la Ley N° 6083/18** el cual regula el régimen de relacionamiento familiar.

ANTECEDENTES

De las constancias obrantes en autos surge que la progenitora señora S. María C. solicitó régimen de relacionamiento con relación a su hija A, quien en ese entonces contaba con 4 años de edad, actualmente la niña cuenta con 7 años, como consta en el certificado del acta de nacimiento de fs. 01. La progenitora, en su escrito de demanda propuso el siguiente régimen de relacionamiento: “...Relacionamiento diario: Autorizar la visita diaria al domicilio donde reside mi menor hija sin restricción de horario, limitado sólo por sus actividades escolares; Autorizar el retiro de la menor de su guardería para llevarla hasta el domicilio de mi madre. Autorización para llevarla a lugares de recreación y esparcimiento, con límite de regreso el horario de las 21:00 horas. Relacionamiento de fines de semana: Retirarla a la menor los días viernes desde las 18:00 horas para llevarla a mi domicilio hasta los días domingos, debiendo regresar a la menor al domicilio de la abuela materna a más tardar para las 17:00 horas. Días festivos:

Autorizar el retiro de la menor para pasar el día con la madre desde las 09:00 horas hasta las 20:00 horas, en los siguientes días: Mi cumpleaños; cumpleaños de la menor; días de Navidad y Año Nuevo. En caso de que las fechas coincidan con un día hábil escolar, el horario será de 18:00 a 21:00 horas; Semana Santa: Desde el Miércoles Santo a las 10:00 horas hasta las 17:00 horas del Domingo de Pascua...”, fs. 05/07 de autos.

Corrido el traslado de rigor, la abuela materna señora D. R. S. C., por derecho propio y bajo patrocinio de Abogadas manifestó al contestar la demanda que la progenitora posee un diagnóstico de trastorno limítrofe de la personalidad y ante la situación de salud mental de la misma es necesario preservar la integridad física y emocional de la niña A, y por ende considera que no puede exponerse a la niña a un relacionamiento que contemple un retiro del hogar, sigue manifestando: “...*Resulta, sin embargo, oportuna la fijación de un régimen que delimite días y horarios, ya que de hecho todos sufrimos mucho durante este tiempo, ya que S. como consecuencia de su propia situación de salud en ocasiones concurría en horarios no apropiados y exigiendo a la fuerza y con agresividad ver a su hija... en ocasiones no aparecía por períodos de 3 a 6 meses. Una regulación judicial sería favorable para toda la familia, ya que colaboraría con reglas a ser cumplidas por todos...*” “...*no se encuentran dadas las condiciones para que la progenitora retire a la niña del hogar...*”. Continúa diciendo no estar de acuerdo con la modalidad de las visitas propuestas y propone que el relacionamiento sea llevado de la siguiente forma: “...**1. DÍAS ENTRE SEMANA:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna los días martes y jueves de 16:00 a 19:00 horas. **2. FINES DE SEMANA:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna los días sábados de 14:00 a 18:00 horas. **3. CUMPLEAÑOS DE LA MADRE:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna de 18:00 a 21:00 horas. **4. CUMPLEAÑOS DE LA NIÑA:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna de 18:00 a 21:00 horas. **5. SEMANA SANTA:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna el domingo de pascuas de 11:00 a 16:00 horas. **6. FIESTAS DE FIN DE AÑO:** la progenitora podrá visitar a la niña en el domicilio de la abuela materna los días 25 de diciembre (navidad) y 01 de enero (año nuevo) de 11:00 a 16:00 horas. **7. COMISIONAMIENTO DE ASISTENTE SOCIAL:** las primeras 6 visitas

serán acompañadas por una asistente social a ser designada por el Juzgado...”, fs. 44/50.

Trabada la litis el Juzgado, por proveído del 25 de julio de 2017, fs. 60, convocó a las partes a una audiencia de conciliación y substanciación de pruebas llevándose a cabo la misma conforme consta en el acta de fs. 69/70 de autos. En dicha oportunidad las partes no llegaron a un acuerdo y ofrecieron sus pruebas.

En cuanto a las pruebas ofrecidas por la parte actora y la parte demandada se encuentran las siguientes:

Audiencia para la niña A en la cual la misma manifestó lo siguiente: *“...le quiero ver a mi mamá y ella está acá. Los sábados viene a visitarme mi mamá... Juego con mi mamá con mis juguetes cuando me visita. Me siento sola cuando no está conmigo, pero mi mamá y mi tía están ahí, mi tía es una dormilona y se llama P., no hay que despertarle o mi mamá me pega si le molesto. Cuando mi mamá se va quiero verle otra vez...”*. *“...Mi abuela me lleva a la guardería y mi mamá a veces me busca. Me siento contenta cuando mi mamá me busca de la guardería...”*. *“...Quiero hacer una carta para mi mamá, te quiero mamá solo eso, te quiero mamá. Todo el día quiero salir contigo...”*. *“...Conozco el apartamento de mi mamá, quiero ir a dormir cuando llegue su momento. Porque mi abuela a veces se enoja y le grita: “andate a tu apartamento” y yo escucho...”*, fs. 79.

Con respecto al estudio socio ambiental realizado a la vivienda de la progenitora señora S. M. C. S. la Trabajadora Social Forense Mts. Rosa García L., informo cuanto sigue: *“...La vivienda está ubicada en el barrio Cocué Guazú. La señora C., alquila hace dos meses (contrato renovable de un año) el dúplex, es propiedad del señor F. A. Es de construcción nueva, moderna de material cocido, paredes revocadas y pintadas, techo de tejas, piso de baldosas. Delimitado por murallas altas, al frente un portón de hierro (negro). Vivienda de dos plantas. Se accede al patio y por la puerta se accede a la sala-comedor, baño social, quincho, patio, baño, una pieza de servicio y la piscina. Por escaleras interior se accede a la segunda planta: tres dormitorios, dos baños (una en el dormitorio de la señora C., amplia, vestidor, baño, balcón, la otra está preparando para la niña, que tiene cama, ropero, y la otra está vacía). Cuenta con los servicios básicos, muebles y electrodomésticos que dan confort al ambiente...”*. *“...La señora C. desea que la justicia le dé oportunidad de relacionarse con su hija, los días que pide...”*. *“...La señora C. vive sola, nivel socio económico medio, conside-*

rando la ocupación, tenencia y tipo de vivienda (alquilada), bienes, servicios, ingreso económico con el que cubre las necesidades básicas y las complementarias. Según los datos se puede inferir que la señora C. posee competencias parentales (afecto, amor, cariño a su hija, según sus palabras), sin embargo, en este momento no desea convivir con su hija porque no quiere apartar “de repente de su abuela...”, fs. 97/99.

La Trabajadora Social Forense Mts. Rosa García L. realizó el estudio socio ambiental de la vivienda de la abuela materna señora D. R. S. e informó lo siguiente: “...**UNIDAD FAMILIAR (CONVIVENCIA).** La niña convive con su abuela la señora S. y su hija. 1.- D. R. S. C., 49 años de edad (nació en Asunción, 15-04-68), de escolaridad universitario incompleto (Periodismo, 1er año), trabaja en gastronomía en un colegio y universidad. 2.- P.NA C., 22 años (nació en Asunción, 04-04-95), estudiante (Lengua Inglesa, primer año)...”. “...**SITUACIÓN LABORAL Y ECONÓMICA.** La señora S. atiende una cantina de un colegio y universidad privada. Y trabaja también en eventos.

Sus ingresos son unos once millones, es un promedio (alquiler de la vivienda: cuatro millones doscientos mil; empleada del servicio doméstico: un millón quinientos mil guaraníes, servicios y alimentación unos cinco millones...”. “...La vivienda está ubicada en el barrio Mburicao. La señora S. alquila desde hace un año y un mes, propiedad del señor C. C. Es de construcción moderna, de material cocido, paredes revocadas y pintadas, techo de tejas, piso de baldosas. Delimitado por murallas altas, al frente un portón de hierro (negro). Se accede a un pequeño patio (está empastado), garaje y por la puerta se accede a la sala-comedor, baño social, un corredor que da acceso a tres dormitorios: una que es de la tía de la niña (está llaveada), el dormitorio de la niña (cama, juguetes, ropero) baño, el dormitorio de la señora S., baño una pieza donde está guardado cosas que utilizan en la cocina, amplia cocina, patio, un techo donde guarda congeladoras, heladeras y otras cosas, piscina pequeña (la señora S. dice que la piscina funciona pero esta descargada)...”. “...La señora S. expresa que la justicia le ayude para que su hija haga un tratamiento, porque darle así a su hija le da miedo...”. “...La señora S. de 49 años de edad, divorciada, trabaja como comerciante (en su papel de chef, trabaja en una cantina de colegio y universidad privada), universitaria no concluida, tiene tres hijos, pero una convive con ella. Salud: La señora S., su hija y nieta, no tienen antecedentes mórbidos. La señora S., forma parte de una familia extendida pequeña,

nivel socio económico medio, considerando la ocupación, tenencia y tipo de vivienda (alquilada), bienes, servicios, ingreso económico con el cubre las necesidades básicas y las complementarias. Según los datos se puede inferir que la señora S. le tiene le tiene afecto y amor a la niña y le contiene en todas sus necesidades...”, fs. 102/104.

A fs. 105, se encuentra agregado el informe psicológico realizado a la señora S. M. C. S., el cual concluye: “...*La señora S. C. denota inseguridad, falta de iniciativa propia e inmadurez emocional. Coquetería, seducción, intención de cautivar a los demás. Inestabilidad, cierta ambivalencia, inseguridad frente a la realidad. Actitud defensiva, desconfianza, cautela. Tendencias depresivas. Descontento e incomodidad en el ambiente familiar, algo le molesta o le disgusta, que fueron incrementado por la situación que está atravesando y esto podría hacer que actúe de manera impulsiva ante situaciones de estrés. Se recomienda psicoterapia para brindar un buen relacionamiento con su hija y madre...*”, fs. 105.

La Psicóloga Dra. Celsa Vera de Rojas, a fs. 106, agrega el informe psicológico realizado a la niña A C. S., en el cual concluye lo siguiente: “*La niña A C. S. presenta rasgos de ansiedad leve. Su estimulación en cuanto a la motricidad y escolarización debe ser continuada. La relación de la madre se debe dar en un ambiente saludable para aportar seguridad de esta figura...*”, fs. 106.

En cuanto a las testificales ofrecidas por la parte demandada, a fs. 80/82, obra el interrogatorio a tenor del cual declaró el señor I. S., C. A. C. S. y P. C. S. El señor I. S., bisabuelo de la niña A, respondió a fs. 83 de la siguiente manera: “...**A LA SEXTA DIJO:** *ha recibido, pero, no acude a su tratamiento con constancia, siempre deja sin completar. A LA SÉPTIMA DIJO:* *ha realizado en un período de tres meses que yo sé que estuvo internada en el hospital de Itauguá todo costado por la madre D. R. S. A LA OCTAVA DIJO:* *y no sé como diría, ella aparenta quererla mucho a la hija los días que viene a visitarla, pero cuando viene cambia todo el régimen de la niña en la que tiene la abuela, porque la misma le compra cosas materiales, alimentos y demás, y la niña ya tiene todo formado su educación y alimentación, y cuando ella aparece se va todo al tacho. A LA DÉCIMA DIJO:* *si existe predisposición, ella jamás estuvo en contra del relacionamiento con la madre, pero el régimen que ella quiere adoptar esta en contra de lo que lleva la niña. EL JUZGADO PASA A INTERROGAR AL TESTIGO: DIGA EL TESTIGO EN RELACIÓN A SU RESPUES-*

TA OCTAVA QUE REFIERE cuando viene cambia todo el régimen de la niña en la que tiene la abuela, A QUE SE REFIERE? DIJO: *me refiero específicamente a la alimentación, y a cuando está enferma, mi hija ya tiene un régimen de medicamentos, a la vestimenta y S. le trae cosas que no tiene que consumir como por ejemplo la infaltable gaseosa, aparentemente como uno la ve, ella es una buena madre, pero ella está pendiente de su celular, mientras la niña puede estar haciendo cualquier cosa, y la abuela cuando ella viene le deja con su mamá para que la cuide, pero esta no lo hace por estar pendiente de su celular...”, fs. 83.*

Asimismo, a fs. 84, se encuentra el acta de la audiencia testifical realizada al señor C. A. C. S., quien respondió entre los varios interrogatorios realizados lo siguiente: **A LA OCTAVA DIJO:** *ella tiene un acuerdo verbal con la señora D., que los fines de semana pueda ir a visitar a la niña, pero que no se da todos los fines de semana, ya sea por viaje de ella o porque no se manifiesta los fines de semana. A LA NOVENA DIJO:* *bien, es bueno los fines de semana de semana está con su hija, está un rato con ella luego esta con su celular, la niña sigue una rutina que no es igual a la que sigue entre semana cambia su régimen alimenticio y cambia su hora se sueño de la niña. A LA DECIMA DIJO:* *si la puerta siempre está abierta para ella cuando la señora D. está presente mismo a veces le da permiso de salir de paseo con la menor...”.*

Por proveído de fs. 112 de autos, el Juzgado dispuso el cierre del periodo probatorio, y según el informe de la actuaria se diligenciaron las siguientes pruebas: **PARTE ACTORA:** 1) **INSTRUMENTALES:** 1.- **Certificado de nacimiento de la niña A C. S.-** 2) **Copia autenticada del A.I. N° 420 de fecha 15 de setiembre de 2014. INFORME:** 1) **A la Lic. Adriana Lesme (fs. 108/111). PERICIAL:** 1) **Estudio Socio-ambiental del domicilio de la Sra. S. M. C. S. (fs. 97/99).-** 2) **Estudio Socio-ambiental del domicilio de la abuela materna Sra. D. R. S. C. (fs. 102/103). PSICOLÓGICO:** 1) **De la niña A C. S. (fs. 106).-** 2) **de la Sra. S. M. C. S. (fs. 105).-** 3.- **De la Sra. D. R. S. C. (prueba admitida y no diligenciada). AUDIENCIA:** 1) **De la niña A C. S. (fs. 79). PARTE DEMANDADA:** 1) **INSTRUMENTALES:** *todas las obrantes en autos. PSICOLÓGICO:* 1) **De la niña A C. S. (fs. 106).-** 2) **de la Sra. S. M. C. S. (fs. 105).-** 3.- **De la Sra. D. R. S. C. (prueba admitida y no diligenciada). TESTIFICALES:** 1) **Del Sr. Ireneo S. 8fs. 83). 2) Del Sr. Carlos C. (fs. 84). 3) De la Sra. P.na C. (fs. 85). CONFESORIA:** 1) **De la**

Sra. S. M. C. S. (Prueba admitida y NO diligenciada). PERICIAL: 1) estudio Socio-ambiental del domicilio de la Sra. S. M. C. S. (fs. 97/99)...”.

Por S.D. N° 250 del 26 de junio de 2019 el Juzgado resuelve en su primer punto hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la parte demandada y ordenar la realización de la terapia psicológica a las señoras D. R. S. y S. M. C. S. En el segundo punto resuelve hacer lugar al juicio de régimen de relacionamiento promovido por la señora S. M. C. S. contra la señora D. R. S. C. En el tercer punto de la sentencia se deja establecido el régimen de relacionamiento y en el cuarto punto se dispone al departamento de asistencia social del Poder Judicial designar un asistente social para el acompañamiento de las visitas en el domicilio de la abuela materna y el relacionamiento de los días sábados en los cuales la progenitora retirará a la niña. Las costas fueron impuestas en el orden causado.

La Defensora Pública Abogada Rossana Hermosilla González en representación de la señora D. R. S. C., parte demandada en el presente juicio se presenta a interponer recurso de apelación contra el tercer apartado de la S.D. N° 250 del 26 de junio de 2019 manifestando cuanto sigue: “...*La citada Sentencia Judicial, resuelve en su apartado segundo Hacer Lugar a la demanda de Régimen de Relacionamiento, promovida por la Sra. S. M. C. S., contra la Sra. D. R. S. C., con relación a la niña A C. S.; y en su apartado tercero, punto 3, establece que los días sábados, la Sra. S. M. C. S. retirará a la niña A, del domicilio de la abuela materna, Sra. D. S., desde las 14:00 hs. hasta las 18:00 hs., con el acompañamiento de una Asistente Social. E igualmente, el punto 6, dispone que la madre retire a la niña A, con Asistente Social, para el relacionamiento, en el día de la Madre...*”. “...*Otro punto que constituye el objeto de la presente apelación, es el punto 4, que refiere la forma de realizarse el relacionamiento el día del cumpleaños de la niña; el punto dice que, serán festejados en el lugar y horario convenidos de forma libre y voluntaria por la progenitora y la abuela materna, ninguna, tanto la abuela materna como la progenitora están autorizadas a impedir que la otra comparta con la niña, V.V.E.E., evidentemente, si se llega a instancias judiciales, es porque ya no hay entendimiento entre las partes sobre el objeto de las pretensiones, por lo que el Juzgado no puede dejar a cargo de la voluntad de las partes ese tema, diciendo que el lugar y el horario serán convenidos; pues al no haber acuerdo, lo único que va a haber el conflicto, estando la niña en medio de ello...*”. Finaliza solicitando se revoque la sentencia recurrida y se establezca el

régimen de relacionamiento en la forma solicitada por la señora D. S., fs. 193/195.

Por su parte, la señora S. M. C. S., por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado contestó el traslado de la expresión de agravios solicitando se confirme la sentencia recurrida, según escrito obrante a fs. 201/204 de autos.

FUNDAMENTOS

Considerando las constancias existentes en autos, específicamente las detalladas precedentemente, se observa que no existen motivos que impidan un régimen de relacionamiento entre la progenitora y su hija A. Tal es así que de las normativas de referencia se deduce con total claridad que entre los diversos derechos que posee todo niño/a o adolescente se encuentra el de mantener vínculos de relacionamiento con los demás familiares con quienes no cohabita, a los efectos de que pueda recibir la atención y el cariño necesarios, considerando que el trato o comunicación entre padres e hijos tiene marcada influencia en su desarrollo psico-físico. No obstante, a ello, se debe tener en cuenta primeramente la opinión de A, en virtud a lo dispuesto en el **art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño** en concordancia con el **art. 167 modificado por la ley N° 6083**, como así también a lo establecido en el **art. 3 del C.N. y A.** mencionado más arriba el cual establece que para determinar el interés superior o prevaliente del niño se respetarán sus vínculos familiares, entre otros.

Igualmente, el **art. 4 de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”** refiere al Principio de Efectividad de los derechos del niño, que dice: “...*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional...*”. A la par, el **art. 5 también de la Convención**, habla sobre el Principio de la Autonomía Progresiva, el cual prescribe que: “...*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en*

la presente Convención...". En este sentido, considerando los problemas de comunicación suscitados entre la progenitora y la abuela materna (quien actualmente posee la guarda de la niña A), motivo que crea un ambiente de desconcierto entre ambas, el cual puede influir de manera negativa en el desarrollo integral de A, se exhorta a progenitora y abuela a que dejen de lado sus discrepancias a fin de poder crear un ambiente armonioso con el objetivo de educar y formar a A, por ese motivo y con ese fin deben revertir urgentemente sus posiciones para lograr que A pueda disfrutar de su niñez y de los vínculos familiares.

Además, se debe poner énfasis a ciertas situaciones como ser: 1. Lo expresado por la niña A, al decir: **"...Me siento contenta cuando mi mamá me busca de la guardería..."**. **"...Conozco el apartamento de mi mamá, quiero ir a dormir cuando llegue su momento. Porque mi abuela a veces se enoja y le grita: "ándate a tu apartamento" y yo escucho..."**. 2. El informe psicológico referente a la progenitora que manifiesta: **"...Descontento e incomodidad en el ambiente familiar, algo le molesta o le disgusta, que fueron incrementado por la situación que está atravesando y esto podría hacer que actúe de manera impulsiva ante situaciones de estrés. Se recomienda psicoterapia para brindar un buen relacionamiento con su hija y madre..."**, y; 3. El informe psicológico de la niña A el cual en su parte pertinente dice: **"...La relación de la madre se debe dar en un ambiente saludable para aportar seguridad de esta figura..."**.

Del análisis del recurso de apelación interpuesto, los apartados **1, 2, 3.1, 3.3, 3.7, 4, 5 y 6** no fueron recurridos, por lo cual no es materia de estudio por parte de esta Magistratura.

En ese orden, la parte demandada solo recurrió el tercer apartado de la S.D. N° 250 del 16 de junio de 2019, específicamente en los puntos **3.2, 3.4, 3.5 y 3.6**, por ende, sólo dichos puntos serán objeto de estudio por esta Magistratura.

A ese respecto, las modalidades de relacionamiento establecidas en los puntos **3.2- sábados, 3.5- Semana Santa y 3.6- Día de la madre**, los cuales se refieren al retiro de la niña por parte de la progenitora del domicilio de la abuela materna, soy del criterio que los mismos se hallan ajustados a derecho, por lo que corresponde que los mismos sean confirmados.

Con relación al **TERCER APARTADO DE LA SENTENCIA RECURREDA** coincido con lo resuelto por la Miembro Preopinante y considero que el mismo **DEBE SER MODIFICADO**, en el punto **3.4**, en la parte que se refiere al cumpleaños de la niña, dado que no se puede dejar a cargo de las partes la decisión de la forma y el lugar del relacionamiento de la niña con su madre, atendiendo la falta de comunicación existente entre la progenitora y la abuela materna, quedando dicha modalidad de relacionamiento en la forma establecida por la Magistrada María del Carmen Romero López, es decir el cumpleaños de la niña, el relacionamiento materno filial será en el domicilio de la abuela materna, en el horario de 16:00 a 19:00 horas, exhortando a la madre y abuela a evitar tener conflictos o discusiones en presencia de la niña, considerando que es un día de gran importancia para ella, debiendo ser un momento de felicidad, tranquilidad y alegría para la misma.

En cuanto a las costas generadas en esta instancia, también comparto la solución propuesta por la Miembro Preopinante de que sean impuestas en el orden causado, en base a los mismos fundamentos. **ES MI VOTO.**

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

SENTENCIA N° 07

Asunción, 05 de marzo de 2020.

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital,

RESUELVE:

CONFIRMAR la S.D. N° 250 de fecha 16 de junio de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno en su numeral **3.2 y 3.6** por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

MODIFICAR la S.D. N° 250 de fecha 16 de junio de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno en su numeral **3.4** conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

IMPONER las costas en esta instancia en el orden causado.

JURISPRUDENCIA

ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia de la presente resolución a la Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María del Carmen Romero, Manuel Silvio Rodríguez, Gloria Elizabeth Benítez Ramírez.

Ante mí: Claudia Patricia Vera Sosa, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 19

Cuestión debatida: *Una madre en representación de sus hijos menores interpone ante el Tribunal de la Niñez y la Adolescencia un Recurso de Apelación a fin de solicitar venia judicial para negociar, perfeccionar y formar un acuerdo transaccional con una empresa extranjera, en una acción indemnizatoria por el fallecimiento del padre de los menores ocurrido en un siniestro aéreo.*

PATRIA POTESTAD. Ejercicio. Obligaciones. Fallecimiento. Padre.

Desde el fallecimiento del padre de los niños, la madre, en su calidad de progenitora es la única que actualmente ejerce la patria potestad. Dicho ejercicio de la patria potestad conlleva que la misma se encuentra asumiendo las obligaciones y los costos de dichas obligaciones referentes a sus dos hijos, y los costos y costas de los procesos judiciales que ha iniciado incluyendo esta acción.

PATRIA POTESTAD. Ejercicio. Obligaciones. Fallecimiento. Padre.

Quién más que la madre es la persona que conoce a plenitud la situación en que se encuentran sus hijos y las necesidades de los mismos, más aún considerando que los menores han referido conocer la acción ini-

ciada por la progenitora, que no tenían inconveniente en que la misma sea la encargada de todos los trámites correspondientes.

AUDIENCIA. Operadores de justicia. Participación.

Si existieron dudas referentes al sentido de las expresiones manifestadas en la audiencia, esas dudas debieron ser disipadas en dicha audiencia; he aquí la importancia de la participación activa de los operadores de justicia en dicha audiencia.

AUDIENCIA. Mayoría de edad. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Uno de los menores, ha adquirido la mayoría de edad y no se ha presentado posteriormente a modificar las manifestaciones expresadas en la audiencia, se encuentran los presupuestos necesarios para otorgar la autorización judicial.

AUTORIZACIÓN JUDICIAL. Rendición de cuentas.

La autorización judicial no deslinda la responsabilidad de la recurrente referente a la negociación y a la obligación de rendir cuentas conforme lo establece la ley, y en tal sentido corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, y otorgar a la madre la autorización judicial en representación de su hijo para negociar en el juicio indemnizatorio iniciado contra la empresa GERMANWINGS GMBH y sus aseguradoras por el fallecimiento en el accidente aéreo del padre del menor, que se individualiza como: Procedimiento ordinario – 298/2017-2. Materias: demandas de transporte nacional e inter presentada en fecha 22 de marzo de 2017, y se tramita ante el juzgado N° 10 de Barcelona- España.

AUDIENCIA. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA.

En la audiencia a la cual comparecieron los menores, ambos manifestaron estar de acuerdo en aceptar que su madre siga los trámites del juicio que se tramita en Barcelona, Reino de España. Dentro de este contexto, de acuerdo al principio de la *autonomía progresiva*, sus respectivas posiciones tienen el valor que le otorga el mencionado principio y que constituye uno de los pilares de la convención sobre los derechos del niño (artículo 12), es decir, que ya están en una edad en que pueden razonablemente estar conscientes de lo que deciden.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

El interés superior del niño consiste en proteger un derecho en expectativa que tienen los menores, como consecuencia del fallecimiento del padre, y del accidente de aviación que dio motivo a su deceso. O dicho, en otros términos, llegar a materializarse o hacer efectivo el derecho al crédito que le corresponden legítimamente a ambos.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

El artículo 84 del C.N. y A., en lo que se refiere a la enajenación de los inmuebles, a la constitución de derechos reales y a la transferencia de los derechos que tengan los hijos, obviamente se refieren al tiempo presente y no a decisiones para el futuro. Entonces, no queda más remedio que revocar la sentencia en revisión porque carece de lógica prohibir, o no autorizar, la adquisición de derechos o créditos en expectativa, dejando a los niños en un estado de total y absoluta indefensión.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Se halla perfectamente ajustada a derecho, la petición a negociar, perfeccionar y firmar en representación de sus hijos, un acuerdo transaccional a concretarse con las empresas involucradas en el litigio que se sigue en Barcelona, Reino de España, ya que se trata de actos futuros que nada tienen que ver con el tiempo presente al que se refiere el artículo 84 del Código de la Niñez y la Adolescencia, todo esto sin perjuicio de que durante la tramitación del juicio, los adolescentes ya lleguen a la mayoría de edad, según nuestra legislación vigente en la materia, Ley N° 2169/2003.

TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital 24/06/2020. “Juicio V.Y.A.P. y otro s/ Autorización Judicial para hacer transacciones sobre los Derechos del Niño” (Ac. y Sent. N° 19).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación:

MARIA DEL CARMEN ROMERO LOPEZ, SILVIO RODRÍGUEZ y GLORIA ELIZABETH BENITEZ RAMIREZ,

A LA ÚNICA CUESTIÓN planteada la Miembro preopinante **MARIA DEL CARMEN ROMERO LOPEZ,** dijo:

Previo al estudio de este Tribunal de Apelación del recurso interpuesto, corresponde determinar si existe legitimación activa y pasiva de quienes revisten la condición de partes litigantes en este proceso, en autos se halla acreditado conforme a las instrumentales agregadas a fs. 6/11, 13/14, 18 de autos, con los cuales se acreditan la calidad de progenitora de los sujetos tutelados en el presente juicio.

Igualmente, conforme al escrito presentado en fecha 11 de diciembre de 2019, donde la recurrente se da por notificada de la sentencia recaída en autos en fecha 6 de abril de 2018, interponiendo al mismo tiempo el recurso de apelación (fs. 72/74), por lo que se halla dentro del plazo de ley y corresponde su estudio.

El Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno, por S.D N° 534 de fecha 6 de setiembre de 2018, Resolvió: **“1- RECHAZAR por improcedente la Autorización Judicial para hacer transacciones sobre los derechos del niño solicitada por la Sra. Y. P. B., en nombre y representación de sus menores hijos V. Y. y E. E. A. P., conforme al exordio de la presente resolución. 2.) ANOTAR...”** (fs. 69/70).

Contra dicha resolución se alza la Señora Y. P. B., en representación de sus hijos V. Y. A. P. y E. E. A. P., bajo patrocinio de Abogado y en lo medular de sus agravios manifiesta cuanto sigue: *“...Mi parte se agravia de lo resuelto en la S.D. objeto de recurso, en razón a que, si bien es cierto, se podría afirmar que el reclamo de daños y perjuicios promovida a favor de mis menores hijos (y a mi propio favor) ha sido por montos superiores respecto a los que solicito autorización judicial para poder concretar un acuerdo transaccional que ponga fin al sinuoso camino que implica litigar en Europa (específicamente España) cuando que resido en la República del Paraguay, esto tiene motivos de peso que no fueron debidamente ponderados, y a partir de los cuales es dable una autorización que tiene como principal objetivo velar por el bienestar y la salud integral de mis menores hijos, lo cual implica una oportuna finalización del litigio al que he tenido que recurrir. En primer lugar, las circunstancias de espacio y tiempo en las*

que estamos sometidos mis hijos y yo al litigar añaden como aditivo de desagradables sentimientos para el bienestar de mi familia, a la ya penosa historia del siniestro que derivó en el fallecimiento de mi esposo: N. A. P..”, “Ante la apreciación de la Jueza de que la negociación sería un monto mucho menor, hemos solicitado un Informe de Derecho al abogado español A. P. C., perteneciente al Ilustre colegio de Abogados de Madrid a los efectos de responsabilidad civil y seguro bajo el derecho español, determinando la indemnización que correspondería a la viuda y a los hijos del fallecido. Este informe de derecho se basa en la Ley 35 del 22 de septiembre de 2015 que entró a regir el 1 de enero de 2016 “de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, conocido como “nuevo Baremo” que en opinión del mencionado jurista sería de aplicación al caso judicial de indemnización de daños y perjuicios promovido. Con este informe se puede verificar que los montos por los que mi parte pretende negociar en representación de mis menores hijos no se alejan de los montos justipreciados en el mencionado informe jurídico”; sigue manifestando que: “Este pedido de autorización judicial se basa en un genuino interés de protección integral de mis menores hijos, el cual finalmente es un deber impuesto por la Constitución de la República...”, “...el proceso judicial a los efectos de obtener una indemnización implica la movilización de una pesada maquinaria con la siempre presente incertidumbre respecto del resultado final de la petición cuando que lo que en gran medida se debe justipreciar tiene que ver con bienes inmateriales”, “Por su parte, el inicio de este derrotero ha sido muy doloroso y costoso para toda mi familia y es una legítima y sana pretensión darle punto final y ya no depender de un juzgador lejano..., este punto final no será en desmedro de los menores, sino todo lo contrario, implicará la indemnización económica de los daños y perjuicios causados, que será invertido en su directo beneficio”, “...La conciliación económica del pleito en el marco planteado redundará en la serenidad y el sosiego para mis hijos y para mí, lo cual constituye importantísimos aspectos de la protección al “interés superior de niño”, finaliza peticionando “...se haga lugar al presente recurso y se disponga hacer lugar a la presente venia judicial para negociar y perfeccionar acuerdo transaccional con la empresa GERMANWINGS GMBH.” (72/74).

El Defensor de la Niñez y la Adolescencia del Séptimo Turno, Abog. RAÚL A. BOGARÍN ALFONSO, al contestar la vista dispuesta por providencia de fecha 02 de marzo de 2020 (fs. 77), manifiesta: “...ésta Representación

tación de la niñez y la adolescencia se ratifica y se remite íntegramente al dictamen N° 294 de fecha 30/08/18 obrantes a fs. 65/67;...”, “Es importante iniciar este estudio mencionando que los representantes legales de los niños, niñas y adolescentes que administran sus bienes no gozan de una libertad tan amplia como la del propio dueño mayor de edad, como quiera que el derecho de administración se otorga esencialmente en beneficio de los menores de edad, por lo que su rol debe ir encaminando a proteger el patrimonio de los mismos”, “Debemos sostener con total firmeza que en el caso sub iudice que en el escrito de apelación no se adjuntan pruebas suficientes para que el Tribunal valore el beneficio que acarrearía para los niños en este caso, más aún cuando solo se presume y especula sobre situaciones que a todas luces no son impedimentos para proseguir con los juicios de indemnizaciones”, sigue manifestando que “...se concluye en que la petitionante no ha logrado acreditar la absoluta necesidad, ni la ventaja evidente requerida por doctrina y jurisprudencia para el otorgamiento de la autorización...se aconseja respetuosamente al Excmo. Tribunal, no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia confirmar la S.D. N° 534 de fecha 06 de Setiembre del 2018...”. (fs. 78/85).

Al analizar las constancias de autos se tiene que la Sra. Y. P. B., en fecha 14 de Agosto de 2018, en representación de sus hijos V. Y. A. P., que en ese momento contaba con 16 años de edad y E. E. A. P., de 13 años de edad, solicita VENIA JUDICIAL a efectos de que se le permita negociar, perfeccionar y firmar en representación de sus hijos un acuerdo transaccional a concretarse con la empresa GERMANWINGS GMBH, manifestando en el escrito de demanda que: “...El 24 de marzo de 2015, aproximadamente a las 09:41 hora local) una aeronave Airbus A320-211, con matrícula D-AIPX, que operaba el vuelo Germanwings 4U952 entre Barcelona (España) y Dusseldorf (Alemania), se estrelló mientras sobrevolaba los Alpes Franceses cerca de la ciudad Prads-Haute Bléone (en adelante, el “Siniestro”). Como resultado del Siniestro, 144 pasajeros y 6 miembros de la tripulación que iban a bordo fallecieron. El siniestro causó el fallecimiento de N. A. P., quien en vida fuera mi esposo y padre de mis menores hijos V. Y. A. P. y E. E. A. P. El siniestro tuvo repercusión en la prensa a nivel mundial”, “...me vi en la necesidad de promover demanda por indemnización de daños y perjuicios a favor de mis menores hijos y a mi propio favor, ante el Juzgado de lo Mercantil N° 10 de Barcelona (España), que se individualiza como: Procedimiento ordinario – 298/2017-2. Materias: demandas de

transporte nacional e inter. La demanda fue presentada en fecha 22 de marzo de 2017...”, “Respecto de la menor V. Y. A. P., el reclamo de indemnización de daños y perjuicios es de E 431.225,32. Respecto al menor E. E. A. P., es de E 428.803. Estos reclamos abarcan los siguientes conceptos de daños: daños emergentes (gastos y gastos de conmemoración); daño moral básico; pérdida de relaciones afectivas. Sin embargo, en la demanda también se efectúa el reclamo de lucro cesante y daño psicológico, derivando su cuantificación a pruebas periciales ofrecidas. No obstante, se ha iniciado un proceso de negociación con la contraparte para llegar a acuerdos transaccionales con las empresas responsables, específicamente con GERMANWINGS y sus aseguradores. Estimo como una salida favorable al interés superior de mis menores hijos, la posibilidad de obtener un resarcimiento de forma más cercana en el tiempo, en comparación con el resarcimiento esperado si es que el proceso discurre de forma normal por todas sus etapas”, “...la cuantificación judicial del daño es particularmente incierta, tratándose de resarcimiento a daños inmateriales (moral, pérdida de relacionamiento, etc.) A esto se añade como una circunstancia a tener en cuenta: la dificultad que implica la litigación judicial a distancia, pues el proceso se impulsa en los tribunales correspondientes a la ciudad de Barcelona (España) y mis hijos y yo residimos en la ciudad de Asunción (Paraguay). La negociación se encuentra enmarcada en los siguientes montos en concepto de indemnización total de cada hijo: de entre USD 200.000 y USD 250.000”. Teniendo en cuenta este relatorio de hechos, es mi pretensión obtener una venia judicial para negociar, perfeccionar y formar un acuerdo transaccional con la mencionada empresa GERMANWINGS”. (fs. 57/59).

El Defensor de la Niñez y la Adolescencia del Séptimo Turno, Abog. Raúl A. Bogarín Alfonzo, al contestar vista en primera instancia, manifiesta cuanto sigue: “...el representante legal de un niño, niña o adolescente debe acreditar mediante prueba legalmente aducida al proceso de jurisdicción voluntaria, la necesidad o utilidad manifiesta, para poder deducir, con base en el soporte básico relevante, la conveniencia de autorizarla, o en su defecto, la inconveniencia de hacerlo”, “En relación al pedido se desprende que no se está valorando en forma acabada los derechos que corresponden a los hijos ya que se pretende negociar sobre un valor menor al estimado lo cual es contrario a los mandamientos de orden público vigente en materia de protección integral; de lo que se infiere que tales valores configuran un detrimento para los niños sujetos de protección especial”, “Por

tales razones se concluye en que la peticionante no ha logrado acreditar la absoluta necesidad, ni la ventaja evidente requerida por doctrina y jurisprudencia para otorgamiento de la autorización...” (fs. 65/67).

Al momento de ser oídas las partes, la Señora Y. P. manifestó que: *“...estamos realizando un juicio de indemnización de daños y perjuicios contra las empresas Germanwings y también ALLIANZ GLOBAL CORPORATE & SPECIALITY SE (en lo sucesivo AGCS), HDI GERLING INDUSTRIE VERSICHERUNG AG, DELVAG LUFTFAHRTVERSICHERUNGS AG, KOLN-AIG EUROPE LTD, SWISS RE INTERNACIONALINSURANCE COMPANY OF HANNOVER, LONDON BRANCH, KRAV AG LOGISTIC VERSICHERUNGS AG, la idea es llegar a un acuerdo entre 200.000 y 250.000 USD por cada hijo, en la demanda promovida ante el juzgado de lo Mercantil N° 10 de Barcelona España, en fecha 22 de marzo de 2017 el Juzgado procedimiento Ordinario – 298/2017-2, el dinero será invertido en la educación y alimentación de mis hijos, serán utilizados en inversiones que se realizaran en beneficio de ellos”* (fs. 62).

En su oportunidad, el adolescente E. E. A. P., manifestó: *“...Yo vivo con mi mamá y mi hermana, yo sé del juicio que mi mamá está haciendo a través de abogados, en España para cobrar la indemnización por el fallecimiento de mi padre. No tengo ningún inconveniente de que mi mamá sea la que se encargue de todos estos trámites...”* (fs. 63).

Por su parte, V. Y. A. P., manifestó que: *“...yo estoy enterada del juicio que mi mamá está haciendo a través de abogados en España para cobrar la indemnización por el fallecimiento de mi padre. No tengo ningún inconveniente de que mi mamá sea la que se encargue de todos estos trámites”*. (fs. 64).

El Art. 82 del C.N. y A. establece que *“La patria potestad comprende el derecho y la obligación de administrar y usufructuar los bienes del hijo”*.

El Art. 84 del C.N. y A. establece que: *“Los padres no podrán, sin autorización del Juez de la Niñez y la Adolescencia de residencia del hijo, enajenar los inmuebles de su propiedad, ni constituir derechos reales, ni transferir los derechos que tenga su hijo sobre los bienes de otros, ni enajenar bienes que tengan en condominio con sus hijos. La petición será fundada y debidamente acreditada, y solo será concedida en atención al beneficio exclusivo del niño o adolescente, debiendo rendir cuenta en forma documentada en el plazo de sesenta días”*.

Del estudio de las constancias de autos, se advierte que la acción ha sido incoada por la señora Y. P. B. en representación de sus hijos V. Y. Y E. E. A. P., quienes actualmente cuenta con 18 y 15 años de edad respectivamente, a fin de solicitar la venia judicial para negociar, perfeccionar y firmar en representación de sus hijos un acuerdo transaccional con la empresa GERMANWINGS GMBH en la acción indemnizatoria que se individualiza como: Procedimiento ordinario – 298/2017-2. Materias: demandas de transporte nacional e inter presentada en fecha 22 de marzo de 2017 y que se tramita ante el juzgado N° 10 de Barcelona- España, demanda que la accionante ha iniciado a favor de la misma y también en representación de sus hijos por el fallecimiento del padre de los niños, el señor N. A. P., ocurrido en el siniestro aéreo de la aeronave AIRBUS A 320-211 y que a la fecha se encuentra en proceso de negociación para llegar a acuerdos transaccionales con la demandada y sus aseguradores, considerando el costo y el tiempo que conllevan para la misma la acción judicial iniciada en el extranjero.

En las audiencias realizadas la señora Y. P. B. se ha ratificado en su pedido de venia judicial refiriendo que la indemnización sería invertida en la educación y alimentación de sus hijos y también ante el Juzgado tanto V. Y. como E. E. A. P. han referido tener conocimiento del juicio iniciado por la progenitora y que no tenían inconveniente en que la misma sea la encargada de todos los trámites correspondientes.

El Defensor de la Niñez y la Adolescencia interviniente se ha opuesto al otorgamiento de la autorización peticionada refiriendo que no se ha acreditado con pruebas legales la necesidad o utilidad o la conveniencia de autorizar la venia requerida y que las opiniones referidas por V. Y. Y E. E. A. P. no cumplen con la condición exigida en el Art. 12 del Convención.

Desde el fallecimiento del Señor N. E. A. P., padre de los niños, la señora Y. P. B., en su calidad de progenitora es la única que actualmente ejerce la patria potestad en especial sobre E. E. A. P., ya que V. Y. A. P. ha adquirido la mayoría de edad según puede advertirse de la documental obrante a fs. 03 de autos.

Dicho ejercicio de la patria potestad conlleva que la misma se encuentra asumiendo las obligaciones y los costos de dichas obligaciones referentes a sus dos hijos, y los costos y costas de los procesos judiciales que ha iniciado incluyendo esta acción. ¿Quién más que ella es la persona que conoce a plenitud la situación en que se encuentra sus hijos y las ne-

cesidades de los mismos? Más aun considerando que V. Y. A. P. y E. E. A. P. han referido conocer la acción iniciada por la progenitora que no tenían inconveniente en que la misma sea la encargada de todos los trámites correspondiente. Si existieron dudas referentes al sentido de las expresiones manifestadas en la audiencia, esas dudas debieron ser disipadas en dicha audiencia; he aquí la importancia de la participación activa de los operadores de justicia en dicha audiencia. Debe hacerse mención también que V. Y. A. P. ha adquirido la mayoría de edad y no se ha presentado posteriormente a modificar las manifestaciones expresadas en la citada audiencia.

Con lo expuesto se encuentran los presupuestos necesarios para otorgar la autorización judicial solicitada por la señora Y. P. B. aclarando que dicha venia no deslinda la responsabilidad de la recurrente referente a la negociación y a la obligación de rendir cuentas conforme lo establece la ley, y en tal sentido corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la señora Y. P. B., y otorgar a la señora Y. P. B. la autorización judicial en representación de su hijo E. E. A. P. para negociar en el juicio indemnizatorio iniciado contra la empresa GERMANWINGS GMBH y sus aseguradoras por el fallecimiento en el accidente aéreo del señor N. E. A. P., que se individualiza como: Procedimiento ordinario – 298/2017-2. Materias: demandas de transporte nacional e inter presentada en fecha 22 de marzo de 2017, y se tramita ante el juzgado N° 10 de Barcelona- España.

Por las consideraciones que anteceden, soy de parecer que la S.D. N° 534 de fecha 6 de setiembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno, debe ser REVOCADA. **ES MI VOTO.**

A SU TURNO, EL MAGISTRADO, DR. SILVIO RODRIGUEZ DIJO:

LA APELACIÓN

En la S.D. N° 534 de fecha 06 de septiembre de 2018, el Juzgado resolvió cuanto sigue: “1°) *RECHAZAR por improcedente, la Autorización Judicial para hacer transacciones sobre los derechos del niño solicitada por la Sra. Y. P. B., en nombre y representación de sus menores hijos V. Y. y E. E. A. P., conforme al exordio de la presente resolución.* 2°) *ANOTAR...*” (fls. 69/70).

El Juzgado fundó el rechazo de la pretensión incoada por la Sra. Y. P. B. en la disposición contenida en el artículo 84 del C.N. y A. que dice: “...Los padres no podrán, sin autorización del Juez de la Niñez y de la Ado-

lescencia de residencia del hijo, enajenar los inmuebles de su propiedad ni constituir derechos reales, ni transferir los derechos que tenga su hijo. La petición será fundada y debidamente acreditada y solo será concedida en atención al beneficio exclusivo del niño o adolescente, debiendo rendir cuenta en forma documentada en el plazo de sesenta días...”.

Si bien es cierto que el artículo 84 contiene la frase sin autorización judicial, lo que importa en el caso de autos es que, si la negación de la autorización judicial se ajusta o no a derechos y, en su caso, se ajusta al interés superior del niño. Con este objetivo, deviene necesario e imprescindible, referirme a los hechos que han dado lugar al presente juicio.

En el texto de la demanda, se explicita cuanto sigue: *“El 24 de marzo de 2015, aproximadamente a las 09:41 (hora local) una aeronave Airbus A320-211, con matrícula D-AIPX, que operaba el vuelo Germanwings 4U9525 entre Barcelona (España) y Dusseldorf (Alemania), se estrelló mientras sobrevolaba los Alpes Franceses cerca de la ciudad Prads-Haute Bléone (en adelante, el “Siniestro”). Como resultado del Siniestro, 144 pasajeros y 6 miembros de la tripulación que iban a bordo fallecieron. El Siniestro causó el fallecimiento de N. A. P., quien en vida fuera mi esposo y padre de mis menores hijos V. Y. A. P. y E. E. A. P. El siniestro tuvo repercusión en la prensa a nivel mundial. Ante estos hechos, me vi en la necesidad de promover demanda de indemnización de daños y perjuicios a favor de mis menores hijos y a mi propio favor, ante el Juzgado de lo Mercantil N° 10 de Barcelona (España), que se individualiza como: Procedimiento ordinario – 298/2017-2. Materia: demandas de transporte nacional e inter. La demanda fue presentada en fecha 22 de marzo de 2017.”* (fls. 57/60).

De acuerdo con la lectura de la acción entablada por la Sra. P. C. P., procuradora de los Tribunales, en fecha 22 de marzo de 2017, lo que se discute en Barcelona es lo relativo a las diferentes indemnizaciones que podrían corresponder como consecuencia al fallecimiento de 150 personas. De modo que, el cumplimiento de los seguros contraídos con la aerolínea y diversas aseguradoras, es determinar, simplemente, el prorrateo para el pago de las pólizas correspondientes y, entre los acreedores, precisamente están la Sra. Y. P. B., viuda de N. A. P., y sus hijos V. Y. A. P. y E. E. A. P. (fls. 28/49).

La situación actual de los niños es la siguiente: V. Y. A. P. nació en fecha 26 de marzo de 2002, en la ciudad de Maracaibo – Venezuela, ahora con 18 años de edad; y E. E. A. P., quien nació en fecha 19 de enero de

2005, también en la ciudad de Maracaibo –Venezuela, ahora con 15 años de edad (fls. 3/4).

Hoy día, viven la madre y los hijos en Asunción y, por consiguiente, necesitan de la representación de un profesional español para que los represente en la ciudad de Barcelona, cuya competencia no está en discusión. Ahora bien, el derecho de la viuda para acceder al crédito que podría salir a su favor no tiene inconvenientes, si lo tienen los hijos matrimoniales que tuvo. En este sentido, en la audiencia de fecha 24 de agosto de 2018, a la cual comparecieron V. Y. A. P. y E. E. A. P., ambos manifestaron estar de acuerdo en aceptar que su madre siga los trámites del juicio que se tramita en Barcelona, Reino de España (fls. 62/63).

Dentro de este contexto, de acuerdo al principio de la *autonomía progresiva*, sus respectivas posiciones tienen el valor que le otorga el mencionado principio y que constituye uno de los pilares de la convención sobre los derechos del niño (artículo 12), es decir, que ya están en una edad en que pueden razonablemente estar conscientes de lo que deciden.

En esta línea de razonamientos, el interés superior del niño consiste en proteger un derecho en expectativa que tienen V. Y. y E. E., como consecuencia del fallecimiento del padre, y del accidente de aviación que dio motivo a su deceso. O dicho, en otros términos, llegar a materializarse o hacer efectivo el derecho al crédito que le corresponden legítimamente a ambos, por la misma razón antes aclarada.

En este contexto, el artículo 84 del C.N. y A., en lo que se refiere a la enajenación de los inmuebles, a la constitución de derechos reales y a la transferencia de los derechos que tengan los hijos, obviamente se refieren al tiempo presente y no a decisiones para el futuro. Entonces, no queda más remedio que revocar la sentencia en revisión porque carece de lógica prohibir, o no autorizar, la adquisición de derechos o créditos en expectativa, dejando a los niños en un estado de total y absoluta indefensión.

Finalmente, se halla perfectamente ajustada a derecho, la petición de la Sra. Y. P. B., viuda de N. A. P., a negociar, perfeccionar y firmar en representación de sus hijos, un acuerdo transaccional a concretarse con las empresas involucradas en el litigio que se sigue en Barcelona, Reino de España, ya que se trata de actos futuros que nada tienen que ver con el tiempo presente al que se refiere el artículo 84 del Código de la Niñez y la Adolescencia, todo esto sin perjuicio de que durante la tramitación del

JURISPRUDENCIA

juicio, los adolescentes ya lleguen a la mayoría de edad, según nuestra legislación vigente en la materia, Ley N° 2169/2003. **ASÍ VOTO.**

A SU TURNO, LA MAGISTRADA GLORIA ELIZABETH BENITEZ RAMIREZ DIJO:

Manifestó que se adhiere a los votos de la Dra. María Del Carmen Romero López y del Dr. Silvio Rodríguez, por complementarse dichos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmado los Señores Miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

ANTE MÍ:

SENTENCIA N° 19

Asunción, 24 de junio de 2020.

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital,

RESUELVE:

REVOCAR la S.D. N° 534 de fecha 06 de setiembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno, conforme a las razones y en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María del Carmen Romero, Manuel Silvio Rodríguez, Gloria Elizabeth Benítez Ramírez.

Ante mí: Claudia Patricia Vera Sosa, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 25

***Cuestión debatida:** Se resolvió el Recurso de Aclaratoria interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 19 de fecha 24 de junio de 2020, dictado por el Tribunal de la Niñez y la Adolescencia de la Capital, aclarándose la autorización judicial a la madre en representación de su hijo para que lo represente en un juicio indemnizatorio en el exterior por el fallecimiento de su padre en un accidente aéreo.*

RECURSO DE ACLARATORIA. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

De la lectura del escrito por el cual se fundamenta el recurso de aclaratoria se concluye que el mismo tiene como finalidad que se exprese concretamente que al revocarse la resolución dictada en primera instancia se hace lugar a la acción instaurada por la señora Y. P. B. otorgando la autorización a la misma para que en representación de sus hijos V. Y. y E. E. A. P., negocie en el juicio indemnizatorio iniciado contra la empresa GERMANWINGS GMBH y sus aseguradoras por el fallecimiento en el accidente aéreo del señor N. E. A. P.

RECURSO DE ACLARATORIA. AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

En este sentido conforme se ha referido en el Acuerdo y Sentencia 19 de fecha 24 de Junio del año en curso, V. Y. A. P., actualmente ya es mayor de edad, por ende considerando dicha circunstancia, solo corresponde aclarar que al ser revocada la S.D. N° 534 de fecha 06 de Septiembre de 2018, se hace lugar a la acción instaurada y en tal sentido otorgar la autorización judicial a la señora Y. P. B. para que en representación de su hijo E. E. A. P. pueda negociar en el juicio indemnizatorio iniciado contra la empresa GERMANWINGS GMBH y sus aseguradoras por el fallecimiento en el accidente aéreo del señor N. E. A. P., con la obligación de rendir cuentas conforme lo establece el Art. 84 del C.N.A.

Tapel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital 13/07/2020. “Juicio V.Y.A.P. y otro s/ Autorización Judicial para hacer transacciones sobre los Derechos del Niño” (Ac. y Sent. N° 25).

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Corresponde o no hacer lugar a la aclaratoria?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación:
MARIA DEL CARMEN ROMERO LOPEZ, SILVIO RODRÍGUEZ y GLORIA ELIZABETH BENITEZ RAMIREZ,

A LA ÚNICA CUESTIÓN planteada la Miembro preopinante **MARIA DEL CARMEN ROMERO LOPEZ,** dijo:

Por Acuerdo y Sentencia N° 19 de fecha 24 de Julio de 2020, éste Tribunal resolvió: “...**REVOCAR la S.D. N° 534 de fecha 06 de setiembre de 2018,** dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno, conforme a las razones y en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución. **ANÓTESE,** regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia...”

La señora Y. P. B., bajo patrocinio del Abog. JOSE IGNACIO SANTIVIAGO, con Matrícula N° 9640, interpone recurso de aclaratoria contra la citada resolución, en el sentido de dejar consignado en el Resuelve de dicha resolución: “*Hacer lugar a la acción de venia judicial otorgando a la señora Y. P. B. la autorización judicial en representación de sus hijos V. Y. A. P. y E. E. A. P. para negociar en el juicio indemnizatorio iniciado contra empresa Germanwings GMBH y sus aseguradoras por el fallecimiento en el accidente aéreo del señor N. E. A. P., conforme a lo dispuesto en el Art. 387 del C.P.C.*”

De la lectura del escrito por el cual se fundamenta el recurso de aclaratoria se concluye que el mismo tiene como finalidad que se exprese concretamente que al revocarse la resolución dictada en primera instancia se hace lugar a la acción instaurada por la señora Y. P. B. otorgando la autorización a la misma para que en representación de sus hijos V. Y. y E. E. A. P., negocie en el juicio indemnizatorio iniciado contra la empresa **GERMANWINGS GMBH** y sus aseguradoras por el fallecimiento en el accidente aéreo del señor N. E. A. P.

En este sentido conforme se ha referido en el Acuerdo y Sentencia 19 de fecha 24 de Junio del año en curso, V. Y. A. P., actualmente ya es mayor de edad, por ende considerando dicha circunstancia, solo corresponde aclarar que al ser revocada la S.D. N° 534 de fecha 06 de Septiembre de 2018, se hace lugar a la acción instaurada y en tal sentido otorgar la autorización judicial a la señora Y. P. B. para que en representación de su hijo E. E. A. P. pueda negociar en el juicio indemnizatorio iniciado contra la empresa **GERMANWINGS GMBH** y sus aseguradoras por el falle-

cimiento en el accidente aéreo del señor N. E. A. P., que se individualiza como: Procedimiento ordinario – 298/2017-2. Materias: demandas de transporte nacional e inter presentada en fecha 22 de marzo de 2017, y que se tramita ante el juzgado N° 10 de Barcelona- España, con la obligación de rendir cuentas conforme lo establece el Art. 84 del C.N.A.

A SUS TURNOS, EL MAGISTRADO SILVIO RODRIGUEZ Y LA MAGISTRADA GLORIA ELIZABETH BENITEZ RAMIREZ DI-JERON: Manifiestan que se adhieren al voto de la Dra. María Del Carmen Romero López por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmado los Señores Miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

SENTENCIA N° 25

Asunción, 13 de Julio de 2020.

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital,

RESUELVE:

Hacer lugar al recurso de aclaratoria interpuesto por la Sra. Y. P. B. en relación a su hijo **E. E. A. P.**, y en tal sentido, **Aclarar el Acuerdo y Sentencia N° 19 de fecha 24 de junio de 2020**, quedando redactado como sigue: **REVOCAR** la S.D. N° 534 de fecha 06 de Septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno conforme a las razones y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución, y en tal sentido, **OTORGAR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL** a la señora **Y. P. B.** para que en representación de su hijo **E. E. A. P.** pueda negociar en el juicio indemnizatorio iniciado contra la empresa **GERMANWINGS GMBH** y sus aseguradoras por el fallecimiento en el accidente aéreo del señor N. E. A. P., que se individualiza como: Procedimiento ordinario – 298/2017-2. Materias: demandas de transporte nacional e inter presentada en fecha 22 de marzo de 2017, y que se tramita ante el juzgado N° 10 de Barcelona- España.

No hacer lugar al recurso de aclaratoria interpuesto por la Sra. Y. P. B. en referencia a su hija V. Y. A. P., quien a la fecha es mayor de edad.

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

JURISPRUDENCIA

Magistrados: María del Carmen Romero, Manuel Silvio Rodríguez,
Gloria Elizabeth Benítez Ramírez.

Ante mí: Claudia Patricia Vera Sosa, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 31

Cuestión debatida: *Los padres en representación de su hija solicitan por la vía de amparo la matriculación en la Institución Educativa donde estudia, derecho que perdió según el reglamento del Colegio porque se aplazó en el proceso ordinario, pero aprobó en el proceso extraordinario. Fundando la acción en que el acto administrativo impugnado vulnera el derecho a la educación de la adolescente por privarle de la posibilidad de retornar a la institución y culminar allí sus estudios conforme al arraigo y sentido de pertenencia en dicho Colegio.*

CONSTITUCIÓN NACIONAL. RECURSO DE AMPARO.

El Artículo 134 de la Constitución Nacional establece respecto al Amparo: “Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo.

RECURSO DE AMPARO. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

A la fecha del inicio de la acción, del dictado de la sentencia definitiva en primera instancia, la interposición del recurso de apelación y la contestación correspondiente, la alumna contaba con 17 años de edad por lo que la misma se ampara en la protección de la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido tenemos que los amparistas han referido que la resolución administrativa impugnada vulneraba el derecho a la educación pues la alumna había cursado sus estudios en ese Colegio y aunque había

reprobado en el periodo ordinario, en el extraordinario todas las materias había aprobado.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. REGLAMENTO. RESOLUCIONES. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Los reglamentos y resoluciones administrativos deben respetar los derechos y principios de rango constitucional como los establecidos en el Art. 46 de la C.N.: “Todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones”, en conjunción con lo dispuesto en el Art. 20 del C.N. y A: “...el niño y el adolescente tienen el derecho a una educación que les garantice el desarrollo armónico e integral de su persona, y que les prepare para el ejercicio de la ciudadanía”, el Art. 53 de la ley suprema que dispone: “Los derechos del niño, en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente” y el Art. 73 de la C.N. que dice: “Del derecho a la educación y sus fines: Toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente...sus fines son el desarrollo pleno de la personalidad humana...la justicia social, la solidaridad...”, así como lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Art. 3, numeral 1) y 2) establece que: “...En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño” y lo preceptuado en el Art. 3 del C.N. y A. que preceptúa: “Toda medida que se adopte respecto al niño y adolescente estará fundada en su interés superior...se respetarán su educación... se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes; así como su condición de persona en desarrollo...”.

RECURSO DE AMPARO.

La acción de amparo es la vía idónea ante la manifiesta arbitrariedad, daño inminente y urgencia, más aún cuando se trata de la matriculación a una institución educativa, a fin de que la amparista pueda cursar su último año de la educación media en el periodo lectivo 2020. La misma ha referido tener pertenencia a dicha Institución, lo que debe ponderarse como el derecho a la identidad psicosocial y a la educación, ya que cuenta con el correspondiente arraigo al haber cursado ahí sus estudios y ser el espacio en el cual ha socializado durante la convivencia educativa con sus

compañeros y profesores en ese entorno educativo, más aún si consideramos que tiene aprobadas las materias que había reprobado en el periodo ordinario, por lo que no existe un obstáculo académico que impida hacer lugar a la petición formulada por vía del amparo constitucional.

RECURSO DE AMPARO.

La urgencia se encuentra determinada en el año escolar 2020 que se encontraba en sus inicios al momento de presentarse esta acción y la escolarización es una circunstancia impostergable y perentoria, y que en este caso en particular por cuestiones de índole procesal hasta la fecha no ha sido efectivizado a favor de la menor de edad cuyo interés y tutela efectiva prevalece sobre cualquier otro.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. RECURSO DE AMPARO. INSTITUCIÓN EDUCATIVA.

Teniendo en cuenta que se encuentran los presupuestos exigidos en el Art. 134 de la Constitución Nacional para la procedencia de la acción instaurada por considerarse ilegítimo el acto impugnado por esta acción que impide la matriculación de la alumna en la institución educativa incoada, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por sus padres y por consecuencia revocar el apartado 1 de la S.D. N° 62 de fecha 09 de Marzo de 2020 y ordenar la incorporación inmediata de M. A. M. V. C. en el Colegio C.E.P.B. en el año lectivo 2020, debiendo este arbitrar los medios idóneos para que la misma tenga oportunidad de recuperar las clases pérdidas y sea oportunamente evaluada, a los efectos de culminar este año electivo con el grupo de compañeros y profesores al cual pertenece.

INSTITUCIÓN EDUCATIVA.

Emplazar al Colegio C.E.P.B. para que en el plazo de 48 (cuarenta y ocho) horas, matricule y admita como alumna del 3er año de la media para el periodo lectivo 2020 a la adolescente.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. AMPARO. Improcedencia.

La Señorita nació el XX de junio de 2.002, a la fecha es mayor de edad, cuenta con 18 años de edad, conforme se puede comprobar con el

certificado de nacimiento agregado a fojas uno de autos, por lo cual resulta inaplicable en este amparo lo previsto en la Convención de los derechos del niño y el Código de la Niñez específicamente el artículo 20 (Voto en disidencia de la Magistrada Gloria Elizabeth Benítez Ramírez).

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO.

Conforme al artículo 10 del Código Civil que dice:” La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia” y el 669 del Código Civil Paraguayo establece: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos” (Voto en disidencia de la Magistrada Gloria Elizabeth Benítez Ramírez).

INSTITUCIÓN EDUCATIVA. REGLAMENTO.

Se ha agregado la Resolución N° 0451/2017 del 13 de marzo de 2007 por el cual se establece: “el Reglamento Académico del Colegio C.E.P.B. dependiente del rectorado de la Universidad Nacional de Asunción”. Que en su caso debió ser atacado de Inconstitucional por los padres hoy recurrentes, si consideran que el mismo viola derechos o garantías constitucionales con relación a la integridad psicológica de su hija o si violan derechos a la educación. El reglamento integra un todo y claramente dispone que la alumna pierde su matrícula en los siguientes casos: cuando es reprobada en más de dos asignaturas en el examen global ordinario (Voto en disidencia de la Magistrada Gloria Elizabeth Benítez Ramírez).

AMPARO CONSTITUCIONAL.

El amparo constitucional solamente puede ser admitido cuando concurren los presupuestos establecidos en el artículo 134 de la Constitución Nacional, entre los cuales figura el acto manifiestamente ilegítimo, un acto que sea evidentemente ilegal o arbitrario. En este caso no se da este presupuesto, dado que existe un acuerdo entre los amparistas, es decir los padres de la adolescente y el Colegio C.E.P.B. (Voto en disidencia de la Magistrada Gloria Elizabeth Benítez Ramírez).

AMPARO CONSTITUCIONAL.

El amparo ha sido promovido para conseguir la permanencia de la estudiante en el Colegio C.E.P.B. Esta condición fue aceptada por los padres y la matriculación implica una relación contractual con el colegio. Y este reglamento fue aprobado por las autoridades educativas del Estado. Por ende, no se dan los presupuestos de admisibilidad del amparo conforme a lo previsto en la Constitución Nacional y en el artículo 565 del CPC y siguientes, y no existe una violación del artículo 73 del derecho a la educación previsto en la Constitución Nacional (Voto en disidencia de la Magistrada Gloria Elizabeth Benítez Ramírez).

Tapel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 22/07/2020. Causa: P. V. A. y otra en representación de su menor hija c/ Colegio C.E.P.B. s/ Amparo (Ac y Sent. N° 31).

CUESTIÓN:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARIA DEL CARMEN ROMERO LÓPEZ, SILVIO RODRÍGUEZ Y GLORIA ELIZABETH BENÍTEZ RAMÍREZ.

A LA ÚNICA CUESTIÓN planteada la Miembro María del Carmen Romero López dijo:

En la sentencia recurrida, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno resolvió: “1) *NO HACER LUGAR, a la presente Acción Constitucional de Amparo que promueven los Sres. P. D. V. A. y D. M. R. C. A., en nombre y representación de su menor hija M. A. M. V. C. contra el COLEGIO C.E.P.B., por su notoria improcedencia, de conformidad al exordio de la presente resolución.; 2) COSTAS en el orden causado; 3) ANOTAR...*”.

Contra la referida sentencia se alzan los señores P. D. V. A. y D. M. R. C. A., en nombre y representación de su menor hija M. A. M. V. C. contra el COLEGIO C.E.P.B., bajo patrocinio del Abogado VICENTE FLORENTIN BRIZUELA (fs.101/110) arguyendo cuanto sigue: “Que, en primer lugar venimos V.S. por el presente escrito a DARNOS POR NOTIFICADOS del contenido y resolución de la S.D. N° 62 de fecha 9 de marzo de 2020, y; en segundo lugar, y al mismo tiempo, venimos de conformidad a los establecido en el Art. 581 del Código Procesal Civil Paraguayo (C.P.C.)

a INTERPONER RECURSO DE APELACION en contra de la S.D. N° 62 de fecha 9 de marzo de 2020, y lo resuelto por ella, en base a la fundamentación del mismo que seguidamente pasaré a desarrollar. RECURSO DE APELACIÓN. Que, en fecha 25 de febrero pasado, hemos promovido ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL en contra del Colegio C.E.P.B. en procura de que la citada institución MATRICULE y ADMITA en sus instalaciones como alumna del 3er. Año de la Educación Media (último año), para el Periodo lectivo 2020, a nuestra hija M. A. M. V. C., con C.I. N° 4.958.244. Que, por providencia de fecha 24 de febrero de 2020, el Juzgado corrió traslado de la acción al Colegio C.E.P.B. y al Rectorado de la Universidad Nacional De Asunción quienes en fecha 25 de febrero de 2020 fueron notificados de la misma, y; en fecha 28 y 29 de febrero de 2020 respectivamente, CONTESTANDO TRASLADO de la acción promovida, dictando a posteriori el Juzgado en fecha 9 de marzo de 2020 la S.D. N° 62 que hoy es recurrida por nuestra parte, pero SIN QUE HAYAMOS PODIDO TENER CONOCIMIENTO Y ACCESO A LA MISMA, sino hasta la fecha, en razón de que la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.) en su sesión plenaria de fecha 11 de marzo de 2020, dispuso la suspensión de las actividades judiciales y administrativas, así como la correspondiente suspensión de los plazos registrales, administrativos y procesales... Así también, el Reglamento Académico del C.E.P.B. va en contra de lo establecido en el Art. 20 del Código de la Niñez y la Adolescencia (C.N.A.) que dice: "...el niño y el adolescente tienen el derecho a una educación que les garantice el desarrollo económico e integral de su persona, y que les prepara para el ejercicio de la ciudadanía", y; para el efectivo goce y ejercicio de éste derecho, el Art. 21 del mismo cuerpo legal, en concordancia con lo dispuesto en la Ley General de Educación no dice que "El sistema educativo garantizará al niño o adolescente...a) El derecho a ser respetado por sus educadores; b) El derecho de organización y participación en entidades estudiantiles; c) La promoción y difusión de sus derechos; e) El respeto a su dignidad.". Que, TODOS Y CADA UNO DE LOS ORDENAMIENTOS CITADOS ESTAN POR ENCIMA DEL REGLAMENTO ACADÉMICO DEL C.E.P.B., son de rango Constitucional, superior en todos los casos, pero no vemos que la resolución apelada vele por el cumplimiento de ninguno de ellos, es más, nos ratificamos en el hecho de que la Resolución del C.E.P.B. que dispuso la pérdida de la matrícula de la alumna M. A. M. V. C. del 2° Curso de la media, Sección "B", en razón de haber reprobado cuatro (4) asignaturas en

el examen global ordinario, periodo lectivo 2019, es ilegal, por infringir en su redacción con normas anteriormente citadas, las cuales han sido inobservadas a nuestro criterio en el Considerando de la S.N. N° 62 de fecha 9 de marzo de 2020. Finalmente, nos permitimos así mismo poner en conocimiento de VV.EE. que, el C.E.P.B., desoye y viene haciendo caso omiso a Resoluciones Ministeriales del Ministerio de Educación y Ciencias (M.E.C.) en éste sentido desde hace ya varios años, y; además entendemos y ha llegado a nuestro conocimiento que SU REGLAMENTO ACADÉMICO SIQUIERA SE HALLA HOMOLOGADO POR LA INSTITUCIÓN MATRIZ DE LA EDUCACIÓN EN PARAGUAY, NI ARMONIZADO A LAS DISPOSICIONES DE DICHA CARTERA DE ESTADO justamente por los vicios encontrados en su redacción y que hacemos notar a VV.EE. por lo que su aplicación a nuestros chicos es ilegal y por demás lesiva del legítimo interés superior que los mismos tienen, en éste caso de concluir sus estudios en el lugar, y con los amigos con los que compartieron toda su vida escolar... Según la citada resolución, y los criterios para la promoción al curso inmediato superior, que para el caso de nuestra hija sería el tercero de la media (último año del nivel), no existe impedimento académico para que la misma pueda ser matriculada por el C.E.P.B. como alumna para el periodo lectivo 2020... No obstante, con profundo infortunio, por el sentido de pertenencia y arraigo que el C.E.P.B. ha enraizado en nuestra hija, así como en nosotros, como miembros de la Comunidad Educativa de la citada institución, hemos leído en su descargo que “Sin dudas, jamás puede atribuirse responsabilidad a ninguna autoridad académica o administrativa de la institución o a una disposición administrativa del Colegio C.E.P.B. el estado de salud emocional de la alumna. Ni mucho menos pretender que el incumplimiento del deber de cuidado que obliga a los mismos, según el Código de la Niñez y la Adolescencia sea responsabilidad de otros estamentos.”. Esta desafortunada declaración, bajo el imperio de las normativas que venimos transcribiendo y demostrando que la institución transgrede abiertamente en violación a los derechos que le asisten no solo a mi hija, sino a todos sus compañeros, habla a las claras más del tipo de representantes administrativos, académicos y legales con que cuenta hoy el C.E.P.B. que de la misma institución y de los valores que inculcan allí. Sinceramente es decepcionante y por demás lamentable la actitud que hasta aquí han denostado. Que, así mismo, como DERECHOS FUNDAMENTALES a considerar en éstas Normas de Convivencia, que no vienen a ser otra cosa

más que los Reglamentos Internos, o como en éste caso, el Académico... Que, como alguna vez se manifestara al C.E.P.B. es irracional aplicar el Reglamento Académico a alumnos en situación regular y en condiciones de matricularse sin otro impedimento, como por ejemplo de orden disciplinario, nada más y nada menos que al ÚLTIMO AÑO DE LA EDUCACIÓN MEDIA, cancelándoles la matrícula por un (1) año y privándoles de esta forma de la posibilidad de retornar a la institución en el futuro y culminar allí sus estudios, posibilidad que si tendrían por ejemplo alumnos del 1er. año de la media, y; además, en el caso específico de chicos, como nuestra hija, de comprobado arraigo y sentido de pertenencia a la institución. VV.EE., lejos de querer convertir a vuestra sala en una segunda primera instancia, lo que aquí queremos evidenciar con la interposición del presente recurso es no solo lo que consideramos ha sido la inobservancia del A-quo a lo dispuesto en el Art. 582 del C.P.C., como se mencionara anteriormente, sino la solapada y repetitiva inobservancia del C.E.P.B. a disposiciones a las claras de preferencia o superiores a las redactadas, aprobadas y aplicadas por ellos bajo el ropaje de la aludida legalidad que le dan a una Carta Compromiso que, lejos de constituirse en un documento consensuado entre partes miembros de la Comunidad Educativa de la institución, es un documento impuesto por sus directivos a nosotros los padres, un tómallo o déjalo, un mero contrato de adhesión apartado de los preceptos que manda la C.D.N. o las mismas Resoluciones del M.E.C. y sí cuya aceptación sin protestos ni siquiera aceptarían nuestros hijos en dicha institución....". Finaliza solicitando sea revocada la S.D. N° 62 del 9 de marzo de 2020 y se emplace al Colegio C.E.P.B., para que matricule y admita en sus instalaciones como alumna del 3er año de la media para el Periodo Lectivo 2020 a M. A. M. V. C., con C.I. N° XXXXXX, por así corresponder en legítimo derecho.

El Abogado BENITO ALEJANDRO TORRES ACEVAL, en representación del RECTORADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION, contesta el traslado corrióle en los términos del escrito de (fs. 121/126), y entre otras cosas manifestó "...*Que los apelantes, señores P. D. V. A. en nombre y representación de su menor hija de nombre M. A. M. V. C., estudiante del COLEGIO C.E.P.B., se agravian del contenido de la Resolución judicial impugnada; realizando una transcripción cuasi literal del contenido de los argumentos ya desmeritados por el Juzgado inferior, por cuyas razones la aquo determinara el rechazo de las pretensiones dedu-*

cidas por esta vía excepcional. Que, en efecto a prima facie el memorial de agravios debe contener en la indicación de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan a la decisión recurrida; en ausencia de fundamentos especiales referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia del juzgado inferior a las aspiraciones del recurrente, no hay agravio para atender en la Alzada. En este sentido; el Art. 395 del C.P.C. determina que "...el recurso de apelación solo se otorgará de las sentencias definitivas, y de las resoluciones que decidan incidente o causen gravamen irreparable. Se entenderá por tal, el que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva...Que, en resumidas líneas M. A. M. V. C.; estudiante del COLEGIO C.E.P.B., representada por sus padres habrían cuestionado el procedimiento de las autoridades del COLEGIO en Primera Instancia; habiéndose limitado en esa oportunidad recursiva, al mero calco de manifestaciones sobre sus desacuerdos con los procedimientos internos propios del ejercicio reglado de la Institución Educativa, (ya analizado por el aquo) contra cuya resolución administrativa se habían alzado mediante la interposición de una medida constitucional reservada específicamente a requisitos excluyentes para su estimación. Que en aplicación al REGLAMENTO INTERNO DEL COLEGIO C.E.P.B. DEPENDIENTE DEL RECTORADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN", las autoridades han emitido el acto administrativo "POR EL CUAL SE ESTABLECE LA PERDIDA DE MATRICULA DE LA ALUMNA DE CONFORMIDAD AL REGLAMENTO ACADÉMICO VIGENTE" y que dispusiera la pérdida de matrícula de la alumna M. A. M. V. C., del 2º Curso de la media, Sección "B", en razón de haber reprobado cuatro (4) asignaturas, en el examen global ordinario, periodo lectivo 2019...". Que en esta posición han reclamado al Juzgado inferior, el dictamiento de una resolución judicial a fin de que EMPLACE a mi parte para que MATRICULE Y ADMITA en sus instalaciones como alumna para el Periodo Lectivo 2020 a la menor, cuando el alcance del art. 134 de la Constitución Nacional como garantía constitucional relacionada a un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo de una autoridad o de un particular, no hace a una decisión académica sustentada en Reglamentos internos apegados a principios de legalidad. Que, así mismo, no se han concretado los presupuestos del art. 565 del C.P.C. se ha aclarado precisamente en su oportunidad que nos hallábamos ante un acto administrativo típico; contra el que debió ocurrir por la vía procesal idónea, vale decir ante la jurisdicción contencio-

sa administrativa, en donde pudo justificar la pertinencia de una medida cautelar si considerare el agravio, consecuencia de un actuar irregular o ilegítimo de la Autoridad Administrativa. Que en el cúmulo de errores procesales; han alegado los amparistas que la aplicación del art. 16.4 del Reglamento Académico, limitada su menor hija el legítimo Derecho a la Educación, consagrada en los Arts. 73 y 74 de la C.N. y demás concordantes. Vale decir, la “redacción del instrumento normativo” a criterio de los mismos atentaba contra el texto claro de la norma constitucional, por lo que han excitado al órgano jurisdiccional a actuar en consecuencia, procurando a través de esta medida excepcional que instruya a mi parte, a adecuarse al agravio presunto de los mismos...Que, así mismo en virtud a la apelación deducida contra la S.D. N° 62 de fecha 09 de marzo de 2020, los recurrentes han pretendido introducir la figura de los HECHOS NUEVOS relacionado a la DECLARACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA, que además de no hallarse vinculada a la cuestión controversial o medida constitucional de urgencia o de vulneración de garantías, constituye una incidencia de naturaleza probatoria que debe ser invocada únicamente en la etapa procedimental íntimamente relacionada a la cuestión principal. ...Finalmente V.E.: toda matriculación importa un acuerdo entre los que peticionan los servicios de la Institución, y la Entidad que se compromete a ofrecer tal servicio amparado en normativas institucionales y requerimientos para denotar calidad del servicio, por lo que alegar desconocimiento de las obligaciones mutuas, no puede ser invocada como lesión constitucional que requiere intervención judicial para torcer lo que no ha sido cumplido por una de las partes. Hemos de ratificarnos en que la Institución educativa representada por el RECTORADO de la UNIVERSIDAD DE ASUNCIÓN, constituye una Entidad formadora de estudiantes que puedan reunir la capacidad competitiva, con la culminación de sus estudios primarios, secundarios y universitarios y el esmero en reunir un perfil académico optimizado, en el deseo de construir eventuales actores un futuro que destaquen su liderazgo, de reunir dicha notoriedad...Que V.E.; el amparo procede contra actos ilegítimos, y NO procede contra resoluciones administrativas que además no han sido recurridas en la jurisdicción pertinente, vale decir, LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA en su caso, en donde podrán sustentarse de ser viables, las medidas de urgencia por razones de probable inminencia puedan ser emitidas. En tal sentido, solicita tener por contestado el traslado de la apelación deducida contra la S.D. N° 62 de fecha 09 de mar-

zo de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno de la Capital, Secretaria 2 y que la sentencia apelada sea confirmada por hallarse ajustada a derecho.

El Artículo 134 de la Constitución Nacional establece respecto al Amparo: *“Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo.*

De la lectura de las constancias de autos, se advierte que la acción ha sido instaurada por los señores P. D. V. A. y D. M. R. C. A. en representación de su hija M. A. M. V. C., solicitando por la vía de amparo la matriculación y admisión en el Colegio C.E.P.B. a fin de cursar el tercer año de la media en el año lectivo 2020, ya que la citada institución educativa había cancelado la matriculación de la adolescente por haberse aplazado en varias materias en el periodo ordinario, pero que posteriormente había aprobado dichas materias en el periodo extraordinario, fundando la acción en que el acto administrativo impugnado vulnera el derecho a la educación de la adolescente por privarle de la posibilidad de retornar a la institución y culminar allí sus estudios conforme al arraigo y sentido de pertenencia en dicho Colegio, no existiendo un obstáculo académico para lo peticionado.

La institución accionada ha elevado informe refiriendo que los amparistas habían aceptado las condiciones establecidas en el Reglamento de dicha casa de estudios, por ende, no existe vulneración de derecho ni tampoco existe urgencia pues la adolescente tiene la opción de seguir sus estudios en otra institución educativa además de tener expedita la vía administrativa.

A la fecha del inicio de la acción, del dictado de la sentencia definitiva en primera instancia, la interposición del recurso de apelación y la contestación correspondiente, M. A. M. V. C. contaba con 17 años de edad por lo que la misma se ampara en la protección de la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido tenemos que los amparistas han referido que la resolución administrativa impugnada vulneraba el derecho a la educación de M. A. M. V. C. pues la misma había cursado sus estudios en ese Colegio y aunque había reprobado en el periodo ordinario en el extraordinario todas las había aprobado.

En ese orden de ideas, debemos ponderar si dicha resolución impugnada se adecua o no a los derechos tutelados en la Constitución Nacional, en la Convención de los derechos del niño y demás leyes vigentes, referente a M. A. M. V. C. Los reglamentos y resoluciones administrativos deben respetar los derechos y principios de rango constitucional como los establecidos en el Art. 46 de la C.N.: *“Todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones”*, en conjunción con lo dispuesto en el Art. 20 del C.N. y A: *“...el niño y el adolescente tienen el derecho a una educación que les garantice el desarrollo armónico e integral de su persona, y que les prepare para el ejercicio de la ciudadanía”*, el Art. 53 de la ley suprema que dispone: *“Los derechos del niño, en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente”* y el Art. 73 de la C.N. que dice: *“Del derecho a la educación y sus fines: Toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente...sus fines son el desarrollo pleno de la personalidad humana...la justicia social, la solidaridad...”*, así como lo establecido en la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, en su Art. 3, numeral 1) y 2) establece que: *“...En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”* y lo preceptuado en el Art. 3 del C.N. y A. que preceptúa: *“Toda medida que se adopte respecto al niño y adolescente estará fundada en su interés superior...se respetarán su educación... se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes; así como su condición de persona en desarrollo..”*.

Conforme a las normativas citadas, la acción de amparo es la vía idónea ante la manifiesta arbitrariedad, daño inminente y urgencia, más aún cuando se trata de la matriculación a una institución educativa, a fin de que la amparista pueda cursar su último año de la educación media en el periodo lectivo 2020. La misma ha referido tener pertenencia a dicha Institución, lo que debe ponderarse como el derecho a la identidad psicosocial y a la educación, ya que cuenta con el correspondiente arraigo al haber cursado ahí sus estudios y ser el espacio en el cual ha socializado durante la convivencia educativa con sus compañeros y profesores en ese entorno educativo, más aún si consideramos que tiene aprobadas las materias que había reprobado en el periodo ordinario, por lo que no existe un obstáculo académico que impida hacer lugar a la petición formulada por vía del am-

paro constitucional. La urgencia se encuentra determinada en el año escolar 2020 que se encontraba en sus inicios al momento de presentarse esta acción y la escolarización es una circunstancia impostergable y perentoria, y que en este caso en particular por cuestiones de índole procesal hasta la fecha no ha sido efectivizado a favor de M. A. M. V. C. cuyo interés y tutela efectiva prevalece sobre cualquier otro.

En este sentido teniendo en cuenta que se encuentran los presupuestos exigidos en el Art. 134 de la Constitución Nacional para la procedencia de la acción instaurada por considerarse ilegítimo el acto impugnado por esta acción que impide la matriculación de M. A. M. V. C. en la institución educativa incoada, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los señores P. D. V. A. y D. M. R. C. A. y por consecuencia revocar el apartado 1 de la S.D. N° 62 de fecha 09 de Marzo de 2020 y ordenar la incorporación inmediata de M. A. M. V. C. en el Colegio C.E.P.B. en el año lectivo 2020, debiendo este arbitrar los medios idóneos para que la misma tenga oportunidad de recuperar las clases perdidas y sea oportunamente evaluada, a los efectos de culminar este año electivo con el grupo de compañeros y profesores al cual pertenece. EMPLAZAR al Colegio C.E.P.B. para que en el plazo de 48 (cuarenta y ocho) horas, matricule y admita como alumna del 3er año de la media para el Periodo Lectivo 2020 a M. A. M. V. C., con C.I. N° XXXXXX.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas en el orden causado, considerando los derechos discutidos en autos. Es mi voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. SILVIO RODRIGUEZ, DIJO:

Manifiesta que se adhiere al voto de la preopinante por los mismos fundamentos.

A SU TURNO LA DRA. GLORIA ELIZABETH BENÍTEZ RAMÍREZ, DIJO:

La Señorita M. A. M. V. C. nació el 23 de junio de 2.002, a la fecha es mayor de edad, cuenta con 18 años de edad, conforme se puede comprobar con el certificado de nacimiento agregado a fojas uno de autos, por lo cual resulta inaplicable en este amparo lo previsto en la Convención de los derechos del niño y el Código de la Niñez específicamente el artículo 20.

Conforme a la resolución del 12 de diciembre de 2019, firmada por el Director General Profesor Lic. E. R. se dispuso la pérdida de la matrícula de la alumna M. A. M. V. C., en razón de haber reprobado en cuatro asignaturas, en el examen global, del periodo lectivo.

A fojas 44/46 existe una carta de compromiso de los padres de M. A. M. V. C., los Señores D. C. y P. V. Se constata que las partes estaban de acuerdo con las reglas y condiciones del Colegio C.E.P.B. dependiente del Rectorado y por ende de la Universidad Nacional de Asunción. Así mismo ese reglamento que hoy atacan de ilegal fue acatado durante la vida académica de la alumna M. A. M. V. C. y por sus padres durante 13 años, desde el Jardín de Infantes. Según puede leerse es alumna regular desde el año 2007, toda su vida con compañeros, profesores y amigos de años. Y que por una disposición administrativa académica reglamentaria no puede seguir sus estudios en el C.E.P.B., (ver fojas 33 de autos).

Los recurrentes sostienen que el reglamento del Colegio C.E.P.B. va en contra de lo establecido en el artículo 20 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que dice que “el niño y el adolescente tienen el derecho a una educación que les garantice el desarrollo económico e integral de su persona, y que les prepare para el ejercicio de la ciudadanía”. Haberse matriculado en el Colegio implica la aceptación de las reglas y normas establecidas en el Reglamento interno, aceptación que resulta obvia por cuanto que la matriculación supone una relación contractual con base en el principio de la autonomía de la voluntad....Un acto que se halla fundado en un reglamento admitido por ambas partes (el Colegio y los padres) y, además, aprobado legalmente por autoridades académicas superiores, jamás podrá ser conceptuado como arbitrario o manifiestamente ilegítimo... Por supuesto, al no existir el acto ilegítimo mal podría existir lesión grave y la urgencia.

Si, los padres recurrentes consideran arbitrario o inconstitucional el reglamento del Colegio C.E.P.B. no hubiera suscripto el correspondiente pedido de matriculación de la hija M. A. M. V. C.

Conforme al artículo 10 del Código Civil que dice:” La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia” y el 669 del Código Civil Paraguayo establece: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos”.

Se ha agregado a 49/59 la Resolución N° 0451/2017 del 13 de marzo de 2007 por el cual se establece: “el Reglamento Académico del Colegio C.E.P.B. dependiente del rectorado de la Universidad Nacional de Asun-

ción". Que en su caso debió ser atacado de Inconstitucional por los padres hoy recurrentes, si consideran que el mismo viola derechos o garantías constitucionales con relación a la integridad psicológica de su hija o si violan derechos a la educación. El reglamento integra un todo y claramente dispone que la alumna pierde su matrícula en los siguientes casos: cuando es reprobada en más de dos asignaturas en el examen global ordinario.

El amparo constitucional solamente puede ser admitido cuando concurren los presupuestos establecidos en el artículo 134 de la Constitución Nacional, entre los cuales figura el acto manifiestamente ilegítimo, un acto que sea evidentemente ilegal o arbitrario. En este caso no se da este presupuesto, dado que existe un acuerdo entre los amparistas, es decir los padres de M. A. M. V. C. y el Colegio C.E.P.B.

El amparo ha sido promovido para conseguir la permanencia de la estudiante en el Colegio C.E.P.B. Esta condición fue aceptada por los padres y la matriculación implica una relación contractual con el colegio. Y este reglamento fue aprobado por las autoridades educativas del Estado. Por ende no se dan los presupuestos de admisibilidad del amparo conforme a lo previsto en la Constitución Nacional y en el artículo 565 del CPC y siguientes, y no existe una violación del artículo 73 del derecho a la educación previsto en la Constitución Nacional.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar el Amparo promovido por improcedente. En consecuencia considero que el Tribunal de la Niñez y la Adolescencia debe confirmar la Sentencia Número 62 del 9 de marzo del 2020 por hallarse la decisión ajustada a derecho. Así voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue.

ANTE MÍ:

SENTENCIA N°

Asunción, 22 de julio de 2020.

VISTO: Lo que resulta de la votación que incluye el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital,

RESUELVE: 31

REVOCAR el apartado 1 de la S.D. N° 62 de fecha 09 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adoles-

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

cencia del Primer Turno, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

EMPLAZAR al Colegio C.E.P.B. para que en el plazo de 48 (cuarenta y ocho) horas, matricule y admita como alumna del 3er año de la media para el Periodo Lectivo 2020 a M. A. M. V. C., con C.I. N° XXXXXX.

IMPONER LAS COSTAS en ésta instancia en el orden causado, considerando la acción instaurada.

ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: María del Carmen Romero López, Silvio Rodríguez y Gloria Elizabeth Benítez Ramírez.

Ante mí: Claudia Patricia Vera Sosa, Actuaría Judicial

ACUERDO Y SENTENCIA N° 35

Cuestión debatida: *El presente fallo se aboca al estudio de los agravios expuestos por un amparista contra la resolución que ha denegado su pretensión de cobertura y atención médica.*

Por tanto, se verán confrontadas las posiciones esgrimidas por las partes, una basada en disposiciones del Código Civil respecto a incumplimientos contractuales y la otra que sustenta su reclamo asistencial en los derechos consagrados en la Constitución Nacional de la República del Paraguay.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. Derechos Humanos.

Así las cosas, el derecho a la vida garantizado en la Constitución Nacional (art. 4°), tiene su complemento con el artículo 68 de la misma Carta Magna, puesto que es la forma en que se puede hacer efectivo el primer derecho. En cuanto al artículo 69 de la Constitución Nacional, la

norma reza; “*Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado.*”

Si bien esta preceptiva puede considerarse como *programática*, por decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, así como igualmente por esta Sala se ha vuelto operativa, es decir, de aplicación directa en los casos donde la protección de los derechos humanos está por encima de las disposiciones del Código Civil y del Código Procesal Civil, la solución del presente Amparo no puede sustraerse a la aplicación del Principio de Equidad.

CONTRATO. Efectos del Contrato. Cumplimiento de Contrato.

A fojas 30 de estos autos, Asismed reconoce que el contrato se encuentra activo, por lo cual debe prestar el servicio médico a su asegurado, más aún en este tiempo de pandemia y ante la situación económica complicada y difícil que padecen muchos ciudadanos y que no necesita demostración por ser un hecho que se vive en Paraguay y en el mundo la parte demandada sostiene que Asismed S.A. es una sociedad comercial, y que el derecho de la salud lo debe brindar el estado. Considero que Asismed es una prestadora de servicios o asistencia en el área de salud, razón por la cual debe velar por la protección a la vida y la salud de sus asegurados en cumplimiento de un mandato constitucional. Voto por la revocación de la sentencia definitiva número 191 del 5 de junio 2020.

TApel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 30/08/2020. “J. J. M. A. c/ ASISMED S.A. s/ Amparo” (Ac. y Sent. N° 35).

Previa verificación de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes;

CUESTIONES:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Magistrados SILVIO RODRIGUEZ, MARIA DEL CARMEN ROMERO LÓPEZ y GLORIA ELIZABETH BENÍTEZ RAMÍREZ

A LA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA EL PREOPINANTE DR. SILVIO RODRIGUEZ DIJO:

En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió cuanto sigue: “1. *NO HACER LUGAR al Amparo Constitucional de pronto despacho promovido por el Sr. J. J. M. A. bajo patrocinio de Abogado Reinaldo Agüero Rolón en contra de la firma ASISMED S.A., por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución, y, en consecuencia;* 2. *Imponer costas a la perdedora;* 3. *NOTIFÍQUESE por cédula;* 4. *ANOTAR...*” (fls. 36/39).

Brevitatis Causam, haremos abstracción de la fundamentación de la expresión de agravios del Sr. J. J. M. A. quien solicita la revocación de la resolución en alzada (fls.42/45) y de la contestación por parte del profesional Carlos Benítez Balmelli, en representación de ASISMED S.A., quien, a su vez, petitionó la confirmación de la sentencia recurrida (fls.47/52), sin perjuicio de resaltar ciertos puntos de ambas pretensiones.

En principio, hay que partir de la base de lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución Nacional que dice: “*Toda persona que **por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo**, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en un peligro de serlos en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que **debido a la urgencia del caso** no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante un magistrado competente.*”

Dentro de este contexto, según el Instituto Privado de Hematología e Investigación Clínica; “*El Señor J. J. M. A. es portador de las siguientes enfermedades: Diabetes Mellitus Tipo II, Hipercolesterolemia, Hipertensión Arterial, Osteoporosis y Hemocromatosis.*” (fl.4). El amparista expresó en la acción instaurada que sufría de una Diabetes “en estado grave” (fl.7). En realidad, según la descripción de las enfermedades que padece el Señor J. J. M. A. y, aunque, no conste su grado de glicemia en sangre, puede concluirse que tiene un combo bastante completo. De modo que, si este es su estado de salud actual, necesitaría de un análisis general y conocerse los efectos de la diabetes en su persona porque sabido es que esta enfermedad se la puede mantener controlada con una buena dieta y las demás indicaciones que le puede dar su médico tratante.

En este sentido, el amparista también mencionó que la empresa ASISMED S.A. le había enviado el 5 de mayo de 2020 el aviso intimatorio que textualmente expresa: “Por la presente nos dirigimos a usted en su carácter de beneficiario titular del grupo de referencia, a fin de informarle que el contrato de cobertura médica, Plan Premium que tiene contratado y que fuera renovado en fecha 1 de enero de 2020, se encuentra pendiente de

pago con la cobertura activa a la fecha. **Le informamos que en caso de no registrarse pago dentro de las 72 horas posteriores a la recepción de esta nota la cobertura quedará suspendida.** Por lo expuesto, rogamos se ponga en contacto cuanto antes con el Dpto., de Renovaciones de la empresa, al número telefónico 021 288 7734 para más información.” (fl.3).

Por la circunstancia antes aludida, la parte actora creyó conveniente impetrar el presente Amparo Constitucional para asegurar la atención que requiere de ASISMED para la preservación de su salud, fundado en las disposiciones de los artículos 68 y 69 de la Constitución Nacional y, además, por el peligro que significa esta pandemia del coronavirus (fls. 8/12), tal es el texto y contexto que se da en el presente caso

El amparista pretende que la firma ASISMED S.A. cubra la atención médica que necesita durante todo el año 2020. Sin embargo, admite que no cumplió con la contraprestación estipulada en el contrato de servicios médicos, debido a la conjetura actual de la economía y la suspensión de varias actividades por parte del Gobierno Nacional (Decreto Presidencial N° 3456 de fecha 16 de marzo de 2020 – fl.8/12). Por consiguiente, puede notarse nítidamente que la posición asumida por la firma ASISMED S.A. se fundamenta en las disposiciones del Código Civil y Procesal Civil que regulan lo concerniente al incumplimiento de los contratos y, por otra parte, que el amparista se ha basado exclusivamente en el carácter constitucional del reclamo asistencial.

Así las cosas, el derecho a la vida garantizado en la Constitución Nacional (art. 4°), tiene su complemento con el artículo 68 de la misma Carta Magna, puesto que es la forma en que se puede hacer efectivo el primer derecho. En cuanto al artículo 69 de la Constitución Nacional, la norma reza; “*Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado*”.

Si bien esta preceptiva puede considerarse como *programática*, por decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia así como igualmente por esta Sala se ha vuelto operativa, es decir, de aplicación directa en los casos donde la protección de los derechos humanos está por encima de las disposiciones del Código Civil y del Código Procesal Ci-

vil, la solución del presente Amparo no puede sustraerse a la aplicación del Principio de Equidad.

Sobre la base de estas consideraciones, soy del parecer que debe revocarse la sentencia recurrida en el sentido de mantener la vigencia del contrato de servicios médicos entre la firma ASISMED S.A. y el Señor J. J. M. A., por todo el año 2020, sin perjuicio de que posteriormente reclame la Empresa de Seguros todo lo adeudado al amparista por los conductos legales pertinentes. Tengo entendido que de esta forma, se pone a resguardo los intereses de la firma ASISMED S.A. y que el Señor J. J. M. A. reciba los tratamientos adecuados a la atención de su salud, con el compromiso para el amparista de que cumplirá con rigurosidad las indicaciones médicas que correspondan al caso. Respecto a las costas, creo de rigor imponerlas en el orden causado en ambas instancias ya que la solución del caso ha provenido de un razonamiento ajeno a los intereses defendidos por ambas partes. Así voto.

A su turno, la Magistrada María del Carmen Romero López dijo:

Comparto el voto emitido por el Dr. Silvio Rodríguez, y agrego cuanto sigue: Por S.D. N° 192 de fecha 5 de junio de 2020, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, ha resuelto: “1) *NO HACER LUGAR al Amparo Constitucional de pronto despacho promovido por el Sr. J. J. M. A., bajo patrocinio del Abogado REINALDO AGÜERO ROLÓN en contra la Firma ASISMED S.A., por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución y en consecuencia; 2) IMPONER costas a la perdedora; 3) NOTIFIQUESE por cédula; 4) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia”.*

Contra esta sentencia se alza el amparista, el Sr. J. J. M. A., por derecho propio y bajo patrocinio del abogado REINALDO AGÜERO ROLÓN con Matrícula N° 51397, interponiendo recurso de apelación y en lo medular de su presentación, entre otras cosas dijo: “*Agravia a mi parte que la sentencia recurrida, no tuvo en cuenta la gravedad de los hechos (peligro de mi vida) y la urgencia que justifica este amparo (enfermedad grave con detonante en cualquier momento)... soy enfermo con una diabetes terminal por el cual necesito de urgencia los servicios médicos y el cuidado de los mismos para cualquier consulta o emergencia... la sentencia recurrida cita el art. 424 sobre el vencimiento de las moras. Pero sin tener en cuenta la circunstancia actual del Estado de Emergencia Nacional por la Pandemia*

de Coronavirus o Covid-19 tampoco tuvo en cuenta que los vencimientos se encuentran suspendidos y postergado por la Ley N° 6524/2020, el Decreto N° 3456/2020 y el Código Sanitario, otorgándose la oportunidad a los comerciantes, trabajadores, deudores de bancos y entidades financieras...”. Finaliza solicitando sea revocada la sentencia recurrida (fs.42/45).

El Abogado Carlos Benitez Balmelli, con Matrícula C.S.J. 2.170, apoderado de la firma ASISMED, contesta el traslado corrído fundamenteando que *“ASISMED S.A. no presta servicios de salud, sino que ofrece planes de cobertura médica... que es una sociedad de carácter privado que no integra la estructura del Estado, sino que ofrece a sus beneficiarios planes de cobertura médica contra el pago del precio, por lo que lejos está de su objeto la prestación de servicios de salud... Por otra parte... a pesar de que una suspensión de la cobertura sería legítima por el gran atraso en el pago y la intimación efectuada, ASISMED S.A. aún mantiene activo el contrato y por ende la cobertura... el amparista no presenta negativa alguna de ASISMED S.A. a prestar cobertura alguna...Esto... hace suponer que la única finalidad de la presente acción es desconocer una obligación que tiene el amparista para con mi mandante, consistente en el pago de la prestación debida por contrato. Es decir, el Sr. J. J. M. A. busca beneficiarse con una prestación a la que no tiene derecho, por no haber cumplido con la contraprestación a la cual se encuentra obligado”*. Finaliza solicitando sea confirmada la sentencia recurrida (fs. 47/52).

Resulta imperioso partir de las premisas establecidas en la Constitución Nacional, que establece en el Artículo 4. *“Del derecho a la vida. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación...”*. Y en el Artículo 68 del mismo cuerpo legal: *“Del derecho a la salud El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.*

Si bien es atendible lo manifestado por el representante convencional del ASISMED, respecto a que el amparista recurre a la Institución queriendo usufructuar la cobertura del seguro médico habiendo incurrido

en mora, de las constancias de autos surge que el señor J. J. M. A. suscribió contrato anual con la citada empresa, habiendo renovado en forma automática a través de los años, desde Enero de 2005 (fs. 29) y, sus pagos han sido realizados, cumpliendo con ello a través de 14 años, y que en año 2020 ha realizado un pago parcial de Gs. 5.508.000 a cuenta de mayor suma. No existe duda en cuanto a la mora en el pago pero la propia demandada ha referido “...**a pesar de que una suspensión de la cobertura sería legítima por el gran atraso en el pago y la intimación efectuada, ASISMED S.A. aún mantiene activo el contrato y por ende la cobertura...**”, no acreditando qué situación ha variado a la fecha que ya no pueda otorgar cobertura del contrato ya que según sus propios dichos la mora del recurrente es del mes de enero del 2020. Ante estas manifestaciones de la propia demandada de que el contrato se encuentra activo y ponderando el derecho a la salud con cuestiones de índole pecuniaria, queda claro que el derecho a la vida y a la salud son derechos prevalecientes y fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, más aún cuando se trata de enfermedades de tal gravedad en el que la vida de la persona podría estar en juego, lo cual no exonera al amparista del pago correspondiente, teniendo la demandada las vías oportunas para reclamar el cobro de los montos adeudados por el accionante. En tal sentido doy mi voto por la revocación de la sentencia recurrida, haciendo lugar al amparo.

Es mi voto

A su turno, la Magistrada Gloria Elizabeth Benítez Ramírez dijo:

Acompaño la resolución de mis distinguidos colegas de sala y agrego cuanto sigue:

El señor J. J. M. A. ha presentado a fojas uno de estos autos un comprobante de pago de 5.000.000 de guaraníes, de fecha 16 de enero de 2020. Asimismo, se ha agregado a fojas dos de autos una factura anual en donde consta una cobertura médica titular que dice enero 2020/diciembre 2020, documento también agregado a fs 27 de estos autos por el demandado y un total facturado 16.524.000 razón por la cual considero que no se podía disponer la suspensión de la cobertura, cuando la misma nota dice en el párrafo anterior con la cobertura activa. Por esta razón considero que Asismed ha cometido un acto contradictorio y arbitrario que lo torna ilegítimo.

JURISPRUDENCIA

A su vez, se ha demostrado suficientemente en estos autos, según constancia de fs.4, donde se certifica que el paciente J. J. M. A. es portador de diabetes mellitus tipo II, hipercolesterolemia, hipertensión arterial, osteoporosis y hemocromatosis, razón por la cual el amparo es la vía urgente para la protección de la vida y la salud del amparista, por lo cual se hallan reunidos los presupuestos de los artículos 4, 68, 130 y 134 de la Constitución Nacional y el artículo 565 del Código Procesal Civil, se ha probado la urgencia y situación de gravedad de la salud del amparista.

A fojas 30 de estos autos, Asismed reconoce que el contrato se encuentra activo, por lo cual debe prestar el servicio médico a su asegurado, más aún en este tiempo de pandemia y ante la situación económica complicada y difícil que padecen muchos ciudadanos y que no necesita demostración por ser un hecho que se vive en Paraguay y en el mundo la parte demandada sostiene que Asismed S.A. es una sociedad comercial, y que el derecho de la salud lo debe brindar el estado. Considero que Asismed es una prestadora de servicios o asistencia en el área de salud, razón por la cual debe velar por la protección a la vida y la salud de sus asegurados en cumplimiento de un mandato constitucional. Voto por la revocación de la sentencia definitiva número 191 del 5 de junio 2020

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores Miembros ante mí, que certificó quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la adolescencia de la Capital,

RESUELVE:

1º) REVOCAR la S.D. N° 192 de fecha 5 de junio 2020, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, en el sentido de mantener la vigencia del contrato de servicios médicos acordado entre la firma ASISMED S.A. y el señor J. J. M. A. en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución.

2º) COSTAS de ambas instancias en el orden causado.

3º) ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

Magistrados: Silvio Rodríguez, María del Carmen Romero, Gloria Elizabeth Benítez.

Ante mí: Abg. Claudia Patricia Vera Sosa, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 43

***Cuestión debatida:** En el presente fallo el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia se expide sobre la procedencia, de otorgar la venia para viajar a una menor con su madre para radicarse en otro país.*

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Se ha puesto fin a un litigio condensado en dos tomos de expedientes, con 400 fojas en total y que ha iniciado por proveído del 27 de octubre de 2016, es decir, hace más tres años que los progenitores litigan por sus respectivos intereses e invocando según sus pretensiones, los derechos de la niña.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Corresponde que la justicia especializada realice la correcta aplicación de las leyes vigentes a los hechos invocados y demostrados, considerando además los principios del interés superior del niño, de conformidad a lo dispuesto en el art. 54 de la Constitución Nacional, como así también en el art. 3 de la Convención de los Derechos de los Niños y art. 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA.

El principio de la autonomía progresiva, que significa que la niña va a adquirir mayor capacidad de discernimiento cuanta más edad tenga. Este principio menciona que la infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.

PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN. EL PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD.

El principio de la no discriminación pretende asegurar que los niños sean titulares de los derechos como seres humanos en desarrollo. El principio de la efectividad de los derechos busca la protección efectiva de los derechos y su satisfacción real. Es decir que, en esta jurisdicción tenemos las directrices para la interpretación, integración y aplicación de las normas desde los intereses de los niños y no desde las necesidades personales de los padres.

VENIA JUDICIAL. CONFESIÓN JUDICIAL.

Según lo relatado, el art. 302 del C.P.C., dispone: “...*La confesión judicial expresa o ficta y la extrajudicial, será apreciadas por el juez juntamente con las demás pruebas, y de acuerdo con los principios de la sana crítica...*”. La progenitora manifiesta que el bienestar de su hija en Alemania será gracias a la condición económica de su esposo, quien además tiene un apartamento y una casa propia donde vive con sus padres. A este respecto corresponde afirmar que el esposo de la señora no tiene obligaciones jurídicas con su hija, según constancias de autos, el señor vive en la casa de sus padres exento de gastos y dice que en Alemania existe la enseñanza obligatoria para menores que hayan cumplido los 6 años. Este documento se refiere a los niños menores de 6 años, pero la niña actualmente ya cuenta con 9 años de edad. No existen constancias en autos con respecto al lugar del futuro trabajo de la progenitora, como tampoco la remuneración económica que la misma obtendría en el hospital de Alemania que la misma menciona, tampoco se ha mencionado en qué colegio estudiará la niña. Estas incertidumbres violan los derechos fundamentales de la niña quien no puede dimensionar sus necesidades reales dada su situación jurídica de ser sujeto en desarrollo.

DERECHO A SER OÍDO. NIÑO. Madurez. PRUEBAS.

La niña fue oída por la Jueza de Primera Instancia, manifestó que desea viajar a Alemania para estar con su progenitora y con la familia de su hermano a quienes considera su familia de corazón, sin embargo, esta declaración debe ser considerada desde la madurez de la niña y desde el grado de angustia en la que se encuentra y el cuadro depresivo. Los con-

flictos generados entre los progenitores no le permiten a la niña tener un ambiente de calma y armonía, tal y como se desprende de las pruebas valoradas.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

El art. 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia sostiene que el interés superior del niño implica: “...*que se respetarán los vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo...*”. Y considerando lo dispuesto en el art. 54 de la Constitución Nacional, el art. 3, 70 y 101 del C.N. y A., corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra la S.D. N° 590 del 26 de noviembre de 2019 y en consecuencia revocar la sentencia recurrida en todos sus términos y los alcances del mismo.

COSTAS.

Con relación a las costas generadas en la instancia de grado inferior, y en atención a que la parte actora se allanó al pedido de la parte demandada con respecto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado, el punto apelado debe ser revocado y por tanto eximir de las costas de primera instancia al señor.

COSTAS.

Con respecto a las costas de esta instancia, las mismas deben ser impuestas también en el orden causado, considerando que ambos progenitores plantearon sus posiciones ejerciendo la patria potestad de su hija.

RÉGIMEN DE RELACIONAMIENTO. VENIA PARA VIAJAR. DERECHO A LA DEFENSA.

La resolución recurrida también ordena la suspensión del régimen de relacionamiento paterno filial, siendo que dicha circunstancia tampoco ha sido objeto de discusión como acción en estos autos, pues aunque en el escrito de inicio de demanda se ha alegado que el régimen de relacionamiento de la niña con el progenitor sería libre y también por medios telemáticos, la acción instaurada se ha centrado en la venia para viajar con fines de radicación, por lo que al existir un régimen de relacionamiento

paterno filial establecido judicialmente antes del inicio de esta acción, debía debatirse como acción conjunta o separadamente la modificación de dicho régimen de relacionamiento a fin de precautelar el derecho a la defensa en juicio.

VENIA PARA VIAJAR.

No se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para que se otorgue la venia incoada y se modifique el arraigo actual de la niña en esta etapa de su vida, pues no se ha acreditado efectivamente que dicho desarraigo otorgará a la infante mejores condiciones de vida, debiendo ponerse énfasis en que el interés primordial de los progenitores en estos momentos debe ser la estabilidad emocional de la niña, lo cual se dará cuando sus padres acuerden las diversas cuestiones que hacen a la vida de la misma.

**Tapel. de la Niñez y de la Adolescencia. Capital. 01/09/2020.
Causa: “J. C. M. V. K. s/ Venia para viajar con fines de radicación”
(Ac. y Sent. N° 43).**

CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Gloria Elizabeth Benítez Ramírez, María del Carmen Romero López y Gustavo Auadre.

A LA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA, LA MIEMBRO PREOPINANTE DIJO:

Por S.D. N° 590 del 26 de noviembre de 2019, el Juzgado resolvió: “...1) *HACER LUGAR a la AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA VIAJAR con FINES DE RADICACIÓN, solicitado por el Abogado ALFREDO MONTANARO, en representación de la señora C. L. N. K., contra el señor J. E. F. V., en relación a la niña J. C. M. V. K., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución, en consecuencia.* 2) *CONCEDER la autorización para viajar a la ciudad de KINTZINGEN REPÚBLICA FEDERATIVA DE ALEMANIA con fines de radicación a la niña J. C. M. V. K., hija biológica de los señores J. E. F. V. y C. L. N., para tal efecto facultar a la señora C. L. N. K. a realizar los trámites administrativos y judiciales pertinentes, ante las autoridades nacionales y de la REPÚBLICA FEDERATIVA DE ALEMANIA.* 4) *OTORGAR un amplio régimen de*

Relacionamiento de la niña J. C. M. V. K. con el progenitor el señor J. E. F. V., diariamente a realizarse por cualquier medio tecnológico, como llamadas telefónicas, comunicación por WhatsApp o mensajería, etc., siempre respetando los horarios de descanso y estudio de la niña, por lo que la progenitora deberá remitir el horario de recreación que la niña tendrá diariamente a fin de que dentro de ese horario se establezcan las conversaciones entre el progenitor y la familia paterna, Relacionamiento dos veces al año, durante las vacaciones de verano y de invierno de la niña J. C. M. V. K. al Paraguay, cuyo gasto de pasaje ida y vuelta estará a cargo de la progenitora. Sin perjuicio de que la niña J. C. M. V. K., realice otros viajes que sean necesarios y justificados con anuencia de ambos progenitores, para relacionarse con el progenitor, siempre que dichas fechas no afecten a su asistencia escolar y sean convenientes entre los progenitores, cuyo costo en este caso estará a cargo del progenitor; Autorizar un amplio relacionamiento entre la niña J. C. M. V. K., el progenitor y la familia ampliada paterna en la REPÚBLICA FEDERATIVA DE ALEMANIA, las veces que los mismos deseen hacerlo, siempre con el conocimiento y la antelación necesaria de la progenitora no menor a 15 días, cuyo horario será convenido conjuntamente entre los progenitores, respetando los horarios y días escolares de la niña. 5) DISPONER, el seguimiento psicológico de la niña J. C. M. V. K. a través de una profesional en la REPÚBLICA FEDERATIVA DE ALEMANIA, por el tiempo que la profesional que la asista considera necesario, debiendo informar a este Juzgado, dejando en claro que la no realización de la misma podrá interpretarse como conducta renuente, por parte de la progenitora bajo apereamiento de las sanciones señaladas en la ley 6083/18. El primer informe será remitido después de los 45 días de haber llegado la niña al citado país. 6) IMPONER LAS COSTAS a la perdedora. 7) NOTIFICAR POR CÉDULA, a las partes. 8) ANOTAR,...”, fs. 315/321.

Los representantes convencionales del señor J. E. F. V., interpusieron recurso de apelación contra la mencionada sentencia, alegando en su escrito de fs. 352/362, lo siguiente: “...La sentencia recurrida presenta anomalías graves en la fundamentación jurídica del caso y en la consideración de los hechos. En cuanto a los elementos fácticos, la A-quo considera la declaración de la niña de fecha 11 de diciembre de 2018 como fundamento altamente relevante para justificar su resolución...”. “...lo expresado en la audiencia por la niña J. C. refleja principalmente la preocupación y angustia que le provoca a la misma la situación; relata a la A-quo su sta-

tus quo actual, maneja la idea del viaje de manera poco clara, aparentemente la niña confunde el viaje de radicación a Alemania con un viaje de vacaciones, lo que es muy probable ya que por su corta edad y su grado de madurez ella no puede aún dimensionar el alcance y las consecuencias reales que implica mudarse a vivir a Alemania (es decir que la separación de su progenitor y del resto de su familia ampliada será prolongada), cuando su única experiencia de vida fue vivir en Paraguay e ir ocasional y esporádicamente de vacaciones a aquel país. La niña, al momento de declaración contaba con solo 7 años de edad, extremo que no ha sido considerado por la Jueza inferior...". "...De haberlo tenido en cuenta el mandato legal, al momento de apreciar estas manifestaciones le hubiese dado una ponderación correcta y no a superlativa que le otorgó, convirtiéndolo prácticamente en principal fundamento de su decisorio...". "...Así podrán advertir SS.EE. que, en una parte de su declaración la niña dice: "hace dos años no me voy más, yo le pedí para ir a Alemania estas tres semanas que estoy con mi mamá, a mí me gustaría viajar a Alemania y vivir con mi mamá" y a reglón seguido se manifiesta en un escenario absolutamente distinto al señalar que: "a mí me gusta Alemania porque hay juegos de agua, que aunque haga frío la pileta está caliente, es un lugar de Juego de agua, me gusta la nieve, yo le llamaría por teléfono con mi papá todos los días o me comunicaría por la Tablet, si le voy a extrañar a M. y O., pero sé que allá voy a hacer nuevos amigos, con mi abuela también hablaría todos los días aunque nunca hable con ella sobre el viaje". Notarán que cuando la niña dice... "yo viaje varias veces a Alemania, allí vive mi bisabuela M., la familia de mi hermano que es como mi familia de corazón" la expresión es un constructo adulto, no propio de una niña de 7 años, más si la A-quo hubiese considerado que en autos no existe constancia de que J. haya tenido vivencias con la familia de su hermano, la misma dice que a la fecha de la audiencia hacía dos años que no iba a Alemania, y si tuviese recuerdos de aquella, sería los de una niña de cinco años. No deja de llamar poderosamente nuestra atención la expresión... "es como mi familia de corazón". Finalmente, a quién dice que va a extrañar? ... a M. y O., a su papá, a su abuela (paterna), aunque cree que podrá hacer nuevos amigos, o sea cree que podrá reconstruir su "status quo"...". "...Es por todo esto que, contrariamente a lo realizado por la A-quo, la AUTORIZACIÓN CON FINES DE RADICACIÓN conllevaría un análisis mucho más minucioso por las consecuencias inherentes a la misma, como ser: el cambio de hábitat, costum-

bre, cultura y los desarraigos afectivos que puedan comprometer o influir en su estabilidad o armonía espiritual...”. “...La A-quo en su seguidilla de anomalías omitió valorar las pruebas agregadas a fs. 251/256 de estos autos como ser el estudio psicológico realizado a la niña J. C. M. V. K. por la psicóloga forense Lic. GRACIELA RODRÍGUEZ DE ZELADA, en el mes de junio de 2017. En el marco del juicio de régimen de convivencia (fs. 253/254)...”. “...Luego de lo verificado en autos, todo en base a informes técnicos y testimonios calificados de profesionales psicólogos, viene la pregunta obligada, ¿Cuál ES EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA?...”. “...Para responder esta pregunta, se hace necesario SS.EE. remitirnos al Art. 54 de la Constitución Nacional, el cual señala que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolos contra el abandono, la desnutrición, la violencia... **LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN CASO DE CONFLICTO, TIENEN CARÁCTER PREVALENTE...**”. “...A la luz de la norma constitucional transcrita, el **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO** engloba las necesidades integrales del mismo, incluyendo sus vínculos familiares, sus vínculos afectivos, su salud física y emocional, sus necesidades educativas, su estabilidad económica y su arraigo en general...”. “...En este juicio lejos de quedar probado que el cambio de país de residencia será más beneficioso para la niña J., se tiene probado acabadamente todo lo contrario, por cierto, la niña asiste al Colegio Goethe, una excelente reconocida institución educativa, se relaciona fluidamente con su padre y familia paterna ampliada, tiene sus necesidades económicas cubiertas, así como una integridad física y un futuro emocional, predecibles...”. “...Entonces agravia a nuestra parte que la A-quo, haciendo tabla rasa con el principio antes enunciado **-DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO-** haya actuado en perjuicio de la niña para responder al interés del adulto, en el caso concreto al de la progenitora, pretendiendo privar a la niña sujeto de derecho de la protección que la Constitución y la ley le garantizan. En este sentido, toda decisión que deba tomarse con respecto a un niño debe encuadrarse dentro del principio del interés de este, aun debiéndose para ello sacrificar otros intereses o derechos, sean de los progenitores o de terceros, ya que en el interés del menor es más valioso que los otros en conflicto. Si bien se encuentra varias veces mencionado en la resolución apelada, su contenido es letra muerta...”. “...Aquí está en conflicto el Interés Superior de J., de mantener su “status quo” actual en Para-

guay; contra el interés de su madre, quien desea cambiar de país de residencia por segunda vez (nótese que la misma es de nacionalidad brasileña) pasar a residir en Alemania para formalizar su relación matrimonial, proseguir sus estudios de especialización, así como para que su hijo matrimonial pueda crecer junto a su padre, derecho este que le pretende privar a J. de crecer junto al suyo; procurando desarraigarla injusta e injustificadamente de su residencia habitual, de sus afectos y de sus costumbres, extremos éstos tampoco considerados por la A-quo. Con lo resuelto que fue tutelado?... y, al ojo desnudo la jueza inferior se ocupó de solucionar el problema de su congénere y con una visión discriminativa...". "...Conforme fueron sucediendo los hechos constatados en este expediente, SS.EE. podrán observar que la relación sentimental de la señora C. L. N. K. con su actual cónyuge, así como su nueva maternidad, matrimonio y demás, son hechos muy posteriores al nacimiento de J., estando la niña con la misma realidad actual, la cual no ha cambiado hasta hoy; entonces cuando C. tomó las decisiones que la colocan en la disyuntiva presente, lo hizo sin visibilizar absolutamente a su hija, conducta hoy premiada por la prevaricadora jueza sentenciante, quien pretendiendo disfrazar con argumentos falaces su verdadera intención, no va a lograrlo, pues por más esfuerzo que haya hecho para maquillar su despropósito, su resolución envenena el futuro de la niña, entregándola alegremente a una aventura sin precedentes para J...". "...La A-quo, adrede, no ha analizado el contexto en el cual se da la relación de la actora con su actual cónyuge, desde la forma en la cual se conocieron, el hijo concebido, su precipitado matrimonio, en fin, la realidad que rodea a la historia de vida de la pareja, un matrimonio virtual, sin experiencia de convivencia familiar y, por ende, sin estabilidad. ¿Cómo se insertaría J. en toda esta realidad? podrá su nuevo entorno brindarle mejor seguridad y mayor contención que la que tiene en este momento y este país? La respuesta es más que obvia, lo mejor para J. es mantener el "statu-quo" que posee actualmente en Paraguay, el que permitirá a la niña mantener y afianzar sus relaciones maternas y paternas filiales, de la familia paterna ampliada, de sus compañeros y amigos y la seguridad y contención que la pequeña tiene donde reside actualmente. **NO EXISTE JUSTIFICATIVO PARA MODIFICAR EL "STATU-QUO" ACTUAL DE LA NIÑA. SS.EE.** coincidirán en que toda paternidad o maternidad ejercida en forma responsable aparece postergar ambiciones y proyectos personales, para que los hijos crezcan y se desarrollen en plenitud; especialmente cuando los hijos

antecedentes a los proyectos de vida que los pueden afectar negativamente...".

"...Si bien la accionante detenta un régimen de convivencia de hecho, esto no importa que esta convivencia sea ejercida en un lugar distinto al que lo viene haciendo aquí en Paraguay. O sea, la convivencia solo determina con quién convive la hija en común, pero el ejercicio de la Patria Potestad siempre correspondió a ambos padres en igualdad de condiciones...".

"...Efectivamente, el ejercicio de la Patria Potestad es ejercido por ambos progenitores en igualdad de condiciones, conforme lo establece el Art. 70 del C.N.A., sin que jamás el señor J. E. V. hay declinado esta facultad legal a favor de la progenitora. Es por esta razón que la radicación de los menores en el país extranjero por demás distante, implica en la práctica la suspensión y la pérdida de la patria potestad de hecho y provoca la ruptura del vínculo en la mayoría de los casos. Así las cosas, la patria potestad implica "VELAR" por el desarrollo integral, proveer su sostenimiento y su educación, dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo (Art. 71 del C.N.A.). En esta tesitura para cumplir acabadamente el rol paterno es necesario mantener el statu-quo que posee niños L.H.V., A.H.V. y E.H.V. quienes residen en Asunción – Capital de la República del Paraguay en forma permanente, constituyendo así el domicilio habitual de los niños, rodeados de un clima afectivo y familiar conformado por sus progenitores, integrantes de la familia ampliada, abuelos, tíos, primos, amigos...".

"...La A-quo afirma haberse concentrado en analizar las pruebas que hacen a la situación emocional, afectiva y de seguridad de la niña, asegurando que su decisión sería la que más beneficia a su bienestar integral de J., nada más falso y alejado de la verdad ya que al analizar los informes y los testimonios de los profesionales psicológicos obrantes en autos, la misma ha cercenado dichos documentos, transcribiendo mal intencionadamente solo aquellas partes donde no se refieran al delicado estado de salud emocional de la niña...".

"...En cuanto al estudio psicológico a la progenitora C. L. N. K., la inferior también tiene sus perlititas. "Se olvidó" no solo de citar, sino también de valorar el mismo en toda su amplitud. Citó uno de los informes y evitó el de fs. 255/256, justo donde las conclusiones y recomendaciones la profesional forense refieren: ...". De acuerdo a la evaluación psicológica realizada la señora C. L. N., no presenta trastorno mental. Es una persona realista, segura, confiable, responsable con afectos fuerte y generoso...".

"...de las manifestaciones de la niña en ocasión de ser oída por el Juzgado denota un alto componente de manipulación

ejercido sin lugar a dudas por la progenitora, al ser esta una conducta que adorna su personalidad como se puede constatar con el aludido informe, el cual se encuentra agregado a autos y no fue impugnado...”. “...No obstante, a que J. se refiera en todo momento con cariño y afecto a su padre y familia paterna, la A-quo reduce la consideración del “statu-quo” y vínculo de importancia de la niña a la madre y hermano materno, sin razón ni justificativo alguno...”. “...el statu quo de la niña es mantenido incólume desde hace más de tres años ¿entonces porque cambiar? ¿No es un derecho fundamental de la persona, acaso, su estabilidad, sus orígenes, su personalidad, su arraigo? ¿No estamos acaso los adultos, en especial la familia y el Estado para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los pequeños que están a nuestro cargo y/o responsabilidad? ¿Cuál entonces es el derecho de los niños como sujetos activos si en lo concreto obviamos sus realidades y privilegiamos imponiendo las nuestras? Concordearán con esta representación que el interés superior de J. en el caso concreto está relacionado psico-afectivo. La pequeña desde su nacimiento vive y se desarrolla en Paraguay. Así, sus primeros pasos, palabras, inclusive enfermedades las ha compartido y experimentado aquí, lo que para ella es SU CASA; SU FAMILIA, bases que la A-quo en complicidad con la adversa pretende arrebatarle, extremo éste que debe ser reencusado por este Tribunal, en el entendimiento y la inteligencia de que el relacionamiento de J. con la figura paterna forma parte del interés superior de la misma en este caso particular ya que de ello también dependerá su estabilidad emocional y su desarrollo integral y armónico o por el contrario un desarraigo total, habiendo la niña vivido siempre y únicamente en Paraguay y es aquí en donde identifica su HOGAR...”. “...Igualmente solicitamos a SS.EE. se sirvan valorar lo señalado por la Lic. SONIA ZALAZAR, psicóloga, donde la citada profesional, bajo fe de juramento realiza un testimonio muy interesante respecto a la importancia de que J. mantenga su “statu-quo” actual, el cual no podría ser remplazado en Alemania por nadie, con los consecuentes daños emocionales que para la niña representaría. La situación dada por la distancia es irreparable, pues no habrá contacto físico que es indispensable para el desarrollo de J...”. “...La sentencia definitiva N° 590 del 26 de noviembre de 2019, no contiene un análisis detallado y acabado de los derechos de la niña J. V. conforme al marco jurídico vigente, ni se ha realizado un razonamiento justo de subsunción del derecho a los hechos alegados por lo cual la resolución impugnada no se encuentra ceñida a lo previsto en

el Art. 159 del C.P.C., lo que convierte a la misma en una resolución arbitraria e incongruente, la cual debe ser revisada y revocada en todas sus partes...". "...La niña J. fue oída Instancia inferior, ocasión en la que manifestó su deseo de ir a Alemania; sin embargo, estas declaraciones deben ser consideradas desde la madurez de la misma y el grado de angustia en que se encuentra. La niña J., quien vive con su madre, una manipuladora, está muy contaminada en su expresividad por el martilleo emocional que recibe a diario, siendo esta conducta materna la posible principal responsable del deteriorado estado emocional de J., quien conforme lo refiere el Lic. L., se encuentra con un "cuadro depresivo...". "...La A-quo plantea como solución al problema de la progenitora el viaje a Alemania, y que nos preguntamos ¿Con quienes se relacionará J.? ¿A quién recurrirá en caso de conflicto con el núcleo familiar de su progenitora y de su hermano? ¿Esto es lo mejor para J. en este momento? ¿Cuál es la Seguridad de que efectivamente será así?...". "...Otra situación de agravante es el supuesto "régimen de relacionamiento" otorgado por la A-quo a favor de la niña, para que la misma pueda vincularse y relacionarse supuestamente con su progenitor y familia paterna ampliada, tanto en Alemania como en Paraguay, este es de cumplimiento imposible y ridículo y alejado de la realidad, ya que la sentencia dictada prorroga la competencia territorial de la judicatura paraguaya a favor del juez extranjero del nuevo domicilio de la niña, siendo de esta forma la sentencia inocua desde el mismo momento en que la niña salga del territorio nacional; así cualquier asunto que en adelante se refiera al fondo de la cuestión de J. V. quedará bajo jurisdicción y competencia de los jueces y bajo las leyes alemanas. La cosa se agrava al sumar a todo lo señalado precedentemente todas las pruebas que acreditan la habitual mala voluntad de la progenitora en el facilitar el relacionamiento actual de J. con su progenitor y familia paterna ampliada, haciéndole cumplir a raja tablas la sentencia judicial vigente respecto al régimen de relacionamiento, extremo que puede ser verificado con los informes de la trabajadora social de la Lic. Mirtha Gómez que obran en el expediente de Ejecución el cual rola por cuerda separada a estos obrantes...". "...Si en algo nuestra parte coincide por fin con la A-quo, es en la aptitud del progenitor para hacerse cargo de su única hija, J., así como el de su cónyuge y toda la familia paterna ampliada, aptitud que no solo no se encuentra cuestionada por la madre, por el contrario, es reconocida ante cada ocasión en la cual la citada niña queda por largos periodos de tiempo al cuidado del mismo y de su

familia. Es más, actualmente y desde el día 4 de diciembre del año en curso, la menor permanecerá con su progenitor y familia paterna ampliada hasta el 5 de enero de 2.020, mientras la progenitora y su otro hijo se encuentran de viaje de vacaciones en Alemania...". "...A más de lo señalado, lo que realmente la A-quo obvió Juzgar, atendiendo a que el sujeto de la presente acción es J. es el derecho a su identidad, actualmente en juego. Ella, forma parte de una familia; relaciona con sus padres en forma fluida, se ven más de tres veces por semana, aquí recibe amor, atención, contención, seguimiento, apoyo, educación, salud, alimento, tiene su propio espacio, sus horarios, gustos y preferencias, amistades, familiares, compañeros. Todo un entorno que representa SU MISMIIDAD. Todo este entorno se le pretende arrebatar con la sentencia recurrida que debe necesariamente, como lo volvemos a repetir por ser importante, debe ser revocada "in tottum" en razón de que en la presente acción lo que importa son los derechos y garantías de la niña J. ¿No es un derecho fundamental de la persona, acaso, su estabilidad, sus orígenes, su personalidad, su arraigo? ¿No estamos acaso los adultos para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los pequeños que están a nuestro cargo y responsabilidad? ¿Cuál entonces, la respuesta que damos a los niños si obviamos sus realidades y les imponemos las nuestras?...". "...En cuanto al sustento jurídico no se aprecia claramente cuál ha sido el mismo. Se mencionan el Art. 54 in fine de la C.N.A., Art. 3 del C.N.A., pero la juzgadora se aparta de las mismas. Por un lado, refiere al Interés Superior de la Niña y por el otro lo ignora absolutamente. Por lo señalado se puede afirmar que la resolución apelada no es sino el reflejo de la no intervención prudente, crítica y objetiva del Juzgado, respecto al interés superior de la hija de nuestro representado, la niña J. C. M. V. K...". "...La sentencia hoy recurrida, además de falaz, es mentirosa pues inventa hechos como que el padre de J. es español, por ejemplo - carece de un verdadero sustento, al no surgir como elemento determinante, que lo resuelto por la A-quo APUNTE A PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA: SU CONVENIENCIA Y BIENESTAR, al contrario, antepone el interés personal del adulto, en este caso de la madre y con ello desarraiga a la hija de nuestro mandante de su lugar de origen, de sus afectos y sus costumbres, con grave riesgo, por lo menos, para su integridad emocional...". "...Lo que indica la sentencia es que J. C. M. V. K. ira a vivir con su madre en otro país, abandonará su arraigo, su propia identidad en desarrollo, que conlleva la familiaridad y regularidad. La

sentencia, como lo tenemos dicho, resulta por demás injusta y arbitraria cuando no fue considerada la verdadera sujeto de derechos y si su progenitora. Además, tal como está demostrado en autos, y en un sinfín de estudios y doctrinas psicológicas y jurídicas, la niña NECESITA IMPERIOSAMENTE A AMBOS PADRES y es deber de los jueces y auxiliares de la justicia velar por que este relacionamiento se mantenga fluido, armónico y real...". "...Nuestra parte considera igualmente injusto lo resuelto en el apartado 7) de la sentencia apelada, en lo que hace a la imposición de costas a nuestro representado, en razón de que la oposición formulada por el progenitor tiene un fundamento legítimo, en ejercicio conjunto de la patria potestad que tiene con respecto a su ÚNICA HIJA. La posición asumida por el señor J. V. se halla sustentada en razones por demás atendibles, conforme a la peculiaridad del caso sometido a decisión judicial; siendo legal en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad...". "...SS.EE., ambos padres plantearon sus posiciones ejerciendo la patria potestad de la hija en común, por lo que las costas en estricto derecho deben imponerse en el orden causado...". Finalizan solicitando se haga lugar al recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia recurrida en todos sus términos y con los alcances solicitados.

El representante convencional de la señora C. L. K. se presentó a contestar el traslado de la expresión de agravios de la parte demandada de la siguiente forma: *"...La Sra. C. L. N. K., progenitora de la menor J. C. M., madre soltera, ha detentado desde el nacimiento de esta última su convivencia, la que dicho sea de paso no es como falsamente afirma la adversa de hecho sino de derecho. Nunca este status fue cambiado, si bien infundadamente se pretendió, pero, con efecto negativo, esto es, sigue detentando la convivencia de J. C....". "...Hizo saber con antelación debida al progenitor su intención de residir en la República Federal de Alemania, en atención a que ha decidido, con todo derecho, formar una familia con el Sr S. G., ciudadano alemán residente en la ciudad de KINTZINGEN., Republica Alemana, quien no cuenta con antecedente penal alguno y con quien contrajo nupcias y ha concebido un hijo, hermano de J. C. y quien no es extraño a J. -ha vacacionado con la misma y la progenitora tanto en el Paraguay como en el Brasil así como visitado su residencia en Alemania- y quien garantiza el sustento familiar no solo de su esposa e hijo sino que igualmente de J. C. amén de como médica debe hacer pasantía en Alemania donde tiene asegurado ello...". "...También, que había previsto todo lo concerniente a los in-*

tereses de J. C., tales como la seguridad de vivienda y espacio habitable, seguro médico familiar así como aseguramiento de una plaza en un centro educativo sin costo alguno, sin descontar que el gobierno alemán extiende beneficios sociales tales como el seguro especial, médico, prestaciones sanitarias, asistencia de hospitalización, prestaciones económicas o subsidios de los que se han de beneficiar J., amén de asegurar el relacionamiento de esta con el progenitor, extensivo a los abuelos paternos...”. “...Sostuvo que J. necesita de la madre. Que la figura materna es básica en el desarrollo de un niño. Una madre siempre es una madre. La seguridad que esta figura da a los pequeños es indiscutible, es su figura de referencia en la vida. Es la madre quien sabe de sus necesidades, cómo responder a estas. Es con la progenitora con quien gozará siempre de las mejores posibilidades para el desarrollo armónico de su infancia. Es con ella con quien encontrará satisfecha su infancia, desarrollo, atención, buena alimentación, escolaridad disciplinada y un equilibrado desenvolvimiento afectivo. Es con la madre con quien está construyendo su propia identidad. Las niñas encuentran en su mamá un referente, un ideal y un espejo de su propia imagen. El valor de una madre es incalculable. Son estas las necesidades del niño las que definen su interés y las que deben tenerse en cuenta al momento de tomar una decisión...”. “...En cuanto a eso de la ruptura del statu quo sostuvo que no se da y ello por cuanto que J. seguirá conviviendo como siempre lo ha hecho desde su nacimiento con la progenitora...”. “...circunstancia que diga o demuestre lo contrario, su estabilidad socio económico; cuidado, relacionamientos afectivos nuevos; educación, todo ello sin descuidar el fluido relacionamiento con el progenitor y con la familia ampliada, sea a través de la tecnología y durante el tiempo de vacaciones anuales, todo esto esencial para el pleno desarrollo de su carácter, personalidad y talentos. Nada al azar...”. “...En contra partida, y para sostener el rechazo a la venia peticionada, el progenitor ensayó puras conjeturas y así se mantuvieron...”. “...la menor también fue cuidada por el progenitor y la familia ampliada; la relación cercana de la menor con el progenitor y la familia ampliada; consecuencias negativas para su desarrollo armónico, la pérdida de la estabilidad emocional, incertidumbre sobre las condiciones económicas y de seguridad, separación prolongada, exposición a un ambiente desconocido, pérdida de contacto personal con su entorno habitual, madre inestable y peligrosa...”. “...Finalmente, y como prueba de una total orfandad de conocimiento que parece ser cree la adversa le autoriza a desatinos y disparates

cuando que ello lo pinta como una reverenda ignorante, justifica su oposición cuestionando a la sociedad toda alemana y en particular a la comunidad escolar cuando que su ascendencia es alemana, su segunda, por no decir primera lengua es la alemana y la niña J. concurre a un centro educativo regentado por el Gobierno Alemán...". "...Fundamentar un recurso, cosa que la adversa no sabe, es dar argumentos o razones plausibles para justificar por qué se ha de tomar su argumento...". "...En su expresión de agravios el quejoso propone ocurrencias que no son sino el producto de las extravagancias a las que demuestra ser muy proclive...". "...Califica al fallo de arbitrario a cuyo efecto aduce, desorganizadamente, discrepancias valorativas de la prueba o de la ponderación sobre estas por parte del Juzgador. También la existencia de anomalías graves en la fundamentación del caso como en la consideración de los hechos. Asimismo, que no se ha analizado el contexto en el cual se da la relación de la actora con su actual cónyuge...". "...Concluye que el fallo incurre en una suerte de violación al derecho de identidad de la menor. A este respecto sugerimos a la colega se haga de una leve lectura de lo que implica el derecho de identidad, que nada tiene que ver con el caso, menos con una radicación de un menor o de cualquier ser humano en otro país que no sea el suyo. No es serio discurrir sobre lo que no se sabe al solo efecto de llenar espacios o dar matiz de fundamentación. En su momento haremos mención para ilustrar lo que implica del derecho a la identidad...". "...En rigor de verdad, y a fuerza de sinceros y serios, el escrito no reúne las condiciones mínimas que hagan viable la pretensión de la adversa de revocar el fallo recurrido, amén de que sobre los aspectos en que basó su oposición casi nada dice circunscribiéndose a infamar vilipendiando a la progenitora como tal y como mujer poniendo sin derecho y autoridad moral en tela de juicio el matrimonio de la misma recurriendo a citas legales que son pura chicha...". "...Si bien las sentencias se convierten en un campo de batalla, y en un foro para el ejercicio de la gimnasia dialéctico-retórico, ello no estaría mal si no fuera por el "detalle" de que muchas veces esas disquisiciones no tienen nada que ver con el fondo del asunto...". "...Partamos de la base que discutir el criterio de valoración judicial, o dar base jurídica a un enfoque distinto, no es expresar agravios. No basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a sí mismo. En consecuencia, tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo dis-

tinto al llegado por el a quo, si bien constituye características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende...". "...El derecho subjetivo de probar de las partes implica el deber correlativo del Juez valorar los medios probatorios en su conjunto a través de las reglas de la sana crítica y la experiencia, pero solo a aquel valorarlo...". "...Atento lo citamos en el capítulo que antecede, la adversa aduce como sostén para la revocación del fallo, al que llama arbitrario o injusto, que la Jueza inferior omitió valorar las pruebas, citando a las obrantes a fs. 252/256...". "...lejos de realizar una crítica razonada se ha metido de lleno en efectuar apreciaciones meramente subjetivas o meras discrepancias con el criterio sostenido en el fallo recurrido, o para peor, erradas tasaciones como desacertadas valoraciones a las pruebas, que distan de contener una crítica concreta y por sobre todo razonada en contra de los argumentos que sostienen a aquel, o en su caso prescindiendo de la potestad legal de todo Juez de ser él quien aprecie y valore las pruebas, no pudiendo en consecuencia pretender eficazmente rebatir al mismo...". "...Ciertamente expone desde su óptica cual es el sentido de lo expresado por la menor en oportunidad de ser oída, que es lo que quiso decir o expresar poniendo en tela de juicio la ponderación de la Jueza sobre los dichos o en su caso la importancia de esa declaración para el tema a decidir...". "...entre las potestades reconocidas a todo juzgador está la de la interpretación y la valoración. Esta potestad es abiertamente cuestionada por la adversa, lo que es intolerable...". "...Y es intolerable por cuanto que es el juez el destinatario de la prueba, y al ser así es quien ha de ponderar críticamente el material probatorio aportado y practicado en el juicio, así como desechar aquel que no reviste importancia o no aporta nada...". "...Desconoce o resta valor la quejosa, que es facultad de los jueces o tribunales sustraída a los litigantes la de interpretar las declaraciones verbales o escritas realizadas, comparar las versiones divergentes y los distintos medios de prueba practicados hasta conseguir un cuadro armónico, consecuente y dotado de sentido. El juez es libre para obtener su convicción porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba, el Juez aprecia las percepciones durante el Juicio según las reglas del criterio racional, es decir, según las reglas de la lógica y de acuerdo con los principios generales de la experiencia. No puede sustituirse la valoración que el Juzgador "a quo" hace de toda la prueba practicada, por la que realiza cada parte recurrente que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), pero

no, en forma alguna, tratar de imponerlas a los juzgados. Esta facultad otorgada a los jueces, pero vedada a las partes, se da por ser más objetiva que la que realizan las partes en defensa de sus particulares intereses...".

"...No es posible, como pretende la adversa, la revocación del fallo sobre la base de poner en tela de juicio, mejor, en entredicho, la facultad privativa reservada a los jueces en cuanto a valorar las pruebas o a interpretarlas...".

"...Los jueces, Excelencias, no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios y el hecho de que la jueza inferior no haya interpretado las pruebas como las interpreta la adversa ello no autoriza concluir que NO LAS HA EVALUADO...".

"...Existe ley específica que le autoriza al juez a sentenciar utilizando solo los medios conducentes para dicho efecto, desechando los no pertinentes. Así se prescribe en el inc. c) del artículo 159 del Código Procesal Civil: "La sentencia definitiva de primera instancia, destinada a poner fin al litigio, deberá contener, además (...) c) la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior. El juez deberá decidir todas las pretensiones deducidas y sólo sobre ellas. No está obligado a analizar las argumentaciones que no sean conducentes para decidir el litigio...".

"...En síntesis, toda la artillería de la quejosa se circunscribió en poner en tela de juicio la apreciación, razonamiento y valoración de las pruebas por parte de la jueza inferior, cosa que, se reitera, no está permitido...".

"...Demás está decir, Excelentísimo Tribunal, que la alzada sólo podría entrar a valorar de nuevo la prueba si las resoluciones del inferior hubiesen llegado a conclusiones erróneas o ilógicas de la prueba practicada, o hubieran incurrido en arbitrariedad (falta de fundamentación y razonamiento) respecto del interés superior del menor en la decisión. Como nada de esto había sucedido en el caso de autos, la sentencia de alzada no puede sino confirmar la resolución recurrida...".

"...No puede someramente sostenerse que el fallo recurrido no es producto de un concienzudo, razonable y racional estudio y análisis de los hechos esgrimidos confrontados con las pruebas rendidas...".

"...Ciertamente para su dictado la jueza inferior ha analizado y valorado las circunstancias concretas del caso, como las probanzas relativas a la situación emocional, afectiva y seguridad de J. No hay duda razonable al respecto. La jueza inferior sopesó los intereses en juego de J., no los de la progenitora o del progenitor o de la familia ampliada. De la menor...".

"...De esas constancias resulta relevante que la convivencia de la menor, esto es con quien J. vive desde su nacimiento, la detenta la progenitora.

Dicho sea de paso, y lo reiteramos, no es una convivencia de hecho sino de derecho. VV.EE., en oportunidad de emitir el Ac y Sent 112 del 27 de diciembre de 2018, recaída en los autos “J. C. M. V. K. s/ régimen de convivencia” han ratificado dicha situación, rechazando la pretensión del progenitor que la menor conviva con el mismo. De hecho, en el fallo esta circunstancia trae colación...”. “...no sabíamos que el domicilio tenga carácter inmutable...”. “...no sabíamos que el hecho de vivir la progenitora quien es de origen brasileño, en la República del Paraguay deba necesariamente permanecer por siempre y de forma estática en este país. ¿Cuál es la postura del progenitor si eventualmente el mismo decida residir en el exterior? ¿Le prohibiríamos so pretexto de que ha concebido una hija en esta república por ende debe necesariamente en su interés quedarse aquí PARA NO PONER EN RIESGO SU ESTABILIDAD EMOCIONAL?...”. “...en autos quedó ameritado, conforme opinión de los profesionales de la salud mental, psicólogos, que el tal desarraigo no se daría por cuanto que para ello debe darse abandono o en su caso maltrato conductas que nunca se han dado en el vivir de J., y que, dicho sea de paso siquiera se mencionó, menos aún se imputó, al respecto a la progenitora. Al contrario. Cuanto se resalta, y ello fue ameritado, es el rol materno de la progenitora, quien lo asume de forma participativa y activa poseyendo buenas habilidades maternas. De hecho, ha concebido dos hijos que están bajo su convivencia...”. “...Efectivamente basta confrontar la conclusión al respecto arribada por la Lic. Aida Benítez, conclusión que fuera citada por la Jueza inferior que la adversa evitó por obvias razones...”. “...Es necesario dejar sentado que el valor “ESTABILIDAD” NO DEBE IDENTIFICARSE CON LA INAMOVILIDAD DEFINITIVA DEL STATUS EXISTENTE AL TIEMPO DE JUZGAR, pues, en esta materia, ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material. Este principio se orienta más bien a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les dé asidero...”. A dicha afirmación arriba como consecuencia de hacer una lectura subjetiva, por demás interesada y muy parcialista, de los informes y testimonios de los profesionales psicólogos que intervinieron en carácter de consultores en el caso...”. “...Y al decir “parcialista y subjetiva” lo decimos por cuanto que de lo suscrito por la Lic. G. R. como por la Lic. L. y transcrita por el quejoso, no se aprecia que la situación emocional de J., sea consecuencia directa del actuar de la progenitora, sino que del ambiente familiar que incluye al paterno y la ampliada de este. La adversa subrepti-

ciamente quiere hacer responsable de ello a la madre y de esta situación como causa suficiente para denegar la venia o en su caso revocar un fallo. Desconoce, a propósito, la quejosa no hace mención, la sugerencia del profesional cual es recurrir a una terapia, la que bien puede materializarse fuera del país o para mejor deponiendo actitudes como la demostrada en estos autos...”. “...Al respecto de lo indicado en el párrafo que antecede, merece mencionarse el análisis OBJETIVO que hace la jueza inferior en el sentido de que la situación por la que atraviesa J. es a consecuencia del conflicto de sus padres y no precisamente, como de forma interesada y por demás mendaz sostiene la quejosa, que es consecuencia del carácter de la progenitora...”. “...Otra cuestión que merece un análisis serio es el cuestionamiento que hace la quejosa a la progenitora y en particular con respecto a su rol de madre, a cuyo efecto trae a colación lo que ella tilda de “dificultades psicológicas”, que de ser tales menos las aludidas tampoco enerva la legalidad del fallo, o sea no tiene entidad suficiente para denegar la venia, por ende para revocarla...”. “...¿Ser un progenitor manipulador y más aun existiendo otros exámenes psicológicos que nada al respecto dicen puede representar un factor determinante para el otorgamiento de una venia o en su caso para revocarla cuando ese progenitor, como en el caso en estudio y en particular la progenitora, asume una posición participativa y activa hacia sus hijos con buena habilidades maternas siendo capaz de dar afectos? Reitero la conclusión arribada por la Lic. Aida Benítez, Psicóloga del Poder Judicial con respecto a la persona de la progenitora...”. “...Ahonda la calidad de progenitora de la Sra. C. L., que de llevarse consigo a Alemania a su menor hija no la expondrá a ningún peligro latente o eventual como sin sostén alguno alegó sin probarlo la adversa, la calificación dada a la misma por el Dr. J. L. quien LA CALIFICO como “estable emocionalmente, que sabe de sus responsabilidades como progenitora y que no existen a su criterio indicadores que puedan suponer, como tan pérfidamente aduce la adversa, que expondría al peligro a su hija tanto en lo físico como psicológicamente...”. “...De hecho, no existe ninguna constancia que amerite que el rol de madre de la Sra. C. haya sido en algún momento puesto en tela de juicio, menos aún que ello fuera acreditado. Muy por el contrario, si algo ha caracterizado a la misma es su compromiso maternal, tanto es así que a la fecha ha postergado, ya lo lleva casi 5 años, anteponiendo a los suyos los derechos e intereses de su hija, su legítimo derecho de continuar el paso de la pasantía como médica, postergación que el progenitor no la tiene por

cuanto cuenta con la familia ampliada, los empleados domésticos de la abuela paterna, quienes se encargan de estar con J. ínterin él hace su pasantía y juega de papá de tiempo en tiempo y cuando tiene tiempo, sin descontar que tampoco la menor cuenta con sostén económico del padre por cuanto que este es un médico residente y poco o nada obtiene como emolumento para hacer frente a las necesidades de su hija...”. “...surge la interrogante y en base al análisis de la adversa, de quedarse J. en el Paraguay y de vivir con el progenitor lo haría con un progenitor sin personalidad, pasivo, obediente (a la madre), lo que le afectaría en su desarrollo psicoevolutivo. ¿Es esto lo que quieren preservar? ¿Es este statu quo? Esto no es importante, parece ser, en la óptica de la adversa...”. “...La controversia, Excelencias, reitero, giró en si importaría o no un disvalor a los intereses de J. otorgársele la venia para que la misma resida en el exterior con la progenitora, con quien siempre ha convivido independientemente del hecho de relacionarse con asiduidad no solo con el progenitor sino con la familia ampliada, y al ser así cuanto correspondía para enervar la posición de la progenitora era destruir la posición expuesta por esta, cosa que con los cuestionamientos atinentes a su personalidad, a su matrimonio, no se da...”. “...Cierta y efectivamente, la controversia no giró sobre si la madre es o no manipuladora o si el padre se relaciona con asiduidad o no con la menor o con la familia paterna ampliada...”. “...La controversia no giró sobre la relación sentimental de la progenitora con su actual cónyuge, menos sobre el matrimonio de ésta, como tampoco en la aptitud o no del progenitor para hacerse cargo de la menor, que de hecho nunca se hizo. Si quiera se relaciona en debida forma, y ello a consecuencia de su pasantía como médico...”. “...No consta en todo el proceso, que ha llevado su tiempo, una sola prueba que amerite ser contraproducente e irracional, ilógico, o un riesgo para la vida emocional y psicológica de J. que resida con la progenitora en la república Federal de Alemania, salvo la fantasiosa idea de quienes representan a la adversa que no pasa de eso quizás producto de la ignorancia sobre la realidad de lo que es Alemania que dista mucho de lo que es vivir en Paraguay donde hoy día NADIE TIENE ASEGURADA SU SEGURIDAD en ningún sentido. NADIE por más poder económico con que se cuente. NADIE...”. “...Efectivamente consta en autos, y no fue objeto de cuestionamiento o impugnación, documentación e información que amerita donde y como viviría J., como también información cierta y concreta que de la misma se encargaría, como siempre lo hizo la progenitora, quien contará

con ayuda del padre del hermanito de J. Así también de la certeza de realizar la progenitora su pasantía como médica, como el contar con una vivienda garantizada a su hija y a su hijo, un espacio habitable. O sea, ha tomado los recaudos imprescindibles que aseguran en todos los aspectos la seguridad de J. No existe una sola prueba en contrario, salvo las simples conjeturas del progenitor que no pasan de ser conjeturas...". "...No existe una sola prueba aun circunstancial que amerite que de radicarse J. en la República Federal de Alemania ello implica exponerla a un desarraigo familiar y cultural, salvo la sola mención por parte de la quejosa, quien dicho sea de paso repite los mismos argumentos expuestos en la instancia inferior, pero sin ameritarlos...". "...Ciertamente lo que influye negativamente en J., en su estabilidad emocional, en la confusión en que está sumida, no es el eventual viaje a Alemania, menos su radicación, sino el conflicto entre sus progenitores y en particular las trabas que el progenitor pone motivado por la abuela paterna independientemente de negarlo la adversa. Es la abuela paterna autora moral y material de este conflicto...". "...Podrán SS.EE. notar que NUNCA el progenitor propuso alguna solución positiva, tal como lo jueza lo señaló en el sentido de articular acciones positivas en favor de J. No, solo son trabas, improprios a la madre, cuestionamientos a su matrimonio, inclusive al hijo de ésta...". "...Excelencias, de poder se puede, pero depende no solo de uno de los progenitores sino de ambos y de la familia paterna ampliada que es gravitante en este episodio que tiene como convidada de piedra a J. Deben deponer actitudes y dirigir esas a dar la mejor solución a este innecesario conflicto con lo que la estabilidad de J. estaría asegurada. No se asegurará ella de quedar la misma residiendo en el Paraguay al solo efecto de "recibir atención de la familia ampliada". J., debe, necesita, estar con la progenitora, con su hermano, pero ese estar debe ser sin conflictos entre sus progenitores...". "...NO SE PUEDE HABLAR DE DESARRAIGO CULTURAL si la menor concurre a un Colegio de habla alemana y habla el alemán. A este respecto es ilustrativo y contundente el informe emitido por el Colegio Goethe. (fs. 202), que es analizado por la Jueza en su fallo...". "...También sus progenitores hablan alemán, su hermanito es hijo de un alemán, sus abuelos paternos son de origen alemán y viajan constantemente a Alemania...". J., Excelencias, como todo menor en la actualidad, tiene una habilidad innata para ser flexible y no carece de las destrezas para hacer frente a la cultura alemana. No existe una sola prueba que diga lo contrario. Entonces de que desarrai-

go cultural se habla...”. “...No habrá con J. un proceso de ACULTURIZACIÓN, entendiéndose a este como un proceso de recepción de otra cultura y de adaptación a ella, en especial con pérdida de la cultura propia, y esto por cuanto que seguirá manteniendo los hábitos de su propia cultura que es la alemana. De hecho, su idioma madre es el alemán. Es más, en la actualidad el tío paterno, el único, está residiendo en Alemania. La expatriación abre puertas. Solo es necesario sacar la llave para que se pueda abrir...”. “...No existe una sola prueba, aun circunstancial, que amerite eso de que perdería seguridad, contención e inclusive seguridad económica...”. “...En referencia a lo de la seguridad económica, el progenitor independientemente de que la menor resida en el exterior, seguirá obligado a mantenerla acorde a sus posibilidades, salvo que entienda que no residiendo en el país se acaba esa obligación QUE SI PODRÍA, pero no por estar radicada en Alemania poner en riesgo esa seguridad económica...”. “...No existe, reitero y ello quedó sentado en el fallo recurrido, prueba que de residir la menor en la República Federal de Alemania su estabilidad tanto emocional como material esté en tela de juicio o ponga en grave riesgo a J., al menos así concluyeron los profesionales psicólogos informes de por medio, basta con confrontarlos y en ninguno de esos se concluye como afirma la quejosa...”. “...la vida está llena de condicionantes que pueden jugar a favor o en contra de nuestro bienestar. Los niños no son la excepción a esta regla. Sus características innatas y las del ambiente en el que crecen pueden beneficiar o perjudicar su desarrollo emocional. La estabilidad implica más que donde vivir. La estabilidad de un menor no depende de uno solo de sus progenitores sino del ambiente donde vive. El ambiente en el que un niño crece es el que determina en gran medida este desarrollo. Si forma parte de una familia donde hay agresividad y negatividad, su estabilidad emocional se verá perjudicada resida donde resida...”. “...Los niños, Excelencias, necesitan unas bases mínimas para sentirse seguros de sí mismos, una adecuada educación que fomente su inteligencia emocional permitirá canalizar esas emociones en estado puro, reelaborarlas y mostrarlas a los demás no dependiendo esto donde viven o en qué país y si tienen a mano o no a la familia ampliada. Es aquí donde J. no tiene estabilidad y no precisamente por motivos imputables a la progenitora. No involucrando a J. alcanzaría su estabilidad emocional...”. “...nada de eso de que el cambio de hábitat, costumbre, cultura o desarraigo afectivo o armonía espiritual se verían comprometidos está acreditado...”. “...Independientemente de no ser un

argumento, menos de peso, para denegar la venia o en su caso revocar el fallo es lo referido por la quejosa en cuanto a eso de que la progenitora desea residir en Alemania para formalizar su relación matrimonial (...). Debe saber aquella que el matrimonio de la Sra. C. esta firme, formalizado y bien consolidado tanto es así que se ha concebido un hijo matrimonial para el gusto de la quejosa. Como anda al respecto el progenitor?". "...En referencia a eso de que "para que su hijo matrimonial pueda crecer junto a su padre" la ley no hace distingo entre hijos. Para ella no hay hijos matrimoniales o extramatrimoniales...". "...En relación a que la jueza se ocupó de solucionar el problema de su congénere con una visión discriminativa (...) quienes discriminan son los letrados de la adversa por ello hacen esta acotación además de menoscabar la figura de la mujer y de una madre. Va de suyo esta frase que les va bien "Se cree el ladrón que todos son de su condición...". "...Con respecto a lo del ejercicio de la patria potestad, que su ejercicio sería prácticamente suspendido, permítaseme hacer algunas consideraciones sobre lo poco o casi nada de versación sobre la figura en cuestión por parte de la adversa...". "...No sabemos de dónde saca que las obligaciones o derechos de los padres sobre sus hijos se suspenden porque estos residan en el exterior. Si fuere como dice la adversa entonces deberían dejar de asistirlo económicamente lo que no es así...". "...la relación paterno-filial a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos no la observa ya como un poder de los padres sobre los hijos, sino como una función de colaboración instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo. El ejercicio de la institución puesto a cargo de uno de los progenitores no importa el desplazamiento del otro, sino que, por el contrario, media una coparticipación en la faz dinámica...". "...En caso de convivencia del menor con ambos progenitores, QUE NO ES NUESTRO CASO, es decir, de encontrarse la familia estructurada regularmente, el ejercicio de la patria potestad es ejercida en forma conjunta por ambos progenitores. Su ejercicio permanece en cabeza de ambos progenitores, con la presunción de que los actos realizados por uno de los progenitores cuentan con la conformidad del otro. Es decir que, durante la vigencia de la cohabitación de los progenitores, NO ES NUESTRO CASO, nunca la hubo, todos los actos que se cumplimenten por parte de uno de ellos, teniendo en miras la satisfacción de la finalidad de la institución, gozarán -en principio- de la legitimidad que les concede el régimen implementado. Lo mismo ocurre en aquellos casos en los que la convivencia entre ambos progenitores cese, o no se ha

dado presumiéndose, asimismo- la conformidad de un progenitor respecto de los actos realizados por el otro. Es decir que, tanto en los supuestos en los cuales los progenitores convivan o no, el principio es que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores...". "...Resumiendo, cuando el niño tiene doble vínculo filial y ambos progenitores conviven, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental están en cabeza de ambos; y cuando se produce la ruptura de la convivencia se puede llegar a desmembrar la titularidad del ejercicio, quedando siempre en cabeza de ambos la titularidad...". "...Excelencias, el padre puede ejercer efectivamente ese control a través de comunicaciones telefónicas, a través de los medios tecnológicos de los que se dispone, y por medio de la posibilidad que le brinda la progenitora del viaje del padre al lugar donde deberá radicarse J. para compartir con ella durante el período vacacional...". "...Otra perla esgrimida por quienes representan al quejoso hace referencia a la supuesta pérdida de identidad de J., lo que dicen fue obviado por la jueza inferior. Saben por ventura los colegas a que hace relación la identidad de las personas o en su caso de los niños? A qué identidad hacen referencia, a la estática o la dinámica? Parece que no tienen la más pálida idea...". "...Se ha dicho que la identidad estática se refiere a la identificación física, biológica o registral de un sujeto - como el nombre, seudónimo, imagen, sexo, lugar y fecha de nacimiento, huellas digitales, filiación, nacionalidad; mientras que la identidad dinámica trasciende a la estática y se extiende a la "verdad personal o proyecto de vida" de cada sujeto que comprende el derecho de cada uno a que se le reconozca como titular de sus actividades reales y potenciales y de sus principales activos...". "...La identidad de una persona forma una realidad dinámica y cambiante, como la persona misma, que se extiende en el tiempo a través de los diferentes períodos de su existencia. Pasado, presente, y futuro están estrechamente mancomunados a ella; como también lo está la natural predisposición del hombre a cambiar, para bien o para mal, lo que lleva frecuentemente a que operen inevitables mutaciones en aquellos atributos...". "...En cuanto refiere al agravio del relacionamiento, no surge de la prueba incorporada a la causa, que la progenitora haya pretendido obstaculizar durante todos estos años el contacto de J. con su padre biológico por lo que no existen motivos para creer que esta situación se va a ver modificada sustancialmente, en razón de que el juez de grado le ha impuesto a la madre la obligación de proveer a la menor los medios necesarios para la comunicación telefónica con su padre,

con más un pasaje anual con su hija. No puede esto significar un agravio sostenible para la revocación del fallo recurrido...”. “...En una apreciación netamente jurídica podríamos decir que el interés superior del niño es un principio jurídico que pretende iluminar la conciencia del juez u otra autoridad para que tome la decisión correcta...”. “...El sistema de justicia de menores DEBE HACER hincapié en el bienestar de éstos. De hecho, está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los mismos, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos que deben ser objeto de valoración...”. “...desde su nacimiento J. ha vivido en forma permanente y estable con su madre, y que el vínculo con ella es muy fuerte. No hubo una sola declaración de los profesionales psicológicos que no expusieran sobre la importancia en la vida de J. de la figura materna el rol que ejerce la progenitora, su importancia, en la vida de J., es mucho más que la del padre sin desconocer la de este...”. “...el compromiso afectivo de J. con su padre es menor, no manifestando en ningún momento sus deseos de vivir con él. La posibilidad de la separación no implica para J. un costo emocional de relevancia de adoptarse las sugerencias de los profesionales psicólogos...”. “...J. mantiene una buena relación con el marido de la madre y ama a su hermanito...”. “...No surge de la causa que tanto la progenitora como su esposo, padre del hermano de J., tiendan a destruir u obstaculizar las relaciones de esta para con su padre o para con la familia paterna ampliada. Es la progenitora la que ha promovido en todo momento las relaciones con el padre...”. “...No se vulnerará el derecho incuestionable e imprescindible de J. de contactar con el padre, el que puede ejercer sus derechos y deberes a través de los medios impuestos en la sentencia...”. “...No hay prueba alguna en autos que avale la hipótesis de riesgo potencial esgrimida por el progenitor. Las meras manifestaciones carecen de pertinencia para acreditar lo pretendido. No se ha acreditado razones que por su gravedad le otorguen razón al recurrente. No se vulnerará el derecho incuestionable e imprescindible de J. de contactar con el padre, el que puede ejercer sus derechos y deberes a través de los medios impuestos en la sentencia...”. “...No hay prueba alguna en autos que avale la hipótesis de riesgo potencial esgrimida por el progenitor. Las meras manifestaciones carecen de pertinencia para acreditar lo pretendido. No se ha acreditado razones que por su gravedad le otorguen razón al recurrente. No se vulne-

rará el derecho incuestionable e imprescindible de J. de contactar con el padre ni con la familia ampliada derecho que no puede identificarse con la inamovilidad definitiva del status...". Culmina solicitando la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus aspectos. Con relación a las costas manifiesta que las mismas pueden ser exoneradas a la adversa, fs. 366/382.

Por proveído del 20 de febrero de 2020, fs. 383, este Tribunal tuvo por contestado el traslado corridole a la parte actora y a su vez se corrió vista a la Defensora de la Niñez y la Adolescencia interviniente. En ese sentido, la Defensora Pública Abogada Laura María Casco Dos Santos contestó la vista corridole manifestando que corresponde confirmar lo resuelto en la S.D. N° 590 del 26 de noviembre de 2019, en los términos esgrimidos en el dictamen N° 37/2020, obrante a fs. 384/389.

FUNDAMENTOS DEL FALLO

Definidos los agravios y la contestación presentada por los representantes convencionales de los progenitores, corresponde hacer una breve reseña de los puntos principales que servirán de sustento a fin de obtener una solución de la presente litis y que se encuentre ajustada a derecho.

Corresponde primeramente analizar lo acontecido en el expediente a fin de obtener una mejor explicación de las actuaciones puestas hoy en debate.

Según copia del certificado del acta de nacimiento obrante a fs. 01, la niña J. actualmente cuenta con 9 años de edad.

El Abogado Alfredo Montanaro representante convencional de la señora C. L. N. K. se presenta a solicitar venía con fines de radicación a los efectos de que la niña J. C. M. V. K. pueda trasladarse a la ciudad de *Kintzingen, República Federal de Alemania, a fin de que la misma quede radicada en dicha ciudad con su progenitora, de dicho escrito se puede extraer lo siguiente: "...La convivencia de la citada menor desde su nacimiento la ejerce la progenitora de forma continua e ininterrumpida habiéndose establecido un régimen de relacionamiento en favor del progenitor cuya característica ha sido de ser amplia e inclusiva a los abuelos paternos. De hecho, siempre la menor ha viajado con estos al exterior a cuyo efecto sin ningún obstáculo la madre les ha otorgado la venia a esos efectos y por todo el tiempo requerido por estos últimos. Esta acción tampoco será motivo para que se corte ese relacionamiento de la menor con la familia ampliada. Bajo ningún punto. Por el contrario, en el momento oportuno esta represen-*

tación hará mención de esta cuestión. Recuérdese que es el interés de la menor la que debe prevalecer y dentro de ese interés está el de relacionarse siempre con la familia ampliada...". "...Acorde lo expresé el objeto de la presente es la obtención de la autorización judicial correspondiente para que la menor J. C. M. resida en la Rca. Federal de Alemania, un país más que seguro, seguridad dicho sea de paso que hoy día en nuestro medio no la detentamos, conjuntamente con la progenitora quien, reitero, siempre ha detentado la convivencia pacífica e ininterrumpida de la misma por lo que no habrá ningún cambio del statu quo al respecto...". "...Este pedido por vía de oposición, entre otras razones, obedece a que el padre de la menor pese a habersele explicado de forma razonada los motivos que han determinado que la menor J. C. M. deba necesariamente residir con la madre fuera del país como que se ha tenido en cuenta todos y cada uno de los aspectos que gravitan en interés de la misma entre las que se ha incluido la seguridad del relacionamiento de J. con el mismo extensivo a los abuelos paternos se ha negado a ello que con la agravante de haber conjuntamente con la abuela materna secuestrado la documentación, pasaporte de la menor, como una suerte de atajo o apriete...". "...En rigor de verdad cree sobradamente mi parte que la negativa del padre no se debe a una decisión suya sino a la fuerte influencia ejercida por la madre del mismo la Sra. S. G. V. D., abuela paterna de J. C. a quien dicho sea de paso nunca mi mandante ha puesto reparo para que la menor se relacione con la familia paterna ampliada de la forma más amplia posible...". "...mi mandante habrá de concebir un hijo de un ciudadano alemán que reside en Alemania, con quien contraerá nupcias, con quien habrá de convivir, sumando a que es deseo suyo de antaño como médica a recibirse hacer pasantía en Alemania que ya la tiene asegurada, todo ello la lleva a solicitar la venia de rigor para que la menor J. C. M. pueda residir con la misma...". "...Es de resaltar que sumada las seguridades expuestas el gobierno alemán extiende beneficios sociales tales como el seguro social, médico, prestaciones sanitarias, asistencia de hospitalización, prestaciones económicas o subsidios de los que se ha de beneficiar J...". "...Pese a lo sensato de lo peticionado como los razonables beneficios actuales y futuros que deparan en J. vivir en Alemania con la progenitora, amén de que J. siempre ha vivido con la madre y bajo ningún punto de vista se podría someramente pretender que la misma resida con el progenitor quien no está en condiciones para ello o en su caso con los abuelos paternos porque no hay motivo para ello, el progeni-

tor se ha mostrado, reitero, remiso en entrar en razón y otorgar la venia que se precisa con la agravante de que no ha esgrimido ningún fundamento válido o sostenible...”. “...Y digo válido o sostenible por cuanto que alegar la separación de la menor de concretarse el viaje es baladí. Y lo es por cuanto que J. siempre ha vivido o convivido con la madre, sola...”. fs. 39/47.

A fs. 113/119, los representantes convencionales del señor J. E. F. V. contestan el traslado de la demanda solicitando rechazar la presente acción y a su vez agregan sus pruebas instrumentales obrantes a fs. 105/112.

Trabada la litis, el Juzgado fijó audiencia de conciliación y sustanciación de pruebas, el cual se llevó a cabo el 13 de setiembre de 2017, según consta en el acta de fs. 140/141, momento en que las partes no arribaron a un acuerdo y se dispuso la apertura de la causa a prueba.

De las pruebas ofrecidas y admitidas se desprende la copia del informe psicológico de la niña J. C. M., realizado por la Psicóloga Forense del Poder Judicial Lic. Graciela Zelada de Rodríguez, que transcribe: “...**RESULTADOS OBTENIDOS...** *Madurez: Por debajo de su edad cronológica debido a conflictos emocionales familiares. Funciones Cognitivas: Memoria, atención acordes a su edad cronológica. Aspecto social: dificultades de contacto ambiental. Aspecto Emocional y Familiar: Ama a su madre y a su padre. Se siente muy feliz en compañía cercana, (física y psicológica) de sus padres. Sin embargo, en este momento se siente manipulada, presionada, encerrada, incómoda en el ambiente donde está viviendo. Siente que vive en un ambiente que le agobia, presionada por manipulaciones que recibe. Se siente controlada, presionada. Es una niña muy dependiente. Necesita sentir y tener cerca de manera continua a su madre y a su padre (física y psicológicamente) y ambos estar de acuerdo con respecto a ella. Además, la actitud pasiva, dependiente de padre también afecta a su desarrollo psicoevolutivo. Dicho estado emocional causa en la niña: desadaptación, dependencia acentuada, inestabilidad emocional, abatimiento, angustia, tristeza, resignación, inseguridad de sí misma y de su ambiente, temores de ser separada de su padre, auto desvalorización y sentimientos de impotencia...”. **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES...** *De acuerdo al estudio psicológico realizado a la niña J. C. M. V. K. presenta estrés crónico, acentuados conflictos emocionales y signos depresivos debido a la situación emocional que está viviendo. Necesita sentirse cerca de su madre y de su padre. Se sugiere en la brevedad de tiempo a) Psicoterapia a la ni-**

ña. *Psicoterapia a la madre y el padre de la niña...*. *Observación: es importante destacar desde el punto de vista psicológico y teniendo en cuenta el interés superior del niño que todo niño/a necesita recibir de la madre y del padre afecto, seguridad, estabilidad, de manera cercana y continua, requisitos esenciales para un buen desarrollo psicoevolutivo. La falta de dichos requisitos en la niña podrían desencadenar problemas de conducta y/o un cuadro depresivo...*, fs. 105/106. Esta Magistratura resalta que, conforme al informe psicológico antes copiado, la niña J. se encuentra agobiada y presionada por las manipulaciones que recibe y necesita tener de manera cercana y continuada a su madre y a su padre física y psicológicamente.

En ese sentido, a fs. 107, también se encuentra agregada la copia del informe psicológico de la niña J., el cual fue efectuado por la Lic. V. R. M., quien manifiesta: *“...La paciente es remitida por la Institución educativa en el mes de abril, asistiendo quincenalmente para la realización de una evaluación psicológica, siendo traída de manera regular por ambos padres...”*. *“...El motivo de consulta fue que la niña presentaba dificultades conductuales en el aula, reacciones agresivas, bajo nivel de tolerancia a la frustración, interfiriendo en su socialización y en la manifestación adecuada de sus emociones...”*. *“...En la evaluación psicológica se proyectan los siguientes indicadores: -presenta un nivel madurativo y cognitivo acorde a su edad cronológica. -Extremo dolor ante la separación conflictiva de los padres. -duelo aún no resuelto ante la separación de los mismos. -sentimientos de enojo, impotencia y extrema culpa ante la relación conflictiva de los padres. -profunda preocupación por la relación de ambos padres. -necesidad afectiva de ambos padres, pues la niña los ama y los necesita de igual manera a ambos. -necesidad de complacer y no fallarles a ninguno de sus protectores (padres y abuelos). -requiere de una profunda necesidad de vivir con tranquilidad y armonía la situación de enfrentamiento entre los padres. -necesidad de protegerse ante las adversidades familiares. -deseos de sentirse mejor, de que la situación familiar mejore y así poder disfrutar de su niñez...”*. Conforme se ha probado con este informe, la niña J. se encuentra afectada por el conflicto existente entre sus padres y padece un extremo dolor por esta situación y un duelo aún no resuelto. Considero que los sentimientos de enojo, impotencia y extrema culpa que siente la niña deben ser atendidos minuciosamente por esta Magistratura; y dado que se lee la necesidad afectiva de ambos padres pues la niña los ama y los necesita de igual manera a ambos.

Así también a fs. 231, se encuentra otro informe psicológico de la niña J., presentado y realizado por el Psicólogo forense del Poder Judicial Lic. J. L. en donde se puede apreciar lo siguiente: “...*La niña J. V. denota sencillez, debilidad, timidez, falta de iniciativa propia, inseguridad, tolerancia pasiva, complaciente, persona tradicionalista, actitud defensiva. Alto monto de ansiedad, bajo nivel de tolerancia a la frustración. Denota bajo autoestima, tendencia a la claudicación, sensibilidad, falta de defensas, bloqueo psicológico que repercute en ella y hace que se encierre en sí y dificulte su relacionamiento interpersonal. Falta de equilibrio. Inestabilidad, relacionado al problema actual con su familia, sentimientos de opresión, se observa también en los test, falta de carencias afectivas, no siente calor de hogar. No se puede defender de sus conflictos, inhibición de la espontaneidad. Sentimiento de culpa, o agresión reprimida. Descontento e incomodidad en el ambiente familiar, algo le molesta o le disgusta, necesidad de sostén. (No posee una figura de protección). CONCLUSIÓN... Se recomienda psicoterapia para manejar su cuadro depresivo actual...*”. Es atendible para esta Magistratura el informe del Lic. J. L. quien dice que la niña J. C. M. tiene un cuadro depresivo actual, a su vez está trastornada, posee sentimientos de opresión. Puedo concluir que en este momento la niña necesita el apoyo presencial, no virtual, ni por temporadas de su padre J. E.

En ese sentido, se encuentra agregada a fs. 241/242, el informe psicológico realizado por la Psicóloga Forense del Poder Judicial Lic. Aida Benítez a la progenitora señora C. L. N. K., el cual en su conclusión dice: “...*De acuerdo a los resultados obtenidos la señora C. L. N., presenta clara conciencia de la realidad...*”. “...*En su rol materno asume una posición participativa y activa con sus hijos...*”. “...*Buenas habilidades maternas para el juego y la comunicación...*”. “...*Es capaz de dar y recibir afectos...*”. “...*La relación de la misma con la niña se encuentra totalmente consolidada y cuenta con habilidades para el manejo de la misma...*”. A fs. 291/297, se encuentra agregado el Acuerdo y Sentencia N° 112 el 27 de diciembre de 2018 (instrumento público conforme al art. 375 inc. “d” del Código Civil que dice: “...*Está siendo manipulada por la madre. Tiene apego por la madre. Así mismo el informe psicológico agregado a fs. 412, sostiene que la madre tiene una actitud manipuladora con respecto a su hija y necesita un tratamiento psicológico...*”).

A su vez, se encuentra glosado el informe realizado por la Trabajadora Social Forense Mirtha Isabel Gómez, en el domicilio paterno, que en su parte pertinente dice: “...Según relata el Sr. J. y la Sra. C., fueron compañeros en la universidad, formaron pareja de cuya relación nació J. C., manifiesta que por unos meses cuando la señora estaba embarazada, vivieron juntos, primero en un departamento del padre de la Sra. C. y luego se mudaron a otra vivienda contigua a la casa de los padres del Sr. J., hasta que se separaron cuando su hija contaba con meses de edad, la madre se mudó a un departamento ubicado en la cercanías del domicilio del Sr. J., expresa el mismo que siempre estuvo pendiente de su hija y apoyó a la madre en la crianza, para lo cual contaba con el apoyo de su familia, mientras la niña asistía a una guardería, ubicada a tres cuadras del lugar, los tíos o los abuelos paternos se encargaban del traslado, durante la semana permanecía mucho tiempo en el domicilio paterno, como también los fines de semana de manera alternada, en que J. C. quedaba a dormir en dicho lugar, incluso cuando los padres salían a la noche, con sus respectivas parejas, los abuelos se encargaban del cuidado de la nieta, manifiesta que J. y su madre anteriormente residían en las cercanías del lugar, lo que facilitaba el relacionamiento familiar, hasta que en el mes de septiembre, la madre cambió de actitud y solo permite que su hija venga los días lunes, miércoles y viernes de 12:20 hs hasta las 14:45 hs, los sábados y domingos intercalados de 16:00 a 20:00 hs, manifiesta a que debido a su horario de trabajo, no puede compartir como quisiera con su hija ya que muchas veces coincide con lo establecido en el régimen de relacionamiento...”. “...DIAGNÓSTICO SOCIAL... El hogar visitado, se encuentra ubicado en una zona residencial, la misma reúne muy buenas condiciones de habitabilidad en un ambiente confortable, si bien el Sr. J. cuenta con vivienda de manera independiente, sin embargo, la mayor parte del día, tanto él como su hija cuando viene a la casa, lo comparten en el domicilio de sus padres...”. “...Corresponde a una familia nuclear, conformada por los padres e hijos, pudiendo observarse muy buen relacionamiento entre sus miembros...”. “...La actitud de la niña en el domicilio paterno, es de distinción y espontaneidad, se encuentra totalmente adaptada a la familia y la relación con su padre es muy buena, pudiendo evidenciarse sólido vínculo afectivo paterno filial, extendiéndose a la familia paterna...”. “...El Sr. J. cumple con su rol de padre, es una persona con espíritu de superación, recientemente culminó la carrera de medicina, actualmente se encuentra realizan-

do su Residencia en el Instituto de Previsión Social, el mismo cuenta con el apoyo de su familia para hacerse cargo de su hija, debido a que por motivo de trabajo actualmente tiene limitado el tiempo para relacionarse con la niña, teniendo en cuenta que en el horario del régimen de relacionamiento que le corresponde entre semana, generalmente coincide con el de su trabajo...”, 161/162. Con este informe socio ambiental se ha demostrado que la niña J. C. M. ha mantenido un buen relacionamiento con su padre, sus abuelos paternos y familia ampliada. Es decir, que la niña J. se encuentra agobiada por el conflicto entre su madre y su padre por el viaje con fines de radicación a Alemania.

En cuanto a las testificales, la parte actora ofreció como testigo al Lic. J. E. L. M., quien a fs. 177/179, declaró en los siguientes términos: *“...AL TERCER PREGUNTADO: Dijo que: la actitud de la señora C. ha sido la de preocupación por el bienestar psicológico y emocional de su hija y su asistencia a la evaluación sometida se realizó también como un interés personal de la misma en conocer sus actitudes y capacidades como madre. Durante la evaluación ha quedado demostrado el gran interés que la misma manifiesta hacia el bienestar de su hija. Su actitud como madre es considerada adecuada dentro de los parámetros normales de actitud como madre es considerada adecuada dentro de los parámetros normales de la situación. Al CUARTO PREGUNTADO: Dijo que: durante la evaluación realizada no se ha constatado elementos de personalidad que tengan que ver con comportamientos de peligrosidad ni inestabilidad emocional...”. “...AL SEXTO PREGUNTADO: Dijo que: la señora C. presenta plena conciencia de la responsabilidad que implica la crianza. Esto puede observarse fácilmente en el manejo que la misma manifiesta respecto al cuidado de sus dos hijos...”. “...AL OCTAVO PREGUNTADO: Dijo que: de acuerdo a los datos mencionados la señora C. presenta estabilidad emocional por lo cual no hay presunción de que pueda producirse ningún hecho que atente contra la estabilidad de la menor...”. “...DÉCIMO PRIMER PREGUNTADO: Dijo que: hasta este momento lo que queda demostrado es la conducta estable de la señora C. en relación a sus hijos...”. “...AL DÉCIMO QUINTO PREGUNTADO: Dijo que: vuelvo a recalcar la importancia del relacionamiento y el vínculo cercano en cualquier niño o niña sobre todo cuanto más pequeño, más necesidad de que ese vínculo sea afectivo y se dé de manera correcta...”. Los representantes de la parte demandada realizaron preguntas ampliatorias al testigo en los siguientes términos: “...Diga el testigo si*

puede aclarar al Juzgado su respuesta al preguntado numero sexto refiriendo desde su intervención profesional con la señora C. L. N. K. como la misma ubica la figura paterna del progenitor de J. dentro de la situación planteada de cambio de país de residencia de la niña. Dijo que: la señora C. también es consciente de la importancia de la figura paterna dentro de la crianza de su hija J. Ella está también comprometida a intentar de que la menor se siga relacionado con el padre lo más estrechamente posible y para ello está dispuesta a aceptar prácticamente cualquier modelo de relacionamiento con la finalidad de que la menor no quede desvinculada de su padre así como también de los abuelos paternos, y recalca de que ellos también son parte importante en la vida de la menor. Diga el testigo si puede ampliar al juzgado su respuesta al preguntado número trece cual sería la importancia – apego del padre y la hija como contracara de lo manifestado. Dijo que: así como había expresado como la vital importancia de relacionamiento madre-hija en una menor de 6 años también es oportuno mencionar la importancia del padre en la construcción de la personalidad de la menor. Si bien es cierto que la madre ejerce una importancia de primera magnitud por la edad de la niña y por el vínculo materno filia, el padre es también trasmisor de valores, actitudes, conductas, percepciones que serán fundamentales y que sólo el como padre lo puede hacer...”. “...Diga el testigo si puede referir al juzgado en relación a su respuesta del preguntado diez y ocho cual sería el resultado psicológico para la niña J. en caso de la falta de contacto personal o físico con su progenitor. Dijo que: las consecuencias realmente son impredecibles, pero van a fluctuar mucho dependiendo de varios factores, en primer lugar, del tipo de relacionamiento que tenga la menor (tiempo, días, meses) en segundo lugar influirá de manera determinante la calidad del relacionamiento que posean sus padres, ya que la menor se pueda ver afectada si ese relacionamiento es negativo o si se conservan vínculos amistosos entre los padres. En tercer lugar, influirá también el estado de ánimo y el estado psicológico en que se encuentra la menor ya que esto motivará o no su deseo de relacionarse con el otro progenitor. Diga el testigo si puede explayarse respecto a su respuesta del preguntado diez y nueve sobre el arraigo respecto a la niña J. entendido como un factor de incidencia o no en el desarrollo evolutivo de la niña. Dijo que: cuando hable de analizar otro tipo de situaciones hago referencia a diversos puntos: 1) edad de la menor. 2) historia de vida. 3) arraigo. 4) situación familiar. 5) madurez de la menor. 6) deseo de la misma. 7) conveniencias

para su vida futura y otros. De esta manera se puede decir que el arraigo es uno de los elementos a tener en cuenta antes de definir una solución a este problema, sin embargo, no es el único punto a considerar como antes bien mencioné...". El testigo L. resalta que es importante que la niña no sea separada de su madre; cabe señalar que la madre tiene la convivencia de su hija en virtud de una sentencia judicial, por tanto, viva la niña en el Paraguay o en Alemania estará con la progenitora; sin embargo, si la niña viaja a Alemania, con quien no mantendrá un relacionamiento dinámico y efectivo es con su progenitor y la familia ampliada paterna, con quien la niña también creció y se desarrolló, en cumplimiento al art. 3 de la ley 57/90 y 3 de la ley 1680/01 (para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación).

Continuando con las testificales ofrecidas por la parte actora, realiza su declaración testifical la señora V. B. R. de A., quien manifiesta: "...*AL SEGUNDO PREGUNTADO. Dijo que: En el mes de abril fue derivada por la institución escolar del Colegio Goethe para evaluación, específicamente psicológica pues luego de un tiempo de observación en el aula notaron que J. presentaba dificultades conductuales, bajo nivel de tolerancia a la frustración, por momentos reacciones impulsivas y todo esto afectaba su socialización y las respuestas conductuales que daba en el aula. AL TERCER PREGUNTADO: Dijo que: no, no he evidenciado el abandono materno si mucho dolor y preocupación por la relación parental evidenciándose una extrema melancolía en ese momento, en relación a la situación parental específicamente a la comunicación y vínculo disfuncional entre ambos padres donde la niña se sentía con culpa y cómo responsable de los desacuerdos y enfrentamientos entre ellos. AL CUARTO PREGUNTADO: Dijo que: la niña presenta mucho afecto y amor hacia ambos padres la misma necesidad de ambos padres, como también poder vivir una armonía entre ambos que le permitan vivir adecuadamente su niñez, quiero aclarar el sentido de apego cuando hablamos de apego estamos hablando de una relación simbiótica madre e hija siendo eso contraproducente para el niño, yo más bien hablaría de una relación de amor madre – hija, resultando algo sano para la niña. QUINTO PREGUNTADO: Dijo que: mi opinión a partir de la evaluación es proteger la salud mental de J., J. ama y necesita a ambos padres, sostengo que se debe hacer una mediación y una regulación de convivencia, J. no debe sentir que pierde a ningún padre ni madre, pero a la vez necesita recuperar su estabilidad y felicidad...*", fs. 182/183. Con esta testi-

fical tenemos demostrado que la niña presenta mucho amor y afecto hacia ambos padres y que necesita de ambos. También necesita vivir una armonía entre ambos para desarrollar adecuadamente su niñez. Queda claro que necesita y ama a ambos padres.

Con relación a la absolución de posiciones del señor J. E. F. V. la cual fue ofrecida por la parte actora, en su parte pertinente el mismo manifestó: “...A LA VIGÉSIMA CUARTA POSICIÓN. DIJO: (24. *Confíesese como es verdad el absolvente la importancia que representa la presencia afectiva de la progenitora para con su menor hija por su condición de niña) Si aclaro, creo importante la presencia de ambos padres para el buen desarrollo y la garantía de felicidad de nuestra hija...*”, fs. 219. En la absolución de posiciones el progenitor de la niña confesó que la niña requiere de la presencia afectiva de ambos padres para la garantía de felicidad de su hija.

A fs. 200, se encuentra agregado el informe del *Colegio Goethe* el cual dice: “...*En cuanto a lo afectivo social: ítems logrados: Estructura hábitos de cortesía, cooperación y ayuda mutua, así como incorpora hábitos de higiene y orden. No logrado en: tiene conciencia de las responsabilidades y derechos propios y ajenos, incorpora hábitos en el ámbito escolar. En esta etapa, J. se muestra muy sensible, le cuesta manejar sus frustraciones, lo que manifiesta con llantos y gritos. En algunas ocasiones le resulta difícil aceptar o comprender las ideas o decisiones de los demás por lo que prefiere imponer su voluntad. Su estado anímico es variado, a veces llega a la institución con alegría y a veces no. Es una niña cariñosa, constantemente busca contacto físico con los demás y expresa palabras de afecto...*”. Conforme al informe psicológico del *Colegio Goethe*. la niña J. tiene dificultades para aceptar o comprender las ideas o decisiones de los demás y resalta este informe que J. busca tener contacto físico con los demás, por lo que entiendo que es importante que la niña se recupere de esta situación en su país.

Siguiendo con el análisis de estos autos, con respecto a las testificales ofrecidas por la parte demandada, la Lic. V. R. M., a fs. 219/215, declaró lo siguiente: “...*AL QUINTO PREGUNTADO. DIJO: No, no hay interferencia negativa, pero si dentro de la situación misma siempre se le transmite a J. que se la quiere mucho que ella es muy importante para ellos y que por supuesto que ella se aleje de ellos les va a causar sufrimiento. AL SEXTO PREGUNTADO. DIJO: No, en el tiempo en que yo vengo trabajando terapéuticamente con J. el padre siempre está pendiente ya sea a*

través de llamados o viniendo a las sesiones interesado por el bienestar de J. **AL SÉPTIMO PREGUNTADO. DIJO:** No, lo que a J. le genera preocupación y mucha angustia es la situación desarmonica emocional de sus padres y que no puedan llegar a un acuerdo entre ambos sintiéndose ella como centro del conflicto...”. El Abogado Alfredo Montanaro, representante de la parte actora realizo preguntas ampliatorias a la testigo en los siguientes términos: “...**SEGUNDO PREGUNTADO:** Diga la deponente acorde a su experiencia y en particular conociendo a J. y a la progenitora de darse el cambio de residencia de la misma manteniendo ésta un constante y fluido relacionamiento sea con el progenitor como con la familia paterna ampliada a través de medios tecnológicos actuales o compartiendo vacaciones podría hablarse de una suerte de desarraigo emocional permanente. **DIJO:** aclaro que el desarraigo emocional permanente sería si J. dejase de tener contacto en general con el padre y lo que sugiere desde lo terapéutico es que J. aun pudiendo estar con la madre pueda tener la seguridad de que se estaría comunicando con el padre las veces que ella quisiese y que podría estar también con el padre en muchas fechas y acontecimientos que fuese posible, esto es lo contrario a desarraigo emocional permanente...”. Con esta testifical se ha demostrado que el cambio de residencia de la niña a Alemania producirá en la misma un desarraigo emocional permanente y que se debe asegurar que la niña estaría comunicada con su padre. Sostengo que esa seguridad no se ha justificado en autos como podría cumplirse a futuro.

Con respecto a la prueba confesoria de la señora C. L. N. K., ofrecida por la parte demandada, la progenitora dijo: “...**A LA DÉCIMO TERCERA POSICIÓN. DIJO:** (**DÉCIMO TERCERA:** Diga la absolvente como es verdad que considera necesaria en atención a la edad de la niña J. la presencia efectiva de la figura paterna) Si, es cierto, y aclaro que el relacionamiento entre él y J. este donde ella esté dependerá exclusivamente de él, de la calidad del relacionamiento en que ellos tengan. **A LA DÉCIMA CUARTA POSICIÓN DIJO:** (**DÉCIMO CUARTA:** Diga la absolvente como es verdad que la niña J. vive en contacto permanente con su familia ampliada paterna manteniendo relaciones afectivas significativas) No es cierto, aclaro el relacionamiento no es permanente quiero referirme a que no es todos los días, de forma continua sino los días lunes, miércoles y viernes y fines de semana alternados y en el momento en que ella se encuentra con ellos si es cierto que existe el relacionamiento afectivo significativo e importante

para J., ella ama muchísimo a sus padres...". "...A LA VIGÉSIMA SEGUNDA POSICIÓN. DIJO: (VIGÉSIMA SEGUNDA: Diga la absolvente como es verdad que en el Paraguay gracias a su progenitor y la familia paterna ampliada la niña J. posee la seguridad de que sus necesidades esenciales estarán cómodamente cubiertas) No es cierto, si bien pagan su colegio me pasan una ínfima cantidad, yo con mi marido y mi padre proporcionamos todo lo que J. necesita como para dar un ejemplo mi hija tiene un problema en los riñones y su padre se niega a pagar alguno de esos estudios y yo soy la que pago, en algunas ocasiones le insisto que me ayude pero con mucha insistencia entonces lo hace, J. lo único que tiene últimamente cubierto por sus abuelos es irse todos los días que está con ellos o sea lunes, miércoles y viernes irse a los parques de los shoppings y montón de juguetes que desde mi punto de vista no es cubrir necesidades sino es más bien mal educar. A LA VIGÉSIMA TERCERA POSICIÓN. DIJO: (Diga la absolvente como es verdad que no existe otro motivo que haga necesaria la radicación en el exterior de la niña J. que su necesidad personal de ir a vivir con su nueva pareja y padre de su otro hijo) No es cierto y aclaro el interés de mi hija es lo más importante para mí y no es el deseo de mi hija estar lejos ni de su mamá ni de su hermanito si me quiero ir con ella a Alemania es porque en Alemania podré yo estar mucho más tiempo con mis hijos haciendo una residencia médica en un hospital Alemán. A LA VIGÉSIMA CUARTA POSICIÓN DIJO: (VIGÉSIMA CUARTA: Diga la absolvente como es verdad que en las oportunidades que ha realizado viajes al extranjero y ante la imposibilidad de que la niña J. la acompañe, ha dejado a la misma con su progenitor y la familia paterna ampliada) No es cierto y aclaro las dos oportunidades que he ido a Alemania a hacer pasantía le he dejado a mi hija con la abuela paterna, no con el padre y en una de esas oportunidades una semana post mi viaje la abuela de J. se quedó conmigo en la casa de mi marido, durante el tiempo que yo no estuve con mi hija yo hablaba todos los días por teléfono. A LA VIGÉSIMA QUINTA POSICIÓN. DIJO: (VIGÉSIMA QUINTA: Diga la absolvente como es verdad que todos los viajes realizados por su persona y en los cuales ha llevado Ud. a su hija J., estos no sobrepasaron de dos semanas) Si es cierto, aclaro que desde que J. nació yo era alumna de medicina y eso lleva muchos horarios y tenía muy pocas vacaciones. A LA VIGÉSIMA SEXTA POSICIÓN. DIJO: Diga la absolvente como es verdad que no ha acreditado en este juicio un plan económico a futuro, basado en sus ingresos o el de su

nueva pareja, que asegure que puedan cumplir con el gasto que depare la alimentación, educativa privada, seguro médico de excelente cobertura y mejores opciones de residencia en Alemania a favor de la niña J., que las tiene hoy en Paraguay) No es cierto, porque mi marido recibe más de 50 mil euros anualmente que está por encima del promedio mínimo en Alemania, aparte de eso el mismo tiene un apartamento propio y una casa propia donde vive con sus padres, aparte de eso yo tengo casi asegurado un trabajo en un hospital en el área de cardiología donde ya he dejado claro que tengo una hija menor y que los primeros años hacer el 75% del horario como para poder estar más tiempo con mis hijos y que eso sería imposible en Paraguay, yo jamás le voy a llevar a mi hija a un lugar donde yo pueda proporcionarle lo que necesite, de hecho estar casada con un alemán que tiene un buen trabajo y buen seguro médico, mi hija estará automáticamente asegurada como yo y mi hijo...”. “...A LA VIGÉSIMA OCTAVA POSICIÓN. DIJO: Diga la absolvente como es verdad que de residir la niña J. en el exterior y específicamente en ALEMANIA, su nivel de vida no será igual y menos superior al que lleva en el Paraguay) No es cierto, y aclaro que actualmente su nivel de vida depende de mí y que independiente de donde ella esté todas sus necesidades estarán suplementadas y aclaro que obviamente no tendré la plata que tienen los abuelos dueños de xxx pero obviamente tendré un sueldo mayor el cual tiene su padre actualmente...”, fs. 224/225. Con la confesoria de la madre de J. se demostró que la niña se relaciona con su progenitor y con sus abuelos paternos.

Por proveído del 19 de octubre de 2018, fs. 249 vlto., el Juzgado declaró el cierre del período probatorio y ordenó agregar las pruebas ofrecidas y producidas por ambas partes, tal y como obra en el informe de fs. 249/249 vlto. de autos.

A fs. 284, se encuentra agregado el acta de audiencia del 16 de noviembre de 2018, acto en el cual las partes presentaron sus respectivos alegatos, y se resolvió correr vista a la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia interviniente.

El Defensor Público Abogado Víctor Lionel Bareiro Alfonso a fs. 285/287, se presentó a solicitar se difiera el pronunciamiento de la vista conferida con el fin de que se fije día y hora de audiencia para la niña J. C. M. V. K. a los efectos de que sea oída por el Juzgado.

En ese sentido, el Juzgado fijó audiencia de para oír a la niña, el cual se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2018, según consta en el acta de

fs. 290, momento en que la niña manifestó: “...yo me divierto con mi papá y con mi mamá, yo me fui al Brasil muchas veces pero no le pude llegar a verle a mi abuela, el año que viene voy a segundo grado, tengo compañeritos, somos 23 pero me llevo mejor con las nenas, tengo dos amigas, M. y O., a veces me voy a la casa de O., también me gustaría ir más a la casa de M. como me voy a en lo de O., yo me peleo más con O. pero me voy a jugar con ella. Yo le pedí a mi papá para que me deje ir a Alemania y me dijo que no, o hace dos años no me voy más, yo le pedí para ir a Alemania y vivir con mi mamá, en las vacaciones yo vendría a visitarle a mi papá porque sé que mi mamá me va a dejar, yo viaje varias veces a Alemania, ahí vive mi bisabuela M., la familia de mi hermano que es como mi familia de corazón, a mí me gusta Alemania porque hay juegos de agua, que aunque haga frío la pileta está caliente, es un lugar de juego de agua, me gusta la nieve, yo le llamaría por teléfono a mi papá todos los días, o me comunicaría por la Tablet, si le voy a extrañar a M. y O., pero sé que allá voy a hacer nuevos amigos, con mi abuela también hablaría todos los días aunque nunca hable con ella sobre el viaje...”. La niña fue oída en cumplimiento al derecho que tiene previsto en el art. 12 de la ley 57/90 y su opinión debe ser valorada por esta Magistratura conforme a los estudios psicológicos antes citados. Considero que J. con 09 años de edad se encuentra agobiada y presionada por lo cual una vez que ella se encuentre en mejores condiciones familiares y psicológicas se podría valorar su opinión con mejor justicia.

Habiéndose dado cumplimiento a lo solicitado, se corrió nuevamente vista y mediante el Dictamen N° 309 del 23 de julio de 2019, el Defensor Público Abogado Víctor Lionel Bareiro Alfonso solicita se haga lugar a la autorización para viajar con fines de radicación, de acuerdo a lo expresado a fs. 301/305.

Por proveído del 29 de julio de 2019, fs. 307, el Juzgado llamó autos para sentencia y por S.D. N° 590 del 26 de noviembre de 2019, fs. 315/321, resolvió hacer lugar a la autorización judicial para viajar con fines de radicación solicitado.

La Sentencia mencionada ha puesto fin a un litigio condensado en dos tomos de expedientes, con 400 fojas en total y que ha iniciado por proveído del 27 de octubre de 2016, es decir, hace más tres años que los progenitores litigan por sus respectivos intereses e invocando según sus pretensiones, los derechos de la niña J. C. M., y de la atenta lectura así como del análisis detallado de las pruebas ofrecidas y diligenciadas en el presen-

te expediente me apresuro a mencionar que no existen razones suficientes que ameriten confirmar lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia. En ese orden, no está demás mencionar que este conflicto ya se ha estudiado en antecedentes previos, más específicamente en el juicio caratulado: “J. C. M. V. K. S/ RÉGIMEN DE CONVIVENCIA”, en el cual ya fue mencionado que el conflicto radica en la intención de la madre de viajar para radicarse con su hija J. para vivir en Alemania junto con su marido y padre de su otro hijo.

Corresponde entonces que la justicia especializada realice la correcta aplicación de las leyes vigentes a los hechos invocados y demostrados, considerando además los principios del interés superior del niño, de conformidad a lo dispuesto en el art. 54 de la Constitución Nacional, como así también en el art. 3 de la Convención de los Derechos de los Niños y art. 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

También resulta importante mencionar el principio de la autonomía progresiva, que significa que J. va a adquirir mayor capacidad de discernimiento cuanta más edad tenga, en esta causa se encuentra agobiada y presionada. Este principio menciona que la infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica. El principio de la no discriminación que pretende asegurar que los niños sean titulares de los derechos como seres humanos en desarrollo. El principio de la efectividad de los derechos busca la protección efectiva de los derechos y su satisfacción real. Es decir que, en esta jurisdicción tenemos las directrices para la interpretación, integración y aplicación de las normas desde los intereses de los niños y no desde las necesidades personales de los padres.

En esta causa la madre de la niña señora C. L. N. K. menciona en su absolución de posiciones que desea viajar a Alemania para realizar su residencia médica en un hospital de ese país, atendiendo que la misma es médica y actualmente se encuentra casada con una persona de nacionalidad alemana con quien tiene otro hijo. La progenitora manifiesta además que, su interés de viajar es con el fin de darle a su hija seguridad económica, dado que su marido, quien es de nacionalidad alemana, recibe más de 50 mil euros anuales, que, según manifestaciones de la señora C. L. N. K., es más del promedio mínimo de ingresos económicos en Alemania, y que al estar casada con una persona de nacionalidad alemana su hija estará automáticamente asegurada, como ella y su otro hijo. Asegura además que, a

pesar del buen nivel económico de los abuelos de su hija, siempre debe solicitarle ayuda económica al progenitor para los controles y estudios de la afección médica que sufre la niña J. Asimismo, sigue manifestando la demandante que la niña se encuentra asistiendo al *Colegio Goethe* y que son los abuelos y el progenitor quienes se encargan de abonar la cuota de dicha institución. En contrapartida, la misma dice que tiene casi asegurado un trabajo en un hospital de Alemania y que podría tener un sueldo mayor que el progenitor de J. tiene en el Paraguay.

Según lo relatado, el art. 302 del C.P.C., dispone: “...*La confesión judicial expresa o ficta y la extrajudicial, será apreciadas por el juez juntamente con las demás pruebas, y de acuerdo con los principios de la sana crítica...*”. La progenitora manifiesta que el bienestar de su hija en Alemania será gracias a la condición económica de su esposo, quien además tiene un apartamento y una casa propia donde vive con sus padres. A este respecto corresponde afirmar que el esposo de la señora C. L. N. K. no tiene obligaciones jurídicas con su hija J. C. M. V. K. Según constancias de autos de fs. 17/11, el señor G. vive en la casa de sus padres exento de gastos y dice que en Alemania existe la enseñanza obligatoria para menores que hayan cumplido los 6 años. Este documento se refiere a los niños menores de 6 años, pero J. actualmente ya cuenta con 9 años de edad. No existen constancias en autos con respecto al lugar del futuro trabajo de la progenitora, como tampoco la remuneración económica que la misma obtendría en el hospital de Alemania que la misma menciona, tampoco se ha mencionado en qué colegio estudiará la niña. Estas incertidumbres violan los derechos fundamentales de la niña J. C. M. quien no puede dimensionar sus necesidades reales dada su situación jurídica de ser sujeto en desarrollo.

En conclusión, la niña J., que fue oída por la Jueza de Primera Instancia, manifestó que desea viajar a Alemania para de esa forma estar con su progenitora y con la familia de su hermano a quienes considera su familia de corazón, sin embargo, esta declaración debe ser considerada desde la madurez de la niña y desde el grado de angustia en la que se encuentra y el cuadro depresivo.

Los conflictos generados entre los progenitores no le permiten a la niña tener un ambiente de calma y armonía, tal y como se desprende de las pruebas valoradas precedentemente.

JURISPRUDENCIA

El art. 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia sostiene que el interés superior del niño implica: “...que se respetarán los vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo...”.

En base a las consideraciones expuestas precedentemente y considerando lo dispuesto en el art. 54 de la Constitución Nacional, el art. 3, 70 y 101 del C.N. y A., soy del criterio que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra la S.D. N° 590 del 26 de noviembre de 2019 y en consecuencia revocar la sentencia recurrida en todos sus términos y los alcances de la misma.

Con relación a las costas generadas en la instancia de grado inferior, y en atención a que la parte actora se allanó al pedido de la parte demandada con respecto a las costas, considero que las mismas deben ser impuestas en el orden causado, por lo que soy del parecer que el punto apelado debe ser revocado y por tanto eximir de las costas de primera instancia al señor J. E. F. V.

Con respecto a las costas de esta instancia, considero que las mismas deben ser impuestas también en el orden causado, considerando que ambos progenitores plantearon sus posiciones ejerciendo la patria potestad de su hija J. C. M. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA MAGISTRADA MARÍA DEL CARMEN ROMERO LÓPEZ MANIFIESTA:

Me adhiero al voto de la estimada colega preopinante y agregó cuanto sigue:

El Abog. ALFREDO MONTANARO en representación de la señora C. L. N. K. ha accionado contra el señor J. E. F. V. para que se otorgue judicialmente la venia a fin de que la niña J. C. M. V. K., viaje y resida con su progenitora y en ese momento la pareja de la misma en la Republica Alemana, específicamente en la Ciudad de KINTZINGEN., alegando como fundamento de la acción que en dicho país residirían en el domicilio de la familia del actual esposo de la progenitora, quien tiene buenos ingresos económicos, que la progenitora obtendría un trabajo en su profesión de médica, que la niña accedería al servicio social, que se cuenta con escuelas públicas gratuitas hasta los 6 años y que dicha situación daría mejores condiciones de vida a la infante, y que el señor S. G. asistiría económicamente a la niña J. C. M., acompañando entre las documentales certificado

de no contar con antecedentes del señor S. G., fotografías exteriores de residencias, y manifestaciones de los Abogados del esposo de la progenitora.

A su vez, los representantes del señor J. E. F. V., han contestado la demanda oponiéndose a la acción instaurada considerando el desarraigo que implicaría el traslado de la niña otro país, refiriendo que la niña J. C. tiene vinculación permanente con el padre y la familia paterna, asiste a un colegio privado de excelente nivel y no existe circunstancia que hagan necesario dicho traslado del lugar de residencia de la niña y alejamiento de su entorno familiar, sus amigos, sus compañeros de escuela, su cultura y que los motivos de la progenitora son netamente personales.

La resolución recurrida en su fundamentación sobre la autorización para viajar con fines de radicación expresa *que la decisión de que la niña viaje a un país muy lejano del domicilio del progenitor de la niña provocará indudablemente un desarraigo en la niña y que es innegable que esto repercutirá negativamente en lo emocional en la niña, pero que sería menos traumatizante que desarraigarse de la figura de la progenitora...*. Sobre este punto debe advertirse que en estos autos no ha sido objeto de debate la separación de la niña de su progenitora, ya que el régimen de convivencia a favor de J. C. M. V. K. ha sido resuelto por Acuerdo y Sentencia N° 112 de fecha 27 de Diciembre de 2018, en el juicio respectivo, otorgándose el régimen de convivencia de la niña J. C. M. V. K. a favor de la progenitora, la señora C. L. N. K. (fs. 291/297).

Por otro lado, la resolución recurrida también ordena la suspensión del régimen de relacionamiento paterno filial, siendo que dicha circunstancia tampoco ha sido objeto de discusión como acción en estos autos, pues aunque en el escrito de inicio de demanda se ha alegado que el régimen de relacionamiento de la niña con el progenitor sería libre y también por medios telemáticos, la acción instaurada se ha centrado en la venia para viajar con fines de radicación conforme se evidencia de la providencia de fecha 27 de Octubre de 2016 (fs. 48), por lo que al existir un régimen de relacionamiento paterno filial establecido judicialmente antes del inicio de esta acción, debía debatirse como acción conjunta o separadamente la modificación de dicho régimen de relacionamiento a fin de precautelar el derecho a la defensa en juicio.

En estas condiciones, coincido con la miembro preopinante que no se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para que se otorgue la

JURISPRUDENCIA

venia incoada y se modifique el arraigo actual de la niña en esta etapa de su vida, pues no se ha acreditado efectivamente que dicho desarraigo otorgará a la infante mejores condiciones de vida, debiendo ponerse énfasis en que el interés primordial de los progenitores en estos momentos debe ser la estabilidad emocional de J. C. M. V. K., lo cual se dará cuando sus padres acuerden los diversas cuestiones que hacen a la vida de la misma.

Corresponde en tal sentido hacer lugar al recurso interpuesto y por ende revocar la sentencia dictada en autos rechazando la acción instaurada. En cuanto a las costas también me adhiero a lo resuelto por la miembro preopinante.

Es mi voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO GUSTAVO AUADRE MANIFIESTA:

Me adhiero al voto de la Magistrada Gloria Elizabeth Benítez Ramírez por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, todo por ante mí que certifico, quedando acordada la Sentencia que inmediately sigue:

SENTENCIA N° 43

Asunción, 01 de setiembre de 2020.

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital.

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto contra la S.D. N° 590 del 26 de noviembre de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de la Capital, y en consecuencia;

REVOCAR la sentencia recurrida en todos sus términos y los alcances del mismo.

REVOCAR las costas generadas en la instancia de grado inferior, y por lo tanto eximir al señor J. E. F. V. de las costas de primera instancia y en consecuencia imponerlas en el orden causado.

LAS COSTAS de esta instancia en el orden causado.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

ANTE MÍ:

Magistrados: Gloria Elizabeth Benítez Ramírez, María del Carmen Romero López y Gustavo Auadre.

Ante mí: Claudia Patricia Vera Sosa, Actuaría Judicial.
