

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Director
Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro

Año 2021 – Número 3

**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° 3/2021
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	15

DOCTRINA

LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. (TRHA). LA FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV). EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. Derecho a la identidad e información. Breve exposición.....	19
Por Carmen Edith Escurra Páez.	

JURISPRUDENCIA

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Acción en el Proceso Civil. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y Procedencia. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo. C.S.J. Sala Constitucional 04/02/2019. G. (A. I. N° 04).	41
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo. JUZG. 1RA. INST. N. Y A. 08/06/2018 (S.D. N° 13).	47
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. TRATADOS INTERNACIONALES. Aplicación. Pacto de San José de Costa Rica. LEY N° 1.680/01. Aplicación de la Ley. Código de la Niñez y la Adolescencia.	

CONTENIDO

Derecho a la Defensa. NULIDAD. Nulidad Absoluta. TApel. Niñez y Adolescencia 26/06/2018 (Ac y Sent. N° 05).	53
CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. AMPARO. PRESUPUESTOS. CÓDIGO PENAL. LEY N° 3.440/2008. DERECHO A LA VIDA. DERECHOS HUMANOS. CONTRATOS. CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. Cumplimiento de contrato. Instrumento privado (Ac. y Sent. N° 12).....	73
CONSTITUCION NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos. Admisibilidad y procedencia. CÓDIGO SANITARIO. C.S.J. Sala Constitucional 17/06/2021 (Ac. y Sent. N° 328).	93
LEY ORGÁNICA MUNICIPAL. CONTRATO. Compra Venta. LOTES. RESPONSABILIDAD. Comprador. Impuestos. Tasas. Contribuciones. TRANSFERENCIA. Escritura Pública. REGISTROS PÚBLICOS. Inscripción. MUNICIPALIDAD. Certificado de Cumplimiento Tributario. MUNICIPALIDAD. Titularidad. ACTOS ADMINISTRATIVOS. TApel. De Cuentas Segunda Sala. 25/01/2021 (Ac. y Sent. N° 19).....	109
DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. LEY N° 1.462/35. Proceso contencioso Administrativo. LEY ORGANICA MUNICIPAL. Juzgado de Faltas. Competencia. Procedencia. TApel de Cuentas Segunda Sala 08/06/2021 (Ac. y Sent. N° 144).	120
RECURSO DE APELACIÓN. Apelación General. Auto de Apertura a Juicio. CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales. PROCESO. Debido Proceso. TApel. Penal. Cuarta Sala. 12/11/2019 (A.I. N° 485).	131
RECURSO DE APELACION. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA. RECURSO DE NULIDAD. OBJETO DE RECURSO DE APELACION. LA EXCEPCION DE FALTA DE ACCION. LAGUNAS EN LA LEY. PRUEBA. ALTERACION DE LOS DATOS RELEVANTES. OMISION DE LA PRUEBA. CAR-	

CONTENIDO

GA DE LA PRUEBA. INDEMNIZACION COMPENSATORIA. DAÑO MORAL. TApel Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Central. 14/10/2020 (Ac y Sent. N° 125).	141
AMPARO. Fundamentación. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA SALUD. Juzgado Penal de Sentencia N° 30 de la Circunscripción Judicial de la Capital. 15/06/2021 (S.D. N° 74). .	163
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía Constitucional. Garantías Constitucionales. Amparo. Procedencia. Ley N° 836/80. Código Sanitario. Derecho de la salud. Juzgado, Civil y Comercial Décimo Turno. 11/06/2021 (Sent. N° 279).	177



Índice Temático

- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 44
Admisibilidad y Procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad, 44
- ACTOS ADMINISTRATIVOS, 113
Certificado de Cumplimiento Tributario, 113
- ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN,
143
- ALTERACIÓN DE LOS DATOS RELEVANTES, 145
- AMPARO, 165
Fundamentación, 165
- CARGA DE LA PRUEBA, 145
- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, 77
- CÓDIGO PENAL, 75
Ley N° 3.440/2008, 75
- CÓDIGO SANITARIO, 96
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 44, 49, 50, 55,
57, 59, 179, 180
Acción de Amparo, 44, 49, 50
Amparo, 179, 180
De la Supremacía Constitucional, 180
Derecho a la Defensa, 57, 59
Derecho a la vida, 55

ÍNDICE TEMÁTICO

Derecho de la salud, 180
Garantías Constitucionales, 179
Procedencia, 179

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 75,
76, 95, 96, 97, 98
Amparo, 75
Derecho a la vida, 76
Derechos Humanos, 76
Garantías Constitucionales, 75
Presupuestos, 75

CONTRATO, 77, 111, 112
Compra Venta, 111, 112
Cumplimiento de contrato, 77
Instrumento privado, 77

CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS,
134
Garantías Judiciales, 134

DAÑO MORAL, 146

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, 122, 123, 124
Competencia, 124
Procedencia, 124
Proceso contencioso administrativo, 124

DERECHO A LA SALUD, 166

DERECHO A LA VIDA, 165

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 95, 96, 97, 98
Admisibilidad y procedencia, 97, 98
Efectos, 95, 96

ÍNDICE TEMÁTICO

- INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA, 146
- LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN, 144
- LAGUNAS EN LA LEY, 144
- LEY N° 1.462/35, 122
 - Proceso contencioso Administrativo, 122
- Ley N° 836/80, 180
 - Código Sanitario, 179, 180
- LEY N° 1.680/01, 57
 - Aplicación de la Ley, 57
 - Código de la Niñez y la Adolescencia, 57
- LEY ORGÁNICA MUNICIPAL, 111, 123
 - Competencia, 123
 - Juzgado de Faltas, 123
- LOTES, 111
- MUNICIPALIDAD, 112
 - Certificado de Cumplimiento Tributario, 112
- NULIDAD, 58
 - Nulidad Absoluta, 58
- OBJETO DE RECURSO DE APELACIÓN, 144
- OMISIÓN DE LA PRUEBA, 145
- PROCESO, 134, 135
 - Debido Proceso, 134, 135

ÍNDICE TEMÁTICO

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL, 43

Acción en el Proceso Civil, 43

PRUEBA, 145

RECURSO DE APELACIÓN, 133, 143

Apelación General, 133

Auto de Apertura a Juicio, 133

RECURSO DE NULIDAD, 143

REGISTROS PÚBLICOS, 112

Titularidad, 112

RESPONSABILIDAD, 111, 112

Comprador, 111, 112

Contribuciones, 111, 112

Impuestos, 111, 112

Tasas, 111, 112

TRANSFERENCIA, 112

Escritura Pública, 112

TRATADOS INTERNACIONALES, 56

Aplicación, 56

Pacto de San José de Costa Rica, 56



Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

C.S.J. 04/02/2019. Acción de Inconstitucionalidad Promovida por C.H.G. En los Autos Caratulados: “Amparo Promovido por M.C.G.G. C/ P.P.G., Director de la Clínica G. (A. I. N° 04) 41

JUZGADO PENAL DE LA ADOLESCENCIA

Segundo Turno Asunción

Juzgado Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia 08/06/2018. “Amparo Constitucional Promovido por los Abogados Aurora María Bareiro y Geza Poka, en Representación de la Señora M. C. G. G. en contra del Dr. P. P. G., Director Médico de la C. G. y Sus Representantes Legales” (S.D. N° 13). 47

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TRIBUNAL DE APELACIÓN

Niñez y Adolescencia

TApel. Niñez y Adolescencia 26/06/2018. “Amparo Promovido por M. C. G. G. c/ P. P. G. Director Médico de la Clínica G.” (Ac y Sent. N° 05).....	53
TApel. Penal Adolescente. 03/12/2018. “Amparo Promovido por M. C. G. G. c/ P.G. Director de la Clínica G.” (Ac. y Sent. N° 12)..	73

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

C.S.J. 17/06/2021. “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta por María Esther Roa de Espínola en la causa María Esther Roa /Ley N°716 que sanciona Delitos contra el Medio Ambiente”. (Ac. y Sent. N° 328).....	93
--	----

TRIBUNAL DE CUENTAS

Segunda Sala

TApel. De Cuentas Segunda Sala. 25/01/2021. “Myrian Stella Bareiro de Denis C/ Res. N° 1245/19 del 25 de septiembre y otra, dict. por la Municipalidad de Concepción” (Ac. y Sent. N° 19).....	109
--	-----

ÍNDICE POR TRIBUNALES

TApel de Cuentas Segunda Sala 08/06/2021 “Long S.A. C/ Resolución 1929/18 del 19 de octubre dictada por la Municipalidad de Asunción. Exp. 450/2018 (Ac. y Sent. N° 144).....	120
---	-----

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Cuarta Sala

TApel. Penal. Cuarta Sala. 12/11/2019. Expediente: “C. A. E. Apropiación”. Causa N° 2015-184 (A.I N° 485).....	131
--	-----

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL

Segunda Sala - Central

TApel Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Central. 14/10/2020. JUICIO: “Fulgencio Melgarejo Benítez c/ Rodolfo Anuncio Torres Gómez y la Empresa de Transporte Campo Limpio S.A. Línea 36 s/ Cobro de Guaraníes en diversos conceptos laborales, pago de aporte obrero patronal, daño moral y en forma subsidiaria indemnización por daño económico”. (Ac y Sent. N° 125).	141
---	-----

ÍNDICE POR TRIBUNALES

JUZGADO PENAL DE SENTENCIA N° 30

Capital

Juzgado Penal de Sentencia N° 30 de la Circunscripción Judicial de la Capital. 15/06/2021. Causa: Laura Magdalena Varela Núñez c/ Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (S.D. N° 74).....	163
--	-----

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL Y COMERCIAL

Capital Décimo Turno.

Juzgado, Civil y Comercial Décimo Turno. 11/06/2021. “Amparo Constitucional promovido por Alfredo Ramón Delgado Elizeche c/ Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social” (Sent. N° 279).....	177
---	-----



Doctrina

LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. (TRHA). LA FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV). EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. Derecho a la identidad e información. Breve exposición

Carmen Edith Ecurra Páez¹

Introducción

Me parece importante compartir puntos de vistas en orden a este tema tan complejo como la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En nuestro Código Civil hay muchos aspectos que no están regulados. Y respecto de los cuales debería de darse una respuesta a nivel legislativo.

¹ Abogada. Egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, con Mención de honor, de la Promoción 2003. Posgraduada de la Escuela Judicial (Promoción XIII). Especialista en Didáctica Universitaria (2014). Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (2017). Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (2018). Doctorando en Ciencias Jurídicas. Ejerce la profesión en el Estudio Jurídico Ecurra Paéz & Asoc. Áreas de Práctica: Derecho Civil; Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia, Penal Adolescente. Derecho Societario; Licitaciones Públicas; Marcas; Patentes; Derecho de las Comunicaciones; Leasing; Derecho Laboral.

Me interesa y preocupa como mujer, madre y profesional del derecho que se dé lugar y espacios de discusión o debates sobre el tema en la sociedad jurídica, que en definitiva van a ir a debatirse en las Cámaras de Diputados y Senadores, para su regulación.

Especialmente es importante tratar estas cuestiones porque afecta a la salud de la ciudadanía, a los problemas de fertilidad. Y porque cada vez nacen más niños en el país y en todo el mundo gracias a la medicina reproductiva.

Considero una necesidad acompañar con la normativa los avances de la medicina y las consecuencias jurídicas sobre la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), dando apertura al diálogo a través del respeto y ética a la dignidad humana, para avanzar con madurez hacia una legislación inclusiva, una normativa justa que contemple todas las aristas.

Además de ser un tema muy actual, que tiene como finalidad vencer a la infertilidad. La práctica de la Fecundación in vitro me ha generado un atractivo especial por las incontables implicancias que podría ocasionar en el derecho y más aún con la carencia en el país, de una legislación para aquellos casos de conflictos en la aplicación de la Reproducción Humana Asistida. Pues considero que el vacío de normativa nacional, deja a los usuarios de estas técnicas sin garantías, tampoco existen reglas claras para médicos, biólogos y profesionales de la salud que se encuentran expuestos, atendiendo al vacío legal en nuestro sistema normativo.

Si bien, los avances de la ciencia médica, con la aparición de estas técnicas dieron lugar a nuevas esperanzas a aquellas personas que sufrían de algún inconveniente para traer hijos, la utilización de las mismas no debería descuidar lo jurídico y darse de manera efectiva bajo un Amparo legal.

En este breve análisis, he considerado tratar cuestiones fácticas como la Filiación, los dilemas sobre la protección legal de las personas que se someten a estas técnicas, la necesidad de su introducción en el Código Civil Paraguayo o la creación de alguna ley especial y algunas recomendaciones para armonizar la normativa con una realidad social y la jurisprudencia.

En cuanto a la jurisprudencia, en pocas líneas hago referencia a un fallo que trata sobre los embriones sobrantes, aquellos que fueron fecundados pero aún no implantados en el seno materno. Dándose apertura a la

problemática que en nuestra legislación; que las personas son consideradas como tales desde el momento de la concepción.

En este caso específico, la posibilidad de la negativa de quien sería el progenitor para la implantación del embrión congelado, después de haber dado su consentimiento.

Estos dilemas no solo se relacionan con cuántos embriones producir, sino también con cuántos ciclos de implantación son adecuados para afectar lo menos posible a la mujer gestante. También debería de tratarse en la legislación, soluciones para circunstancias cuando habrá que seleccionar los embriones más viables y en casos particulares, hacer exámenes genéticos. El destino final de los embriones sobrantes no solo podría ser un dilema para la legislación, sino también una complicada decisión para la pareja, pues podría decidir en destruirlos, donarlos o crio-conservarlos; en esta última opción debe definir por cuánto tiempo y para qué se desean conservar.

Sin mucho que reflexionar, el solo imaginar cuanto sería de aporte que se unan los sectores involucrados para debatir sobre la manera de acompañar los avances de la ciencia y que pueda garantizar una legislación al respecto, las modificaciones o cambios que deben realizarse al Código Civil Paraguayo, debiendo trasladar cuestiones o la problemática a la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida y las garantías en cuanto a su uso para todos los afectados. En nuestro país, contamos con la Ley 836/1980 del Código Sanitario² que establece en la Sección II. Sobre la reproducción humana. Igualmente, todo recae en documento del Con-

² **Sección II. De la reproducción humana. Artículo 18.-** La reproducción humana debe ser practicada con libertad y responsabilidad protegiendo la salud de la persona desde su concepción.

Artículo 19.- Corresponde al sector salud, bajo supervisión y control del Ministerio, promover, orientar y desarrollar programas de investigación, información, educación y servicios médico-sociales dirigidos a la familia y todo lo relacionado con la reproducción humana, vigilando que ellos se lleven a cabo con el debido respeto a los derechos fundamentales del ser humano y a la dignidad de la familia.

Artículo 20.- Los programas de protección familiar deben obedecer a las estrategias del sector salud, en coincidencia con los planes y exigencias del desarrollo económico y social, de acuerdo con los valores y expectativas de la Nación.

sentimiento informado, el cual debería de encontrarse muy bien confeccionado, por considerarse éste como el instrumento de exteriorización de la “voluntad procreacional”.

***Palabras claves:** Reproducción asistida, derechos humanos, voluntad procreacional, consentimiento informado.*

Un marco legal previo y necesario

En este título me propongo introducir y hacer mención los artículos de la Constitución Nacional que tratan sobre cuestiones de Derecho de Familia, derivando su atención a cuestiones que afectan a la reproducción humana, a la creación, a la importancia de la Filiación por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

El Art. 4^º de la Constitución Nacional establece: “Derecho a la vida”. El derecho a la vida es inherente a la persona.

Es menester plantearnos la notoria falta de legislación, como profesionales del derecho sentirnos responsables y considerar la perspectiva constitucional y convencional con relación a la aplicación de estas técnicas, para la creación de una ley específica o quizás la modificación del Código Civil.

Como sabemos, al ocuparse el Derecho y la Bioética de la protección de la persona, su alianza permite el nacimiento del Bioderecho como disciplina transversal. Para varios autores, el Bioderecho es el área jurídica compuesta por los casos y soluciones producidos en el desarrollo de la técnica en la vida en general y, particularmente, en la vida humana.

La Bioética se ocupa del estudio de los problemas que surgen con los avances biotecnológicos, el derecho como ciencia social se encuentra destinada a regular la conducta humana concentrando en sus normas las res-

³ TÍTULO II De los derechos, de los deberes y de las garantías. CAPÍTULO I. De la vida y del medio ambiente. **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. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.

puestas y soluciones que aporta la primera con el propósito de alcanzar la efectividad. Debiendo darse, una necesaria relación con los derechos humanos, lo cual se observa en los distintos instrumentos internacionales.

En Paraguay, nacieron proyectos para crear una ley específica y considero que no se trata que aún nos falte demasiado para armonizar conceptos con la doctrina internacional de los derechos humanos. Personalmente opino que ni siquiera nos haría falta una reforma constitucional para legislar sobre estas técnicas y espero que pronto tengamos una ley que se fundamente en principios y valores bioéticos, considerando que cada caso debería de ser tratado con especialidad, siendo de importancia si una urgente modificación al Código Civil, que tiene más un perfil comercial y de derechos reales, dándole poco espacio a temas como Relaciones de Familia y los avances propios, pudiendo ampliarse hacia otros institutos que atiendan a la protección de la persona y la familia, pudiendo dar lugar a lo que sería el Derecho de Familia dentro de dicho cuerpo legal y no solo en una ley específica.

Una de las problemáticas sobre la utilización de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, en cuestiones jurídicas, es la filiación. El abordaje de las técnicas de reproducción humana asistida como otra de las fuentes que se suma, como un tercer tipo de filiación con apoyo de la ciencia y la tecnología, además de la adopción.

El avance científico sumado a la voluntad procreacional sería los dos elementos que podrían definir el vínculo filial de este tercer tipo de filiación. Debiendo existir, en un futuro una ley que contenga términos jurídicos, los principios de la Bioética, la importancia del Consentimiento informado, el Derecho a la identidad y el Derecho a la Filiación.

Tras haber realizado un interesante curso de Bioética de la Escuela Judicial – Consejo de la Magistratura, con docentes especialistas en el tema, el cual recomiendo a aquel profesional del derecho que tenga interés en adentrarse en estos temas, al escuchar a los docentes especialistas, leer sobre los materiales brindados, uno interioriza con más fuerza ese deseo de enlazar nuestra normativa con la realidad, procurar reflejar y contar con una ley, que facilite el criterio de la interpretación, integración y aplicación de la norma en la doctrina y en nuestra justicia paraguaya, en la cual hasta ahora solo se ve lagunas para resolver cuestiones conflictivas sobre la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. (TRHA).

Como punto de partida considero importante mencionar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha publicado recientemente un documento que representa la posición del citado organismo, con respecto a la infertilidad y la atención de la fertilidad. Dicho documento considera a la infertilidad como enfermedad y lo ubica en el contexto de los derechos humanos a los que tienen acceso las personas, así como las parejas heterosexuales y del mismo sexo. Por este instrumento, también se reconoce las múltiples barreras y la inequidad en el acceso a tratamientos seguros y eficientes, incluidas las técnicas de reproducción asistida.

La OMS reafirma la importancia de habilitar leyes y políticas públicas que garanticen el acceso universal a la prevención y el tratamiento de la infertilidad y la necesidad de monitorear la implementación de estas acciones.

Siendo también interesante acotar, sobre la existencia de una institución científica y educacional, denominada por sus siglas REDLARA, Red Latinoamericana de Reproducción asistida, que reúne a más del noventa (90% noventa por ciento) de los Centros médicos que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica y al cual se encuentran asociados varias de las clínicas especializadas en reproducción de nuestro país.

En nuestra Carta Magna, en los Artículos 68⁴ y 69⁵, declara que el Estado protegerá y promoverá el derecho a la salud como fundamental, proveyendo las condiciones dentro de un Sistema Nacional de Salud, recursos, planes y políticas integradas al desarrollo social. Y con respecto a este tema el Código Sanitario reglamenta aspectos particulares de las prácticas de las técnicas de reproducción humana asistida. Pero igualmen-

⁴ **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 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.

⁵ **Artículo 69 - DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.** 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.

te existe una laguna en lo relacionado a los actos médicos y las responsabilidades que pueden ser derivadas de la impericia o negligencia.

Conforme pude informarme al respecto, existen por ello algunas clínicas en Paraguay, afiliadas al REDLARA⁶, organismo que cuenta con estándares sobre buenas prácticas de las técnicas de reproducción humana asistida y genera información sobre el acceso, seguridad y eficiencia en el uso de técnicas de reproducción asistida en América Latina, de acuerdo con las recomendaciones de la OMS, existen varias clínicas afiliadas a dicho organismo.

El Principio de la voluntad procreacional

Cuando nos sumergimos en el tema de la filiación⁷ de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas reproductivas, se habla de la filiación por voluntad procreacional y se abre la problemática sobre transparentar el origen de la identidad de la persona.

A mi criterio, un derecho no enunciado expresamente en nuestra Constitución Nacional, “el derecho a procrear”; aunque sea un derecho

⁶ La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) es una institución científica y educacional, que reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica. REDLARA se formó en 1995. Dentro de sus programas posee el **Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA)**, que anualmente cataloga todos los resultados de las técnicas de reproducción asistida reportados por estos centros. El Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) tiene como funciones la recopilación, análisis y publicación de los procedimientos de Reproducción Asistida (RA) realizadas en los centros acreditados o afiliados a la RED. Para una mayor información por favor visite su sitio web <https://www.redlara.com/>

⁷ Código Civil Paraguayo. SECCIÓN III -DE LA ACCIÓN DE FILIACIÓN. Art. 234.- Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de sus padres.

La investigación de la maternidad no se admitirá cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, salvo que éste hubiera nacido antes del matrimonio.

inherente a la persona humana dejar descendencia, se encuentra de manera tácita enmarcado en la Constitución en el Artículo 61.⁸

El mencionado artículo considera a la voluntad procreacional el deseo e intención de crear una nueva vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no hijos. La responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación (natural y/o asistida) y de las consecuencias que este hecho produce.

Aunque aún no tengamos legislado, se ha incorporado otra forma de filiación, cuando ésta deriva del uso de las Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) respetando y garantizando el Principio del interés superior del niño (Art. 3^º de la Convención sobre los Derechos del niño y de la Ley de la Niñez y Adolescencia).

A modo de referencia, el código argentino; sienta el Principio de la voluntad procreacional, señalando que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de

⁸ Art. 61 – Constitución Nacional: De la planificación familiar y de la salud materno infantil: El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes educación, orientación científica y servicios adecuados, en la materia. Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos

⁹ ARTÍCULO 3 De la Convención Internacional sobre los derechos del niño y la niña. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la 11 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos, considerando que se registra en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Entonces, la voluntad procreacional es la decisión, la voluntad de consentir llevar adelante un proyecto parental, conjuntamente con otra persona o bien de manera independiente.

Si bien, contamos con artículos de rango constitucional que refieren sobre ese derecho a la paternidad o maternidad, deberíamos de contar con una normativa que así como en la filiación por naturaleza, dé lugar al conjunto de deberes y derechos, que nace con los progenitores, en la filiación por las técnicas de reproducción humana asistida, el cual es exteriorizado a través de un instrumento.

Teniendo como premisa que la Convención sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 4o., establece "que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...".

El consentimiento informado:

Al referirme a este documento; es necesario dar espacio a la Bioética, puesto que es un instrumento que tiene fundamento en el Principio bioético de Autonomía. Y considero importante hacer mención que la Bioética se estructura en tres principios que dan respuestas a los problemas que surgen con el avance biotecnológico y son los Principios de Autonomía, el Principio de Beneficiencia-no maleficiencia y el Principio de justicia.¹⁰

El Principio de autonomía: es aquel que considera que toda persona es capaz, en la relación de médico-paciente. Que el paciente tiene la libertad de decidir someterse o no a un tratamiento después de recibir la información sobre la misma.

El Principio de beneficiencia-no maleficiencia: éste se refiere a hacer el bien procurando ocasionar el menor daño posible. El término beneficen-

¹⁰ Gráfico. Fuente. <http://labsayajin.blogspot.com/2016/10/trato-al-paciente-de-acuerdo-al-codigo.html>

cia se refiere a la prevención del daño, a promover el bien y la no maleficencia, busca que no se cause daño de manera intencional al otro.

Principio de Justicia: se refiere al cuidado o protección de la salud para todos los ciudadanos sobre la base de sus necesidades. Exige el derecho de dar igual trato a todas las personas que se encuentran en las mismas condiciones y/o garantizar la distribución equitativa.



Entonces, el documento del consentimiento informado, sería como una manifestación del Principio de autonomía, consagrado en el Art. 669¹¹ de nuestro Código Civil, también se lo podría definir como una declaración de voluntad realizada o certificada por un paciente, luego de que éste haya

¹¹ Art. 669 del **Código Civil** consagra el **principio** de la **autonomía** de la voluntad, al establecer que las Partes pueden reglar libremente sus Derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la Ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos.

recibido toda la información sobre el procedimiento o intervención a la cual será sometido.

Sería como la autorización o manifestación de conformidad expresa del paciente a someterse al procedimiento o intervención al cual deberán someterse las partes. Art. 715 del Código Civil Paraguayo¹².

En cuanto al uso de una técnica de reproducción humana asistida, este documento tiene mucha trascendencia jurídica, se podría enmarcar como un acto jurídico, puesto que pone al frente a derechos de carácter personalísimos, como derecho a la vida¹³, a la dignidad, al cuidado de la salud, a la libertad, derechos todos constitucionales.

Por lo tanto, no se puede separar al derecho como a la Bioética en cuanto al uso del Consentimiento informado, este documento debe contener en sus cláusulas sobre cuestiones de protección de los derechos humanos, así también otorgar protección a cuestiones como el Principio de la autonomía.

Para el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) el consentimiento informado, es un documento fundamental para determinar el alcance de la filiación, las condiciones sanitarias y responsabilidades de las partes en cuanto a la aplicación de alguna de las Técnicas de reproducción humana asistida, puesto que el vínculo filial dependerá del contenido de este documento, por el cual las partes expresan o manifiestan de manera previa, informada sobre la decisión de someterse al tratamiento, sujetándose a las cláusulas de mismo. Por ejemplo, a modo de referen-

¹² El art. 715 de la misma normativa encuentra orientación en el citado **Principio** de la Autonomía de la voluntad. Por lo que, resulta aplicable el Derecho de Fondo **Paraguayo**. Cuyo artículo transcrito dice: Las convenciones hechas en los Contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.

¹³ **Artículo 4 - De la Constitucional Nacional: 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. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.

cia, en la legislación argentina este documento, de consentimiento informado debe contar con la exigencia de la protocolización del instrumento por ante un escribano público, también tiene la opción de la certificación de la autoridad sanitaria de la jurisdicción, otorgándole así al documento garantías y seguridad jurídica para los usuarios como para los terceros involucrados.

Si bien ya tuvimos cuestiones de conflictos judiciales en Paraguay, sobre cláusulas contenidas en el Consentimiento informado, que debieron de resolverse sin contar con una legislación, una de las cuestiones que deberíamos de debatir en una ley especial es si al plasmarse la voluntad procreacional en un documento de consentimiento informado, la misma debería de conservarse estable y no puede cambiar con el transcurso del tiempo o por distintas circunstancias. Sería interesante debatir y tener establecido en la legislación si el consentimiento informado es revocable o bien si la conformidad expresada debe renovarse en prácticas posteriores a la inicial.

Algunos me responderán, que por ser el documento del consentimiento informado un acto derivado del Principio de Autonomía, que el mismo debería de regirse sobre la viabilidad de la revocación y que también debería de darse la necesidad de renovar el consentimiento de las partes en cada práctica o procedimiento de la técnica de reproducción humana asistida.

Jurisprudencia:

Consentimiento informado y la Fecundación in vitro

La Fertilización in Vitro y transferencia embrionaria (FIV/TE) es un método de Reproducción Asistida dirigido a parejas infértiles. Su finalidad es que los espermatozoides fecunden óvulos fuera del cuerpo de la mujer, cuando están imposibilitados para hacerlo en su sitio natural, la trompa de Falopio. Este procedimiento se realiza en el laboratorio, manteniendo óvulos y espermatozoides en una cápsula con medio de cultivo (líquido que simula el fluido tubárico) y bajo condiciones ambientales controladas de temperatura, humedad, concentración de oxígeno, etc.

A mi parecer, los niños nacidos por FIV en el aspecto legal o jurídico, podrían presentar dos problemáticas, relacionados con su origen genético,

en los casos por ejemplo de usarse gametos de donantes, establecer en el consentimiento informado si se va a respetar la confidencialidad de la información sobre el donante de los gametos y también podría darse el caso, cuya jurisprudencia traigo a colación de la negativa de uno de los firmantes del Consentimiento informado de no dar seguimiento a otra intervención de la TRHA (FIV). Siendo que especialmente la progenitora se sometió a esta técnica para contrarrestar una expectativa de descendencia sin problemas de salud, de índole genético.

El primer recién nacido en nuestro país con la técnica de reproducción humana asistida de Fecundación in Vitro con transferencia de embriones en estadio de Blastocisto, fue en el año 2013. Y el primer embarazo con la utilización de embriones congelados en Paraguay, data del año 1.999¹⁴.

La inseminación artificial, de práctica más antigua que la fertilización in vitro, es una TRHA ¹⁵ con menos dificultades al momento de efectuar análisis desde un criterio jurídico.

En cambio la FIV desde cuestiones de filiación ya vagamente mencionadas y cuestiones que se dan porque no existe la situación de una relación sexual para la fecundación de los gametos, es quizás más compleja.

En cuanto a la jurisprudencia ya mencionada en nuestro país, se dio el caso de un conflicto judicial sobre la intervención de un tratamiento de Fecundación in vitro en el año 2018.

En Asunción, Capital del país, una mujer siendo paciente de una Clínica, a la cual la misma había autorizado y ya realizado un tratamiento de Técnica de Reproducción humana asistida con el objetivo de conseguir un embarazo mediante la Fecundación in vitro (FIV), se sintió agraviada por la negativa del médico de dar continuidad al tratamiento contratado, porque para dicho efecto, las condiciones del tratamiento al que se sometería, habían dado el consentimiento; la misma paciente y su pareja en ese entonces. Puesto que el mencionado tratamiento de fecundación in vitro llegó a la etapa conclusiva, faltando la implantación o transferencia embrionaria a la paciente, pero la pareja de la paciente comunicó al médico

¹⁴ Fuente: **GIBIR** <http://www.gibir.com.py>

¹⁵ TRHA Siglas. Técnica de Reproducción Humana Asistida

tratante y a la clínica, que ya no deseaba proseguir con el tratamiento, razón por la cual había decidido suspender aquello, mientras tanto no lleguen a un acuerdo o medida judicial para la continuidad de este tratamiento.

Aunque no se cuente con regulación en el Código Civil paraguayo, ni exista aún alguna ley especial, el silencio no significa que se encuentre prohibido el uso o la práctica de estas técnicas.

En el caso mencionado, las partes se han sometido voluntariamente a un Contrato privado con la Clínica especializada en reproducción humana, suscribiendo el consentimiento informado de Fecundación in Vitro y técnicas relacionadas, por lo que se deduce que la Autonomía de la voluntad de ambas partes se encontraba presente en el momento de la suscripción de dicho acuerdo. Y se afirma que el donante y ex pareja fue quien desautorizó al médico tratante para la implantación del embrión en criogenia (fruto de la unión de los gametos masculino y femenino donados).

Fue así que la mujer de 37 años, promovió una Acción de Amparo judicial, ante la negativa de la Clínica, debido a que había pasado por circunstancias muy tristes por las diferentes dificultades lograr convertirse en madre desde el año 2013. Iniciando otro nuevo tratamiento en el año 2017.

El caso mencionado, fue resuelto por el Acuerdo y Sentencia N° 12 del 03 de diciembre de 2018 (Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia) contra la SD N° 20 de fecha 03 de octubre del 2020, dictada por el Juzgado a cargo de la jueza Penal de la Adolescencia del Primer Turno, Abg. Edith Coronel Alen en el juicio caratulado: Amparo promovido por MCGG C/PPG director de la CLÍNICA. La accionante había tenido ya varias pérdidas, hasta un embarazo que llegó a las 34 semanas, pero el bebé falleció a las 8 hs. y a raíz de esta penosa circunstancia se iniciaron los estudios para conocer sobre la existencia de algún síndrome o enfermedad genética, para ello se realizó el Diagnóstico Genético Pre implantacional¹⁶

¹⁶ **Diagnóstico genético preimplantacional** que permite identificar alteraciones genéticas y cromosómicas en embriones obtenidos por fecundación in vitro antes de su implantación en el útero materno.

y los embriones fueron sometidos a una Biopsia embrionaria¹⁷, a fin de determinar cuales se encontraban libres de la enfermedad genética que padecía. Fue entonces que encontrándose en condiciones de realizar el paso de la implantación o transferencia embrionaria, se encontró con la negativa de su pareja de dar continuidad al tratamiento de la FIV. Fue entonces que la Clínica le responde que no será posible proseguir por no contar con la autorización de su pareja.

Fue entonces que la accionante promovió una Acción de Amparo en contra de la Clínica y/o el médico especialista tratante. Esta acción no resultó favorable a la pretensión de la parte actora.

Por la resolución impugnada la Jueza Penal de la Adolescencia del Primer Turno, que revocó una resolución de un Juzgado de Primera Instancia de igual jurisdicción.

A modo de síntesis, el caso se refiere a una mujer a quien el médico tratante negó la posibilidad de proseguir con una fecundación in vitro porque su ex pareja había desistido de renovar el consentimiento informado.

El mencionado Tribunal de Apelación, salió a favor de la mujer, autorizando a la Clínica que diera continuidad al procedimiento de la Fecundación in vitro a pesar de la negativa del progenitor. Basándose el argumento en el Artículo 14 numeral 8 del Código Penal Paraguayo¹⁸, por el cual el feto se encuentra equiparado al embrión.

Teniendo en cuenta, que para la fecundación in vitro se extraen varios óvulos, a fin de contar con más embriones, en caso de no concretarse el embarazo en un único procedimiento.

Siendo así, la paciente en cuestión contaba con cuatro embriones que fueron sometidos al debido proceso para la implantación, pero dos de

¹⁷ Este tipo de pruebas permite saber si una persona es portadora del alelo, de una de las 2 versiones del gen, responsable de una enfermedad hereditaria que se manifiesta cuando hay presentes dos de estos alelos (enfermedad hereditaria de tipo recesivo). Son útiles en el caso de personas que tienen una historia familiar de una enfermedad hereditaria recesiva ya que hace posible estimar el riesgo a tener descendencia afectado.

¹⁸ **La definición de Feto.** El artículo 14 numeral 18 del Código Penal define al feto como: “embrión del ser humano hasta el momento del parto”.

ellos se estaban genéticamente dañados. Esto quiere decir que podrían dar lugar a un embarazo inviable. "Los dos embriones que, según el informe genético, estaban sanos van a ser implantados. Los otros dos no sanos se quedarían congelados en la Clínica".

Si bien, esta solución legal da luz verde al procedimiento, médicamente, solamente dos embriones estaban aptos para la fecundación. Y nos preguntamos, ¿que podría suceder con los otros dos? Lo que la Bioética, respondería que "los cuatro embriones tienen derecho a la vida, más allá de los problemas genéticos que tengan y más allá de la justicia".

Así también, uno puede cuestionarse, sobre cómo usar el término sobre la revocabilidad en un instrumento de Consentimiento informado y para ello deberíamos de ubicarnos en nuestro marco jurídico y remitirnos a la Constitución Nacional, que establece respecto al comienzo de la existencia de la persona humana, al decir que "comienza con la concepción".

Si bien la norma no distingue entre fecundación corpórea o extra-corpórea, cabe diferenciar cuándo puede hablarse de concepción en cada tipo de fecundación. Para comprender esta apreciación, son de reseñar los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*.

Derecho a la identidad y derecho a la información

En cuanto al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, me surge también plantear o dar apertura a otro tema no menos importante, con relación a los derechos a la Identidad y a la información, en cuanto a la aplicación de la Fecundación *in vitro*.

Además del derecho a la identidad¹⁹ se debe otorgar el derecho a la persona que sea informada. A mi parecer, la persona nacida a través de una de las técnicas de reproducción humana asistida debería de ser informada sobre sus orígenes. Y de ahí surge el cuestionamiento, si dicha in-

¹⁹ La identidad es la puerta a todos los derechos constitucionales y su protección está consagrada dentro de la Carta Magna, la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por Paraguay mediante la Ley N° 57/1990 y el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley N° 1680/2001). Este derecho incluye el nombre, la nacionalidad y la filiación.

formación sería de importancia mencionarse en la inscripción del acta del libro registro del nacimiento u otro registro especial.

Repito, como en nuestro país aún el uso de las técnicas de reproducción humana asistida no ocupan un programa o un espacio de investigación pública, me parecería todavía lejos hablar que la información relativa a que la persona que ha nacido por el uso de la Fecundación In vitro deba constar en su correspondiente legajo. Puesto que solo las clínicas que practican estas técnicas llevan un registro de los nacimientos, no así el Estado a través el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social como política de estado.

Si considero conveniente, que el contenido de la información de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, sea comunicado al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, para garantizar el uso de estas técnicas. Sería importante que las clínicas contaran con un registro de los datos médicos de las personas tratadas por un periodo de tiempo, circunstancias relevantes para la salud, por razones debidamente fundadas, considerando que en caso de existir un gameto donante, al ser éste donante debería de establecerse mediante un documento sobre su anonimato, si se va a aplicar la normativa internacional. Con esta solución, la norma adhiere a lo que en el derecho comparado recibe el nombre de anonimato relativo. Entiendo que todo debe enmarcarse dentro de un sistema que se fundamente en la Protección de la persona y sus derechos, por lo que espero que el Proyecto de Ley a ser aprobado alguna vez en nuestro país no tenga que establecer distinciones entre las fuentes de filiación ni tampoco haga mención expresa en lo que refiere a diferenciar las fuentes de filiación, así como lo tenemos establecido en cuanto a la adopción plena, en donde no se consigna nada en el Certificado de acta de nacimiento sobre que la persona es adoptada o hijo biológico.

Conforme a lo expuesto y considerando que el código se enmarca en un sistema anclado en la protección de la persona y sus derechos, corresponde no establecer distinciones entre las fuentes de la filiación en lo que se refiere al acceso a la verdad de origen. Así como la norma introduce en la adopción la posibilidad de plantear una acción autónoma destinada a la efectividad del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica corresponde hacer lo mismo en la filiación por naturaleza y por TRHA. Abrir las puertas a esta posibilidad en nada afectará el emplazamiento filial, que en las TRHA siempre responderá al elemento volitivo. A mi cri-

terio, cada familia debe contar con el derecho de ejercer esa facultad de informar o dar relevancia a ese derecho de la persona nacida por una Técnica de Reproducción Asistida y también conocer a través de quienes se originó su existencia. Al ser el reconocimiento un acto meramente declarativo, la cuestión sobre definir el vínculo filial, también debería de ser un derecho de decidir personalmente para acceder a su verdad de origen. Si bien esta diferencia es cierta, no resta relevancia al derecho que tiene la persona nacida por una TRHA de informarse sobre el cómo y a través de quiénes se originó su existencia.

Además el dato de la identidad filiatoria, se refiere a una cuestión netamente jurídica distinta del aspecto genético, por tanto, que la ley pueda establecer restricciones a la concordancia entre el dato genético y la cuestión jurídica, es otro tema que dilucidar.

La Fertilización in vitro (FIV)

Esta técnica, se usa cuando la cantidad de espermatozoides presentes en la muestra de semen es pequeña para poder llevar a cabo una inseminación artificial. Entonces se hace preciso realizar la técnica de la Fecundación In vitro para lograr que una mujer pueda embarazarse.

Por tanto, el objetivo de la aplicación de la FIV es corregir los problemas de esterilidad y permitir la procreación, pero también se la utiliza con fines terapéuticos para evitar que nazcan niños con enfermedades o para curar diferentes tipos de enfermedades.

La FIV debe ser realizada en un laboratorio de alta seguridad ambiental y dependerá del sistema de gestión de calidad para lograr la reproducción asistida óptima. Imaginarse que a través de esta técnica el embrión puede ser observado en todo momento en incubadoras de última tecnología hasta el momento que tenga que ser implantado en el útero, circunstancia que debe ir acompañada de ciertas condiciones en el aparato reproductor de la madre. Entonces, conforme explicaciones médicas, los gametos son depositados en lugares bien acondicionados en base al empleo del frío para su conservación y según informes de la ciencia, el semen se conserva con mayor facilidad que los óvulos, aunque el óvulo admite la crío-conservación, su viabilidad es muy débil.

Mediante esta técnica, se puede aumentar la probabilidad de seguridad de conseguir un hijo sano, cuando por ejemplo puede darse circuns-

tancias de complicaciones en el embarazo debido a enfermedades de orden genético, lo cual da una luz de esperanza, a aquellas personas que sufren de diferentes obstáculos para ser padres.

En el mundo para la práctica de la FIV, existen bancos de semen en países tales como: Estados Unidos, España, Suiza, Dinamarca, China, Alemania, Inglaterra, Corea del Sur, Singapur y otros. El semen es muy cotizado en el mercado y objeto de exportación. Es muy solicitado un semen no contaminado. Paraguay importa de Argentina y Uruguay.

En nuestro país existe desde hace muchos años parejas que han sido beneficiadas con esta tecnología. Pero lastimosamente, todavía no es una cuestión de la cual se ocupa el presupuesto público, por ello en el camino de acceso a la FIV la ciudadanía puede encontrarse con dificultades financieras, tampoco contamos con cobertura médica en el sector privado y obtener fondos para la atención de la infertilidad es cada vez más difícil.

A pesar de que ni los servicios de salud básicos recibimos, negar a la población acceder a sus derechos reproductivos también es ir contra de sus derechos humanos.

Es importante crear conciencia sobre las muchas barreras que enfrentan mujeres y hombres en nuestro país, para acceder al algún tratamiento de la infertilidad y enfatizar el papel que cumplen los profesionales de la salud, como obstetras y ginecólogos en la defensa de los responsables políticos para un mejor acceso a los servicios de infertilidad. Solo mediante este tipo de análisis, la realización de debates, seminarios sobre estos temas, nuestros esfuerzos combinados, podemos asegurarnos de que la ciudadanía pueda sensibilizarse, empatizar con quienes se encuentran afectados y alcanzar los más altos estándares posibles de salud y derechos sexuales y reproductivos.

Reconocer todo lo que se ha logrado en este campo de la medicina con sus avances en tecnología, quizás no tiene aún una fuerte visibilidad, debido a la carencia de legislación y políticas públicas de salud, pues estos tratamientos no están cubiertos por la seguridad social y parte de la población carece de los recursos para acceder a la atención médica, la vitrificación de ovocitos u otras opciones.

La eficiencia del procedimiento de FIV/TE puede medirse en la proporción (tasa) de mujeres que logra un embarazo luego de haber aspirado sus folículos o luego de haber transferido embriones al útero. Sin embargo, considerando que la tasa (proporción) de abortos espontáneos es de apro-

ximadamente 15% la medida más real de evaluar eficiencia es midiendo la tasa de partos o la tasa de nacidos vivos por cada 100 ciclos de aspiración folicular y/o transferencia de embriones. La eficiencia de los procedimientos de reproducción asistida está en gran parte determinada por la calidad de los profesionales y equipamiento del centro. Sin embargo, existen condiciones que afectan las probabilidades de embarazo independientemente de la calidad del centro, esto lo digo porque conozco de casos donde la motivación en la fe y otros tantos factores hicieron posibles resultados favorables.

Garantizar la salud, los derechos sexuales y reproductivos integrales de la población, significa priorizar medidas que garanticen el acceso y mejoren la calidad de la atención, respalden el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Estas medidas también tienen como objetivo garantizar que la mortalidad materna y la discapacidad prevenibles sean tratadas como una cuestión de salud pública y justicia social, hasta que sean erradicadas.

Conclusión

La FIV es una TRHA que exige para el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción, llevarlas a cabo previa suscripción de un consentimiento informado y libre, de las personas que se someten al uso de esas técnicas, que debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. El consentimiento informado, conforme a las reglas internacionales es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil, con independencia de quién haya aportado los gametos (en caso de realizarse con donantes).

El consentimiento es un instrumento privado, en todas sus variantes (al inicio de los procesos reproductivos; a la adquisición o utilización de gametos de terceros; a la fecundación; a la implantación), supone invariablemente la aceptación de la realización de una práctica determinada, y

como tal perfecciona el contrato médico por el cual se instrumenta y da inicio a la práctica.

Conservando el criterio jurídico de nuestra normativa, debería de mantenerse la presunción de la paternidad establecida en nuestro Código Civil. Y otorgar la posibilidad de uso de la FIV ²⁰ en parejas estables no siendo un requisito que estén unidas en matrimonio, desde el punto de vista de la filiación conforme lo expresa el Art. 53²¹ puesto que no puede separarse la existencia de la persona humana de su misma personalidad y la reproducción asistida repercute en el derecho; en la realidad biológica, y si ésta es perjudicada repercutirá en la vida de las personas.

Para la práctica de la FIV, a fin de su regulación, es importante que en el estudio de la creación de una ley específica, se tengan que analizar las responsabilidades bioéticas en la reproducción asistida. Entre ellas: defender la dignidad de las personas vulnerables; cuidar la seguridad de los tratamientos de fertilidad; establecer con claridad los lineamientos para su aplicación; contar con la infraestructura adecuada, no solo para realizar la fertilización sino para el almacenamiento de gametos y embriones; contar con guías clínicas y protocolos para el manejo de las personas en tratamientos de fertilidad.

Bibliografía consultada

1. Alejandro Bolzan “Manipulación genética y reproducción asistida en el ser humano” Editorial Claretiana – 1990.

2. Alejandro Bolzan “Reproducción asistida y dignidad humana” Editorial San Pablo. Buenos Aires – 1993.

²⁰ Siglas FIV: Fecundación In Vitro.

²¹ Art. 53 de la Constitución Nacional: **Artículo 53 - DE LOS HIJOS.** Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria. Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad. La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia. Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.

DOCTRINA

3. Andrio C. Varga “Bioética. Principales Problemas” Paulist Press. Santa Fe de Bogotá – 1994.

5. Augusto Sarmiento. “El don de la vida. Textos del Magisterio de la Iglesia sobre bioética”. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1996.

6. María Victoria Fama. Derecho de Familia. Filiación por naturaleza y por técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Ley. 2017.

7. Josefina Sapena. “Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Intercontinental. Asunción. 1998.

8. Josefina Sapena. Bioética, Derechos Humanos y Derecho de Familia. Editorial Intercontinental. 2013.

9. Constitución Nacional – Código Civil Paraguayo.



Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

AUTO INTERLOCUTORIO N° 04

Cuestión debatida: *En el presente fallo se estudió la acción de inconstitucionalidad contra el Acuerdo y Sentencia N° 12 de fecha 03 de diciembre de 2018, que revocó la Sentencia Definitiva N° 20 de fecha 03 de octubre de 2018, haciendo lugar a la Acción de Amparo Constitucional, interpuesto por la señora M. C. G. en contra del señor C. H., de tal forma a continuar con el procedimiento de “Fecundación in vitro”, implantación de los embriones a la Sra. M. C. G.*

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Acción en el Proceso Civil.

El Art. 557 del C.P.C. dispone: “requisitos de la demanda y plazo para deducirla. Al presentar su escrito de demanda el actor constituirá domicilio e individualizará claramente la resolución impugnada, o principio constitucional que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos su petición. El plazo para deducir la acción será de nueve días, contados a partir de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de la ampliación por razón de la distancia. En todos los casos, la Corte examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimaré sin más trámite la acción.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y Procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad.

En reiterados fallos hemos pregonado que la esfera de la acción de inconstitucionalidad y la competencia de la Sala Constitucional son excepcionales, de interpretación restrictiva y no equivalen a una instancia ordinaria de revisión de decisiones judiciales. Esta no es la vía para cuestionar la interpretación y valorización realizadas por los Magistrados Judiciales, si dichas tareas se encuadran dentro de parámetros razonables que impidan descalificarlas por arbitrariedad, y no se demuestra lesión concreta a derechos de rango constitucional.

A partir de una revisión de las resoluciones impugnadas, no se observan indicios de la pretendida arbitrariedad, pues aparecen razonablemente fundadas conforme a derecho. Sus agravios no aparecen preliminarmente atendibles, en atención a sus argumentos denotan más bien desacuerdo con la interpretación y el razonamiento judicial erigido para sostener la procedencia del Amparo promovido. De hecho, que mal puede pretender por esta vía discutir o imponer un criterio de interpretación distinto al sostenido por los juzgadores, de tal forma a reeditar en esta instancia, cuestiones que han merecido suficiente y oportuno tratamiento en las instancias ordinarias.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo.

Por lo demás, es sabido que nuestra Carta Magna, en el Art. 134, 5to. Párr. señala: "...Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado". En el mismo sentido, el Art. 579 del C.P.C. dispone que la sentencia recaída en este tipo de juicios, hace cosa juzgada respecto al Amparo, dejando subsistentes las acciones que pudieran corresponder a las partes para la defensa de sus derechos, con independencia del Amparo. Es decir, en el caso, no existe cosa juzgada material, requisito en principio, necesario para la admisión de la acción de inconstitucionalidad, salvo caso de flagrantes vulneraciones de principios, preceptos o garantías de rango constitucional, lo que no se percibe en el caso de estudio.

C.S.J. 04/02/2019. Acción de Inconstitucionalidad Promovida por C.H.G. En los Autos Caratulados: "Amparo Promovido por M.C.G.G. C/ P.P.G., Director de la Clínica G." (A. I. N° 04).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VISTA: La acción de inconstitucionalidad presentada por el Abg. B.A.T.A., en nombre y representación del señor C.H.G., contra el Ac y Sent N° 12 de fecha 03 de diciembre del 2018, dictado por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, y;

CONSIDERANDO:

Que el accionante se agravia contra el fallo dictado por el Tribunal de Alzada, que por unanimidad resolvió: "...2- Revocar la S.D. N° 20 de fecha 03 de octubre del 2018, dictada por la Jueza Penal de la Adolescencia del Primer Turno... 3- hacer lugar al Amparo Constitucional planteado y consecuentemente, ordenar al Dr. P.P.G. de la Clínica G., continuar con el procedimiento de implantación de los embriones a la Sra. M.C. G....".

Alega la vulneración de los Arts. 9, 17, 46, 47, 48, 55, y 61 de la C.N. Sostiene que la arbitrariedad en el fallo impugnado sería manifiesta por "...cuanto realiza una interpretación contraria a derecho, incurrido en arbitrariedad cuando se aparta de textos claros de la Carta Magna y omite la consideración del elemento formal u objeto de la Acción de Amparo, extralimitándose en un aparente análisis más allá de su competencia; procediendo a la aplicación caprichosa de normas en expresa violación al texto claro de la ley, desnaturalizando el juicio sumario de la figura constitucional, lo cual la torna obligatoria..." Resume las causales de la arbitrariedad en las siguientes: "... ausencia de fundamentación, falta de derivación del derecho vigente (sentencia "contra legem"), integración arbitraria de la norma, discriminación y afectación de derechos y garantías constitucionales...".

El Art. 557 del C.P.C. dispone: "requisitos de la demanda y plazo para deducirla. Al presentar su escrito de demanda el actor constituirá domicilio e individualizará claramente la resolución impugnada, o principio constitucional que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos su petición. El plazo para deducir la acción será de nueve días, contados a partir de la notificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de la ampliación por razón de la distancia. En todos los casos, la Corte examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimaré sin más trámite la acción.

El Art. 12 de la Ley 609/95 establece: "No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad en cuestiones no justificables, ni a la denuncia que no precise la norma constitucional afectada, ni justifique la lesión concreta

que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria”.

En reiterados fallos hemos pregonado que la esfera de la acción de inconstitucionalidad y la competencia de la Sala Constitucional son excepcionales, de interpretación restrictiva y no equivalen a una instancia ordinaria de revisión de decisiones judiciales. Esta no es la vía para cuestionar la interpretación y valorización realizadas por los Magistrados Judiciales, si dichas tareas se encuadran dentro de parámetros razonables que impidan descalificarlas por arbitrariedad, y no se demuestra lesión concreta a derechos de rango constitucional.

A partir de una revisión de las resoluciones impugnadas, no se observan indicios de la pretendida arbitrariedad, pues aparecen razonablemente fundadas conforme a derecho. Sus agravios no aparecen preliminarmente atendibles, en atención a sus argumentos denotan más bien desacuerdo con la interpretación y el razonamiento judicial erigido para sostener la procedencia del Amparo promovido. De hecho que mal puede pretender por esta vía discutir o imponer un criterio de interpretación distinto al sostenido por los juzgadores, de tal forma a reeditar en esta instancia, cuestiones que han merecido suficiente y oportuno tratamiento en las instancias ordinarias.

Por lo demás, es sabido que nuestra Carta Magna, en el Art. 134, 5to. Párr. señala: “...Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado”. En el mismo sentido, el Art. 579 del C.P.C. dispone que la sentencia recaída en este tipo de juicios, hace cosa juzgada respecto al Amparo, dejando subsistentes las acciones que pudieran corresponder a las partes para la defensa de sus derechos, con independencia del Amparo. Es decir, en el caso, no existe cosa juzgada material, requisito en principio, necesario para la admisión de la acción de inconstitucionalidad, salvo caso de flagrantes vulneraciones de principios, preceptos o garantías de rango constitucional, lo que no se percibe en el caso de estudio.

En apoyo de esta tesitura, y respecto a la improcedencia, en general, del recurso extraordinario - o Acción de Inconstitucionalidad en nuestro sistema – planteado contra resoluciones que no revisten carácter de definitivas en sentido material, NESTOR PEDRO SAGÜES, sostiene: “... Aquí confluyen dos motivos: por un lado, el principio de buen orden en los pleitos, que exige que ellos se concluyan según las prescripciones procesales en vigor. Por otro, razones de economía de la causa, de tal modo que se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

torne innecesaria la intervención de la Corte Suprema...” (Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, pág. 137).

Por lo que al no haberse dado cumplimiento a los requisitos exigidos por las disposiciones de firma, corresponde el rechazo de la acción sin más trámite.

POR TANTO, la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA CONSTITUCIONAL

RESUELVE:

RECONOCER la personería del recurrente en el carácter invocado y tener por constituido su domicilio en lugar señalado.

ORDENAR la agregación de las instrumentales presentadas.

RECHAZAR in límite la presente acción de inconstitucionalidad.

ANOTAR y notificar.

MINISTROS: Antonio Fretes, Miryam Peña y Gladys Bareiro de Mónica.

ANTE MÍ: Abg. Julio C. Pavón, Secretario Judicial.

JUZGADO PENAL DE LA ADOLESCENCIA

Segundo Turno Asunción

ACUERDO Y SENTENCIA N° 13

Cuestión debatida: *En el presente fallo se estudió la Acción de Amparo, presentada por la señora M. C. G., contra el Dr. P. G., director médico de la C. G., en base a que la mencionada clínica, ha limitado sus derechos al negarle la continuación del tratamiento de fecundación in vitro que le permitiría quedarse embarazada y continuar con el procedimiento de implantación de los embriones a la Sra. M. C. G.*

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo.

QUE, en el hecho que nos ocupa resulta claro que en el presente caso agraviado en estas condiciones mal podría prosperar la presente “Acción de Amparo” invocada; en primer lugar, la persona humana nunca puede ser resultado de un proceso de manipulación técnica o biológica, ordenado por un Amparo, sino fruto del amor de sus progenitores. Pero también puede afectar a la personalidad de los progenitores, quienes ya no son quienes deciden sobre el ser que desean traer a la vida, sino que decide por ellos el equipo médico responsable de las técnicas aplicadas. Entra en juego el derecho a la vida; en primer lugar, del concebido en virtud de tales técnicas, las cuales no son, todavía; seguras en su resultado y cualquier negligencia o impericia de los técnicos intervinientes pueden malograr su actuación; en segundo lugar, de los embriones “pre embriones”, según equivoca terminología legal, que se obtienen para asegurar el embarazo o que sobran y pueden destruirse, con olvido de que, desde el momento de la fecundación hay una vida humana que debe ser jurídicamente protegida. Al permitirse la utilización de estas técnicas a las parejas no casadas se

produce una nueva desconsideración legal al matrimonio como institución social y jurídica, pues el legislador se muestra indiferente al hecho de que el nuevo ser venga a un hogar no legalmente constituido. Se crean nuevos conceptos de paternidad y maternidad, difícilmente encajables en las categorías. Se crea nueva categoría de hijos post-póstumos, con violación de la regla sucesoria que exige sobrevivir al causante para heredarle.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo.

QUE, en un juicio de Amparo, no se puede dar legalidad al nacimiento de un nuevo ser que es para toda la vida, debiendo el amparista buscar otras acciones legales para obtener la autorización requerida.

QUE, en lo pertinente a las costas a criterio de esta Juzgadora considera que las mismas sean en el orden causado, en razón de que los actores hicieron uso del derecho que le acuerda la C.N. de petitionar a las autoridades, no habiendo mala fe de los mismos.

Juzgado Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia 08/06/2018. “Amparo Constitucional Promovido por los Abogados Aurora María Bareiro y Geza Poka, en Representación de la Señora M. C. G. G. en contra del Dr. P. P. G., Director Médico de la C. G. y Sus Representantes Legales” (S.D. N° 13).

VISTA: La Acción de Amparo Constitucional promovida por los Abogados AURORA MARÍA BAREIRO con Matrícula N° 32.670 y GEZA POKA con Matrícula N° 10.669, en Representación de la Señora M. C. G. G., con C.I. N° XXXX contra el Dr. P. P. G. DIRECTOR MEDICO DE LA C. G., del que;

RESULTA:

QUE, a fs. 1, obra la boleta de entrada de la Dirección General de Garantías Constitucionales.

QUE, a fs. 2/18 obran los documentos presentados por la parte actora junto con el escrito de promoción de la presente Acción de Amparo Constitucional.

QUE, a fs. 7/18 de autos obra el escrito de promoción de la garantía constitucional de Amparo en los siguientes términos “... Que por medio del presente escrito acudimos ante esta Magistratura a su cargo, a los efectos de promover Acción de Amparo Constitucional, de conformidad a la dispo-

sición constitucional del Art. 134, en concordancia con las previsiones procesales de los Artículos 565 y siguientes del Código Procesal Civil, contra el Dr. P. P. G., Director Médico de la C. G., y sus representantes legales, sito en la A. P. N° XXXX c/ A. E., de esta Capital, en los siguientes términos: Nuestra mandante, la señora M. C. G. G., fue y sigue siendo paciente del Dr. P. P. G., quien es su médico tratante con el objeto de obtener el embarazo mediante el tratamiento de una fecundación in vitro a su cargo. Conforme a esa condición de paciente tratante de nuestra mandante a cargo del médico referido, quien atiende en la C. G., en Asunción, la misma se halla habilitada legalmente a promover la presente acción, teniendo en cuenta que la mencionada institución ha limitado sus derechos al negarle la continuidad del tratamiento de fecundación in vitro que le permitiría quedar embarazada, cual fuera el principal objetivo del tratamiento contratado entre nuestra mandante y su médico tratante. Derechos invocados: Artículos 4, 6, 40, 45, 49, 55, 68, 69, 134, 137, 141 de la C.N., Artículos 1, 2, 4, 17, 25 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, Artículos 9, 10, 11, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ofrecimiento de Pruebas: Instrumentales: a) Copia de Cédula de Identidad, b) Copia de Nota de fecha 16 de mayo de 2018, c) Copia de Nota de fecha 17 de mayo del 2018. Informes: a) Se libre oficio a la C. G., a fin de que remita copia autenticada de los documentos obrantes relativos al tratamiento de fecundación in vitro de la paciente M. C. G. G., con C.I. N° XXXX. PETICIONES: Por todo lo expuesto, solicitamos por esta vía la continuidad sobre nuestra mandante, por parte del Dr. P. P. G., del tratamiento de fecundación in vitro, ordenando la transferencia embrionaria al útero de la señora M. C. G. G. En su oportunidad, previos tramites de rigor, haga lugar al Amparo Constitucional promovido por nuestra parte en representación de la Señora M. C. G. G., y en consecuencia, ordene al Dr. P. P. G. continuar con el tratamiento de fecundación in vitro iniciado en XXXX del XXXX, y en ese sentido proceder a la fase final de la transferencia embrionaria al útero de la señora M. C. G. G.

Que, a fs. 19 de autos, obra la providencia de fecha XXXX de XXXX de XXXX, donde este Juzgado tuvo por iniciado el juicio de AMPARO CONSTITUCIONAL promovido por los Abogados AURORA MARIA BAREIRO, con Matrícula N° 32.670 y GEZA POKA, con Matrícula N° 10669, contra el Dr. P. P. G., DIRECTOR MÉDICO DE LA C. G., Y SUS REPRES-

SENTANTES LEGALES. De la misma, con los documentos presentados, córrase traslado a la parte demandada. Quedan habilitados por imperio de ley, días y horas inhábiles de conformidad a lo establecido en el Art. 585 del C.P.C. Señalase audiencia para el día XXXX de XXXX de XXXX, a las XXX horas, a los efectos de la substanciación del presente Amparo Constitucional, de conformidad a lo previsto en el Art. 573 del C.P.C., ante este Juzgado. Con relación a la medida de urgencia solicitada, no hacer lugar, en atención a que la misma hace a la cuestión de fondo. A los demás puntos del petitorio, téngase presente para su oportunidad.

Que, la parte accionada no compareció a la audiencia de substanciación del presente Amparo, presentando un escrito en fecha XXXX de XXXX de XXXX, donde el Sr. P. P. G., bajo patrocinio del Abogado RAFAEL A. SALOMONI, con Matrícula N° 3.400, contesta el presente Amparo Constitucional, en los siguientes términos: Que, por medio del presente escrito vengo a contestar el traslado del Amparo promovido por la ciudadana M. C. G. G., quien es paciente de la C. G., donde cumplo funciones de Director Médico y en ese sentido manifiesto: Que, la señora, M. C. G. G., fue y sigue siendo paciente de la mencionada clínica, debido a que la misma había realizado un tratamiento de fecundación in vitro acompañado del estudio denominado “Diagnóstico genético Preimplantario”, que por razones médicas era necesario para la amparista. Que, para dicho efecto, se tomaron las medidas necesarias y en ese sentido se siguió con el protocolo para tal situación, iniciando el tratamiento y cumpliendo con cada etapa del mismo, hasta finalmente llegar a la etapa conclusiva, faltando nada más la implantación o transferencia embrionaria a la paciente, sin embargo la persona que acompañó el tratamiento decidió no continuar, razón por la cual había decidido suspender aquello, mientras tanto no lleguen a un acuerdo o medida judicial para la continuación de ese tratamiento, teniendo en cuenta que tampoco es viable éticamente desechar los embriones obtenidos listos para su implantación. Considerando lo relatado precedentemente y la petición razonable que realiza la Señora C. G., mediante el presente Amparo, manifiesto que mi parte deja al sano criterio de V.S. la decisión final y considere pertinente, quedándome sujeto a la misma por así corresponder en derecho.

Que, a fs. 25, obra el acta de substanciación del presente Amparo, donde el Amparista Abogado GEZA POKA con Matrícula N° 10.669, se ratificó en todos los términos en el escrito de Amparo presentado en fecha

JUZGADO PENAL DE LA ADOLESCENCIA

XXXX de XXXX de XXXX, y solicitó el diligenciamiento del pedido de informe obrante en dicho escrito.

Que, el Juzgado en audiencia resolvió: ORDENAR la apertura de la CAUSA A PRUEBA, de conformidad Art. 574 C.P.C. ADMITIR las pruebas Instrumentales ofrecidas por la parte actora. Librese oficio a la C. G., a fin de que remita copia autenticada de los documentos obrantes relativos al tratamiento de fecundación in vitro de la paciente M. C. G. G., con C.I. N° XXXX.

QUE, a fs. 27 de autos, este Juzgado ordenó el cierre de la causa a prueba y llamo autos para sentencia.

CONSIDERANDO

QUE, el art. 134 de la Constitución Nacional reza “Toda persona que, por un acto y 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 puede promover Amparo ante el magistrado competente”.

QUE, debemos recordar que el Amparo es un remedio excepcional, solo procede en los casos en que, de modo claro, preciso y manifiesto, se acredite la restricción ilegal a los derechos individuales o una amenaza inminente de aquello que razonablemente puede ocurrir, y cuando no exista en los procedimientos administrativos o judiciales normales, la vía necesaria para la protección de los derechos afectados o amenazados, que en el caso que nos ocupa existen otros medios.

QUE, en el hecho que nos ocupa resulta claro que en el presente caso agraviado en estas condiciones mal podría prosperar la presente “Acción de Amparo” invocada; en primer lugar, la persona humana nunca puede ser resultado de un proceso de manipulación técnica o biológica, ordenado por un Amparo, sino fruto del amor de sus progenitores. Pero también puede afectar a la personalidad de los progenitores, quienes ya no son quienes deciden sobre el ser que desean traer a la vida, sino que decide por ellos el equipo médico responsable de las técnicas aplicadas. Entra en juego el derecho a la vida; en primer lugar, del concebido en virtud de tales técnicas, las cuales no son, todavía; seguras en su resultado y cualquier negligencia o impericia de los técnicos intervinientes pueden malograr su actuación; en segundo lugar, de los embriones “pre embriones”, según la equívoca terminología legal, que se obtienen para asegurar el embarazo o

JURISPRUDENCIA

que sobran y pueden destruirse, con olvido de que, desde el momento de la fecundación hay una vida humana que debe ser jurídicamente protegida. Al permitirse la utilización de estas técnicas a las parejas no casadas se produce una nueva desconsideración legal al matrimonio como institución social y jurídica, pues al legislador se muestra indiferente al hecho de que el nuevo ser venga a un hogar no legalmente constituido. Se crean nuevos conceptos de paternidad y maternidad, difícilmente encajables en las categorías. Se crea una nueva categoría de hijos post-póstumos, con violación de la regla sucesoria que exige sobrevivir al causante para heredarle.

QUE, en un juicio de Amparo, no se puede dar legalidad al nacimiento de un nuevo ser que es para toda la vida, debiendo el amparista buscar otras acciones legales para obtener la autorización requerida.

QUE, en lo pertinente a las costas a criterio de esta Juzgadora considera que las mismas sean en el orden causado, en razón de que los actores hicieron uso del derecho que le acuerda la C.N. de peticionar a las autoridades, no habiendo mala fe de los mismos.

POR TANTO, conforme a las breves consideraciones expuestas y a la normativa legal vigente el Juzgado Penal de la Adolescencia del Segundo Turno de Asunción;

RESUELVE:

1º) NO HACER LUGAR a la Acción de Amparo Constitucional promovida por los Abogados AURORA MARÍA BAREIRO con Matrícula N° 32670 y GEZA POKA con Matrícula N° 10.669, en Representación de la Señora M. C. G. G., con C.I. N° XXXX contra el DR. P. P. G. DIRECTOR MEDICO DE LA C. G. por improcedente, por los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

2º) IMPONER las costas en el orden causado.

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

JUECES: María Teresa Franco Carrera.

ANTE MÍ: Abg. Jessika Verocay - Actuaría Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN

Niñez y Adolescencia

ACUERDO Y SENTENCIA Nº 5

***Cuestión debatida:** El presente fallo del Tribunal de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, trata sobre la procedencia de la Acción de Amparo, contra la Clínica G., presentada por la señora M. C. G. G., en relación al tratamiento de fecundación in vitro que se encontraba en etapa de implantación de los embriones, y los derechos del embrión conforme a nuestra Carta Magna – Derecho a la Vida artículo 4.*

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida.

¿Por qué afirmar que el ser humano comienza con la fecundación? Simplemente porque allí irrumpe una novedad, que no es más ni una célula paterna ni materna; que tiene una nueva capacidad de desarrollar un plan continuo, autónomo y progresivo que presenta una identidad propia, única e irrepetible.

Todo esto prescindiendo del lugar donde ocurra la fecundación, dentro o fuera del vientre materno. El ser no se define por el lugar en el que se halla, el lugar es el medio donde acontece el ser. ¿Por qué el lugar donde se encuentre le puede otorgar más derecho o dignidad?

El periodo de migración hacia el útero es una etapa más del desarrollo iniciado con la fecundación. En este sentido, afirmar que es PERSONA desde la implantación supone explicar cómo un organismo vivo, formado a partir de dos gametos de la especie humana y por lo tanto humano también, es considerado persona o no, dependiendo de algo externo al mismo ser como es el lugar donde se halle ubicado.

Así, el Art. 4 de la Constitución Nacional establece: 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...”. En ese contexto si bien la situación legal de la fecundación in vitro en el Paraguay, no cuenta con una regulación en nuestro ordenamiento jurídico, entre la voluntad de las partes manifestada en un contrato y el respeto a una vida distinta en gestación, la vida en desarrollo, tiene prioridad.

En base a las consideraciones legales y doctrinarias indicadas precedentemente y en atención a las constancias de autos, surge con meridiana claridad que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la Constitución Nacional para la procedencia de la Acción de Amparo interpuesta, al analizar los derechos invocados surgen como notas relevantes la lesión grave o peligro inminente, la urgencia del caso, y la existencia de actos lesivos, pues en la situación concreta que se nos plantea, independientemente a que la situación contractual de las partes puedan ser reparadas por otras vías, lo que no puede afectar es el bien jurídico VIDA.

TRATADOS INTERNACIONALES. Aplicación. Pacto de San José de Costa Rica.

Asimismo, en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por la República, a saber; Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Art. 1. OBLIGACIÓN DE RESPECTAR DERECHOS. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; Art. 2. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO. “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Art. 4. DEL DERECHO A LA VIDA. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción.

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”. Art. 19. DERECHO DEL NIÑO.” Toda persona tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” Art. 25. PROTECCIÓN JUDICIAL. “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por persona que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”.

LEY N° 1.680/01. Aplicación de la Ley. Código de la Niñez y la Adolescencia.

La normativa específica, el Código de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 1.680/01, preceptúa en el Art. 9. DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS POR NACER, que reza: “La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto. Estarán obligadas a ella el progenitor, y en ausencia de éste, aquellas personas para quienes este Código establece la responsabilidad subsidiaria.”.

Es importante, tener en cuenta que el propio Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre los Derechos del Niño, afirman el deber de los Estados partes de proteger al niño por nacer, quien “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31.2, el preámbulo de un tratado es una parte esencial del mismo. Además, los Artículos 6.2 y 24. 2d) de la Convención de los Derechos del Niño, así como el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo el “adecuado cuidado prenatal”.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Defensa.

Corresponde hacer notar que, en lo atinente al contrato aludido, en autos sólo consta la afirmación de su existencia por parte de la clínica y la amparista, el mismo nunca fue agregado, por lo que si se pretende que tenga efectos, no puede ser solamente un mero comentario, sino que debe

convertirse en algo palpable, tangible, verosímil, a fin de que la Juzgadora pueda también basarse en el mismo para dictar la correspondiente resolución, siendo esta negativa la base fundamental del Amparo promovido.

Ante las circunstancias señaladas y luego de verificar detalladamente la sentencia recurrida, así como las incidencias del procedimiento, se puede notar también la ausencia de un requisito fundamental en el mismo, cual es la falta de comunicación, a los efectos de su intervención, al Sr. C. H.

La importancia de este trámite procesal es trascendental, pues no podemos apartarnos de una patente realidad: el mismo, en caso de darse continuidad al tratamiento, sería nada más y nada menos que el progenitor de la criatura, por lo que su presencia en esta acción constitucional se torna muy importante y hasta necesaria, de tal manera a brindarle la posibilidad de ser oído y cumplir así con derechos de raigambre constitucional como lo es el de la defensa en juicio, por lo que la sentencia recurrida se encuentra revestida de un vicio insoslayable, ya que ha sumido al Sr. C. H. en una clara indefensión. Al respecto, el artículo 16 de la C.N. establece: “De la defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable...”.

NULIDAD. Nulidad Absoluta.

La fórmula que propone Alsina es la siguiente: “...donde hay indefensión hay nulidad, si no hay indefensión, no hay nulidad...”.

De igual manera, sobre el punto, tenemos que el artículo 113 del C.P.C. establece: “Nulidades declarables de oficio. La nulidad será declarada de oficio, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva, y en los demás casos en que la ley lo prescriba”.

También el artículo 404 del mismo cuerpo normativo es claro al preceptuar: “Casos en que procede. El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”.

Como se puede observar, este Tribunal se encuentra facultado, por imperio de la ley, a declarar la nulidad cuando se han violado mandatos constitucionales, tal como es el caso en el presente juicio, por lo que, a los efectos de subsanar tales circunstancias, corresponde declarar la nulidad de la S.D. N° 13 de fecha 08 de junio de 2018, dictada por el Juzgado Penal de la Adolescencia del Segundo Turno de la capital.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Defensa.

Ahora bien, lo expuesto párrafos arriba me lleva a sostener que corresponde la declaración de nulidad de la S.D. N° 13 de fecha 08 de junio de 2018, dictada por la Jueza Penal de la Adolescencia del 2° Turno de la Capital, por incumplir las exigencias legales del debido proceso, lo que importa una violación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y proceder al reenvío del expediente al juzgado que sigue en orden de turno, dado que el vicio se dio respecto de la omisión de requerimientos procesales –falta de intervención de una de las partes-, situación que imposibilita a esta alzada a estudiar, de conformidad con el art. 406, el fondo de la cuestión debatida.

TApel. Niñez y Adolescencia 26/06/2018. “Amparo Promovido por M. C. G. G. C/ P. P. G. Director Médico de la Clínica G.” (Ac y Sent. N° 05).

Practicado el sorteo para establecer el orden de emisión de los votos, resulta en primer lugar la Dra. MIRTHA BEATRIZ GONZÁLEZ DE CABALLERO, seguida de la Dras. CLARA ESTIGARRIBIA MALLADA e IRMA ALFONSO DE BOGARIN. En acto sucesivo y en función de los agravios esbozados por el impugnante, el Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN:

¿Se ajusta a derecho la sentencia recurrida?

A LA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA, la DRA. MIRTHA BEATRIZ GONZÁLEZ DE CABALLERO, dijo:

Por la resolución impugnada, la Jueza Penal de la Adolescencia Abog. MARÍA TERESA FRANCO CARRERA ha resuelto: “...1°) NO HACER LUGAR a la Acción de Amparo Constitucional promovida por los Abogados AURORA MARÍA BAREIRO con Matrícula N° 32.670 Y GEZA POKA con Matrícula N° 10.669, en Representación de la Señora M. C. G. G., con C.I. N° xxxx contra el DR. P. P. G. DIRECTOR MÉDICO DE LA CLÍNICA G. por improcedente, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.; 2°) IMPONER las costas en el orden causado; 3°) ANOTAR, registras, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia...” (Sic).

Contra dicho decisorio, se alzó el Abog. Geza Poka, en representación de la Señora M. C. G. G., planteando el correspondiente Recurso de Apelación, cuyos agravios se leen en su escrito obrante a fs. 33/48 de autos, y que en su parte medular, entre otras cosas se expresan: “ARGUMENTOS QUE VALIDAN NUESTRA POSICIÓN” La magistrada, omitió expedirse en todo su “considerando”, acerca del contrato firmado por ambos progenitores en donde se sometían a este procedimiento y en el cual se indicaba que solo se podía suspender el tratamiento de fecundación in vitro por causas de salud o por petición de la paciente, hechos que no han acontecido y razón que impulsó también la presentación del recurso de Amparo. Es así, que surge la inexistencia e imposibilidad de precautelar y defender ante dichos actos lesivos, por otra vía que no sea la presente, pues ha sido denegado el derecho de acceder al ÚNICO MECANISMO VÁLIDO, en este momento para que nuestra mandante continúe con el tratamiento de FIV, sin otro riesgo para su vida y su salud que no sean inherentes al mismo. No es dable, en este estado de urgencia, acceder por otro mecanismo judicial y/o administrativo, que pueda suplir a tiempo, la problemática, ya que estamos ante un tratamiento de fecundación in vitro que depende de varios factores para lograr su efectividad, entre ellos la edad de la paciente, que ante mayor edad existe menos posibilidad de éxito, así como también la técnica de la crío preservación de los embriones, es decir la congelación, que si bien es cierto no existe un tiempo determinado para el procedimiento, puede ser desde un día hasta 30 años también si se desean, sin embargo está comprobado que a mayor tiempo la calidad del embrión disminuye y por ende puede perder efectividad el tratamiento considerando también que el tiempo que pase el embrión congelado, constituye además costos de preservación. El Amparo es improcedente cuando el agraviado cuenta con un medio eficaz para reclamar sus derechos violados ante la autoridad jurisdiccional, es lo que se llama en doctrina vías paralelas, o concurrentes o convergentes. En el presente caso no existe otra vía más que ésta, a los fines de precautelar la vida de los embriones obtenidos por la fecundación in vitro, teniendo en cuenta que no hay otra manera posible en que la señora M. C. pueda lograr el tan ansiado objetivo, el cual no es otro más que quedar embarazada y tener un hijo, teniendo en cuenta las veces intentadas con los finales más tristes para toda mujer, ahora ésta es la única oportunidad que tiene. En nuestro país, no contamos con legislación alguna al respecto y ante este vacío legal no queda de

otra que volver a la Ley máxima, la cual es la Constitución Nacional, de donde surgen todas las demás leyes, y a través de la misma solicitar el cumplimiento de una garantía de rango constitucional, que no es nada más y nada menos que la preservación de la vida. El embrión humano o nasciturus como objeto de derechos, posee desde nuestra óptica, el comienzo o inicio de la persona humana. Es preciso reconocer el carácter de persona del embrión humano desde el momento mismo de la fecundación. Es así que a partir de que el espermatozoide penetre el óvulo comienza la existencia de la persona humana y desde entonces el embrión debe ser sujeto de derechos que la legislación de cada país le debe reconocer. En nuestra legislación, estos embriones se encuentran protegidos por lo mencionado en el Art. 4 de la Constitución Nacional, el Art. 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 1680/2001, y demás acuerdos y tratados internacionales que se mencionan en este escrito. Lo resuelto por la SD 13/2018, dejaría justamente a esos embriones sin la protección necesaria y condenados a su eliminación, conculcando nuestro propio ordenamiento legal y la mayor garantía constitucional que es la vida humana. De acuerdo a todo lo relatado precedentemente, se puede notar que el embrión es una vida que tiene que desarrollarse y no ser sometida a la voluntad de las partes que ya habían acordado someterse al procedimiento de fecundación in vitro, y al momento que se dio inicio al mismo, escapa a la mera voluntad y prevalece la VIDA HUMANA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y UNIVERSAL, siendo procedente reafirmar la petición que originariamente se realizó en el Amparo promovido, dando lugar al mismo, con lo cual se estará dando también oportunidad a una o más vidas humanas.

DERECHOS INVOCADOS. I. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 4 Del Derecho a la Vida... Artículo 6 De la Calidad de Vida... Artículo 40 Del derecho a Peticionar a las Autoridades...Artículo 54 De los derechos y garantías no enunciados. Artículo 49 – De la Protección de la familia...Artículo 55 De la maternidad y de la paternidad...Artículo 68 Del derecho a la Salud...Artículo 69 Del sistema Nacional de Salud...Artículo 134 Del Amparo... Artículo 137 De la supremacía de la Constitución...Artículo 141 De los tratados internacionales...CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS/ PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA...Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos...Artículo 2 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno...Artículo 4 Derecho a la Vida...Artículo 17. Protección a la Fami-

lia...Artículo 25 Protección Judicial...PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 9, 10, 11.1.2, Artículo 12.1.2. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Ley 1680/2001. Art. 9 De la Protección de las personas por Nacer... Por tanto al Tribunal Penal de la Adolescencia respetuosamente se solicita HACER lugar a la Acción de Amparo promovida en representación de la señora M. C. G. G., y en consecuencia, ordene al Dr. P. P. G. continuar con el tratamiento de fecundación in vitro iniciado en marzo del 2017 y en ese sentido proceder a la fase final de la transferencia embrionaria al útero de la señora M. C. G. G.” (Sic).

Que, dispuesto el traslado de rigor, el Abog. Manuel Guanes Nicoli, en representación de la clínica G., contesta en su escrito obrante a fs. 56 de autos, expresando cuanto sigue: “Vuelvo a manifestar, la señora M. C. G. G., fue y sigue siendo paciente de la clínica G., la misma había realizado un tratamiento con el objeto de conseguir el embarazo mediante la fecundación in vitro. Para dicho efecto, se había firmado un contrato de prestación de servicios por el cual se indicaba las condiciones del tratamiento al que se sometería, habiendo dado el consentimiento para ello la misma paciente y su pareja en ese entonces. El mencionado tratamiento de fecundación in vitro llego a la etapa conclusiva, faltando nada más la implantación o transferencia embrionaria a la paciente, pero la pareja de la paciente comunico que ya no deseaba proseguir con el procedimiento, razón por la cual había decidido suspender aquello, mientras tanto no lleguen a un acuerdo o medida judicial para la continuación de este tratamiento. Considerando lo relatado precedentemente, dejo en manos de la justicia resolver lo planteado por el recurrente...Por tanto peticiono se me dé la intervención legal correspondiente y se tenga por constituido mi domicilio en el lugar señalado, previa autenticación, se ordene el desglose del poder general original que se presenta en este acto. Téngase por presentada la documentación solicitada.” (Sic).

El recurso de apelación planteado, fue deducido en tiempo y forma conforme surge de autos, ya que el recurrente fue notificado en fecha 08 de junio de 2018 (fs.32), y la impugnación fue interpuesta el 10 de junio del corriente año según cargo obrante a fs. 48, es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 581 del C.P.C, por lo que corresponde su admisión.

Que, este A-quem, considera pertinente, antes de cualquier otra consideración, dejar en claro que el AMPARO es una medida o remedio de

carácter excepcional, de trámite breve, sumario y especial. Es una vía reservada para cuestiones no conflictivas, destinada única y exclusivamente para la restauración de una garantía constitucional, para el caso en que por un acto ilegítimo de una autoridad o de un particular se vea conculcada o en peligro inminente de serlo, siempre y cuando que, por la urgencia del caso, no permita acudir a la vía ordinaria para lograr dicho objetivo. Esta Magistratura, pasa seguidamente a examinar si en el caso de autos se dan los presupuestos de orden fáctico y legal, que hagan posible la pretensión del recurrente, garantía que se halla consagrada en el Art. 134 de la Constitución Nacional, que establece: ... “Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente o en peligro 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 establecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

Así, tenemos que, para determinar la procedencia del Amparo Constitucional, se deben dar las siguientes condiciones: a) Que, el derecho o la garantía cuya protección se reclame este contemplado en la Constitución Nacional; b) Que la arbitrariedad y/o ilegitimidad del acto sea claramente manifiesta; c) la inexistencia de otra vía idónea capaz de remediar la situación por la urgencia del caso; d) que el caso en cuestión sea injusto. Estos requisitos deben mediar conjuntamente, es decir que, si uno de ellos no se constata, elimina o fulmina la posibilidad de la viabilidad o procedencia de la Acción de Amparo.

Así las cosas, analizando la cuestión principal debatida, en cuanto al primer aspecto, el acto debe ser ilegítimo, vale decir, que no se adecue a normativa legal alguna y que, fundamentalmente, viole alguno de los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, ya que si el agravio se produjera en ejercicio de un derecho legítimo el remedio no sería procedente. Sumado a eso el acto sea evidentemente arbitrario ya que la violación del derecho surge con claridad y no necesita de un examen exhaustivo, porque si la situación requiriera un estudio profundo que sólo puede lograrse en un amplio debate, el procedimiento breve y sumario del

Amparo es a todas luces insuficiente y debe necesariamente recurrirse a las vías administrativas previas.

Que, en cuanto a la existencia o no de remedios ordinarios, es menester que la lesión producida no pueda repararse por las vías normales establecidas, para lo cual es preciso que se hayan agotado en forma infructuosa todos los medios administrativos existentes, y que no existan vías judiciales hábiles para la reparación del daño o lesión.

En el caso particular y concreto sometido a esta Alzada, tenemos que, la parte actora promueve juicio de Amparo Constitucional contra el Dr. P. P. G., Director Médico de la Clínica G., y sus representantes legales, con la finalidad de obtener por la vía judicial, la continuidad del tratamiento de fecundación in vitro que le permitiría quedar embarazada, la cual quedó suspendida ante la negativa del Señor C. H.

Establecida la cuestión debatida en esta instancia, corresponde realizar algunas consideraciones respecto al thema decidendum. En ese sentido, tenemos que el término in vitro proviene del latín y significa “dentro del vidrio”, y hace referencia a la fecundación entre el óvulo y el espermatozoide que se produce fuera del vientre materno. Esta técnica se utiliza cuando se encuentran obstáculos insuperables que impiden que la fecundación se realice dentro del cuerpo humano¹.

Ahora bien, como puede apreciarse de las constancias de autos, el Dr. P. P. G., manifiesta que el tratamiento de fecundación in vitro iniciado con el consentimiento de ambos progenitores, se encuentra en la etapa conclusiva, faltando nada más la implantación o transferencia embrionaria a la paciente M. C. G. G.

Que, no resulta ocioso, destacar lo dicho por María Josefa Méndez Costa, María Rosa Lorenzo de Ferrando, Sara Codoche de Azvalinky, Daniel Hugo D’Antonio, Francisco A.M. Ferrer y Carlos H. Rolando, quienes, en la *Obra Derecho de Familia*, pág. 43, T.2. Rubinzal-Culsoni S:C:C:editores, refieren:”...la inseminación artificial permite la fecundación sin cópula o coito, inoculando el semen del marido (inseminación homóloga) o el de un tercero (inseminación heróloga o terapéutica) en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino, mediante jeringas o caté-

¹ 2 Tullio, Ángel. *Diccionario médico-legal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 243.

teres....Ambos procedimientos de generación irregular permiten a los esposos la procreación removiendo los obstáculos orgánicos o funcionales que la impiden por vía, natural...Con las nuevas técnicas, la ingeniería genética ha conmovido las bases estructurales del derecho de familia y en especial la teoría de la paternidad y de la filiación asentada sobre el hecho biológico de la generación humana derivada de la relación sexual entre hombre y mujer en cópula perfecta y natural...”(sic). La inseminación practicada en esta causa, es la llamada heteróloga, donde se ha inoculado a la mujer el semen de su pareja, obtenido fuera de la relación carnal, por lo que a tenor de lo manifestado por el médico tratante, en principio hubo acuerdo para llevar adelante dicho procedimiento, que faltaría solo la implantación o transferencia embrionaria al útero de la amparista, el cual quedó finalmente suspendido a pedido posterior de la pareja cuyo material genético, fue utilizado en el procedimiento.

Planteada así la cuestión, resulta oportuno mencionar, que las consecuencias que en el ámbito del derecho de filiación genera estas técnicas o procedimientos utilizados para la fecundación, no han sido aún tenidos en cuenta en nuestra legislación, por lo que las mismas están regidas en virtud a disposiciones contractuales que obligan a los suscribientes y ya que nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe (Art. 9 C.N.), estos procedimientos siguen quedando al arbitrio de los profesionales médicos y las clínicas de fertilidad. En estas condiciones al decir de la Dra. Josefina Sapena: Las clínicas de fertilidad están jugando un partido sin arquero, atendiendo a la importancia de los intereses en juego, consideramos que los procedimientos de fertilidad no pueden quedar solo en mano de los particulares, por lo que la intervención del Estado deviene indispensable” (Aspectos Legales de la fecundación in vitro- Revista Jurídica-2016 de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción).

En efecto, analizando el caso sub examine, debemos señalar que efectivamente, se plantea una problemática que no se halla regulada en el Paraguay, habida cuenta de que nuestro país, carece de una legislación que regule la filiación derivada de las nuevas técnicas de reproducción asistida y que la Doctrina lo ha denominado “voluntad pro creacional”, que no es otra cosa sino la forma libre o consentimiento informado, a la cual se someten las personas, expresando su decisión de ser padres inde-

pendientemente incluso de su vinculación biológica, a lo que se denomina técnicas de reproducción asistida.

En ese tenor, a pesar de la inexistencia de legislación al respecto, el operador judicial está obligado a dar respuesta al justiciable, ya que los jueces no pueden dejar de resolver las cuestiones sometidas a su competencia, más aún tratándose de cuestiones derivadas de la protección a la vida.

Recapitulando todo lo anteriormente dicho, resulta así, evidente que nos encontramos ante una lesión eventual de derechos y garantías consagrados en la propia Constitución Nacional, estamos hablando del DERECHO A LA VIDA, teniendo en cuenta que el embrión requiere de la existencia de la madre para completar su desarrollo intrauterino, por lo que la ley, la sociedad y el Estado le deben asegurar las condiciones necesarias para llegar a ese fin.

En ese contexto, el objetivo de la ley es proteger a todos, aún en aquellos casos en los que se susciten controversias, porque es mejor, ante la duda: proteger que avasallar los derechos de un solo ser humano, y no hay más ley inhumana que desproteger la vida frágil².

¿Por qué afirmar que el ser humano comienza con la fecundación? Simplemente porque allí irrumpe una novedad, que no es más ni una célula paterna ni materna; que tiene una nueva capacidad de desarrollar un plan continuo, autónomo y progresivo que presenta una identidad propia, única e irrepetible³.

Todo esto prescindiendo del lugar donde ocurra la fecundación, dentro o fuera del vientre materno. El ser no se define por el lugar en el que se halla, el lugar es el medio donde acontece el ser. ¿Por qué el lugar donde se encuentre le puede otorgar más derecho o dignidad?

El periodo de migración hacia el útero es una etapa más del desarrollo iniciado con la fecundación. En este sentido, afirmar que es PERSONA desde la implantación supone explicar cómo un organismo vivo, formado a partir de dos gametos de la especie humana y por lo tanto humano tam-

² La protección de la Persona Humana. Persona por nacer. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

³ Trabajo presentado en el ciclo de Conferencias de la PERSONA HUMANA, Persona por Nacer.

bién, es considerado persona o no, dependiendo de algo externo al mismo ser como es el lugar donde se halle ubicado.

Así el Art. 4 de la Constitución Nacional establece: 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...”. En ese contexto si bien la situación legal de la fecundación in vitro en el Paraguay, no cuenta con una regulación en nuestro ordenamiento jurídico, entre la voluntad de las partes manifestada en un contrato y el respeto a una vida distinta en gestación, la vida en desarrollo, tiene prioridad.

En base a las consideraciones legales y doctrinarias indicadas precedentemente y en atención a las constancias de autos, surge con meridiana claridad que se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la Constitución Nacional para la procedencia de la Acción de Amparo interpuesta, al analizar los derechos invocados surgen como notas relevantes la lesión grave o peligro inminente, la urgencia del caso, y la existencia de actos lesivos, pues en la situación concreta que se nos plantea, independientemente a que la situación contractual de las partes puedan ser reparadas por otras vías, lo que no puede afectar es el bien jurídico VIDA.

Sumado a todo ello, la Carta Magna, en el Art. 54 - DE LA PROTECCIÓN AL NIÑO. “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 protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente. Hace lo propio, en el Art. 137 - DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”

Asimismo, en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por la República, a saber; Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Art. 1. OBLIGACIÓN DE RESPECTAR DERECHOS. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,

sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; Art. 2. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO. “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Art. 4. DEL DERECHO A LA VIDA. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”. Art. 19. DERECHO DEL NIÑO.” Toda persona tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” Art. 25. PROTECCIÓN JUDICIAL. “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por persona que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Por su lado la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, Ley N° 57/90, estipula en el Art. 1. “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de una ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Art. 2. Los Estados Partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o sus tutores.”. Art. 3 “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Art. 6. “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

La normativa específica, el Código de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 1.680/01, preceptúa en el Art. 9. DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS POR NACER, que reza: “La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto. Estarán obligadas a ella el progenitor, y en ausencia de éste, aquellas personas para quienes este Código establece la responsabilidad subsidiaria”.

Es importante, tener en cuenta que el propio Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre los Derechos del Niño, afirman el deber de los Estados partes de proteger al niño por nacer, quien “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento⁴. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31.2, el preámbulo de un tratado es una parte esencial del mismo. Además, los Artículos 6.2 y 24. 2d) de la Convención de los Derechos del Niño, así como el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo el “adecuado cuidado prenatal”.

Al efecto, el eminente Jurista Dr. Hernán Casco Pagano, en su obra CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO TOMO II, señala: ... “el Amparo tiene por finalidad reparar o evitar en forma urgente la lesión de un derecho o garantía consagrados en la Constitución o en la Ley. No constituye su objeto sancionar un nuevo derecho, sino ejecutar un derecho o garantía cuyo cumplimiento corresponde en forma clara e indiscutible la urgencia, como requisito que hace viable el Amparo consiste en la condición actual o inminente del daño, que no admite demora en su solución”.

Cabe agregar a todo lo expuesto que las consideraciones legales precedentemente mencionadas no fueron cuestionadas por la parte accionada, quien en esta Alzada manifiesta dejar al sano criterio del órgano jurisdiccional la decisión final que considere pertinente.

Finalmente, tomando en consideración todo lo expresado en el subexamine, se puede entonces sostener, que en el presente caso corresponde REVOCAR la sentencia apelada, y en consecuencia HACER LUGAR a la

⁴ CIDH, Baby Boy vs Estados Unidos (1981, caso N° 2141).

Acción de Amparo interpuesta por la Sra. M. C. G. G. contra el Dr. P. P. G., Director Médico de la CLÍNICA G., por las sólidas argumentaciones expuestas precedentemente.

En relación a las costas procesales, soy del criterio de que estas deben ser soportadas en el orden causado, por tanto, que el comportamiento asumido por la parte demandada durante su intervención en el juicio, no permite advertir malilciosidad, ni temeridad, menos aún que haya incurrido en el ejercicio abusivo del derecho que amerite su condenación en costas. Estas razones son suficientes para la imposición de las costas en ambas instancias en el orden causado. Es mi voto.

VOTO DE LA MAGISTRADA CLARA ESTIGARRIBIA MALLADA

Traído a mi conocimiento el expediente de marras y de una atenta y exhaustiva lectura, se advierte que la Acción de Amparo planteada por la Sra. M. C. G. G., contra el Dr. P. P. G., director médico de la Clínica G., esta basamentado en la negativa por parte del mismo, para la realización de la fecundación in vitro (FIV) a la amparista.

El mencionado galeno, explica que la imposibilidad surgida para la realización del aludido procedimiento médico se debe a que el Sr. C. H., pareja de la Sra. C. G. y co-firmante del supuesto contrato, - el cual no fue agregado en autos -, se ha negado a continuar con el tratamiento referido líneas arriba, según la nota de fs. 6 presentada por el representante convencional de la Clínica G.

Corresponde hacer notar que, en lo atinente al contrato aludido, en autos sólo consta la afirmación de su existencia por parte de la clínica y la amparista, el mismo nunca fue agregado, por lo que si se pretende que tenga efectos, no puede ser solamente un mero comentario, sino que debe convertirse en algo palpable, tangible, verosímil, a fin de que la Juzgadora pueda también basarse en el mismo para dictar la correspondiente resolución, siendo esta negativa la base fundamental del Amparo promovido.

Ante las circunstancias señaladas y luego de verificar detalladamente la sentencia recurrida, así como las incidencias del procedimiento, se puede notar también la ausencia de un requisito fundamental en el mismo, cual es la falta de comunicación, a los efectos de su intervención, al Sr. C. H.

La importancia de este trámite procesal es trascendental, pues no podemos apartarnos de una patente realidad: el mismo, en caso de darse continuidad al tratamiento, sería nada más y nada menos que el proge-

tor de la criatura, por lo que su presencia en esta acción constitucional se torna muy importante y hasta necesaria, de tal manera a brindarle la posibilidad de ser oído y cumplir así con derechos de raigambre constitucional como lo es el de la defensa en juicio, por lo que la sentencia recurrida se encuentra revestida de un vicio insoslayable, ya que ha sumido al Sr. C. H. en una clara indefensión. Al respecto, el artículo 16 de la C.N. establece: “De la defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable...”.

La fórmula que propone Alsina⁵ es la siguiente: “...donde hay indefensión hay nulidad, si no hay indefensión, no hay nulidad...”.

De igual manera, sobre el punto, tenemos que el artículo 113 del C.P.C. establece: “Nulidades declarables de oficio. La nulidad será declarada de oficio, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva, y en los demás casos en que la ley lo prescriba.

También el artículo 404 del mismo cuerpo normativo es claro al preceptuar: “Casos en que procede. El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”.

Como se puede observar, este Tribunal se encuentra facultado, por imperio de la ley, a declarar la nulidad cuando se han violado mandatos constitucionales, tal como es el caso en el presente juicio, por lo que, a los efectos de subsanar tales circunstancias, corresponde declarar la nulidad de la S.D. N° 13 de fecha 08 de junio de 2018, dictada por el Juzgado Penal de la Adolescencia del Segundo Turno de la capital. ES MI VOTO.

VOTO DE LA DRA. IRMA ALFONSO DE BOGARIN.

Examinado el recurso de apelación contra la S.D. N° 13 de fecha 08 de junio de 2018, presentado por el Abg. Geza Poka, en representación de la Sra. M. C. G. G., acompañó la solución propuesta por la distinguida compañera de Sala Clara Estigarribia Mallada en lo relativo a la nulidad del proceso, permitiéndome agregar cuanto sigue.

Del análisis de las constancias en autos surge que en la presente Acción de Amparo Constitucional impetrada por la accionante, se ha omitido dar intervención al Sr. C. H. (ex pareja de la Sra. M. C. G.), quién en co-

⁵ ALSINA, HUGO: "Tratado de Derecho Procesal Civil.", p. 652.

mún acuerdo con la amparista, ha firmado un contrato donde se ha estipulado los términos del tratamiento, así como el alcance del mismo, según aseveraciones hechas por las partes intervinientes en autos, sin que tal circunstancia pueda ser comprobada ante la inexistencia del documento obligacional base de la presente acción.

De lo anteriormente expuesto se vislumbra que nos encontramos ante un juicio en el cual no solo deben intervenir la Sra. M. C. G. G. y el médico tratante, Dr. P. P. G., pues ambos han ratificado en reiteradas ocasiones que el mentado acuerdo fue perfeccionado con el consentimiento del Sr. C. H., quien tras la culminación de las fases del contrato ha solicitado la suspensión o discontinuidad del mismo. Situación que lleva a verificar la legitimación pasiva de un tercero a quien se le ha vedado la posibilidad de intervención en la presente demanda.

Cabe resaltar que la controversia existente acerca del acto contra el cual se reclama, obliga al juez oír a todas las partes para dar oportunidad para actuar en el proceso. La omisión del cumplimiento del principio contradictorio tiñe de inconstitucionalidad al procedimiento, por desconocimiento del principio de inviolabilidad de la defensa consagrada en el artículo 16, que transcripto dice: “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.”, en armonía con lo estipulado en el artículo 17 del mismo cuerpo legal, relativo al debido proceso. En igual línea de pensamiento la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, Ley N° 1/89) reza: “Garantías Judiciales¹. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías...” (Art. 8).

Las posibilidades de actuación derivadas de la disposición constitucional deben entenderse supeditadas a la regulación legal que se haga al respecto del debido proceso; en consecuencia, la eficacia de los contenidos normativos constitucionales no puede implicar el desconocimiento automático de las normas que reglamentan para los casos concretos el ejercicio efectivo de la defensa.

Ahora bien, en lo referente a legitimación pasiva, es dable traer a colación que es una condición necesaria para que proceda una acción y no un simple presupuesto para el ejercicio de la misma, el cual -en los casos de Amparo Constitucional con mayor razón- deben ser estudiados de oficio en cualquier etapa del procedimiento.

La legitimación es una condición en la causa o relación jurídica sustancial (activa o pasiva) que se refiere a la calidad de parte en todo juicio e implica que la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra las personas obligadas por ley para satisfacerlo. En principio corresponde al actor acreditar tal circunstancia, vale decir la calidad de titular del derecho y la calidad de obligado del demandado; sin embargo, en los juicios de Amparo, debe analizarlo el juzgador aun de oficio e incluso el tribunal de alzada aunque no haya sido tema de la apelación.

Conteste con esta postura el doctrinario Peyrano sostiene que la legitimación para obrar (activa o pasiva), no es otra cosa que: "...la aptitud de un sujeto o de una pluralidad de sujetos para postular proveimientos en determinado proceso, procedimiento, tramos o aspectos de los mismos"⁶. Así también Couture expresa: "¿Que es, pues, legitimación procesal? Expresado en las palabras más sencillas, es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela de un derecho"⁷.

Analizado el instituto de la legitimación procesal, en el caso puntual traído a estudio, se distingue según manifestaciones, que el Sr. C. H., no solo ha perfeccionado un contrato con las partes, sino que ha donado su material genético, a los efectos de procesarlo en un tratamiento de fecundación in vitro (FIV), por lo que su intervención en autos no solo se vuelve necesaria por cuestiones procesales y legales, sino también por cuestiones humanas, éticas y morales.

Hechas estas apreciaciones conforme a las normativas citadas, y en atención a la circunstancia particular del caso, considero indispensable para la correcta y válida prosecución del juicio dar intervención al Sr. C. H., en razón al interés trascendental que el mismo tenga la oportunidad de ser oído, con el evidente propósito de contar con la posibilidad cierta de expedirse sobre el hecho en cuestión, brindando todo cuanto crea conveniente en su descargo y, a su vez, proponer el diligenciamiento de pruebas u actos que estime conducentes para la posición que asuma. Pues, caso

⁶ Peyrano, Jorge W. 1996. "Legitimaciones atípicas. La Legitimación", Libro homenaje a Lino Enrique Palacio, Morello, Augusto M. Coord. Edit. Abeledo-Perrot. Bs.As., Argentina.

⁷ Couture, Eduardo. 1951. Estudio de derecho procesal. Tomo III. Edit. EDIAR.

contrario, estaríamos al arbitrio de que la amparista, de manera unilateral, imponga obligaciones a espaldas de la otra parte, también legitimada a ejercer su defensa en juicio, quebrantándose así con notoria y flagrante vulneración el debido proceso custodiado en tratados internacionales y consagrado en nuestra Carta Magna.

Ahora bien, lo expuesto párrafos arriba me lleva a sostener que corresponde la declaración de nulidad de la S.D. N° 13 de fecha 08 de junio de 2018, dictada por la Jueza Penal de la Adolescencia del 2° Turno de la Capital, por incumplir las exigencias legales del debido proceso, lo que importa una violación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y proceder al reenvío del expediente al juzgado que sigue en orden de turno, dado que el vicio se dio respecto de la omisión de requerimientos procesales –falta de intervención de una de las partes-, situación que imposibilita a esta alzada a estudiar, de conformidad con el art. 406, el fondo de la cuestión debatida.

En atención a la naturaleza del juicio, soy del criterio que las costas deben ser soportadas en el orden causado. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando las Excmas. Miembros del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, ante mí, que certifico, quedando acordada la Sentencia como inmediatamente sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia,

RESUELVE:

1) DECLARAR LA NULIDAD, de la S.D. N° 13 de fecha 08 de junio de 2018, dictada por la Jueza Penal de la Adolescencia del segundo turno. Abg. María Teresa Franco Carrera, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia, proceder al reenvío del expediente al juzgado que sigue en orden de turno, a los efectos procesales pertinentes.

2) COSTAS, en el orden causado.

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

MAGISTRADOS: Mirtha González de Caballero, Clara Estigarribia Mallada y Irma Alfonso de Bogarin.

ANTE MÍ: Abg. Rocío Jazmín Acosta, Actuaría Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 12

Cuestión debatida: *En el presente fallo se analizaron los agravios esbozados por la parte apelante. El tribunal de alzada ha considerado que se encontraban reunidos los requisitos para la procedencia de la garantía constitucional del Amparo.*

El Amparo fue promovido por una paciente contra su médico tratante, a fin de ordenar la continuidad de un procedimiento de implantación de embriones a la misma por el procedimiento FIV.

La controversia se suscitó con el demandado, quien alegó imposibilidad de continuar con el procedimiento médico argumentando cuestiones relacionadas a la ciencia, medicina y por contar con un pedido expreso de no continuidad por parte de la ex pareja de la paciente.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Garantías Constitucionales. Amparo. Presupuestos.

Con relación a la urgencia del caso, tenemos que, si bien los embriones pueden estar congelados durante décadas, no podemos soslayar que la Sra. M.C.G.G., según constancias del expediente, tiene 38 años y cuánto más tiempo pase, menos probable es la posibilidad de quedar embarazada. Amén de ello, si bien quizás existan otras vías, la imposibilidad de utilizarlas justamente por el mismo motivo, el tiempo, son circunstancias atendibles, para dar trámite al estudio del amparo constitucional intentado.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. CÓDIGO PENAL. Ley N° 3.440/2008.

Es decir, para nuestra legislación, el “feto” está equiparado al “**embrión**” y en el artículo 109 del mismo compendio legal, se puede leer “Aborto. 1° El que matare un feto será castigado con pena privativa de

libertad de hasta cinco años...” ergo, el que matare a un embrión debería correr con igual suerte.

En el articulado precedente, no se distingue si el feto (embrión) debe estar o no dentro de la matriz. Ni siquiera hace falta –teniendo a la mano estas definiciones– establecer si la concepción y la fecundación son sinónimos o no.

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

De acuerdo a lo esbozado, tenemos que el artículo 4 de la Carta Magna, es claro al establecer la protección de la vida como cuestión fundamental y en especial a las personas por nacer, entendiendo como tales, a aquellas que fueron concebidas. De igual manera, el artículo 49 de la Constitución Nacional hace hincapié en la importancia de la familia y su protección integral.

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

La concepción, según nuestra legislación, es el punto de partida para otorgar la protección mencionada, concediendo ya al nasciturus derechos que serán efectivos al momento de su nacimiento.

Ante estos elementos, dados por la propia ciencia y teniendo en cuenta los artículos constitucionales líneas arriba citados, se patentiza que no nos podemos sustraer al hecho demostrado de que negándole a ese embrión la posibilidad de ser implantado en el seno materno, aunque sea solamente una posibilidad, se estaría violando un derecho humano fundamental, el más importante de todos: la vida.

Resulta sumamente significativo hacer notar, que, si bien el tiempo que podrían estar congelados los embriones puede ser dilatado, no podemos soslayar que la Sra. M. C. G., actualmente cuenta con 38 años de edad, y su tiempo biológico está avanzando inexorablemente, restándole a cada paso, las posibilidades de ser madre, hecho anhelado por la misma y al que no podemos ni debemos esquivar la mirada.

CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO. CONTRATO. Cumplimiento de contrato. Instrumento privado.

En lo que a la existencia del contrato se refiere, el mismo fue firmado por todas las partes y no debemos olvidar que la “Teoría de los actos propios” bajo el aforismo jurídico venire contra proprium factum nulli conceditur, claramente pretende que aquel que ha manifestado su conformidad sobre tal o cual situación o acuerdo, le imponen la necesidad de que exista un comportamiento futuro coherente con el mismo.

En autos consta que el señor C.H.G., ha accedido, documento mediante (fs. 96/97), a realizar todas las etapas previas y posteriores requeridas en el procedimiento de la FIV, por lo que circunstancias ulteriores que impidan el mencionado procedimiento no han sido presentadas por el mismo, es decir, no existe justificación fehaciente, salvo su negación lisa y llana, para continuar con lo que él mismo había accedido.

Amén de ello y justamente en referencia al aludido documento, también tenemos que en el punto número 3 del mismo se lee: “Hemos sido informados y entendemos que los procedimientos pueden ser cancelados en cualquier momento de su realización, bien por razones médicas o a petición de la paciente...” (Sic.)

Al pie del instrumento se puede notar, las firmas correspondientes a la Sra. C.G., y del Sr. C.H.G., firmas éstas que no han sido descalificadas o cuestionadas por ninguna de las partes.

TApel. Penal Adolescente. 03/12/2018. “Amparo Promovido por MCGG. c/ P.G. Director de la Clínica G.” (Ac. y Sent. N° 12).

En acto sucesivo y en función de los agravios esbozados por el impugnante, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es admisible el recurso interpuesto?

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Magistrada **CLARA ESTIGARRIBIA MALLADA** dijo:

Por la resolución impugnada, la Jueza Penal de la Adolescencia del Primer Turno, ha resuelto: “1º) NO HACER LUGAR, a la garantía constitucional de Amparo, promovido por la Sra. M.C.G.G., en contra de los Sres. P.P.G y C.H... 2º) IMPONER las costas a la perdedora...” (Sic.).

A fs. 139/151, se encuentra agregado el escrito de agravios, presentado por el abogado G. P. en representación de la Sra. M.C.G.G., en el cual expone sus agravios contra el decisorio precedente, manifestando, entre otras cosas que: "...En primer lugar, consideramos que la magistrada inferior no ha comprendido la problemática planteada a partir de la línea argumental por la que hemos discurrido y refleja el inconveniente que enfrenta mi mandante. La situación de M.C.G., no se trata de que no sea fértil, ni de que no pueda llevar un embarazo a término, sino de que su condición clínica particular, motivada por una condición genética, hace imperativo que cualquier intento de concebir se haga bajo vigilancia y aplicación de estrictas técnicas científicas que eliminen la posibilidad de que los hijos de M.C.G. hereden el mismo síndrome que ella padece. No olvidemos que la amparista ya ha sufrido los estragos de dicha enfermedad al no haber podido llevar a término su primer embarazo y haber tenido que pasar por la pérdida del bebé, que sí nació, pero no sobrevivió más allá de unas horas. Sumado a esto, se da la situación de que mi mandante cuenta ya con 38 años; lo que hace que cualquier embarazo que la misma logre, tenga altos índices de complicaciones e incluso riesgo de no culminar satisfactoriamente. En relación al argumento de la falta de consentimiento del Sr. C.H., la situación no debiera ser del todo lo compleja que la Magistrada afirma, puesto que el Sr. H., ha dado su consentimiento —el cual está plasmado en un contrato plenamente vinculante y más que eso, llegó a dar incluso su esperma, llegando a desarrollar el tratamiento completo (en lo que a él correspondía) al punto de concebir los embriones, los cuales existen y hasta donde se sabe, son plenamente viables. La negativa actual del Sr. H no debería plantear obstáculo al deseo de mi mandante, puesto que el mismo dio su acuerdo y culminó el proceso de fecundación en lo que a él le correspondía, obedeciendo su negativa a un mero capricho coyuntural..." Expresa igualmente que: "...En tal momento tan avanzado del tratamiento, sería una acción lesiva contra la vida no continuar, totalmente contraria a la garantía constitucional, artículo 4, y del Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 9....La Jueza descarta estas circunstancias, por los dichos del Sr. C.H., en la contestación del Amparo, apoyándose en simples definiciones de diccionarios, mientras que si nos basamos en lo dicho por un Catedrático de Genética, quien a la consulta de si, ¿desde cuándo es ser humano?, el profesor Jérôme Lejeune, Catedrático de Genética de la Universidad de la Sorbona, afirma que existe un ser humano (...)desde el mo-

mento mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide. En el preciso instante de la unión de los gametos femenino y masculino, inicia la formación de un nuevo ser, individual y autónomo. Se debe descartar la posibilidad de un antes y un después, ya que no existe ninguna transformación esencial por la cual el cigoto, embrión o el feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción. Se es ser humano desde la concepción hasta la muerte...” En este mismo sentido, el Consejo de Europa estableció lo siguiente: La ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que en este mismo momento están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano...”. En otra parte de su presentación aduce que: “...La Magistrada, omitió igualmente expedirse en todo su “Considerando”, acerca del contrato firmado por ambos progenitores en donde se sometían a este procedimiento y en el cual se indicaba que solo se podía suspender el tratamiento de fecundación in vitro por causas de salud o por petición de la paciente, hechos que no han acontecido y razón que impulsó también el recurso de amparo... No es dable, en este estado de urgencia, acceder por otro mecanismo judicial y/o administrativo, que pueda suplir a tiempo la problemática, ya que estamos ante un tratamiento de fecundación in vitro que depende de varios factores para lograr su efectividad, entre ellos la edad de la paciente, que ante mayor edad existe menos posibilidad de éxito...”. Afirma además que: “...en el Pacto de San José o Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 4, párrafo 1, Paraguay y otros 23 Estados latinoamericanos se comprometieron a proteger la vida del embrión humano, a partir del momento de la concepción, contra todo acto que resulte en su destrucción o muerte. El pacto de San José es un tratado único en el mundo debido a su expresa protección del niño no nacido desde el momento de la concepción...” (Sic.)

Concluye su escrito, solicitado la revocatoria del fallo apelado, y consecuentemente hacer lugar al amparo constitucional promovido.

Por providencia de fecha 08 de octubre de 2018, el Juzgado corre traslado del recurso interpuesto al Sr. C.H., y al Dr. P.G., Director Médico de la Clínica G, a fin de que lo contesten.

A fs. 153 y 154 se encuentran agregadas las correspondientes cédulas de notificaciones dirigidas a las personas mencionadas, habiendo contestado solamente el Sr. C.H.G., mediante el profesional abogado F. H. G,

quien en el escrito que luce a fs. 158/167 del expediente, resumidamente expresa entre otras cosas: “...Ya ha quedado claro que M.C.G. sí puede concebir un hijo por medios naturales y corrientes, sin la necesidad de recurrir al método FIV. Recordemos que ella confiesa –voluntaria y espontáneamente- en el escrito de promoción de la acción, que quedó embarazada en dos oportunidades: una, en el año 2013, en la que perdió el bebé en el segundo mes de gestación a causa de una infección urinaria y no por alguna enfermedad congénita como ahora quiere hacer creer al cambiar su versión en el escrito de apelación; la otra, en el año 2014, oportunidad en la que logró dar a luz con muchas dificultades en la gestación, lo que derivó en la muerte del recién nacido. Asimismo, sostiene en el escrito de apelación que no invoca una cuestión de “fertilidad o infertilidad” de su parte, sino de concebir un hijo por medio de un procedimiento que le garantice que no contenga enfermedades congénitas o alteraciones para una enfermedad determinada; en específico su miedo surge a partir del síndrome de “miotonia de steinert”, respecto del cual ella sería portadora. Cabe manifestar respecto a esta exposición, que de ningún modo oposición de mi representado a la implantación de los embriones al útero de la accionante en este caso particular impide u obstaculiza que la accionante, inicie otro procedimiento con otra pareja que sí desee hacerlo de forma libre y voluntaria hasta llegar a un embarazo...” Agrega además que: “...El consentimiento dado por mi representado para iniciar el procedimiento de FIV, está plasmado en los siguientes documentos: a) Solicitud y Consentimiento Informado, suscripto frente a la Clínica G; b) Consentimiento informado para “Diagnóstico Genético Preimplantacional” (PGD) utilizando la técnica de NGS. Estos dos documentos se hallan agregados al expediente y fueron presentados por la Clínica G., bajo requerimiento del Juzgado. Ambos fueron suscriptos tanto por la accionante como por el señor C.H; es decir...bajo las mismas condiciones, informaciones, derechos y obligaciones. Se puede verificar también que el procedimiento iniciado incluía la FIV así como el P.G.D. Esto implicaba cuatro pasos a saber: a) fecundación in vitro; b) biopsia de embriones; c) estudio genético y; d) transferencia de embriones. También podemos notar que estos consentimientos suscriptos implicaban llevar adelante un proceso cuyo inicio habría sido decisión, tanto de M.C.G., como de mi representado, pero cuya continuidad dependía de que cada uno mantenga a lo largo del mismo su voluntad; es decir, susceptible de ser interrumpido por medio de la comunicación de la deci-

sión de no continuar. No nos encontramos, pues, ante la figura de la donación de espermatozoide. En este sentido, es importante transcribir cláusulas que fueron suscriptas, tanto por C.G., como por mi representado: “3.1...El procedimiento deberá ser realizado, aunque la pareja no presente ningún tipo de anomalía reproductiva que impida la procreación natural” “3.4. Transferencia embrionaria: El resultado del análisis genético se comunica al centro de fertilidad, quien decide junto a la pareja solicitante, que embriones se transferirán basándose en su constitución genética y las características de viabilidad de los embriones”. Asimismo, todos estos documentos están conjugados en primera persona del plural: “nosotros”. Es decir, se puede notar claramente que no ha sido proyecto unilateral de la accionante, sino un proyecto que implicaba el concurso de la voluntad de cada miembro de la pareja...el consentimiento fue dado por mi representado teniendo en cuenta un contenido específico de cláusulas en las que precisamente se prescribe el derecho de cancelar los procedimientos en cualquier momento de su realización, bien por razones médicas o a petición de la interesada. Por una parte, en el documento “Solicitud y Consentimiento informado de Fecundación in vitro y técnicas relacionadas”, en el punto 3: “Hemos sido informados y entendemos que los procedimientos pueden ser cancelados en cualquier momento de su realización, bien por razones médicas o a petición de la paciente...En el apartado de “autorizaciones” del Consentimiento Informado para PGD: “Que los procedimientos pueden ser cancelados en cualquier momento antes de su realización, bien por razones médicas, bien a petición de la interesada...”Por su parte, el mismo prestador del servicio, doctor P.P.G., al contestar en fecha 17 de mayo de 2018 a la petición de la accionante, dice estar imposibilitado de continuar con el procedimiento como médico por petición de parte interesada. Es decir, por petición del señor C.H...” Posteriormente aduce que no existe conculcación del artículo 4 de la Constitución Nacional (Derecho a la vida), pues según sus dichos: “...La recurrente accionante pretende darles un mismo significado a las expresiones “concepción” y “fecundación”, cuando en realidad estamos ante dos palabras que no son sinónimas. La fecundación ocurre cuando el espermatozoide se impregna en el óvulo, sin embargo, la concepción, cuando se inicia un embarazo, es decir, cuando el embrión se prende al útero de la mujer y se inicia el proceso del desarrollo del nuevo ser. Estas palabras aducen a dos fenómenos diferentes, distintos, que en nuestro caso se dan en momentos distintos. Lo que efectúa la

parte recurrente es una falacia de la ambigüedad, mezclando confusamente significados y palabras según su capricho. Las presiones semánticas efectuadas por la Jueza de Primera Instancia no son simples definiciones de diccionarios, sino forman parte de los significados que la Real Academia Española (RAE) decidió atribuir a las expresiones lingüísticas utilizadas por nuestras normas, porque justamente esto han querido significar...Por otra parte, no ha sido sólo la Real Academia Española la que define la palabra “concebir” y “fecundar” con distintos significados, sino también, en el mismo sentido, en el paradigmático caso “Artavia C. Costa Rica” que ha sido decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...señalando que “fecundación” es el estadio anterior que consiste en que un gameto masculino se incorpora en un óvulo femenino; y “concepción” estadio posterior que implica la existencia de un embarazo y sostuvo que la persona protegida por el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos no es el embrión in vitro puesto que éste no tiene la capacidad de desarrollarse...” (Sic.) En la última parte de su presentación, afirma también que no se dan los presupuestos para el amparo, pues no existe acto u omisión ilegítima, además de existir otras vías idóneas.

Al concluir su escrito, solicita, a modo de solución, la confirmatoria de la S.D. N° 20 de fecha 3 de octubre de 2018.

Habiendo efectuado la síntesis de los agravios, y antes de entrar en lo medular de la cuestión planteada, es menester realizar el control del cumplimiento de los plazos procesales.

En tal sentido, notamos que el recurso de apelación planteado, fue deducido en tiempo y forma conforme surge de autos, ya que la recurrente fue notificada de la aludida sentencia en fecha 04 de octubre de 2018 (fs. 137) y lo interpuso en fecha 05 de octubre del mismo año (fs. 139/151), es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 581 del C.P.C. De igual manera, la contestación del acto recursivo por parte del Sr. C.H.G., mediante su representante convencional, Abogado F.H.G, fue realizada dentro del plazo establecido, pues el día 08 de octubre de 2018 fue notificado de la providencia dictada en la misma fecha, por la cual se le corría traslado del recurso interpuesto, contestándolo el 10 de octubre del mismo año. Con relación al Director Médico de la Clínica G., Dr. P.P.G., si bien fue notificado del recurso de apelación interpuesto, el mismo no lo contestó.

Bajo las circunstancias precedentes, corresponde la admisión del recurso de apelación interpuesto. **ES MI VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN SUSCITADA, la Magistrada CLARA MERCEDES ESTIGARRIBIA MALLADA dijo:

Una vez realizada tal apreciación procesal, corresponde el estudio del recurso interpuesto y a ese respecto, al proceder a la lectura de la sentencia apelada, se puede colegir que el fundamento para el rechazo - por parte de la A-quo-, de la acción de amparo instaurada, se resume en que no se dan los presupuestos establecidos para la procedencia de la acción constitucional de referencia.

Al verificar tal circunstancia, podemos notar que la existencia del peligro inminente que la norma exige, es palpable, pues se trata de un caso donde la vida de una persona por nacer (*nasciturus*) se encuentra en entredicho

Con relación a la urgencia del caso, tenemos que, si bien los embriones pueden estar congelados durante décadas, no podemos soslayar que la Sra. M.C.G.G., según constancias del expediente, tiene 38 años y cuánto más tiempo pase, menos probable es la posibilidad de quedar embarazada. Amén de ello, si bien quizás existan otras vías, la imposibilidad de utilizarlas justamente por el mismo motivo, el tiempo, son circunstancias atendibles, para dar trámite al estudio del amparo constitucional intentado.

En ese menester, resulta supremamente significativo establecer si la protección de la vida, inserta en la Carta Magna mediante su artículo N° 4, alcanza a los embriones en cuestión.

Para ello, primeramente debemos definir, según nuestra legislación qué es exactamente un embrión.

Así tenemos que el Código Penal paraguayo, en su artículo 14 “Definiciones”, numeral 18, se encarga de tal faena al expresar: “...feto: embrión del ser humano hasta el momento del parto...”.

Es decir, para nuestra legislación, el “feto” está equiparado al “embrión” y en el artículo 109 del mismo compendio legal, se puede leer “Aborto. 1° El que matare un feto será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años...” ergo, el que matare a un embrión debería correr con igual suerte.

En el articulado precedente, no se distingue si el feto (embrión) debe estar o no dentro de la matriz. Ni siquiera hace falta –teniendo a la mano estas definiciones- establecer si la concepción y la fecundación son sinónimos o no.

De acuerdo a lo esbozado, tenemos que el artículo 4 de la Carta Magna, es claro al establecer la protección de la vida como cuestión fundamental y en especial a las personas por nacer, entendiendo como tales, a aquellas que fueron concebidas. De igual manera, el artículo 49 de la Constitución Nacional hace hincapié en la importancia de la familia y su protección integral.

La concepción, según nuestra legislación, es el punto de partida para otorgar la protección mencionada, concediendo ya al nasciturus derechos que serán efectivos al momento de su nacimiento.

El término concepción se utiliza desde tiempos inmemoriales y describe el momento en que inicia la vida de un ser humano, posteriormente el término pasó al lenguaje médico-científico. Por ejemplo: el famoso anatomista William Harvey¹ y Riesgo Le Grand² previo al descubrimiento de la fertilización, se refieren al inicio de la gestación con este término.

En su obra “El término concepción. Definición científica y errores de la Corte IDH al intentar redefinirla”, Manuel Ramos-Kuri expresa: “...En los artículos científicos posteriores al descubrimiento de la fertilización donde se compara concepción con fecundación, claramente los asocian. En 1876 el Dr. Ernst Haeckel³, un evolucionista materialista, afirmaba: “Mientras que debemos considerar al espermatozoide como una célula tan real como un óvulo y el proceso de la concepción como la fusión de ambos, debemos considerar la nueva célula resultante, como un organismo independiente y nuevo. La mezcla de ambas células es el germen del niño o nuevo organismo que ha sido concebido”. “El reconocimiento de que cada ser humano inicia su existencia individual como una simple célula es una sólida base para investigar la génesis del ser humano”.

¹ Cfr. HARVEY, William, “*De Conceptione. Exercitationes De Generatione Animalium*”, Londres, Inglaterra, Editorial Typus Du Gardianis, 1651.

² Cfr. RIESGO Le-Grand, Inocencio María, “*Tratado de Embriología Sagrada*”, Madrid, España, Tipografía Greco-Latina, 1848.

³ Cfr. HAECKEL, Ernst, “*The evolution of man, a popular scientific study*”, Londres, Watts & Company, 1912. Citado en: VENTURA-JUNCA Patricio & SANTOS Manuel, “*The beginning of life of a new human being from the scientific biological perspective and its bioethical implications*”, *Biological Research*, Vol. 44, 2011: 201-207, Project Gutenberg.

Con relación a la definición actual, podemos decir: “Por tanto la idea de la concepción de un ser humano está directa e inequívocamente relacionada con el comienzo de su vida. La concepción es un acto, un momento, donde se efectúa un proceso biológico denominado fecundación. La fecundación se define como la fertilización de un óvulo mediante un espermio. Es decir la unión de un gameto masculino con otro femenino”⁴.

En la obra **LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA PERSONA POR NACER**⁵, se puede leer: “... El Dr. Landrum Shettles, conocido como el “padre de la F.I.V.” (Fertilización in vitro) refiere: “La concepción confiere vida y esa vida es de un solo tipo: humana”. Y agrega: “Negar la verdad sobre cuando comienza la vida humana, nos dan las bases para legalizar el aborto”. Jean Rossland, biólogo y premio Nobel afirma: “En la primera célula constitutiva de la persona humana, es decir en el óvulo fecundado, existe un ser humano, y está todo entero, con todas sus potencialidades (todos citados por Varela)...” (Sic.)

Ante estos elementos, dados por la propia ciencia y teniendo en cuenta los artículos constitucionales líneas arriba citados, se patentiza que no nos podemos sustraer al hecho demostrado de que negándole a ese embrión la posibilidad de ser implantado en el seno materno, aunque sea solamente una posibilidad, se estaría violando un derecho humano fundamental, el más importante de todos: la vida.

Resulta sumamente significativo hacer notar, que si bien el tiempo que podrían estar congelados los embriones puede ser dilatado, no podemos soslayar que la Sra. M.C.G., actualmente cuenta con 38 años de edad, y su tiempo biológico está avanzando inexorablemente, restándole a cada paso, las posibilidades de ser madre, hecho anhelado por la misma y al que no podemos ni debemos esquivar la mirada.

En lo que a la existencia del contrato se refiere, el mismo fue firmado por todas las partes y no debemos olvidar que la “Teoría de los actos propios” bajo el aforismo jurídico venire contra proprium factum nulli concreditur, claramente pretende que aquel que ha manifestado su conformi-

⁴ CRUZ Coke, Ricardo, “Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana”, en *Revista Chilena de Pediatría*, Vol. 51 (2) 1980: pp. 121-124.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Paraguay. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Pág. 43, Cap. “El inicio de la vida, Cómo y Cuándo.

dad sobre tal o cual situación o acuerdo, le imponen la necesidad de que exista un comportamiento futuro coherente con el mismo.

En autos consta que el señor C.H.G., ha accedido, documento mediante (fs. 96/97), a realizar todas las etapas previas y posteriores requeridas en el procedimiento de la FIV, por lo que circunstancias ulteriores que impidan el mencionado procedimiento no han sido presentadas por el mismo, es decir, no existe justificación fehaciente, salvo su negación lisa y llana, para continuar con lo que él mismo había accedido.

Amén de ello y justamente en referencia al aludido documento, también tenemos que en el punto número 3 del mismo se lee: "...Hemos sido informados y entendemos que los procedimientos pueden ser cancelados en cualquier momento de su realización, bien por razones médicas o a petición de la paciente..." (Sic.)

Al pie del instrumento se puede notar, las firmas correspondientes a la Sra. C.G. y del Sr. C.H.G, signatures éstas que no han sido descalificadas o cuestionadas por ninguna de las partes.

Bajo estas circunstancias, considero que la sentencia apelada, debe ser revocada, Haciendo Lugar al amparo constitucional planteado, brindándosele a la Sra. M.C.G., el tratamiento solicitado por la misma (implantación de los embriones) y de esa manera, se estaría permitiendo a la persona por nacer la inalienable oportunidad de existir.

Con relación a las costas, debido a la naturaleza del juicio, deben ser impuestas en el orden causado en ambas instancias. ES MI VOTO.

VOTO DE LA MAGISTRADA GLORIA ELIZABETH BENÍTEZ RAMÍREZ.

Comparto la solución dada por la Distinguida Magistrada la Doctora Clara Estigarribia Mallada y agrego los siguientes fundamentos:

El Magistrado está obligado a resolver los juicios sometidos a su competencia conforme a las disposiciones de la Constitución Nacional de 1992 y de las leyes. "Toda Sentencia Judicial debe estar fundada en la Constitución y en la ley". (art. 256 del CN). Así mismo:" El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los Juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y las leyes". (art. 247 CN). Los jueces deben fundar las resoluciones definitivas e interlocutorias,

en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia, bajo pena de nulidad.

Primeramente debemos analizar los presupuestos de admisibilidad de la garantía del amparo en atención a lo previsto en el artículo 134 de la Constitución Nacional. Haciendo un análisis detenido concluyo que se dan todos los presupuestos de admisibilidad de la garantía constitucional del amparo; es la única vía para proteger inmediatamente el derecho invocado, es decir la protección de la vida concebida. Es atendible el presupuesto de la norma que 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”. Esta disposición se ajusta a los hechos y derechos invocados en este juicio. Sostiene el médico tratante el Doctor P.P.G: “Se ha firmado un contrato de prestación de servicios por el cual se indicaba las condiciones del tratamiento al que se sometería habiendo dado el consentimiento para ello la misma paciente y su pareja en ese entonces. El mencionado tratamiento de fecundación in vitro llegó a la etapa conclusiva, faltando nada más la implantación o transferencia embrionaria a la paciente, pero la pareja de la paciente comunicó que ya no deseaba proseguir con el procedimiento, razón por la cual había decidido suspender aquello, mientras tanto no lleguen a un acuerdo o medida judicial para la continuación de este tratamiento” (ver fojas 56). Este contrato debe ser cumplido por el Médico Ginecólogo el Doctor P.P.G., por otro lado el incumplimiento constituye un acto ilegítimo; a su vez se da un peligro inminente de la violación de un derecho a la vida, dado que el tratamiento concluyó y los embriones tienen vida; el otro requisito para la procedencia del amparo es la urgencia en la solución de esta causa, pues no se puede recurrir a un juicio civil de incumplimiento de contrato o de locación de servicios porque el tiempo apremia, la Señora M.C.G.G. al momento de promover el juicio tenía 37 años (fs. 7) y los embriones no pueden permanecer congelados sin definición alguna y no pueden ser destruidos.

Admitida la garantía del amparo como la vía idónea. Entiendo que: “El derecho a la vida debe ser protegido”; respecto al artículo 4 de la Constitución Nacional:” El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantizará su protección, en general, desde la concepción...”; en el

mismo sentido el artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone: “La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción”. El artículo 28 del Código Civil establece que: “La persona física tiene capacidad de derecho desde la concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado”. Por ende, la existencia de la persona física comienza desde la concepción. Al respecto el Profesor José Antonio Moreno Ruffinelli sostiene en su libro Derecho Civil Parte General Personas 13 edición, página 167, 168:” La ciencia ha llegado a formar un embrión fuera del seno materno, extrayendo por diversos métodos los espermatozoides del hombre, y el óvulo de la mujer por medio de laparoscopia. Al embrión se lo llama huevo o cigoto...”. Sin embargo, queremos llamar la atención de que en estos casos la concepción se produce fuera del seno materno, y en este instante en el que comienza la vida humana y no posteriormente, cuando luego de estar fecundado el óvulo se reimplanta al útero femenino” “La concepción es la fecundación de un nuevo ser humano dentro del seno materno, o excepcionalmente fuera de éste, cuando se logra por medios artificiales en un laboratorio, ...” “En la hipótesis señalada en que la concepción se produzca fuera del seno materno, será fácilmente determinable el momento en que ella tiene lugar, mediante el informe de los científicos encargados de unir en el laboratorio el espermatozoide del padre con el óvulo de la madre”.

A fs. 5 de estos autos la amparista ha presentado una nota dirigida al médico tratante Doctor P.P.G. manifestando que en marzo de 2017 inició con el Señor C.H. de común acuerdo, el complejo tratamiento de fecundación in vitro. A fojas 6 responde la mencionada nota el Abogado Doctor M.G.N. diciendo que “no puede proseguir el tratamiento debido a que los tratamientos médicos de este tipo pueden ser suspendidos en cualquier momento, ya sea por razones médicas o bien a petición de la interesada; en el caso en concreto, según hemos tomado conocimiento, existe la negativa de continuar con el tratamiento por parte del señor C.H. por lo que, sin su consentimiento, no se podrá continuar con el mismo”.

Recapitulando el amparo fue promovido por la Señora MCG contra el Doctor P.P.G., (ver fojas 3, 7 de autos), no así contra el Señor C.H. Cabe señalar que se denomina congruencia entre la adecuación precisa entre lo pedido en la demanda y lo otorgado por la Sentencia. La Congruencia con las personas o sujetos del proceso, por ende, es preciso individualizar a las personas que puedan resultar alcanzadas por la sentencia, sin posibilidad

de remisiones indeterminadas o ambiguas. La congruencia respecto de la causa: la invocación que las partes hacen otorgando a sus afirmaciones un sentido jurídico que creen justo y adecuado, no puede modificarse posteriormente sin desmedro de la garantía operante de la defensa en juicio. Por ello la correlación debe darse en el triple orden de los sujetos, del objeto y de la causa. Sin embargo, el Tribunal Penal de la Adolescencia, por Acuerdo y Sentencia N° 05 del veinte y seis de junio de 2018 ha declarado la nulidad de la Sentencia Definitiva Número 13 del 08 de junio de 2018 dictada por la Jueza Penal de la Adolescencia del Segundo Turno y en consecuencia procedieron al reenvío del expediente al Juzgado que le sigue en el orden de turno, a los efectos procesales pertinentes. La parte actora ha solicitado el cumplimiento del artículo 569 del CPC y se de intervención al Señor C.H., (fs. 83, 94). El Señor C.H., a fs. 92 ha solicitado el reconocimiento de su personería bajo patrocinio del Abogado J. I. S. y ha solicitado copia del expediente. Personería que fue reconocida a fs. 95. La demanda de Amparo promovida dentro del plazo (24/mayo/2018) e iniciada por providencia del 25 de mayo de 2018. El Doctor P. P. G. dijo a fs. 23 que:” la Señora M.C.G.G., fue y sigue siendo paciente de la clínica, debido a que la misma había realizado un tratamiento de fecundación in vitro acompañado del estudio denominado” Diagnóstico Genético Preimplantario”, que por razones médicas era necesario para la amparista. Para dicho efecto, se tomaron las medidas necesarias y en ese sentido se siguió con el protocolo para tal situación, iniciando el tratamiento y cumpliendo con cada etapa del mismo, hasta finalmente llegar a la etapa conclusiva, faltando nada más la implantación o transferencia embrionaria a la paciente, sin embargo la persona que acompañó el tratamiento decidió no continuar, razón por la cual había decidido suspender aquello, mientras tanto no lleguen a un acuerdo o medida judicial para la continuación de este tratamiento, teniendo en cuenta que tampoco es viable éticamente desechar los embriones obtenidos para su implantación.” Claramente puedo colegir que el Doctor G., sólo requiere de una orden judicial y que los embriones no pueden ser desechados por respeto a la vida concebida fuera del vientre materno en un laboratorio. EL Doctor P.P.G., a fojas 56 en el momento de contestar los agravios manifiesta nuevamente que:” se había firmado un contrato de prestación de servicios por el cual se indicaba las condiciones del tratamiento al que se sometería, habiendo dado su consentimiento para ello la misma paciente y su pareja en ese entonces. El mencionado

tratamiento de fecundación in vitro llegó a la etapa conclusiva, faltando nada más la implantación o transferencia embrionaria a la paciente, pero la pareja de la paciente comunicó que ya no deseaba proseguir con el procedimiento, razón por la cual había decidido suspender aquello, mientras tanto no lleguen a un acuerdo o medida judicial para la continuación de ese tratamiento”.

La Señora M.C.G.G. y el Señor C.H.G. han firmado según consta a fojas 96/97 una solicitud y consentimiento informado de fecundación in vitro y técnicas relacionadas, firmando ambas personas al pie del documento.

A fs. 99 el Señor C.H.G., manifiesta que ejerce su derecho a la defensa con la intervención que se le ha concedido en estos autos y sostiene que la amparista pretende quedar embarazada como consecuencia del procedimiento de fecundación in vitro iniciado juntamente con su persona y el derecho a la vida de los embriones. Invoca el Señor H.G., el derecho inalienable a la libertad de no procrear, amparado en el artículo 9 de la Constitución Nacional: “Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad”: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe. Sostiene que su voluntad no atenta contra el derecho a la vida. A fs. 116 de autos se tuvo por contestada la demanda al Señor H.G.

Con la intervención que se le ha otorgado al Señor C.H.G., se ha dado cumplimiento al artículo 16 de la Constitución Nacional: **“La Defensa en juicio de las personas es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”**.

Es clave puntualizar lo resaltado varias veces en esta causa por el Médico tratante, que el tratamiento ha concluido, la Señora C.G., y el Señor H.G. han aportado los óvulos y los espermatozoides respectivamente, la concepción se ha producido, los embriones se encuentran resguardados por las técnicas correspondientes y los mismos no pueden desecharse. (ver fs. 23 de autos).

Me adhiero a los términos de la Constitución Nacional y las leyes citadas antes: **“la vida comienza con la concepción que puede producirse dentro y fuera del seno materno. En el caso en estudio se ha consumado la concepción, que debe ser protegida por medio de esta garantía constitucional.**

Considero ajustado a derecho hacer lugar al presente amparo constitucional de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4, 134, 137, 256 de la Constitución Nacional, los artículos 4 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, el artículo 9 del CNA y los artículos 565 y 568 del Código Procesal Civil, e imponer las costas en el orden causado. **Es mi voto.**

A SU TURNO, EL DR. SILVIO RODRÍGUEZ DIJO:

CUESTIÓN FÁCTICA.

Los señores M.C.G. y C.H., firmaron un Protocolo para la realización e implementación de lo que se denomina Programa de Reproducción Asistida en fecha 21 de abril de 2017 (fls. 96/97). Las personas más arriba nombradas solicitaron a la CLÍNICA G la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y en el primer párrafo del Protocolo se expresa cuanto sigue: “Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, facilitando la procreación cuando otras terapéuticas resultan inadecuadas o ineficaces. **Estas técnicas también se utilizan en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario.** Son dos las modalidades de reproducción asistida: Inseminación Artificial y Fecundación In vitro, existiendo otras complementarias o instrumentales de las anteriores”.

La fecundación in vitro puede ser homologa o heteróloga: En la primera se realiza la fecundación con el óvulo y el esperma de la pareja y, la heteróloga tiene lugar cuando se utiliza o se emplea el esperma de un tercero donante. En el caso de autos, estamos en presencia de una fecundación in vitro homóloga según el texto del Protocolo más arriba citado, he invocado como tal en el amparo promovido por la Señora M.C.G. Por otra parte, habría que mencionar también que la amparista es portadora de una enfermedad genética conocida como “MIOTONIA DE STEINERT”, con un cincuenta por ciento de probabilidad de riesgo de transmisión del alelo mutado a la descendencia. Por lo menos, así se reconoció y se dejó sentado en la acción instaurada (fls. 7/18). En la actualidad, debido a inconvenientes que pueden provenir tanto de la mujer como del hombre en la fecundación, ya es un tratamiento corriente el indicado en el Protocolo gracias a los avances científicos en la materia.

CUESTIÓN JURÍDICA

En la demanda se sostuvo cuanto sigue: “Hasta que finalmente cuando pudo retomar la terapia, se encontró con la negativa por parte del

señor C.H., quien ya no quiso continuar con el tratamiento, posteriormente el percance fue comunicado al médico tratante a los efectos de ver cuál sería el siguiente paso, teniendo en cuenta que se ha cumplido con todos los requerimientos anteriores, llegando al punto de obtener los embriones necesarios para poder empezar un embarazo sin inconvenientes, faltando nada más que la transferencia al útero de nuestra mandante” (fls. 9). En la nota remitida por la señora M.C.G., en fecha 16 de mayo de 2018, dirigida al Señor P.G. Ginecólogo y responsable de la Clínica G, se le urgió a proseguir con el tratamiento de rigor en estos casos en los siguientes términos: “En marzo del 2017, inicie junto con el señor C.H., ambos de común acuerdo, el complejo tratamiento de fecundación in vitro, con diagnóstico pre-implantatorio, con todas las prerrogativas incluidas en el contrato de consentimiento. De esa manera, fue asistida durante todo el proceso, cumpliendo cada etapa del tratamiento respectivo, llevado a cabo con total normalidad, hasta finalmente llegar a la etapa de la transferencia embrionaria a mi útero. Sin embargo, a la fecha no he podido culminar con el proceso debido a diferencias con el señor C.H., pese a que el mismo firmó su consentimiento desde el inicio del tratamiento. Por todo lo expuesto y habiendo ya culminado el espacio de diálogo con el señor C.H., a fin de que cambie de opinión, y en atención al tiempo transcurrido, vengo a solicitarle una respuesta a la continuación del proceso de transferencia embrionaria, tratamiento iniciado ya hace más de 1 año” (fls. 5).

En respuesta a esta nota, el profesional apoderado de la Clínica G, Dr. M.G.N., respondió en los términos que siguen: “En ese sentido, conforme a instrucciones de mi mandante le manifiesto la imposibilidad de proseguir con el tratamiento respectivo debido a que , los tratamientos médicos de este tipo pueden ser suspendidos en cualquier momento, ya sea por razones médicas o bien a petición de la interesada; en el caso en concreto, según hemos tomado conocimiento, existe la negativa de continuar con el tratamiento por parte del señor C.H., por lo que sin su consentimiento, no se podrá continuar con el mismo” (fls. 6).

CUESTIÓN DE FONDO

Se ha invocado como fundamento de la acción instaurada el artículo 4to de la Constitución Nacional que reza: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción...”. La protección del derecho a la vida, tal como se menciona en la norma constitucional, hace alusión precisa al ser humano concebido

dentro del seno materno. Esta es la interpretación que surge de la propia perceptiva y de los Convencionales que participaron en la redacción de la Constitución Nacional del año 1992. En cambio, el ser fecundado in vitro no puede considerarse propiamente como vida y, en su caso, podría considerársele como una **vida en potencia**. De modo que, desde este punto de vista, el amparo promovido sobre esta base no tiene el sustento jurídico necesario para hacer lugar a la acción de amparo constitucional.

Sin embargo, el artículo 45 de la Constitución Nacional expresa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de la ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

En mi opinión, un derecho no enunciado expresamente en la Carta Magna es el “derecho a procrear”, es decir, que ese afán de dejar descendencia es también un derecho inherente a toda persona. Esta conclusión, se ve corroborada con lo dispuesto en el artículo 61 de la misma Carta Magna que dice: “El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes educación, **orientación científica** y servicios adecuados, en la materia”.

Entonces, la Señora M.C.G., tiene el derecho inalienable de procrear y realmente su esfuerzo en este aspecto no puede ser negado de ninguna manera. Pero, por otra parte, tampoco se le puede negar al Señor C.H.G., su derecho también inalienable de oponerse a la procreación. En efecto, obligarle por una decisión judicial a asumir un rol que simplemente él no desea, aparte de ser inconstitucional e ilegal, significaría imponerle obligaciones futuras que pueden provenir solamente de sus propios actos y decisiones. Ahora bien, es cierto que no existen disposiciones legales que regulen lo relativo a la fecundación asistida, pero no es menos cierto que los jueces y Tribunales no pueden invocar la ausencia de leyes o lagunas para resolver una cuestión tal como lo impone el artículo 6° del Código Civil.

De acuerdo con estas breves pero precisas consideraciones, estimo que se debe revocar la sentencia dictada en Grado Inferior y disponerse que a la Señora M.C.G. se le realice la transferencia embrionaria en el útero de tal modo a que se produzca lo que constitucionalmente se denomina concepción, pero con el alcance que se fija a continuación: La amparista será la única responsable de los riesgos que implica la continuación del proceso de inseminación hasta su finalización, quedando exento de toda responsabilidad civil el Señor C.H.G., Creo firmemente que esta conclusión es la que se adecua al caso específico de autos, quedando para el

futuro discutir y precisar en un juicio ordinario y con todas las garantías del debido proceso lo que atañe a su vínculo jurídico con el ser que va a nacer, así como la dilucidación de otros derechos que ya le corresponderían al niño ejercer por medio de sus representantes necesarios.

En cuanto a las costas de esta instancia, deben imponerse en el orden causado ya que la Clínica G, no se opuso a continuar con el tratamiento dejando a criterio del Juzgado que resuelva lo que corresponda en derecho y, tampoco se le pudo imponer al Señor C.H. porque su negativa a la continuación del tratamiento es un derecho que le corresponde como ser humano.

Bajo tales condiciones, me adhiero a lo resuelto por la Dra. Clara Estigarribia Mallada en su parte resolutive, pero con el alcance ya expuesto en líneas precedentes. **ASÍ VOTO.**

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando las integrantes del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, por ante mí, que certifico, quedando la sentencia que inmediatamente sigue:

VISTO: Los méritos que ofrece el Acuerdo y Sentencia precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia:

R E S U E L V E:

1º) **ADMITIR** el recurso interpuesto.

2º) **REVOCAR** la S.D. N° 20 de fecha 3 de octubre de 2018, dictada por la Jueza Penal de la Adolescencia del Primer Turno, **Abog. EDITH CORONEL ALEN**, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

3º) **HACER LUGAR** al amparo constitucional planteado y consecuentemente, ordenar al **DR. P.P.G.** de la Clínica G, continuar con el procedimiento de implantación de los embriones a la Sra. M.C.G.

4º) **COSTAS** en el orden causado en ambas instancias.

5º) **ANOTAR**, registrar, notificar y remitir copia la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Clara Estigarribia Mallada, Gloria Elizabeth Ramírez y Silvio Rodríguez.

Ante mí: Rocío Jazmín Acosta, Actuaría Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

ACUERDO Y SENTENCIA N° 328

Cuestión Debatida: *En el presente fallo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se aboca al análisis de los fundamentos en la causa donde se plantea la inconstitucionalidad vía excepción de los actos normativos, específicamente, el artículo 10 inciso B de la Ley 716/96, el art. 298 de la Ley 836/80 y el art. 17 del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020.*

En dicha causa la recurrente se encuentra sometida a una investigación penal donde le fuera atribuida una conducta típica, antijurídica y reprochable, conforme se desprende del escrito de acusación, siendo el principal argumento de la acusación fiscal, la violación de la cuarentena dispuesta por el gobierno nacional, en el marco del Estado Emergencia en todo el territorio nacional declarado por Ley ante la pandemia declarada por la organización Mundial de la Salud a causa del Covid-19.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos.

Examinadas las constancias de autos, se advierte que, si bien la excepcionante señala los artículos que considera inconstitucional, sustentando que la aplicación de los citados artículos que cimentan la acusación del Ministerio Público serían inconstitucionales, sin exponer la impugnante con claridad y precisión de qué manera estos artículos estarían vulnerando garantías y principios de rango constitucional, invocados en su escrito de interposición.

Esto es así, pues, la excepcionante no ha desarrollado ni justificado la lesión o perjuicio concreto que le ocasionan las disposiciones legales impugnadas; es decir, a pesar de su extenso escrito de presentación, en su cuerpo y contenido no se observa una sola frase donde nos indique claramente su agravio, ya que sólo pretende fundar la inconstitucionalidad de una norma positiva (no derogada) por el solo hecho de ser de vigencia previa a la Constitución actual, al tiempo en que nos relata cronológicamente cómo desarrolló su condición de activista social.

El art. 552 del CPC, que regula la acción de inconstitucionalidad, aplicable por analogía a la excepción de inconstitucionalidad, exige que el excepcionante funde en términos claros y concretos su petición. De la disposición legal transcrita, se desprende claramente que el interesado debe precisar y justificar fehacientemente el perjuicio o agravio que le origina la aplicación de la disposición atacada de inconstitucional, y, en el caso puesto a consideración, se advierte que la excepcionante no expuso con la fundamentación, claridad y precisión del presente caso constitucional.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Efectos. CÓDIGO SANITARIO.

Con respecto al art. 298 de la Ley 836/1980 “Código Sanitario”, esta norma autoriza al Poder Ejecutivo a implantar medidas preventivas y de restricción de tránsito necesarias, así como medidas sanitarias en general, para prevenir y controlar la diseminación de enfermedades, siempre en el marco de lo establecido en las normas del Derecho Internacional, así como obviamente dentro del marco constitucional del Paraguay.

Por otra parte, el art. 10 inciso B de la Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”, establece sanciones para aquellas personas que violen vedas, pausas ecológicas o cuarentenas sanitarias.

Por último, el art. 17 del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020 dispone que el incumplimiento de las medidas sanitarias establecidas en dicho decreto será sancionado de acuerdo con las disposiciones del citado Código Sanitario y de la Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”, y con las demás disposiciones penales y leyes aplicables.

Ahora bien, según la impugnante, la redacción de las normas citadas infringe la Constitución, y le genera un agravio, en particular con relación a lo dispuesto en los artículos 9; 11; 15; 17 inciso 3; 26; 32;38; 40; 41;

42; 132; 137; 141; y 260 de la Constitución, entre otras normas que forma parte del ordenamiento jurídico del Paraguay. En particular, la impugnante manifiesta que en el caso en particular se vulnera el principio de legalidad; el derecho a la defensa en juicio, y el debido proceso. Sin embargo, a pesar de la extensa exposición plasmada en el escrito de impugnación, no se logra explicar de qué forma las normas objetadas son violatorias de nuestra ley superior. Al contrario, lo que se puede deducir es que las normas mencionadas son coherentes y congruentes con el sistema jurídico que rige al país.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia.

De lo expuesto hasta este momento, se entiende que la impugnante alega que las limitaciones establecidas por el Poder Ejecutivo han sido ilegales, incluso contrarias a la Constitución, por restringir libertades básicas, como lo son la libre circulación y el derecho a manifestación. Sin embargo, en el presente caso no se ha logrado demostrar mínimamente que el Poder Ejecutivo ha obrado fuera de los márgenes establecidos por Constitución y demás leyes inferiores. Por lo tanto, no se observa que, de modo alguno, el dictado del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020 infrinja a la carta magna del Paraguay, por lo que no se encuentran reunidos fundamentos suficientes que justifiquen la declaración de inaplicabilidad de dicha norma.

Con respecto a la ley 836/80 “Código Sanitario”, y la ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”, la impugnante tampoco ha logrado demostrar de qué forma se estaría violentando a la Constitución. Al contrario, ha presentado una serie de argumentos que no pueden ser considerados suficientes para una declaración de inaplicabilidad, entre ellos, que la citada Ley 836/1980 es anterior a la actual Constitución del Paraguay, que se encuentra vigente desde el año 1992, y que no se encuentra en armonía en ella, incluso infringiendo la nueva carta magna. Sin embargo, se debe tener en cuenta, por un lado, que una ley sea anterior a la Constitución no la hace contraria a ésta por este solo hecho. Si se aplicara este tipo de razonamiento, un gran número de leyes, entre ellas las que establecen el Código Civil o el Código Procesal Civil del Paraguay, deberían ser hoy consideradas inconstitucionales, por el sólo hecho de que

dichas normas han sido dictadas con anterioridad al año 1992. Por lo tanto, el argumento de que una ley es contraria a la Constitución por ser anterior a ésta, no puede ser considerado como válido desde ningún punto de vista. Es necesario que se demuestre fehacientemente una derogación expresa o incluso tácita de las normas anteriores, o que, en todo caso, sean expresamente declaradas inconstitucionales, por las vías idóneas, en el caso de determinarse claramente su violación a la ley suprema. Esto último, no ha ocurrido en el caso en estudio, y los fundamentos de la impugnante no han logrado justificar de qué modo las normas impugnadas violan la Constitución.

Al respecto, en numerosos casos anteriores, he sostenido el criterio de que se deben considerar improcedentes las impugnaciones de inconstitucionalidad cuando no se ha demostrado agravio ni violación de la Constitución por parte de un acto normativo. Es decir, es necesario que se demuestre una conexión directa entre el acto normativo impugnado, su infracción a la Constitución, y la supuesta lesión concreta, en el caso específico. A modo de ejemplo, me remito al Acuerdo y Sentencia N° 371 del 02 de mayo de 2017, dictado en la causa “Excepción de inconstitucionalidad contra el art. 136 del CPP promovido por la Abg. Rufina C. Venialgo Zárate por la defensa de Gladys C. López de Venialgo y David M. Venialgo en: Gustavo Enrique Jorge Cáceres Fernández”, N° 17, año 2016, en el cual he dejado sentada mi postura al respecto, y por el cual, por unanimidad, se ha rechazado una impugnación formulada en contra de un acto normativo, por carecer de fundamentación suficiente.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia.

Del análisis del escrito presentado, puede verse que la excepcionante no ha explicado cómo se produce el menoscabo a las normas constitucionales invocadas: Art. 9 (Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe); Art. 11 (Nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por la Constitución y las leyes); Arts. 15 y 45 (Derecho a la tutela judicial efectiva, implícito en los); Art. 137 (Supremacía de la Constitución Nacional); Art. 68 (Toda persona estará obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto de la dignidad hu-

mana); Art. 256 (Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley); Art. 26 (De la libertad de expresión); Art. 32 (De la libertad de reunión y de manifestación) Art. 38 (Del derecho a los intereses difusos); Art. 40 Del derecho a peticionar a las autoridades: Art. 41 (Del derecho al tránsito); Art. 288 (Del Estado de Excepción) y Art. 17 (De la defensa en juicio), todos de la Constitución Nacional, incumpliendo así los requisitos establecidos en los Arts. 538 y 552 del C.P.C. y Arts. 12 y 13 de la Ley N° 609/95.

En segundo lugar, si bien el excepcionante alega la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, implícitamente consagrado en la Constitución Nacional, la misma tampoco explica cómo se genera un menoscabo a tal derecho en forma puntual y actual, pues solamente se avoca a explicar mediante ejemplos de derecho comparado y doctrina, una conceptualización del mencionado derecho.

Finalmente, la excepcionante manifiesta que sus derechos fundamentales consagrados en los Arts. 26, 32, 38, 40 y 41 de la Ley Suprema han sido vulnerados mediante la acusación penal presentada, es decir, el criterio de la agente fiscal actuante, sin embargo, sólo fundamenta esta pretensión realizando una exposición sobre su activismo social en la lucha contra la corrupción, sin esbozar jurídicamente una argumentación sobre cómo se generaría la conculcación alegada, por lo que tampoco cumple con los requisitos de forma, previstos en el C.P.

C.S.J. 17/06/2021. “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta por María Esther Roa de Espínola en la causa María Esther Roa /Ley N° 716 que sanciona Delitos contra el Medio Ambiente” (Ac. y Sent. N° 328).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Es procedente la excepción de inconstitucionalidad opuesta?

A la cuestión planteada la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: La excepción de inconstitucionalidad ha sido opuesta por María Esther Roa de Espínola (Matrícula N° 10.117), por derecho propio y bajo patrocinio de los abogados Reinerio Espínola Ramírez (Mat. N° 7.393) y Juan Khon (Mat. N° 11.044), en contra de los siguientes actos normativos: artículo 10 inciso B de la Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”;

art. 298 de la Ley 836/80 “Código Sanitario”; y art. 17 del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020.

En la excepción opuesta se argumenta que las normas citadas conculcarían los artículos 9; 11; 15; 17 inciso 3; 26; 32;38; 40; 41; 42; 132; 137; 141; y 260 de la Constitución, entre otras normas que forma parte del ordenamiento jurídico del Paraguay. En particular, la impugnante manifiesta que en el caso en particular se vulnera el principio de legalidad; el derecho a la defensa en juicio y el debido proceso

Habiéndose corrido los traslados correspondientes de conformidad con el art. 539 del Código Procesal Civil, tanto la fiscalía ordinaria como la Fiscalía General del Estado han solicitado el rechazo de estos planteamientos manifestando, entre otros, que la excepción de inconstitucionalidad carece de fundamentación suficiente, y que no ha sido expuesta con claridad y precisión.

Análisis de competencia.

Con respecto a la competencia, de acuerdo con lo establecido por los artículos 132, 259 inciso 5 y 260 de la Constitución Nacional; y artículos 11 y 13 de la Ley 609/95 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, esta Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Constitucional, es el órgano competente para conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de normas y resoluciones, siendo la excepción, como la que se opuso en este caso, una de las vías de impugnaciones de esta naturaleza.

Análisis de procedencia.

De una lectura de la oposición de la excepción (fojas 185-196), se observa que se impugnan de inconstitucionales actos normativos, específicamente, el artículo 10 inciso B de la Ley 716/96; el art. 298 de la Ley 836/80; y el art. 17 del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020.

En lo fundamental, los argumentos que sostienen a la excepción son los siguientes:

“Del ordenamiento normativo y la interpretación de la norma constitucional citadas precedentemente, se concluye que todo hecho sancionable requiere de la existencia de una ley formal anterior y que describa un supuesto hecho punible determinado; por otro lado, por el principio de legalidad y taxatividad en el Derecho Penal no se admite la analogía. A mayor abundamiento, si el hecho no se encuentra exactamente contemplado de manera clara y concreta en la ley, no podrá aplicarse a él ninguna otra norma que prevea, castigue o distinga un hecho o acto similar ni semejante.

“Ahora bien, el agente fiscal Juan Carlos Ruiz Díaz, para atribuirme una conducta típica, jurídica y reprochable, conforme se desprende del escrito de acusación, primeramente, recurre a la Ley 716/96, artículo 10 inc. b. Lo cierto y concreto es que, en Paraguay, el Congreso no modificó o incluyó el tipo penal de violación de la cuarentena en su cuerpo normativo de manera clara y precisa, como lo tienen otros países de la región, para poder aplicarlo a los que la infrinjan. La norma citada por el agente fiscal es definitivamente incompleta, razón por la cual se remite a otra norma, la Ley 836/80, específicamente el art. 298. Esta norma es del año 1980, o sea, preconstitucional, y a todas luces viola varias normas de nuestra Carta Magna, pero, aun así, no faculta al Poder Ejecutivo a penalizar una conducta ni prohibir el uso del derecho constitucional a la protesta, y, por último, para completar la calificación penal pretendida, el representante del Ministerio Público invoca varios decretos. La pregunta que surge es: ¿Mario Abdo puede sancionar penalmente por decreto? La respuesta es no.

“El art. 15 de la Constitución Nacional estatuye: ‘Nadie podrá hacerse justicia por sí mismo ni reclamar sus derechos con violencia’. Como ya lo mencioné más arriba, los derechos peticionar a las autoridades y tutela judicial efectiva son concomitantes a dicha prohibición. Esto es así, en razón de que la ausencia de una tutela judicial omnicomprendensiva de los derechos dejaría en indefensión a los justiciables, pues numerosos intereses legítimos quedarían en un limbo, en el sentido que jamás podrían ser reclamados ni resueltos.

En concreto, si el uso de la protesta, libertad de expresión y la libre circulación de las personas son punibles sin que exista una ley que lo prohíba en pandemia, corremos el riesgo de que los ciudadanos busquen el respeto de sus derechos a través de canales alternativos; verbigracia, sacando las pistolas o contratando matadores, como ocurre en algunas zonas de Amambay y Capitán Bado.

“Excelencias, a diferencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo, cuya legitimación democrática es visible (son electos por sufragio universal), la del Poder Judicial y la del Ministerio Público (cuyos miembros no son electos por sufragio universal) es invisible, y su legitimación democrática se hace ostensible en cada caso mediante la fundamentación de sus resoluciones en la Constitución y en las leyes”.

Por otra parte, el agente fiscal Juan Carlos Ruiz Díaz, de la Unidad Penal N° 1 especializada en seguridad y convivencia de las personas, en

representación de la fiscalía ordinaria a cargo de la investigación, ha contestado la excepción de inconstitucionalidad en los siguientes términos (fojas 195 y vuelto):

“Las implementaciones de acciones preventivas ante el riesgo de la expansión del coronavirus en el territorio nacional ha dado lugar al uso de las facultades concedidas por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, específicamente, el art. 238. Así también, nos remitimos al capítulo 5 de la Carta Magna, art. 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. Último párrafo, toda persona estará obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto de la dignidad humana. Por último, la ley 836/80, Código Sanitario, que no fuera derogada, en su art. 298 establece que el Poder Ejecutivo pueda implementar las medidas necesarias preventivas y de restricción de tránsito, adoptando las medidas sanitarias tendientes a prevenir y controlar la disminución de enfermedades y la contaminación de las zonas adyacentes, de acuerdo con las normas del derecho internacional. Ahora bien, a la calificación establecida, la Ley 716/96, que sanciona delitos contra el medio ambiente, en su art. 10 inc. b, establece claramente que la misma, al tratarse de una ley penal abierta, denominada ley penal en blanco, denominada así por el penalista Karl Bindix, quien ser refería así a aquellas que imponen una sanción, pero la descripción de la figura delictiva a la que se refiere está contenida en otra norma jurídica, pudiendo remitirse a otra ley penal o a otro sector del orden público o a alguna norma reglamentaria jerárquicamente inferior, que necesariamente las debe completar. La razón por la que se dictan estas leyes penales en blanco es que se trata de prescribir sobre conductas que varían a lo largo del tiempo o requieren ir adaptándose a las circunstancias”.

“Lo que sería contrario al principio de garantía y legalidad en materia penal sería que las normas de rango inferior, en este caso los decretos presidenciales, impusieran las sanciones en lugar de describir los tipos penales. Por último, los decretos presidenciales atacados como inconstitucionales han sido dictados en respeto a las normas constitucionales, resultando importante destacar que el bien jurídico protegido en el caso que nos ocupa se lo entiende como un valor comunitario en sentido de dimensión social, tanto que apunta a las condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas, en general e indeterminadamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Se trata, en definitiva, de un interés supra individual de titularidad colectiva. Así, busca la protección del estado sanitario de la población en general, destacando disposiciones de orden constitucional que velan por esos bienes jurídicos como lo son el derecho a la vida y a la salud”.

Asimismo, el fiscal adjunto Augusto Salas Coronel, en representación de la Fiscalía General del Estado, también contestó la excepción de inconstitucionalidad manifestando, en lo esencial, cuanto sigue (fojas 197-201, Dictamen N° 1599 del 18 de noviembre de 2020):

“Examinadas las constancias de autos, se advierte que, si bien la excepcionante señala los artículos que considera inconstitucional, sustentando que la aplicación de los citados artículos que cimientan la acusación del Ministerio Público serían inconstitucionales, sin exponer la impugnante con claridad y precisión de qué manera estos artículos estarían vulnerando garantías y principios de rango constitucional, invocados en su escrito de interposición”.

“Esto es así, pues, la excepcionante no ha desarrollado ni justificado la lesión o perjuicio concreto que le ocasionan las disposiciones legales impugnadas; es decir, a pesar de su extenso escrito de presentación, en su cuerpo y contenido no se observa una sola frase donde nos indique claramente su agravio, ya que sólo pretende fundar la inconstitucionalidad de una norma positiva (no derogada) por el solo hecho de ser de vigencia previa a la Constitución actual, al tiempo en que nos relata cronológicamente cómo desarrolló su condición de Activista Social”.

“El art. 552 del CPC, que regula la acción de inconstitucionalidad, aplicable por analogía a la excepción de inconstitucionalidad, exige que el excepcionante funde en términos claros y concretos su petición. De la disposición legal transcripta, se desprende claramente que el interesado debe precisar y justificar fehacientemente el perjuicio o agravio que le origina la aplicación de la disposición atacada de inconstitucional, y, en el caso puesto a consideración, se advierte que la excepcionante no expuso con la fundamentación, claridad y precisión el presente caso constitucional”.

De la lectura del artículo 10 inciso B de la Ley 716/96; del art. 298 de la Ley 836/80; y del art. 17 del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020, se puede observar, en esencia, lo siguiente:

Con respecto al art. 298 de la Ley 836/1980 “Código Sanitario”, esta norma autoriza al Poder Ejecutivo a implantar medidas preventivas y de restricción de tránsito necesarias, así como medidas sanitarias en general,

para prevenir y controlar la diseminación de enfermedades, siempre en el marco de lo establecido en las normas del Derecho Internacional, así como obviamente dentro del marco constitucional del Paraguay.

Por otra parte, el art. 10 inciso B de la Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”, establece sanciones para aquellas personas que violen vedas, pausas ecológicas o cuarentenas sanitarias.

Por último, el art. 17 del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020 dispone que el incumplimiento de las medidas sanitarias establecidas en dicho decreto será sancionado de acuerdo con las disposiciones del citado Código Sanitario y de la Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”, y con las demás disposiciones penales y leyes aplicables.

Ahora bien, según la impugnante, la redacción de las normas citadas infringe la Constitución, y le genera un agravio, en particular con relación a lo dispuesto en los artículos 9; 11; 15; 17 inciso 3; 26; 32;38; 40; 41; 42; 132; 137; 141; y 260 de la Constitución, entre otras normas que forma parte del ordenamiento jurídico del Paraguay. En particular, la impugnante manifiesta que en el caso en particular se vulnera el principio de legalidad; el derecho a la defensa en juicio, y el debido proceso. Sin embargo, a pesar de la extensa exposición plasmada en el escrito de impugnación, no se logra explicar de qué forma las normas objetadas son violatorias de nuestra ley superior. Al contrario, lo que se puede deducir es que las normas mencionadas son coherentes y congruentes con el sistema jurídico que rige al país.

Adicionalmente, pareciera que lo que se intenta es evitar la aplicación de las normas impugnadas a este caso en particular, para buscar un beneficio de una persona que se encuentra sometida a un proceso penal, más que indicar que las citadas normas son, por sí mismas, inconstitucionales. Al respecto, para que proceda una excepción de esta naturaleza, debe demostrarse que un instrumento normativo reputado como inconstitucional efectivamente infringe derechos constitucionales del impugnante, lo cual, en el presente caso, claramente no ocurre. No es suficiente con limitarse a enumerar normas de rango constitucional que se consideran trasgredidas, sino que se debe demostrar el motivo por el cual la norma impugnada debe ser considerada como contraria a la Constitución, y por ende debe declararse su inaplicabilidad al caso específico.

Con el fin de intentar mitigar los efectos ocasionados por la enfermedad COVID-19, el Poder Ejecutivo, sobre la base de la autorización

otorgada por el Código Sanitario, Ley 836/1980, ha emitido el decreto que hoy es impugnado, por medio del cual se han tomado una serie de medidas, y se ha limitado parcialmente una serie de libertades personales (ejemplo: libertad de circulación en horarios determinados), con el fin de proteger a la sociedad en general. Específicamente, el Poder Ejecutivo ha establecido un “aislamiento preventivo general”, denominado también “cuarentena”, lo cual claramente se encuentra en armonía con el Código Sanitario, específicamente con el art. 13 y 298 de dicha ley, al disponer dicho decreto una serie de medidas sanitarias, preventivas y de restricción de tránsito, para intentar controlar a la enfermedad en cuestión.

Asimismo, es importante resaltar que, el dictado del Decreto N° 3619/2020, ha ocurrido en el marco de la emergencia sanitaria provocada por el esparcimiento de una enfermedad respiratoria severa conocida como COVID-19, que tiene como origen al virus SARS-CoV-2. Es de público conocimiento que, como consecuencia del contagio masivo de dicha enfermedad, se ha generado una emergencia a nivel mundial, afectando gravemente a toda la humanidad, no siendo el Paraguay la excepción. Es por ello que, en situaciones de emergencia como ésta, en algunos casos se debe tener en cuenta el interés general del país por encima de los intereses que puedan tener los particulares, tal como lo establece el art. 128 de la Constitución.

Asimismo, el Poder Ejecutivo determinó que, en el caso de que alguna persona incumpla estas medidas sanitarias dispuestas por decreto, se le sancione conforme a la ley, específicamente, la ley 836/80 “Código Sanitario”, y la ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”. Es decir, a diferencia de lo que argumenta la impugnante, el Poder Ejecutivo no “creó” la figura de un nuevo hecho punible, ni lo ha tipificado; simplemente, se ha limitado a imponer una serie de medidas sanitarias, dentro del marco de sus facultades legales, para luego remitirse a lo que ya establece una ley, específicamente el art. 10 de la Ley 716/96, que dispone que será sancionado quien viole una cuarentena sanitaria.

De lo expuesto hasta este momento, se entiende que la impugnante alega que las limitaciones establecidas por el Poder Ejecutivo han sido ilegales, incluso contrarias a la Constitución, por restringir libertades básicas, como lo son la libre circulación y el derecho a manifestación. Sin embargo, en el presente caso no se ha logrado demostrar mínimamente por que el Poder Ejecutivo ha obrado fuera de los márgenes establecidos por

Constitución y demás leyes inferiores. Por lo tanto, no se observa que, de modo alguno, el dictado del Decreto N° 3.619/20 de fecha 24 de mayo de 2020 infrinja a la carta magna del Paraguay, por lo que no se encuentran reunidos fundamentos suficientes que justifiquen la declaración de inaplicabilidad de dicha norma.

Con respecto a la ley 836/80 “Código Sanitario”, y la ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”, la impugnante tampoco ha logrado demostrar de qué forma se estaría violentando a la Constitución. Al contrario, ha presentado una serie de argumentos que no pueden ser considerados suficientes para una declaración de inaplicabilidad, entre ellos, que la citada Ley 836/1980 es anterior a la actual Constitución del Paraguay, que se encuentra vigente desde el año 1992, y que no se encuentra en armonía en ella, incluso infringiendo la nueva carta magna. Sin embargo, se debe tener en cuenta, por un lado, que una ley sea anterior a la Constitución no la hace contraria a ésta por este solo hecho. Si se aplicara este tipo de razonamiento, un gran número de leyes, entre ellas las que establecen el Código Civil o el Código Procesal Civil del Paraguay, deberían ser hoy consideradas inconstitucionales, por el sólo hecho de que dichas normas han sido dictadas con anterioridad al año 1992. Por lo tanto, el argumento de que una ley es contraria a la Constitución por ser anterior a ésta, no puede ser considerado como válido desde ningún punto de vista. Es necesario que se demuestre fehacientemente una derogación expresa o incluso tácita de las normas anteriores, o que, en todo caso, sean expresamente declaradas inconstitucionales, por las vías idóneas, en el caso de determinarse claramente su violación a la ley suprema. Esto último, no ha ocurrido en el caso en estudio, y los fundamentos de la impugnante no han logrado justificar de qué modo las normas impugnadas violan la Constitución.

Al respecto, en numerosos casos anteriores, he sostenido el criterio de que se deben considerar improcedentes las impugnaciones de inconstitucionalidad cuando no se ha demostrado agravio ni violación de la Constitución por parte de un acto normativo. Es decir, es necesario que se demuestre una conexión directa entre el acto normativo impugnado, su infracción a la Constitución, y la supuesta lesión concreta, en el caso específico. A modo de ejemplo, me remito al Acuerdo y Sentencia N° 371 del 02 de mayo de 2017, dictado en la causa “Excepción de inconstitucionalidad contra el art. 136 del CPP promovido por la Abg. Rufina C. Venialgo Zára-

te por la defensa de Gladys C. López de Venialgo y David M. Venialgo en: Gustavo Enrique Jorge Cáceres Fernández”, N° 17, año 2016, en el cual he dejado sentada mi postura al respecto, y por el cual, por unanimidad, se ha rechazado una impugnación formulada en contra de un acto normativo, por carecer de fundamentación suficiente.

En este sentido, se puede concluir que la excepción de inconstitucionalidad en estudio debe ser rechazada por improcedente. Es mi voto

A su turno el Doctor FRETES dijo: Que, me adhiero al sentido del voto de la Ministra Gladys Bareiro de Módica y por los mismos fundamentos

A su turno el Doctor DIESEL JUNGHANNS dijo: Adhiero a la conclusión y fundamentos expresados por la Ministra opinante, permitiéndome realizar las siguientes consideraciones:

La Abg. Esther Roa de Espínola, en causa propia y bajo patrocinio de los Abgs. Reinerio Espínola y Tamara Roa, opone excepción de inconstitucionalidad contra los Art. 10, Num. 10, lit. b) de la Ley N° 716/96; Art. 298 de la Ley N° 835/80 y el Art. 17 del Decreto N° 3619/20 de fecha 24 de mayo de 2020, que fundan la acusación penal formulada en su contra, en el marco de la causa N° 319/2020 caratulada: “MARÍA ESTHER ROA DE ESPÍNOLA S/ LEY N° 716 QUE SANCIONA DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE”.

Como fundamento de su impugnación de inconstitucionalidad, la excepcionante manifiesta, en resumen, que las normas que tipifican los hechos punibles atribuidos a su conducta, presentados en la acusación fiscal de su proceso penal, vulneran el principio de legalidad, expresado en el Art. 9 de la Constitución Nacional, y en el Art. 1 del C.P., basando a su vez tal agravio, en cuestionamientos formulados a las siguientes normas:

El Art. 10, Lit. b) de la Ley N° 716/96 no fue modificado o incluido como tipo penal de violación de cuarentena a un cuerpo normativo de manera clara y precisa, por lo que es incompleta y vulnera el principio de legalidad.

El Art. 298 de la Ley N° 837/80 es pre constitucional (sancionada en el año 1980), motivo por el cual, viola varias disposiciones de la Carta Magna, y no faculta al Ejecutivo a penalizar o prohibir el uso del derecho constitucional a la protesta.

El Art. 17 del Decreto N° 3619 de fecha 24 de mayo de 2020, no faculta al actual Presidente de la República a sancionar conductas penalmente por medio de decretos del Ejecutivo.

La excepcionante alega que el principio de legalidad se encuentra vulnerado porque las normas que basan su acusación no se encuentran contempladas de manera clara y concreta en una ley específica y porque el Agente Fiscal interviniente aplica interpretaciones extensivas y analogía para encuadrar su conducta dentro del tipo penal “violación de la cuarentena”.

Al mismo tiempo, considera la impugnante que el principio de Tutela judicial efectiva, que considera implícitos en los Arts. 15 y 45 de la Constitución Nacional y los derechos consagrados en los Arts. 26, 32, 38, 40 y 41 del mismo, se encuentran vulnerados a causa de la existencia de un proceso penal que pesa en su contra, y que, a su criterio, constituyen intentos de silenciar reclamos de activistas sociales y represiones a ciudadanos que protestan contra la existencia de actos de corrupción.

El Agente Fiscal, Abg. Juan Carlos Ruiz Díaz manifiesta que la acusación presentada se basa en normas vigentes. En relación al Art. 10, Lit. b) de la Ley 716/96, refiere que se trata de una ley penal en blanco, el cual es una figura contemplada en doctrina penal, que prevé que la conducta delictiva sancionada puede estar contemplada en otra norma jurídica, a la cual, la ley penal se remite.

El Fiscal Adjunto, Abg. Augusto Salas Coronel sostiene que la excepción de inconstitucionalidad opuesta por María Esther Roa debe ser declarada inadmisibles. Como fundamento, el mismo sostiene que la impugnación de inconstitucionalidad opuesta en este caso no reúne los requerimientos del Art. 538 del CPC, puesto que la excepcionante no precisa ni justifica fehacientemente el perjuicio o agravio que le ocasiona la aplicación de las normas que considera inconstitucionales.

Habiendo así fijado los términos de la excepción de inconstitucionalidad opuesta, corresponde en primer lugar declarar la competencia de esta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para entender en la cuestión planteada. Esta competencia surge del Art. 260 de la C.N., concordante con los Arts. 28 Inc. 1 Lit. “a” de la Ley N° 879/1981 modificada por la Ley N° 963/1982 y 39 Inc. 5 del CPP.

En primer lugar, la excepcionante manifiesta que se ha vulnerado el principio de legalidad, sin explicar concretamente en qué consiste o cómo

se genera tal agravio constitucional que ha sufrido, limitándose a manifestar que las normativas impugnadas son incompletas, antiguas y anteriores a la propia Constitución Nacional.

Del análisis del escrito presentado, puede verse que la excepcionante no ha explicado cómo se produce el menoscabo a las normas constitucionales invocadas: Art. 9 (Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe); Art. 11 (Nadie será privado de su libertad física o procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por la Constitución y las leyes); Arts. 15 y 45 (Derecho a la tutela judicial efectiva, implícito en los); Art. 137 (Supremacía de la Constitución Nacional); Art. 68 (Toda persona estará obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto de la dignidad humana); Art. 256 (Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley); Art. 26 (De la libertad de expresión); Art. 32 (De la libertad de reunión y de manifestación) Art. 38 (Del derecho a los intereses difusos); Art. 40 Del derecho a peticionar a las autoridades: Art. 41 (Del derecho al tránsito); Art. 288 (Del Estado de Excepción) y Art. 17 (De la defensa en juicio), todos de la Constitución Nacional, incumpliendo así los requisitos establecidos en los Arts. 538 y 552 del C.P.C. y Arts. 12 y 13 de la Ley N° 609/95.

En segundo lugar, si bien el excepcionante alega la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, implícitamente consagrado en la Constitución Nacional, la misma tampoco explica cómo se genera un menoscabo a tal derecho en forma puntual y actual, pues solamente se avoca a explicar mediante ejemplos de derecho comparado y doctrina, una conceptualización del mencionado derecho.

Finalmente, la excepcionante manifiesta que sus derechos fundamentales consagrados en los Arts. 26, 32, 38, 40 y 41 de la Ley Suprema han sido vulnerados mediante la acusación penal presentada, es decir, el criterio de la agente fiscal actuante, sin embargo, sólo fundamenta esta pretensión realizando una exposición sobre su activismo social en la lucha contra la corrupción, sin esbozar jurídicamente una argumentación sobre cómo se generaría la conculcación alegada, por lo que tampoco cumple con los requisitos de forma, previstos en el C.P.C.

Por los argumentos expuestos, considero que la excepción de inconstitucionalidad opuesta por la Abg. Esther Roa de Espínola, en causa propia y bajo patrocinio de los Abgs. Reinerio Espínola y Tamara Roa, contra

JURISPRUDENCIA

los Art. 10, Num. 10, lit. b) de la Ley N° 716/96; Art. 298 de la Ley N° 835/80 y el Art. 17 del Decreto N° 3619/20 de fecha 24 de mayo de 2020, que fundan la acusación penal formulada en su contra, en el marco de la causa N° 319/2020 caratulada: MARÍA ESTHER ROA DE ESPÍNOLA S/ LEY N° 716 QUE SANCIONA DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE”, debe ser rechazada. ES MI VOTO.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la excepción de inconstitucionalidad opuesta por la Abg. Esther Roa de Espínola, en causa propia y bajo patrocinio de los Abgs. Reinerio Espínola y Tamara Roa, contra los Art. 10, Num. 10, lit. b) de la Ley N° 716/96; Art. 298 de la Ley N° 835/80 y el Art. 17 del Decreto N° 3619/20 de fecha 24 de mayo de 2020, por improcedente.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Dra. Gladys Bareiro de Mónica, Dr. Antonio Fretes y Dr. Cesar Diesel Juhghanns.

Ante mí: Abg. Julio Pavón.

TRIBUNAL DE CUENTAS

Segunda Sala

ACUERDO Y SENTENCIA N° 19

***Cuestión debatida:** La Municipalidad de Concepción exige a la demandante, el pago del Impuesto Inmobiliario y Tasas Especiales de 461 Cuentas Corrientes Catastrales, correspondientes a dos Fincas del Distrito de Concepción. La demandante esgrime que ya no es propietaria de las fincas, las mismas han sido loteadas y transferidas, correspondiendo la revocación de los actos administrativos impugnados como así también el Certificado de Obligación Tributaria practicado por el municipio.*

LEY ORGÁNICA MUNICIPAL. CONTRATO. Compra Venta. LOTES. RESPONSABILIDAD. Comprador. Impuestos. Tasas. Contribuciones.

En lo que respecta a los contratos de compra venta a plazos de lotes de terrenos, la Ley N° 5.346/14 “*Que modifica los artículos 245, 246, 248, 250, 255 y 258 de la Ley N° 3966/10 “Orgánica Municipal”, modificada por la Ley N° 4715/12*” establece en su art. 255, parte pertinente: “*Cláusulas Contractuales Implícitas. Aunque en los contratos de compra-venta a plazo no se encuentren literalmente expresadas, se considerarán que forman parte del mismo las siguientes cláusulas: ...f) que, tanto la limpieza como el mantenimiento en buen estado del lote son responsabilidad del comprador, así como el pago de los impuestos, tasas y contribuciones”, (lo subrayado y resaltado es propio del Miembro del Tribunal de Cuentas Segunda Sala Dr. Edward Vittone).*

CONTRATO. Compra Venta. RESPONSABILIDAD. Comprador. Impuestos. Tasas. Contribuciones.

Como se desprende de la Ley N° 5.346/14 *“Que modifica los artículos 245, 246, 248, 250, 255 y 258 de la Ley N° 3966/10 “Orgánica Municipal”*, en los contratos de compra venta a plazo de lotes correspondientes al fraccionamiento de un inmueble, el comprador es responsable del pago de los impuestos, tasas y contribuciones, cláusula implícita en este tipo de contratos según la mencionada normativa. Igualmente, se puede verificar en los contratos de compra venta a plazos de lotes de terrenos arrimados por la actora, las mismas establecen en su cláusula novena que todos los impuestos, tasas y contribuciones existentes y/o a crearse que afecten al lote de terreno correrán por cuenta del comprador; por lo que se puede vislumbrar, la citada obligación que carga el comprador se encuentra explícitamente establecida en el contrato.

CONTRATO. Compra Venta. TRANSFERENCIA. Escritura Pública. REGISTROS PÚBLICOS. Inscripción. MUNICIPALIDAD. Certificado de Cumplimiento Tributario.

Existen fracciones de terrenos que fueron transferidos a terceros por la actora a través de Escrituras Públicas de compra venta, escrituras inscriptas en la Dirección General de los Registros Públicos, como así también, a través de contratos de compra venta a plazos que figuran en la planilla de liquidación practicada por la Municipalidad de Concepción correspondiente al Certificado de Obligación Tributaria emitido por la Municipalidad de Concepción, por cuanto se desprende que el municipio pretende cobrar tributos de forma irregular a la actora.

MUNICIPALIDAD. REGISTROS PÚBLICOS. Titularidad.

La Municipalidad de Concepción conjuntamente con la actora deben imprimir los trámites administrativos pertinentes de cambio de titular de los terrenos ya transferidos a través de las Escrituras Públicas pasadas bajo escribanía e inscriptas en la Dirección General de los Registros Públicos, como así también inscribir y/o registrar los contratos de compra venta a plazos que celebró la actora con terceros en la repartición municipal que ordene la Municipalidad de Concepción, a fin de proceder a la correcta reliquidación de los tributos municipales.

ACTOS ADMINISTRATIVOS. Certificado de Cumplimiento Tributario.

Corresponde Hacer Lugar a la acción promovida por Myrian Stella Bareiro de Denis, contra la Resolución IM N° 1245/19 del 25 de septiembre “*Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar a la presentación de Interponer Recursos de Reconsideración, Nulidad de Certificado de Obligación Tributaria y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 355/19 de fecha 12 de septiembre de 2019, presentada por la Sra. Myrian Stella Bareiro de Denis*” y, Resolución IM N° 1239/19 del 23 de septiembre “*Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar al Recurso de Reconsideración y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 347/19 de fecha 09 de septiembre de 2019, presentada por la Señora Myrian Stella Bareiro de Denis*”, dictadas por la Municipalidad de Concepción, en consecuencia, corresponde Revocar los actos administrativos impugnados como así también el Certificado de Obligación Tributaria practicado por el municipio.

TApel. De Cuentas Segunda Sala. 25/01/2021. “Myrian Stella Bareiro de Denis c/ Res. N° 1245/19 del 25 de septiembre y otra, dict. por la Municipalidad de Concepción” (Ac. y Sent. N° 19).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, 2da. Sala – TC2S resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Están ajustados a derecho los actos administrativos recurridos?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: **EDWARD VITTON ROJAS, ARSENIO CORONEL BENÍTEZ y MARÍA CELESTE JARA.**

Y el miembro del Tribunal de Cuentas, 2da. Sala - TC2S, EDWARD VITTON ROJAS, dijo: El 10 de octubre de 2019 (fs. 770/809), se presenta ante el Tribunal de Cuentas, 2da. Sala – TC2S, la Abg. Nanci Teresita Barua Valenzuela, en nombre y representación de **MYRIAN STELLA BAREIRO de DENIS**, conforme lo acredita con el testimonio del Poder General que adjunta; a fin de promover acción contencioso administrativa contra la **Resolución Municipal N° 1245/19 del 25 de septiembre y otra**, dictada por la **MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN**.

ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO: Resolución IM N° 1245/19 del 25 de septiembre, dictada por la MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN, *“Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar a la presentación de Interponer Recursos de Reconsideración, Nulidad de Certificado de Obligación Tributaria y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 355/19 de fecha 12 de septiembre de 2019, presentada por la Sra. Myrian Stella Bareiro de Denis”* y, Resolución IM N° 1239/19 del 23 de septiembre, dictada por la MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN, *“Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar al Recurso de Reconsideración y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 347/19 de fecha 09 de septiembre de 2019, presentada por la Señora Myrian Stella Bareiro de Denis”*.

DEMANDA: La parte actora funda su demanda en los siguientes hechos relatados en su escrito (fs. 770/809) y que a continuación paso a explicar, siempre según sus dichos:

1.- Antes de haber transcurrido el plazo establecido en el art. 270 y 272 de la Ley N° 3966/10 “Orgánica Municipal” y su concordante, la Ley N° 4.046/10, es decir, sin que hayan quedado firmes las resoluciones hoy recurridas, el 20 de septiembre de 2019, la Municipalidad de Concepción ha planteado el juicio caratulado “MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN C/ MYRIAN STELLA BAREIRO de DENIS S/ JUICIO de EJECUCIÓN por la vía del JUICIO EJECUTIVO”, ante el Juzgado de 1ª. Inst. en lo Civil, Comercial y Laboral del 4º Turno de la Circunscripción Judicial de Concepción, Secretaría N° 8.

2.- Mi mandante ya no es la PROPIETARIA CONDÓMINO de las FINCAS MATRIZ N° 2640 y 5906 del Distrito de Concepción, que son objetos de las supuestas deudas en concepto de IMPUESTO INMOBILIARIO y TASAS ESPECIALES, por un monto de Gs. 2.308.881.570, correspondientes a 461 Cuentas Corrientes Catastrales, que fueron desprendidas de la Finca Matriz N° 2640 y 5906, por enajenación – venta a los propietarios actuales, por lo que deviene totalmente improcedente las liquidaciones tributarias hechas por el municipio a mí mandante.

3.- Amén de que mi poderdante ya no es Propietaria Condómino de las FINCAS MATRIZ N° 2640 y 5906 del Distrito de Concepción, quien es compelida indebidamente por la Municipalidad de Concepción, que pretende percibir irregularmente Tributos Municipales, ha emitido CERTI-

TRIBUNAL DE CUENTAS

FICADO de OBLIGACIÓN TRIBUTARIA, sobre supuestas deudas tributarias en concepto de Impuesto Inmobiliario y Tasas Espaciales por un monto de Gs. 2.308.881.570, correspondientes a 461 Cuentas Corrientes Catastrales.

4.- Mi mandante carece de relación jurídica sustancial con la MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN, considerando que la misma ha fraccionado las Fincas (Matriz) N° 2640 y 5906 del Distrito de Concepción que fueran inicialmente propiedad en condominio de las señoras MIRYAN STELLA BAREIRO de DENIS y MARTA ASUNCIÓN BAREIRO de MENA, y posteriormente las citadas procedieron a la Venta de los Inmuebles individualizados con las Fincas N° 2640 y 5906 a la firma SAN AGUSTÍN S.A.

5.- Conforme la Ley N° 5346 modificatoria de la ley N° 3966/10 Orgánica Municipal y Ley N° 4715/12, que en su inc. f) del art. 255 estatuye *“que, tanto la limpieza como el mantenimiento en buen estado del lote son responsabilidad del comprador, así como el pago de los impuestos, tasas y contribuciones”*, por lo que, la demanda de la Municipalidad de Concepción en contra de la Sra. MIRYAN STELLA BAREIRO de DENIS es totalmente impropcedente, por no ser propietaria condómino de las citadas fincas.

6.- Acompaña a la presentación de demanda, las correspondientes ÓRDENES de ESCRITURACIONES que fueron expedidas por la INMOBILIARIA SAN AGUSTÍN S.A., quien es la ACTUAL PROPIETARIA de las Fincas N° 2640 y 5906 del Distrito de Concepción.

7.- En el CERTIFICADO de OBLIGACIÓN TRIBUTARIA fechado 10 de septiembre de 2019, no aparecen los AÑOS (periodos o años fiscales que comprende, es decir discriminado por cada año fiscal), tampoco se consignó el MONTO de las OBLIGACIONES ACCESORIAS, MULTAS e INTERESES, es más, ya le incluyen el PERIODO FISCAL 2019; cabe acotar que tampoco ha acompañado ninguna PRE LIQUIDACIÓN al Certificado de Obligación Tributaria.

8.- El art. 230 de la Ley N° 2421/04 “De reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal, y, la Ordenanza Municipal N° 26/18 “Por la cual se establece el régimen tributario del municipio de Concepción para el ejercicio fiscal del año 2019”, establecen los requisitos formales del Certificado de Deuda para que el mismo se constituya en Título Ejecutivo Fiscal; por lo cual el CERTIFICADO de OBLIGACIÓN TRIBUTARIA del 10 de

septiembre ES ABSOLUTAMENTE NULA, por carecer de los requisitos esenciales establecidos en las normativas citadas.

Termina peticionando al Tribunal de Cuentas 2da. Sala, previo trámite de rigor, dicte Acuerdo y Sentencia revocando las Resoluciones Municipales recurridas, dictadas por la Municipalidad de Concepción; y en consecuencia revoque el Certificado de Obligación Tributaria, con costas al demandado.

CONTESTACIÓN de la DEMANDA por parte de la MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN: A fs. 833/836, el Abg. Luis Antonio Cabañas de León, en nombre y representación del ente demandado, MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN, contesta la presente acción instaurada en contra de su representado manifestando cuanto sigue:

El ente demandado alega que, la actora no ha presentado ninguna documentación donde constare que la misma haya transferido legalmente la totalidad de las fincas en cuestión a terceras personas, excepto los que fueron fraccionados, titulados y registrados en la Dirección General de los Registros Públicos – Sección Inmuebles. Agrega que, la municipalidad ha obrado conforme a derecho, reclama lo que le corresponde como ingresos genuinos, la actora no ha abonado los impuestos requeridos en su momento, a raíz de ello, la Municipalidad de Concepción ha recurrido a un proceso judicial de ejecución de sentencia por la vía del juicio ejecutivo.

Igualmente señala que, la planilla agregada a partir de las fojas 05 hasta la foja 11 de autos, con Cuenta Corriente Catastral indicada, nombre y apellido y cédula de identidad del contratante a quienes supuestamente ha transferido los inmuebles individualizados, sin embargo no presenta ni figura en la Dirección de Registros de Propiedad que dichas Fincas pertenecientes a la Matriz N° 2640 y 5906 del Distrito de Concepción, que se encuentra transferida por la demandante a las personas nominadas en la citada planilla; por lo tanto, la responsabilidad directa del pago de impuestos y tasas especiales es la Señora MYRIAN STELLA BAREIRO de DENIS.

Concluye peticionando al Tribunal de Cuentas 2da. Sala, previo trámite de rigor, dicte Acuerdo y Sentencia rechazando la presente demanda, con costas a la parte actora.

Por AI N° 445 del 28 de julio de 2020 (fs. 849), se declaró la competencia del Tribunal para entender el presente juicio, y declara la cuestión de puro derecho.

Por **Providencia del 16 de diciembre de 2020**, el Tribunal Contencioso Administrativo, 2da. Sala, llamó **AUTOS para ACUERDO y SENTENCIA**.

ANÁLISIS JURÍDICO: Conforme quedó trabada la litis, la actora de la demanda ataca la **Resolución IM N° 1245/19 del 25 de septiembre “Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar a la presentación de Interponer Recursos de Reconsideración, Nulidad de Certificado de Obligación Tributaria y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 355/19 de fecha 12 de septiembre de 2019, presentada por la Sra. Myrian Stella Bareiro de Denis”** y, **Resolución IM N° 1239/19 del 23 de septiembre “Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar al Recurso de Reconsideración y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 347/19 de fecha 09 de septiembre de 2019, presentada por la Señora Myrian Stella Bareiro de Denis”**, dictadas por la **MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN**.

Esta magistratura analizará si los actos administrativos dictados por la **INTENDENCIA MUNICIPAL de la ciudad de CONCEPCIÓN** se enmarcan dentro de la legalidad y el ejercicio de sus facultades regladas y discrecionales, como así también la razonabilidad y proporcionalidad del mismo.

El hecho que genera la presente acción radica en que la Municipalidad de Concepción exige a la demandante, Sra. Myrian Stella Bareiro de Denis, el pago del Impuesto Inmobiliario y Tasas Especiales de 461 Cuentas Corrientes Catastrales, correspondientes a las Fincas (madres) N° 2640 y N° 5906 del Distrito de Concepción; en ese sentido, la demandante esgrime que ya no es propietaria de las citadas fincas, que las mismas han sido loteadas y transferidas a través de la celebración de contratos privados de compra venta y otros por escritura pública que se encuentran debidamente registradas en la Dirección General de los Registros Públicos.

Es así que, la Municipalidad de Concepción ha emitido el **CERTIFICADO de OBLIGACIÓN TRIBUTARIA** donde certifica que la demandante adeuda al municipio la suma de Gs. 2.308.881.570 en concepto de Impuesto Inmobiliario y Tasas Especiales (fs. 13), certificado que es cuestionado por la demandante solicitando su revocación conjuntamente con las resoluciones recurridas, fundado en que ya no es propietaria de las citadas

Fincas y que tanto la limpieza como el mantenimiento en buen estado del lote son responsabilidad del comprador, así como el pago de los impuestos, tasas y contribuciones conforme lo estatuye la Ley N° 5346 modificatoria de la ley N° 3966/10 Orgánica Municipal y Ley N° 4715/12, que en su inc. f) del art. 255.

El ente demandado argumenta que la actora no ha presentado ninguna documentación donde constare que la misma haya transferido legalmente la totalidad de las fincas en cuestión a terceras personas, **excepto los que fueron fraccionados, titulados y registrados en la Dirección General de los Registros Públicos – Sección Inmuebles**, subrayo y resalto este punto en atención a que el propio representante legal confiesa que existe fracciones de las Fincas que se encuentran titulados y registrados en la Dirección General de los Registros Públicos – Sección Inmuebles, confesión que se presenta como uno de los argumentos que respaldará el presente fallo judicial como se verá más adelante.

A fs. 13 de autos obra el CERTIFICADO de OBLIGACIÓN TRIBUTARIA emitido por la Municipalidad de Concepción, donde certifica que la contribuyente MYRIAN STELLA BAREIRO de DENIS adeuda al municipio la suma de Gs. 2.308.881.570 en concepto de Impuesto Inmobiliario y Tasas Espaciales de 461 cuentas corrientes según la planilla de liquidación practicada y adjunta a fs. 14/21 de autos. En la citada planilla de liquidación de inmuebles **consta el número de las cuentas corrientes catastrales**, los años adeudados por los citados tributos, contribuyente y los montos correspondientes; al practicar un cotejo entre las Escrituras Públicas de Transferencia de Inmuebles que otorgaran en su momento las Señoras MYRIAN STELLA BAREIRO de DENIS y MARTA ASUNCIÓN BAREIRO de MENA a favor de los distintos compradores que obran a fs. 118 y siguientes de autos, se puede constatar que según las Escrituras Públicas correspondientes a la Cta. Cte. Ctral. N° 17-1317-15 (fs. 131) y Cta. Cte. Ctral. N° 17-1317-07 (fs. 146) pertenecen a Myrian Raquel Florenciano Urunaga y César Augusto Aguilar Cristaldo respectivamente, cuentas corrientes que figuran en la planilla de liquidación practicada por la Municipalidad de Concepción correspondiente al Certificado de Obligación Tributaria, situación que se puede apreciar a fs. 16 de autos, número de orden 145 y 137. También se observa que fueron inscriptos en la Dirección de los Registros Públicos – Octava Sección.

Antes de entrar a analizar los contratos privados de compra venta de inmuebles celebrados por la actora, corresponde previamente indicar que por Res. O/P N° 46/04, la Junta Municipal de la Ciudad de Concepción “Aprobar el loteamiento de las Fincas Nos. 5.906 y 2.640 de Concepción, propiedad de la Señora Myrian Stella Bareiro de Denis” inscrita el 30/09/2015 en la Octava Sección “B” de la Dirección General de los Registros Públicos, Inscripción en la Matrícula N° Fca. 2640 bajo el N° 6 y al folio 23 y sgts.; e, Inscripción en la Matrícula N° Fca. 5906 bajo el N° 5 y al folio 17 y sgts., ambas del Distrito de Concepción, según consta a fs. 102 y vlto. de autos; Resolución de la Junta que fue ratificada por la Intendencia Municipal de Concepción por Res. IM N° 2222/2013 y registrada en el Servicio Nacional de Catastro – Dpto. Catastro Urbano como se puede observar a fs. 103 y vlto.

Ahora bien, en lo que respecta a los contratos de compra venta a plazos de lotes de terrenos cuyas copias autenticadas fueron adjuntadas a fs. 401 y sgts., la **Ley N° 5.346/14 “Que modifica los artículos 245, 246, 248, 250, 255 y 258 de la Ley N° 3966/10 “Orgánica Municipal”, modificada por la Ley N° 4715/12”** establece en su **art. 255**, parte pertinente: *“Cláusula Contractuales Implícitas. Aunque en los contratos de compra-venta a plazo no se encuentren literalmente expresadas, se considerarán que forman parte del mismo las siguientes cláusulas: ...f) que, tanto la limpieza como el mantenimiento en buen estado del lote **son responsabilidad del comprador, así como el pago de los impuestos, tasas y contribuciones**”*, (lo subrayado y resaltado es propio). Como se desprende de la citada disposición, en los contratos de compra venta a plazo de lotes correspondientes al fraccionamiento de un inmueble, el comprador es responsable del pago de los impuestos, tasas y contribuciones, cláusula implícita en este tipo de contratos según la mencionada normativa. Igualmente, se puede verificar en los contratos de compra venta a plazos de lotes de terrenos arriados por la actora, las mismas establecen en su cláusula novena que todos los impuestos, tasas y contribuciones existentes y/o a crearse que afecten al lote de terreno correrán por cuenta del comprador; por lo que se puede vislumbrar, la citada obligación que carga el comprador se encuentra explícitamente establecida en el contrato.

Así tenemos por ejemplo que a fs. 401 al 424 de autos, obran los contratos de compra venta a plazos de lotes de terrenos correspondientes a las Ctas. Ctes. Ctrales. Nros. 17-1317-06/08/10/11/12/14/16 y 17-1318-11/16

por ejemplo, figuran en la planilla de liquidación practicada por la Municipalidad de Concepción correspondiente al Certificado de Obligación Tributaria, situación que se puede apreciar a fs. 16 de autos.

De lo hasta aquí explicado resulta que, existen fracciones de terrenos que fueron transferidos a terceros por la actora a través de Escrituras Públicas de compra venta, escrituras inscriptas en la Dirección General de los Registros Públicos, como así también, a través de contratos de compra venta a plazos que figuran en la planilla de liquidación practicada por la Municipalidad de Concepción correspondiente al CERTIFICADO de OBLIGACIÓN TRIBUTARIA emitido por la Municipalidad de Concepción, por cuanto se desprende que el municipio pretende cobrar tributos de forma irregular a la actora.

Por consiguiente, la Municipalidad de Concepción conjuntamente con la actora deben imprimir los trámites administrativos pertinentes de cambio de titular de los terrenos ya transferidos a través de las Escrituras Públicas pasadas bajo escribanía e inscriptas en la Dirección Gral. de los Registros Públicos, como así también inscribir y/o registrar los contratos de compra venta a plazos que celebró la actora con terceros en la repartición municipal que ordene la Municipalidad de Concepción, a fin de proceder a la correcta reliquidación de los tributos municipales.

Por las consideraciones expuestas corresponde **HACER LUGAR** a la presente acción promovida por **MYRIAN STELLA BAREIRO de DENIS**, contra la **Resolución IM N° 1245/19 del 25 de septiembre** “*Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar a la presentación de Interponer Recursos de Reconsideración, Nulidad de Certificado de Obligación Tributaria y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 355/19 de fecha 12 de septiembre de 2019, presentada por la Sra. Myrian Stella Bareiro de Denis*” y, **Resolución IM N° 1239/19 del 23 de septiembre** “*Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar al Recurso de Reconsideración y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 347/19 de fecha 09 de septiembre de 2019, presentada por la Señora Myrian Stella Bareiro de Denis*”, dictadas por la **MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN**, en consecuencia, corresponde **REVOCAR** los actos administrativos impugnados como así también el **Certificado de Obligación Tributaria** practicado por el municipio. En cuanto a las costas deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 192 del CPC. **ES MI VOTO.**

A su turno los miembros del Tribunal de Cuentas, 2da. Sala, ARSENIO CORONEL BENÍTEZ y MARÍA CELESTE JARA TALAVERA, dijeron adherirse al voto del miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excelentísimos Miembros Tribunal de Cuentas, 2da. Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante quedando acordado el Acuerdo y Sentencia que sigue:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 19

Asunción, 25 de enero del 2.021.

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos,

EL TRIBUNAL de CUENTAS, 2da. Sala,

RESUELVE:

1) HACER LUGAR a la presente acción contencioso administrativa promovida por **MYRIAN STELLA BAREIRO de DENIS**, contra la **Resolución IM N° 1245/19 del 25 de septiembre** “*Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar a la presentación de Interponer Recursos de Reconsideración, Nulidad de Certificado de Obligación Tributaria y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 355/19 de fecha 12 de septiembre de 2019, presentada por la Sra. Myrian Stella Bareiro de Denis*” y, **Resolución IM N° 1239/19 del 23 de septiembre** “*Por la cual la Intendencia Municipal No Hace Lugar al Recurso de Reconsideración y Excepción de Falta de Acción Pasiva, solicitado en el expdte. Adm. N° 347/19 de fecha 09 de septiembre de 2019, presentada por la Señora Myrian Stella Bareiro de Denis*”, dictadas por la **MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN**, y, en consecuencia;

2) REVOCAR la **Resolución IM N° 1245/19** del 25 de septiembre, y la **Resolución IM N° 1239/19** del 23 de septiembre como así también el **Certificado de Obligación Tributaria**, dictados por la **MUNICIPALIDAD de CONCEPCIÓN, ORDENANDO** al citado municipio la reliquidación del Impuesto Inmobiliario y Tasas Espaciales.

3) IMPONER las costas a la parte perdedora.

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

JURISPRUDENCIA

Magistrados: Edward Vittone, Arsenio Coronel Benítez, María Celeste Jara.

Ante mí: Abg. Pablo Cáceres Mármol, Secretario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 144

Cuestión debatida: *Se analiza la procedencia de los fundamentos esgrimidos en la demanda Contenciosa-Administrativa instaurada contra una resolución dictada por el Intendente de la Municipalidad de Asunción que decidió rechazar el Recurso de Reconsideración y consecuentemente a su vez ha dejado firme la resolución dictada con anterioridad por la misma autoridad administrativa, por la cual se ordena como medida de urgencia la suspensión de actividades llevadas a cabo en un local comercial.*

Argumenta la parte actora la ilegalidad y desproporcionalidad del acto administrativo impugnado.

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. LEY N° 1.462/35. Proceso contencioso Administrativo.

La Ley N° 1462/35 establece en su art. 3 inc. a) que, la demanda contenciosa administrativa podrá deducirse por un particular, contra las resoluciones administrativas que reúnen ciertos requisitos, entre ellos, que causen estados y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ella. Para dilucidar si el acto administrativo recurrido ante esta instancia jurisdiccional ha causado estado, corresponde acudir a la normativa que regula los procedimientos administrativos en materia de faltas municipales, es decir, a la Ley N° 3966/10 Orgánica Municipal.

Si bien, la citada Ley Orgánica en su art. 51 inc. o) establece que es atribución del Intendente conocer de los recursos de reconsideración contra sus propias resoluciones, tal como ocurrió en el caso del dictamien- to de la Res. N° 1929/18 I. del 19 de octubre, donde rechazó el recurso de recon-

sideración interpuesto por la firma LONG S.A. contra la medida de urgencia de suspensión de actividades decretada por Res. N° 1620/2018 I. del 03 de septiembre, esta figura jurídico administrativa denominada en la ley orgánica como “medida de urgencia” tiene su derrotero procedimental particular regulado en la citada ley; es así que, el art. 100° (último párrafo) dispone “...Una vez dispuestas y aplicadas estas medidas, deberán remitirse los antecedentes al Juzgado de Faltas Municipales y, en su caso, al del fuero ordinario que las haya autorizado, en un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas...”. Una vez remitido los antecedentes por el Intendente al Juzgado de Faltas, el Juez determinará la pertinencia de la acción resolviendo en el mismo acto la confirmación, la modificación o el levantamiento de las medidas de urgencia, si hubieren sido tomadas; o podrá ordenarlas (art. 107).

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. LEY ORGÁNICA MUNICIPAL. Juzgado de Faltas. Competencia.

Igualmente cabe acotar que, en materia de faltas municipales la jurisdicción es ejercida por los Juzgados de Faltas Municipales mientras que la acción (que es promovida de oficio) recae en el Intendente Municipal, conforme lo instituyen los artículos 94 y 95 respectivamente. De todo lo hasta aquí dispuesto por la citada Ley Orgánica, nos lleva a colegir que las faltas municipales se sustancian en los Juzgados de Faltas Municipales donde el Intendente Municipal interviene en carácter de accionante ante los infractores (accionados) y es allí, dentro del marco de esa sustanciación donde se resuelve respecto al levantamiento o no de la medida de urgencia como así también sobre el fondo de la cuestión a través del dictamiento de una sentencia. Pero, ¿cuál sería el momento oportuno donde el recurrente podrá recurrir ante lo contencioso administrativo?, la respuesta está dada en el art. 121 de la Ley Orgánica Municipal que dispone “De la sentencia confirmada en forma automática y, en su caso, de la Resolución del Intendente, podrá recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo perentorio de dieciocho días”; es decir, una vez dictada la sentencia por el Juzgado de Faltas, el afectado puede recurrir en grado de apelación ante el Intendente (art. 116) y en caso de darse un revés, el afectado podrá recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativo.

DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Proceso contencioso administrativo. Competencia. Procedencia.

A los efectos de reforzar la conclusión arribada por esta magistratura, me permito citar a Roberto Dromi, en su obra “Derecho Administrativo”, en relación al agotamiento de la vía administrativa: “Como recaudo formal previo a la interposición de la acción, se exige el agotamiento de la vía administrativa que se produce cuando sobre la pretensión del administrado recae una decisión administrativa definitiva que causa estado. Tal agotamiento de la instancia administrativa se puede obtener, según la legislación procesal de que se trate, por medio de la reclamación administrativa previa, del recurso de reconsideración o de revocatoria o de la verificación previa del control de legitimidad. La resolución administrativa, además de definitiva y denegatoria, debe presentar el carácter de irreversible, irrecurrible e irreclamable y final dentro de las instancias administrativas. La exigencia del acto que cause estado es una carga procesal, que condice con el principio de que sólo se puede llevar a la justicia aquello planteado en sede administrativa. La decisión impugnada debe ser definitiva y causar estado”; lo subrayado y resaltado es nuestro.

Tapel de Cuentas Segunda Sala 08/06/2021 “Long S.A. c/ Resolución 1929/18 del 19 de octubre dictada por la Municipalidad de Asunción”. Exp. 450/2018 (Ac. y Sent. N° 144).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Cuentas, 2da. Sala –TC2S resolvió plantear y votar la siguiente.

CUESTIÓN:

¿Están ajustados a derecho los actos administrativos recurridos?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: EDWARD VITTONÉ ROJAS, ARSENIO CORONEL BENÍTEZ y MARÍA CELESTE JARA

Y el miembro del Tribunal de Cuentas, 2da. Sala - TC2S, EDWARD VITTONÉ ROJAS, dijo: El 15 de noviembre de 2018 (fs. 85/98), se presenta ante el Tribunal de Cuentas, 2da. Sala – TC2S, el Abg. Benjamín O. Pérez Sienna, en representación de la Empresa denominada LONG S.A. con RUC. N° 80094485-2, a fin de promover acción contencioso administrativa contra la Resolución N° 1929/18 del 19 de octubre, dict. por la MUNICIPALIDAD de ASUNCIÓN.

TRIBUNAL DE CUENTAS

ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO: Resolución N° 1929/2018 I. del 19 de octubre, dictada por el Intendente de la MUNICIPALIDAD de ASUNCIÓN, “Por la cual se RECHAZA, el Recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 1620/18 I. de fecha 03/09/2018, por la firma Long S.A. – KING FISH, por su notoria improcedencia, quedando firme en todos sus términos la mencionada Resolución”.

DEMANDA: La parte actora funda su demanda en los siguientes hechos relatados en su escrito (fs. 85/98) y que a continuación paso a transcribir sus partes pertinentes: “...Que, el daño irreparable que afecta a mi representada por dicha resolución obedece a que, con la misma se han transgredido derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, en su apartado 17 de la Defensa en los procesos, y por el menoscabo de la propia autoridad administrativa a su cargo. Puesto que en tiempo y forma oportunos se ha CONCEDIDO la habilitación provisoria de LICENCIA COMERCIAL para la actividad dentro del inmueble, que mediante RESOLUCIÓN N° 398 DEL/DPU de fecha 21 de mayo de 2018, expedida por la Dirección de Planteamiento Urbano, según expediente digital N° 5448, se ha abonado en forma oportuna el pago de la patente anual de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 881/81 y la ordenanza Municipal N° 23/96 de licencias municipales en su art. 13° Párrafo primero y la multa establecida en el art. 22 de la misma Ley, de tal suerte y manera se acredita que la situación legal de mi mandante ha sido estrictamente cumplida, y prueba de ello lo hace dicha resolución de Concesión de Licencia Comercial. En la Resolución por la cual se ordena la SUSPENSIÓN de actividades llevadas a cabo en el local denominado KING FISH, ubicado en las calles Senador Long c/ Avenida España, inmueble con C.C.C N° 14-0010-20; se utiliza como único fundamento legal la supuesta potestad/ atribución otorgádale al Señor Intendente Municipal sin hacer tan siquiera mención de cuál es la normativa habilitante de la Ley Orgánica Municipal N° 3969/10, en la que vagamente se hace mención de supuestas violaciones a Ordenanzas Municipales, sin hacer expresa relación a cuales son las supuestas violaciones en las que se estarían incurriendo por parte de la Propietaria. La Ley N° 3966/10 Orgánica Municipal. Y que en el artículo 99 establece; DEL PROCESO ADMINISTRATIVO PREVIO – Artículo 99.- Medida de urgencia de la Intendencia. La Intendencia podrá disponer, en resolución fundada, por la vía administrativa medidas de urgencia destinadas a hacer cumplir normas legales o resoluciones comu-

nales, para evitar o revertir circunstancias que sean susceptibles de causar peligro de vida o inminente daño al ambiente, a la salud, a la seguridad o al patrimonio público, de tornar ineficaces los fallos judiciales o de hacer desaparecer evidencias de faltas o contravenciones. La resolución recurrida, no hace tan siquiera mención de manera ilusoria cuales son las circunstancias que son susceptibles de causar peligro de vida o inminente daño al ambiente, a la salud, a la seguridad o al patrimonio público, de tornar ineficaces los fallos judiciales o de hacer desaparecer evidencias de faltas o contravenciones. Por cuanto que, sin tomar a equívocos, la resolución ES NULA por padecer vicios insalvables que la tornan insostenible. Y ante esta situación tenemos que en su oportunidad la propietaria del inmueble y del local la Firma LONG S.A. ha cumplido de manera irrestricta con todos los trámites previos para la aprobación y concesión de la Licencia Comercial, así como la de aprobación de los planos y permisos por parte de los entes y estamentos pertinentes, más aún considerando la ubicación en la cual se encuentra el inmueble de referencia. Esto es factible de comprobar con las documentaciones que se agregan con esta presentación, así como todas las resoluciones y dictámenes que en su oportunidad se han efectuado a favor de la solicitante y adjudicada. Así también tenemos que la resolución 1620/2018, adolece de nulidades insalvables, atendiendo que; la misma no contiene los elementos fundamentales establecidos en el artículo 100 de la Ley 39966/2010. Que, vemos que el expediente N° 12575/2018 en el informe técnico de fecha 27 de junio del año 2018, se desprende que el Contador Público Juan Pasmor dependiente de Fiscalización Tributaria de la Dirección de Recaudaciones, se ha presentado en el local, pero nada más y nada menos que en el horario DIEZ DE LA MAÑANA (10:00), en donde es funcionario manifiesta haber constatado que se encontraba en pleno funcionamiento el PUB DISCOTECA, que a todas luces refleja la maliciosidad con la que se ha dictado la resolución 1620/2018. Tenemos, además el Acta de Intervención realizada en fecha 26 del mes de julio del año 2018, en la que el funcionario Contador Público Juan Pasmor dependiente de Fiscalización Tributaria de la Dirección de Recaudaciones, se ha presentado nuevamente en el local, pero esta vez ni siquiera ha consignado el horario en que supuestamente se ha presentado, contraviniendo expresamente lo establecido en el Artículo 97.- Contenido y Remisión del Acta. El funcionario municipal que constate uno o varios hechos que pudieran constituir faltas, labrará un acta en el lugar, que contendrá la in-

TRIBUNAL DE CUENTAS

formación siguiente: 1) lugar, fecha y hora del hecho o de la constatación del mismo; siendo de nulidad insalvable del Acta de supuesta intervención por falta de cumplimiento de lo establecido en la legislación. Por tanto, conforme todo lo señalado, solicitamos la **INMEDIATA REVOCACIÓN** de la Resolución N° 1620/2018 y 2929/2018, en cuanto a la **REVOCACIÓN** de la Licencia Comercial otorgada, y la **SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES** en el inmueble, por no haberse establecido las circunstancias que son susceptibles de causar peligro de vida o inminente daño al ambiente, a la salud, a la seguridad o al patrimonio público, de tomar ineficaces los fallos judiciales o de hacer desaparecer evidencias de faltas o contravenciones, ni el plazo de vigencia de la medida adoptada, conforme lo presupone el artículo 101° de la Ley 3966/10, y por no probarse cuáles han sido las supuestas violaciones en que han incurrido, y que son motivo de la **REVOCACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LAS ACTIVIDADES**. Debiendo en consecuencia **ORDENAR EL INMEDIATO LEVANTAMIENTO** de la suspensión decretada”.

Termina peticionando al Tribunal de Cuentas 2da. Sala, previo trámite de rigor, dicte Acuerdo y Sentencia revocando las Resoluciones Municipales recurridas, dictadas por la Intendencia de la Municipalidad de Asunción; y en consecuencia Ordenar el inmediato levantamiento de la suspensión de actividades decretado al local comercial.

CONTESTACIÓN de la **DEMANDA** por parte de la **MUNICIPALIDAD** de **ASUNCIÓN**: A fs. 121/122, la Abg. María Isabel Salinas Benítez, en nombre y representación del ente demandado, **MUNICIPALIDAD** de **ASUNCIÓN**, contesta la presente acción instaurada en contra de su representado manifestando cuanto sigue: “...**CONTESTAR TRASLADO**. El actor hace alusión en su escrito de promoción de demanda contencioso-administrativa a cuanto transcribo a continuación: “...Puesto que en tiempo y forma oportunos se ha **CONCEDIDO** la habilitación provisoria de **LICENCIA COMERCIAL** para la actividad dentro del inmueble, que mediante **RESOLUCIÓN N° 398 DEL/DPU** de fecha 21 de mayo de 2018, expedida por la Dirección de Planeamiento Urbano...” (sic). A este respecto, deseo manifestar unas breves reflexiones: El permiso ha sido definido tradicionalmente como un acto de mera tolerancia frente a una actividad, en principio, vedada a los particulares. De esa conceptualización se deduce, como rasgo típico de la figura, la precariedad del título obtenido, es decir, su libre revocabilidad como producto de la ausencia de un derecho

subjetivo del titular. La PRECARIEDAD es inherente a las licencias, y más aun cuando de una licencia comercial PROVISORIA se trata, en cuyo caso sí que se trata de una tolerancia, liberalidad, gracia pura del administrador, ante una actividad que ciertamente se encuentra vedada por no haberse cumplido o verificado aun el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos para la concesión del permiso. En este punto resulta inútil mencionar cuanto fuera ya expresado en la Resolución N° 1620/2018, donde se hace constar que “obra en autos el Informe Técnico N° 476 del Dpto. de Fiscalización Tributaria de fecha 27/06/2018 que dice: “...En el momento de la fiscalización puede constatar que la licencia provisoria Res. 398 expedida a Long S.A., es otorgada para los ramos Otros Servicios de Comida Bar, no así con el ramo de PUB o DISCOTECA, el cual hemos percatado que es el explotado en el mismo lugar mencionado...”, y luego sigue expresando con algún detalle adicional el incumplimiento en que incurrió dicha firma. Hago énfasis a riesgo de ser repetitiva: EL INTERÉS PÚBLICO ha sido justamente aquel en cuya defensa y tutela se ha revocado la licencia comercial provisoria que el actor parece pretender contar entre sus facultades o derechos, lo que resulta absolutamente inapropiado, dado el carácter de provisorio que había sido asignado a la licencia. Así, la Resolución N° 398 DEL/DPU de fecha 21 de mayo de 2018 expresaba explícitamente que “la licencia expedida, bajo el imperio de la presente resolución, tiene carácter netamente provisorio, es eminentemente revocable, en cualquier etapa del proceso.

Concluye peticionando al Tribunal de Cuentas 2da. Sala, previo trámite de rigor, dicte Acuerdo y Sentencia rechazando la presente demanda, con costas a la parte actora.

Por A.I. N° 907 del 18 de octubre de 2019 (fs. 127), se declaró la competencia del Tribunal para entender el presente juicio, y recibió la causa a prueba por todo el término de Ley.

Por Providencia del 27 de abril de 2021, el Tribunal Contencioso Administrativo, 2da. Sala, llamó AUTOS para ACUERDO y SENTENCIA.

ANÁLISIS JURÍDICO: Conforme quedó trabada la litis, la accionante ataca la Resolución N° 1929/2018 I. del 19 de octubre, dictada por el Intendente de la MUNICIPALIDAD de ASUNCIÓN, “Por la cual se RECHAZA, el Recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 1620/18 I. de fecha 03/09/2018, por la firma Long S.A. – KING FISH, por su notoria improcedencia, quedando firme en todos sus términos la men-

TRIBUNAL DE CUENTAS

cionada Resolución”; en ese sentido, la Res. N° 1620/2018 I del 03/09/18 dictada por el Intendente Municipal de Asunción, ordena como medida de urgencia la suspensión de actividades llevadas a cabo en el local denominado KING FISH, ubicado en las calles Senador Long c/ Avenida España, inmueble con CCC N° 14-0010-20 y dispone remitir los antecedentes al Juzgado de Faltas, a los efectos de la instrucción del sumario respectivo, entre otros.

Antes de analizar si el acto administrativo recurrido se enmarca dentro de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, como así también, si fue dictada por la entidad pública en el marco del ejercicio de sus facultades regladas y discrecionales; corresponde previamente estudiar si la presente acción contenciosa administrativa reúne los requisitos legales para su promoción ante este Tribunal.

La Ley N° 1462/35 establece en su art. 3 inc. a) que, la demanda contenciosa administrativa podrá deducirse por un particular, contra las resoluciones administrativas que reúnen ciertos requisitos, entre ellos, que causen estados y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ella. Para dilucidar si el acto administrativo recurrido ante esta instancia jurisdiccional ha causado estado, corresponde acudir a la normativa que regula los procedimientos administrativos en materia de faltas municipales, es decir, a la Ley N° 3966/10 Orgánica Municipal.

Si bien, la citada Ley Orgánica en su art. 51 inc. o) establece que es atribución del Intendente conocer de los recursos de reconsideración contra sus propias resoluciones, tal como ocurrió en el caso del dictamiento de la Res. N° 1929/18 I. del 19 de octubre, donde rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la firma LONG S.A. contra la medida de urgencia de suspensión de actividades decretada por Res. N° 1620/2018 I. del 03 de septiembre, esta figura jurídico administrativa denominada en la ley orgánica como “medida de urgencia” tiene su derrotero procedimental particular regulado en la citada ley; es así que, el art. 100° (último párrafo) dispone “...Una vez dispuestas y aplicadas estas medidas, deberán remitirse los antecedentes al Juzgado de Faltas Municipales y, en su caso, al del fuero ordinario que las haya autorizado, en un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas...”. Una vez remitido los antecedentes por el Intendente al Juzgado de Faltas, el Juez determinará la pertinencia de la acción resolviendo en el mismo acto la confirmación, la modificación o el levanta-

miento de las medidas de urgencia, si hubieren sido tomadas; o podrá ordenarlas (art. 107).

Igualmente cabe acotar que, en materia de faltas municipales la jurisdicción es ejercida por los Juzgados de Faltas Municipales mientras que la acción (que es promovida de oficio) recae en el Intendente Municipal, conforme lo instituyen los artículos 94 y 95 respectivamente. De todo lo hasta aquí dispuesto por la citada Ley Orgánica, nos lleva a colegir que las faltas municipales se sustancian en los Juzgados de Faltas Municipales donde el Intendente Municipal interviene en carácter de accionante ante los infractores (accionados,) y es allí, dentro del marco de esa sustanciación donde se resuelve respecto al levantamiento o no de la medida de urgencia como así también sobre el fondo de la cuestión a través del dictamiento de una sentencia. Pero, ¿cuál sería el momento oportuno donde el recurrente podrá recurrir ante lo contencioso administrativo?, la respuesta está dada en el art. 121 de la Ley Orgánica Municipal que dispone “De la sentencia confirmada en forma automática y, en su caso, de la Resolución del Intendente, podrá recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativo en el plazo perentorio de dieciocho días”; es decir, una vez dictada la sentencia por el Juzgado de Faltas, el afectado puede recurrir en grado de apelación ante el Intendente (art. 116) y en caso de darse un revés, el afectado podrá recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativo.

Analizados los antecedentes administrativos obrante en autos, esta magistratura observa que la medida cautelar dispuesta por la Intendencia Municipal en su Resolución N° 1620/18 I. del 03/09/2018 y confirmada por Resolución N° 1929/2018 I. del 19 de octubre, no ha agotado la instancia administrativa establecida en la Ley N° 3966/10 Orgánica Municipal respecto al procedimiento en materia de faltas municipales ante el Juzgado de Faltas y, como es bien sabido, para habilitar el proceso contencioso administrativo, el ordenamiento jurídico requiere previamente el agotamiento de la instancia administrativa, como presupuesto para la admisibilidad de la demanda (art. 3 inc. a) de la Ley N° 1462/35); y, en el caso de marras la resolución impugnada no ha causado estado, por lo que deviene inoficioso expedirse sobre el fondo de la cuestión.

A los efectos de reforzar la conclusión arribada por esta magistratura, me permito citar a Roberto Dromi, en su obra “Derecho Administrativo”, en relación al agotamiento de la vía administrativa: “Como recaudo

TRIBUNAL DE CUENTAS

formal previo a la interposición de la acción, se exige el agotamiento de la vía administrativa que se produce cuando sobre la pretensión del administrado recae una decisión administrativa definitiva que causa estado. Tal agotamiento de la instancia administrativa se puede obtener, según la legislación procesal de que se trate, por medio de la reclamación administrativa previa, del recurso de reconsideración o de revocatoria o de la verificación previa del control de legitimidad. La resolución administrativa, además de definitiva y denegatoria, debe presentar el carácter de irreversible, irrecurrible e irreclamable y final dentro de las instancias administrativas. La exigencia del acto que cause estado es una carga procesal, que condice con el principio de que sólo se puede llevar a la justicia aquello planteado en sede administrativa. La decisión impugnada debe ser definitiva y causar estado”; lo subrayado y resaltado es nuestro.

Por las consideraciones expuestas corresponde NO HACER LUGAR a la presente acción promovida por LONG S.A. contra la Res. N° 1929/18 del 19 de octubre, dictadas por el Intendente de la MUNICIPALIDAD de ASUNCIÓN, en consecuencia, corresponde CONFIRMAR el acto administrativo impugnado. En cuanto a las costas deben ser impuestas a la perdiosa, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 192 del CPC. ES MI VOTO.

A su turno los miembros del Tribunal de Cuentas, 2da. Sala, ARSENIO CORONEL BENÍTEZ y MARÍA CELESTE JARA TALAVERA, dijeron adherirse al voto del miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto previa lectura y ratificación del mismo firman los Excmos miembros Tribunal de Cuentas, 2da. Sala, por ante mí, el Secretario Autorizante quedando acordado el Acuerdo y Sentencia que sigue:

VISTO: El mérito que ofrece el Acuerdo y Sentencia y sus fundamentos,

EL TRIBUNAL de CUENTAS, 2da. Sala,

RESUELVE:

1) NO HACER LUGAR a la presente acción contencioso administrativo promovida por LONG S.A. contra la Resolución N° 1929/18 del 19 de octubre “Por la cual se RECHAZA, el Recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 1620/18 I. de fecha 03/09/2018, por la firma Long S.A. – KING FISH, por su notoria improcedencia, quedando firme en

JURISPRUDENCIA

todos sus términos la mencionada Resolución”, dictada por la MUNICIPALIDAD de ASUNCIÓN, y, en consecuencia.

2) CONFIRMAR la Resolución N° 1929/18 del 19 de octubre, dictada por la MUNICIPALIDAD de ASUNCIÓN.

3) IMPONER las costas a la parte perdidosa.

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

Magistrados: Edward Vittone Rojas, Arsenio Coronel Benítez y María Celeste Jara.

Ante mí: Abg. Pablo Cáceres Mármol.

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Cuarta Sala

AUTO INTERLOCUTORIO N° 485

Cuestión debatida: El fallo resuelve sobre la inadmisibilidad del Recurso de Apelación contra una resolución judicial, emanada de una audiencia preliminar, que resolvió elevar la causa a juicio oral y público, lo cual, conforme al Artículo 461 del C.P.P., es inapelable.

RECURSO DE APELACIÓN. Apelación General. Auto de Apertura a Juicio.

Con respecto al punto d), que guarda relación con la afectabilidad del recurso, cabe expresar que la resolución impugnada es un Auto de Apertura a Juicio que por expresa disposición de la última parte del Art. 461 del C.P.P. es inapelable. Sobre la posibilidad impugnatoria de las partes con respecto a dicha resolución judicial, esta Sala tiene sustentado, en numerosos fallos uniformes, que la misma, por construcción del sistema, no merece atención en lo sustancial ante el órgano de alzada, en primer término, porque en cumplimiento del principio de oficiosidad, permite la continuidad de las actuaciones del procedimiento y en segundo término, porque ni siquiera pueden causar “agravios irreparables” en razón de que aún pueden realizarse correcciones, vía incidental, ante el Tribunal de Sentencia, debido al control horizontal que éste ejerce sobre todas las etapas anteriores. A lo dicho debe agregarse que ante elementos probatorios discordantes – de la acusación y defensa – el juzgador primario no tiene otra opción que la de viabilizar el juicio oral ya que recién en ella, a través de las reglas del debate; examen y contra examen, los mismos adquirirán eficacia probatoria del cual carecían y, en definitiva, se podrá condenar o absolver al encausado.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales.

Con respecto a la posibilidad impugnatoria prevista en el Art. 8.2, inc. h) de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, en el cual numerosos doctrinarios se apoyan para sustentar “concesión recursiva amplia”, incluyendo al Auto de Apertura a Juicio, cabe señalar que tal normativa expresa: “GARANTÍAS JUDICIALES. h) Derecho de recurrir del fallo ante el Juez o Tribunal superior”. La potestad conferida en abstracto por la norma está sujeta, en primer término, a la voluntad del derechohabiente y, en segundo término, a las formalidades establecidas en el derecho positivo interno de cada país. Nuestro ritual, en su Art. 449 establece: “REGLAS GENERALES. Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravio al recurrente. El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado”.

En cuanto a la formalidad el Art. 450 del C.P.P. señala que, debe deducírsele “en las condiciones de tiempo y forma”. Con todo lo dicho queda claro que la normativa de dicha Convención sólo otorga una perspectiva en abstracto que debe ser examinado en concreto con el caso particular. En lo que atañe a nuestro procedimiento penal debe agregarse que se cumple con la expectativa del referido Art. 8.2. h) de la Convención, porque la posibilidad de “admitir el recurso” no es una potestad del órgano decisor sino del superior. Naturalmente, si éste deniega el recurso o mejor dicho lo declara inadmisibile, está resolviendo negativamente la proposición y la norma de la Convención a la cual hacemos referencia, sólo garantiza “posibilidad de atención en alzada”, pero no la concesión de lo pretendido en sentido afirmativo.

PROCESO. Debido Proceso.

En el modelo acusatorio, dicha posibilidad es inoficiosa, pues la diferencia de construcción jurídica así lo instruye. En ésta lógica no existe valor preconstituido de evidencias, pues en verdad también éstas pasan por una dinámica que empieza con la “postulación”, luego vendrá la “acreditación” – actos procesales de la etapa preparatoria e intermedia – luego la “producción” a la que sigue la “alegación final” y por último la “decisión”, a través de la cual se asienta definitivamente el medio probatorio

por mejor solvencia, es decir nada hay que dilucidar en la previa, sino solamente el caso se construye recién concluido el proceso deliberativo del juicio oral y público.

PROCESO. Debido Proceso.

La etapa intermedia, de control judicial, es la estación para filtrar la información de la acción pública y éste se realiza a través del acto procesal de “audiencia preliminar”, pues a través de la misma deben sustanciarse todas las cuestiones propuestas por las partes, cualesquiera de las enumeradas en el Art. 353 del C.P.P., e inmediatamente de finalizada la dicha audiencia, el juzgador deberá resolver...todas las cuestiones propuestas – Art. 356 del C.P.P. – entre ellas, corrección de vicios formales, excepciones, sobreseimientos, suspensión del procedimiento, criterios de oportunidad, anticipo jurisdiccional, etc. y dicha determinación debe ser asumida a través de una resolución que el ritual denomina Auto de Apertura a Juicio – Art. 363 – es decir, se trata de una determinación con un sólo contexto, o dicho de otro modo, de un sólo cuerpo y no un conglomerado de determinaciones particulares, únicos casos en que se podrían permitir apelaciones de cuestiones puntuales.

PROCESO. Debido Proceso.

Ese es el sentido de la última normativa citada porque permite la concreción de la causa en juicio oral y público. La regla en el sistema acusatorio es la viabilización de los mecanismos de impugnación cuando rompan abruptamente la posibilidad de la realización de las tres etapas del juicio – reglas del debido proceso – y la desautorización de dicha posibilidad cuando, en cumplimiento del principio de oficiosidad, se permite la realización de la última etapa del proceso.

Sobre el particular he entendido que los motivos que ha tenido el legislador para incluir la prohibición de la apelación, ha sido la voluntad de dirigir los actos de los operadores de justicia para allanar el camino y hacer efectiva la realización del juicio oral y público, “el juicio propiamente dicho”. Las decisiones asumidas por el juzgador en el AUTO DE APERTURA A JUICIO impulsan la continuidad del proceso a la siguiente etapa.

La disposición contenida en el inc. 11 del Art. 461 del C.P.P., habilita la recurribilidad de todos los actos procesales decisorios del Juez que causen un agravio irreparable, haciendo la exclusión de aquellos que

“...expresamente se haya declarado irrecurrible por este código...”, refiriéndose, justamente, a la última parte del artículo precedentemente citado.

Tapel. Penal. Cuarta Sala. 12/11/2019. Expediente: “C. A. E. Apropiación”. Causa N° 2015-184 (A.I. N° 485).

VISTO: el recurso de apelación general interpuesto por la defensa técnica contra los puntos 1, 2, 3, 8, 9 y 10 del A.I. N° 785 del 28 de agosto del 2.019, dictado por la Juez Penal de Garantías, Alicia Pedrozo Berni, y;

CONSIDERANDO:

Por el referido auto interlocutorio se resolvió: “*NO HACER LUGAR a la EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN planteada por la defensa técnica del acusado C. A. E. Q; NO HACER LUGAR al Incidente de ACUMULACIÓN DE AUTO; NO HACER LUGAR al INCIDENTE DE NULIDAD DE LA ACUSACIÓN; NO HACER LUGAR; FÓRMESE COMPULSAS; CALIFICAR; ADMITIR; ADMITIR; NO ADMITIR; ORDENAR; INDIVIDUALIZAR; DISPONER; INTIMAR; OFICIAR; ANOTAR*”.

En su escrito de agravios la defensa técnica, expresa según reseña: 1) el a-quo omitió expedirse sobre las instrumentales agregadas ofrecidas en audiencia – documentales, escritos, notas, actas, contratos, etc. - sin fundamentar la negativa a agregarlas en el punto 9 del auto recurrido; 2) la no admisión del anticipo jurisdiccional de pruebas, produce agravio a la defensa, torciendo el derecho a la defensa en juico, por las erróneas argumentaciones para su rechazo; 3) en el punto 8, las pruebas admitidas del MP deben ser declaradas nulas, ya que existe ocultamiento de pruebas y apartamiento de la ley, no constan declaraciones testificales de D. R. y E. O. en la carpeta fiscal, se ha denunciado el actuar arbitrario del fiscal interviniente al rechazar las diligencias propuestas por la defensa; 4) fueron rechazados los incidentes de falta de acción y acumulación de autos con sesgo cognitivo contra legem; 5) la a-quo rechazó el incidente de nulidad de la acusación que viola el principio de congruencia, legalidad y la inobservancia de las reglas de competencia, con error de razonamiento que discrepa sobre que es el concepto de cuestión de fondo y que en ningún momento la defensa refirió dolo, tipicidad, reprochabilidad, que son cuestiones de fondo; 6) el escrito no cuenta con propuesta de solución.

El agente fiscal, contestó el traslado corrídole, solicitando se confirme el auto interlocutorio recurrido.

En primer término, corresponde emitir juicio con respecto a la admisibilidad del recurso de apelación general planteado, de acuerdo a las reglas del Art. 464 del C.P.P. y en esa perspectiva conviene tener presente que la pretensión recursiva debe cumplir con algunos presupuestos básicos, para su consideración en lo sustancial por el órgano de alzada, entre otros: a) legitimación activa; b) presentación en tiempo; c) cumplimiento de los requisitos formales y d) que la resolución recurrida sea de las afectables al mecanismo de impugnación efectivamente ejercido. Indudablemente, la proposición recursiva cumple con los requisitos establecidos como puntos a), b) y c). Por lo demás, no hubo agravios de partes sobre estas cuestiones previas.

Con respecto al punto d), que guarda relación con la afectabilidad del recurso, cabe expresar que la resolución impugnada es un Auto de Apertura a Juicio que por expresa disposición de la última parte del Art. 461 del C.P.P. es inapelable. Sobre la posibilidad impugnatoria de las partes con respecto a dicha resolución judicial, esta Sala tiene sustentado, en numerosos fallos uniformes, que la misma, por construcción del sistema, no merece atención en lo sustancial ante el órgano de alzada, en primer término, porque en cumplimiento del principio de oficiosidad, permite la continuidad de las actuaciones del procedimiento y en segundo término, porque ni siquiera pueden causar “agravios irreparables” en razón de que aún pueden realizarse correcciones, vía incidental, ante el Tribunal de Sentencia, debido al control horizontal que éste ejerce sobre todas las etapas anteriores. A lo dicho debe agregarse que ante elementos probatorios discordantes – de la acusación y defensa – el juzgador primario no tiene otra opción que la de viabilizar el juicio oral ya que recién en ella, a través de las reglas del debate; examen y contraexamen, los mismos adquirirán eficacia probatoria del cual carecían y en definitiva, se podrá condenar o absolver al encausado.

Con respecto a la posibilidad impugnatoria prevista en el Art. 8.2, inc. h) de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, en el cual numerosos doctrinarios se apoyan para sustentar “concesión recursiva amplia”, incluyendo al Auto de Apertura a Juicio, cabe señalar que tal normativa expresa: “*GARANTÍAS JUDICIALES. h) derecho de recurrir del fallo ante el Juez o Tribunal superior*”. La potestad conferida en abstracto por la norma está sujeta, en primer término, a la voluntad del derechohabiente y en segundo término, a las formalidades establecidas en el

derecho positivo interno de cada país. Nuestro ritual, en su Art. 449 establece: “*REGLAS GENERALES. Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravio al recurrente. El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado*”.

En cuanto a la formalidad el Art. 450 del C.P.P. señala que, debe deducírsele “*en las condiciones de tiempo y forma*”. Con todo lo dicho queda claro que la normativa de la dicha Convención sólo otorga una perspectiva en abstracto que debe ser examinado en concreto con el caso particular. En lo que atañe a nuestro procedimiento penal debe agregarse que se cumple con la expectativa del referido Art. 8.2.h) de la Convención, porque la posibilidad de “*admitir el recurso*” no es una potestad del órgano decisor sino del superior. Naturalmente, si éste deniega el recurso o mejor dicho lo declara inadmisibile, está resolviendo negativamente la proposición y la norma de la Convención a la cual hacemos referencia, sólo garantiza “*posibilidad de atención en alzada*”, pero no la concesión de lo pretendido en sentido afirmativo.

A todo lo dicho solo resta aclarar una confusión que reina en el foro nacional originado en la comparación hasta si se quiere inconsciente del “Auto de Apertura a Juicio” con el “auto que eleva la causa a plenario”, de la Ley Procesal de 1.890. En ésta podía ser objeto de recurso – por disposición jurisprudencial – las cuestiones puntuales resueltas en el auto de elevación a plenario, aun cuando el mismo es inapelable.

En efecto, en aquel lineamiento del Derecho Positivo histórico, basado en el esquema de las pruebas legales, la elevación de la causa a plenario traía consecuencias predeterminadas en la ley, entre éstas actuaciones procesales llevadas adelante en el sumario y que por hallarse “tasadas”, en el plenario simplemente agregados, en el mayor de los casos, verbigracia, testimonios, pericias, otros medios, etc. Además, era el momento del decreto de sobreseimientos, cuando las circunstancias así lo aconsejaban y obviamente, estas opciones asumidas formaban parte del cuerpo dispositivo que decidía por la elevación del caso a plenario y así constaba en el auto interlocutorio correspondiente, punto 1) Elevar a plenario, punto 2) Sobreseer, 3) No hacer lugar al Incidente, etc., por todo lo cual solamente el primero era inapelable, resultando impugnables los demás puntos del decisorio.

En el modelo acusatorio, dicha posibilidad es inoficiosa, pues la diferencia de construcción jurídica así lo instruye. En ésta lógica no existe valor preconstituído de evidencias, pues en verdad también éstas pasan por una dinámica que empieza con la “postulación”, luego vendrá la “acreditación” – actos procesales de la etapa preparatoria e intermedia – luego la “producción” a la que sigue la “alegación final” y por último la “decisión”, a través de la cual se asienta definitivamente el medio probatorio por mejor solvencia, es decir nada hay que dilucidar en la previa, sino solamente el caso se construye recién concluido el proceso deliberativo del juicio oral y público.

La etapa intermedia, de control judicial, es la estación para filtrar la información de la acción pública y éste se realiza a través del acto procesal de “audiencia preliminar”, pues a través de la misma deben sustanciarse todas las cuestiones propuestas por las partes, cualesquiera de las enumeradas en el Art. 353 del C.P.P., e inmediatamente de finalizada la dicha audiencia, el juzgador deberá resolver...todas las cuestiones propuestas – Art. 356 del C.P.P. – entre ellas, corrección de vicios formales, excepciones, sobreseimientos, suspensión del procedimiento, criterios de oportunidad, anticipo jurisdiccional, etc. y dicha determinación debe ser asumida a través de una resolución que el ritual denomina Auto de Apertura a Juicio – Art. 363 – es decir, se trata de una determinación con un sólo contexto, o dicho de otro modo, de un sólo cuerpo y no un conglomerado de determinaciones particulares, únicos casos en que se podrían permitir apelaciones de cuestiones puntuales.

Ese es el sentido de la última normativa citada porque permite la concreción de la causa en juicio oral y público. La regla en el sistema acusatorio es la viabilización de los mecanismos de impugnación cuando rompan abruptamente la posibilidad de la realización de las tres etapas del juicio – reglas del debido proceso – y la desautorización de dicha posibilidad cuando, en cumplimiento del principio de oficiosidad, se permite la realización de la última etapa del proceso. Así lo entiende el Art. 461 del C.P.P., cuando dice: *“RESOLUCIONES APELABLES. El recurso de apelación procederá contra las siguientes resoluciones: 1) el sobreseimiento provisional o definitivo; 2) la que decide la suspensión del procedimiento; 3) la que decide un incidente o una decisión; 4) el auto que resuelve sobre la procedencia de una medida cautelar o su sustitución; 5) la desestimación; 6) la que rechaza la querrela; 7) el auto que declara la extinción de la ac-*

ción penal; 8) la sentencia sobre reparación del daño; 9) la sentencia dictada en el procedimiento abreviado; 10) la concesión o rechazo de la libertad condicional o los autos que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena; y, 11) contra todas aquellas que causen un agravio irreparable, salvo cuando expresamente se lo haya declarado irrecurrible por este código. No será recurrible el auto de apertura a juicio”.

Finalmente, al haberse asumido el Acuerdo y Sentencia N° 440 del 23 de mayo de 2019, causa: “ C. S. y otros / Lesión de Confianza”- Sala Constitucional – este Miembro debe expresar su discordancia con respecto a la impugnabilidad objetiva tratada en tal acción, señalando que en el sistema del ritual se prevé el “doble control judicial”, pero en vez de ser por un órgano superior, dicho régimen es admitido en la misma instancia, Tribunal de Sentencia “*vía control horizontal*”, por la preeminencia de la instancia única en el ámbito de juzgamiento en acto procesal oral y público, por lo que la conclusión de la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional es sólo un precedente que riñe con los fallos firmes y uniformes en sentido contrario, obrantes en la Sala Penal de la misma Corte, así como de fallos de los Tribunales de Apelaciones de la Capital y circunscripciones del país.

Por todo lo expuesto debe declararse inadmisibles el recurso de apelación general.

OPINIÓN DEL DR. CARLOS ORTIZ BARRIOS

Comparto plenamente el voto del Doctor Emiliano Rolón Fernández, en relación a lo resuelto en la cuestión planteada, por los mismos fundamentos.

Finalmente, se deja constancia que he recibido estos autos en fecha 07 de noviembre de 2019, como segundo Miembro en la emisión de voto, por decisión unilateral del Presidente de la Sala, quien ha dejado de lado el orden rotatorio seguido por todas las Salas Penales como práctica constante, y que ha sido viabilizado por ésta misma Sala en mayoría de conformidad a las previsiones legales en la materia; habiendo emitido mi opinión en la misma fecha, 07 de Noviembre de 2019.

OPINIÓN DEL DR. ARNULFO ARIAS

Antes de atender la cuestión de fondo, se debe estudiar sobre la admisibilidad del recurso, conforme a la disposición contenida en el Art. 462 del C.P.P.

TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

En este caso, la Apelación ha sido interpuesta por el procesado C. E. Q., por sus propios derechos, en contra del AUTO DE APERTURA A JUICIO.

Con relación a este punto, el Art. 461 del C.P.P., establece taxativamente las resoluciones en contra de las cuales procede la apelación y en su última parte prescribe: “No será recurrible el auto de apertura a juicio.”

Sobre el particular he entendido que los motivos que ha tenido el legislador para incluir la prohibición de la apelación, ha sido la voluntad de dirigir los actos de los operadores de justicia para allanar el camino y hacer efectiva la realización del juicio oral y público, “el juicio propiamente dicho”. Las decisiones asumidas por el juzgador en el AUTO DE APERTURA A JUICIO impulsan la continuidad del proceso a la siguiente etapa.

La disposición contenida en el inc. 11 del Art. 461 del C.P.P., habilita la recurribilidad de todos los actos procesales decisorios del Juez que causen un agravio irreparable, haciendo la exclusión de aquellos que “...expresamente se haya declarado irrecurrible por este código...”, refiriéndose, justamente, a la última parte del artículo precedentemente citado.

En consecuencia, doy mi voto por la declaración de inadmisibilidad de los recursos interpuestos. A. Arias M.

POR TANTO, en mérito a las consideraciones que anteceden, de conformidad a las normas mencionadas en la presente resolución, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Cuarta Sala;

RESUELVE:

1. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación general interpuesto por la por la defensa técnica contra los puntos 1, 2, 3, 8, 9 y 10 del A.I. N° 785 del 28 de agosto del 2.019, dictado por la Juez Penal de Garantías, Alicia Pedrozo Berni, por las razones expuestas en la parte analítica de la presente resolución.

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

Magistrados: Carlos Ortiz Barrios, Emiliano Rolón Fernández y Arnulfo Arias.

Ante mí: Abg. Ana María Jiménez, Actuaría Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL

Segunda Sala - Central

ACUERDO Y SENTENCIA N° 125

***Cuestión debatida:** En el presente fallo el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala, de la Circunscripción Judicial de Central se expide sobre la procedencia o no del Recurso de Apelación presentado por la parte actora en una demanda laboral sobre cobro de guaraníes en diversos conceptos: pago de aporte obrero patronal, daño moral y en forma subsidiaria, indemnización por el daño económico causado.*

RECURSO DE APELACIÓN. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandada interpuso sólo recurso de apelación, y en este punto se debe mencionar lo estipulado en el artículo 248 del Código de rito laboral, que considera implícito el estudio de la nulidad en el recurso de apelación, por lo que esta Alzada en cumplimiento a su deber legal de Control de Lógica de las resoluciones judiciales procede al estudio de oficio de la sentencia recurrida en lo que hace al cumplimiento de las formas y solemnidades que le imponen la Ley.

RECURSO DE NULIDAD.

En este caso se analiza en primer lugar la admisibilidad. Es menester exponer que la nulidad solo tiene dos vías de andamiaje que son: el error in procedendo y el error in cogitando, en cuanto al primero su sustento es el error en el procedimiento aplicado, y respecto al segundo se sustenta en una violación en la estructura externa o la estructura interna

de la sentencia judicial o en una violación al Principio procesal consecuencial de Congruencia.

OBJETO DE RECURSO DE APELACIÓN.

Recurso de Apelación contra la Sentencia Definitiva del ámbito laboral dictado en el Juzgado de Primera Instancia.

LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN.

En este contexto, se trae a colación la Teoría del Disregard que es una aplicación de los principios y procedimientos de equidad. La conocida jurista y estudiosa del tema que estamos comentando, Dra. Diana Regina Cañal, en su obra “Responsabilidad ilimitada y solidaria de Directores y Socios de Sociedades Comerciales”, p. 186, define la teoría del levantamiento del velo societario, diciendo que “consiste en la reducción de la persona colectiva a mera figura estructural, a puro recurso técnico, utilizándola como instrumentos para obtener objetivos puramente individuales, muy distinto a los que son propios de la realidad social que justificara aquella personalidad, privilegiándose así, por encima de las formalidades, la equidad y la justicia”. “Se concluye pues, que la teoría del Disregard supera el tradicional principio de la separación radical entre la persona jurídica y los miembros que la componen. Se trata de una técnica o práctica judicial que se desarrolla como forma de indagar la verdad material más allá del apego de la formalidad jurídica, lo que es una manifestación del principio de la realidad, que especialmente rige y particulariza el derecho laboral, principio que deben tener presente y aplicar, en su caso, los jueces del trabajo cuando la sociedad reclamada esgrime como principal defensa, el principio de la independencia de las personas jurídicas de las personas físicas que la integran cristalizado en el art. 94 del CC principio que no es absoluto como lo demuestra la teoría del levantamiento del velo societario. En cuanto al artículo 372 del Código Civil, el mismo, es la brecha positiva de nuestro derecho que posibilita la aplicación de la “Teoría del Levantamiento del Velo Societario”, dado que es claro que alrededor de ella ronda el concepto del abuso del derecho.

LAGUNAS EN LA LEY.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ya se ha pronunciado sobre la legalidad de la aplicación de la doctrina

del Disregard, con el voto de la opinante Ministra, Mirian Peña Candia, en este sentido: En cuanto al primer argumento aducido por los accionantes, la aplicación de la doctrina extranjera del Disregard sin sustento legal en nuestro ordenamiento jurídico- el mismo no posee la pretendida virtualidad de descalificar por arbitraria una resolución judicial. Es cierto que la Cámara de Apelaciones, tras anular la sentencia de primera instancia, entró a resolver el fondo de la cuestión -según ordena el art. 248 del CPT aplicando la aludida doctrina del Disregard, pero la circunstancia de que los jueces apliquen doctrina extranjera para resolver casos domésticos, no puede ser tildada de arbitraria, ya que el propio legislador laboral así lo autoriza en el artículo 6to. del Código Sustantivo del Trabajo, que estatuye: "A falta de normas legales o contractuales del trabajo exactamente aplicables al caso controvertido, se resolverá de acuerdo con la equidad, los principios generales del Derecho Laboral, las disposiciones de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aplicables al Paraguay, los principios del derecho común no contrarios a los del Derecho Laboral, la doctrina y la jurisprudencia, la costumbre o el uso local. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico laboral -sustantivo y adjetivo- tanto la doctrina como la jurisprudencia constituyen fuentes de las que los juzgadores pueden echar mano para dar solución a los casos que deban resolver, ante vacíos o lagunas normativas.

**PRUEBA. ALTERACIÓN DE LOS DATOS RELEVANTES.
OMISIÓN DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA.**

El representante convencional de la parte demandada en autos solicita la realización de la prueba pericial, contradiciendo así su propia voluntad manifestada en dicha audiencia (teoría de los actos propios); en esta prueba pericial se lee claramente que la firma inserta en el recibo de fs. 58 del Tomo I de estos autos, no le pertenece de puño y letra al trabajador Fulgencio Melgarejo, por lo que tal recibo carece de entidad como para tener abonada la suma de Gs. 18.675.000 al mismo, por lo que este agravio resulta procedente.

El artículo 163 del C.P.L. estipula lo que sigue con respecto a la prueba pericial "La prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el juez estime que la comprobación de hechos controvertidos, requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria"; a su vez el artículo 173 del mismo cuerpo legal dice "La fuerza probatoria del dictamen pericial será

apreciada por el Juez, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden, las reglas de la sana lógica y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”; aquí es donde se centra la crítica al fallo del inferior, pues la propia parte -hoy crítica del resultado arribado con la prueba pericial- es quien sostiene -pues le favorece- la decisión adoptada por el Juez de primera instancia quien dejó de lado una prueba pericial -de parámetros técnicos- para darle plena validez a una certificación de firmas, y si bien es cierto el Juez no se encuentra compelido por NINGUNA PRUEBA, tampoco puede dejar de valorarla como lo hizo el A-quo.

INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA.

Con respecto a la indemnización complementaria, corresponde el aumento de 1 mes a 2 meses -habiéndose comprobado el despido injustificado- “Al no ser demostrado fehacientemente la parte demandada la veracidad de sus fundamentos, y al no haber abonado, al momento del distracto, la indemnización por despido injustificado y omisión del preaviso, se concluye que la parte empleadora entendió que el despido fue justificado, es decir, con causa, por lo que la aplicación de indemnización complementaria, es correcta. Por tanto, siendo que la referida norma (art. 82 CT) permite al Juez, basado en la equidad, reducir el monto de indemnización fijada en la misma, el Tribunal encuentra procedente lo peticionado por el recurrente, en el sentido de otorgar dos meses de salario”, “Con relación a la indemnización complementaria, la juzgadora concedió el importe correspondiente a dos meses de salario, que debe elevarse a tres meses, atendiendo a la antigüedad de la trabajadora, tres años de servicio de la demandante”. Ac. N° 91, 28-08-02.

DAÑO MORAL.

"La interpretación, aplicación de las normas de este código se hará de acuerdo con la equidad, no sólo a los fundamentos de los en la conducción general del procedimiento" (Art. 7 Cód. Proc. Laboral). No resulta ocioso mencionar que, en la esfera del Derecho del Trabajo, de alta vocación tuitiva y en donde más cabida tiene la aplicación del Disregard, rige el paradigmático principio de "primacía de la realidad", según el cual priman los hechos sobre las formas o las apariencias. Amparado por la ley y

compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos...".

TApel Civil, Comercial y Laboral, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Central. 14/10/2020. JUICIO: “Fulgencio Melgarejo Benítez c/ Rodolfo Anuncio Torres Gómez y la Empresa de Transporte Campo Limpio S.A. Línea 36 s/ Cobro de Guaraníes en diversos conceptos laborales, pago de aporte obrero patronal, daño moral y en forma subsidiaria indemnización por daño económico” (Ac y Sent. N° 125).

Previo estudio de los antecedentes del caso el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿La sentencia recurrida presenta vicios in iudicando?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Primera Doctora Elodia Almirón Prujel, Segundo Abogado Arnaldo Levera Gómez y Tercera Abogada Silvia Patricia Centurión Ortiz.

La parte demandada interpuso sólo recurso de apelación, y en este punto se debe mencionar lo estipulado en el artículo 248 del Código de rito laboral, que considera implícito el estudio de la nulidad en el recurso de apelación, por lo que esta Alzada en cumplimiento a su deber legal de Control de Logicidad de las resoluciones judiciales procede al estudio de oficio de la sentencia recurrida en lo que hace al cumplimiento de las formas y solemnidades que le imponen la Ley.

Dicho esto, es menester exponer que la nulidad solo tiene dos vías de andamiaje que son: el error in procedendo y el error in cogitando, en cuanto al primero su sustento es el error en el procedimiento aplicado, y respecto al segundo se sustenta en una violación en la estructura externa o la estructura interna de la sentencia judicial o en una violación al Principio procesal consecucional de Congruencia.

Tras estas breves precisiones esta Alzada procede a una rigurosa revisión de la resolución recurrida y no observa vicios que ameriten la declaración de su nulidad, sea por vicios de fondo ni de forma, por lo que considera pertinente pasar a estudiar el recurso de apelación interpuesto.

ASÍ VOTO:

A sus turnos, los magistrados Abog. Arnaldo Levera Gómez y Abog. Silvia Patricia Centurión Ortiz, manifestaron que se adhieren al voto de la preopinante, por compartir sus mismos argumentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA PREOPINANTE DOCTORA ELODIA ALMIRÓN PRUJEL, DIJO:

Que, por la S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral, Primer turno de la ciudad de Limpio, a cargo del Juez Abog. Esteban Espinoza Fernández, se resolvió lo siguiente: “1.- HACER LUGAR, a la Excepción de Falta de Acción opuesta por el señor RODOLFO TORRES GOMEZ, y en consecuencia, RECHAZAR la demanda laboral sobre despido injustificado y cobro de guaraníes promovida por el señor FULGENCIO MELGAREJO BENITEZ con el señor RODOLFO RUFINO TORRES GOMEZ, por los fundamentos que anteceden.; 2.- TENER, por efectuado el pago al trabajador FULGENCIO MELGAREJO BENITEZ por parte de la denominación social EMPRESA DE TRANSPORTE CAMPO LIMPIO S.A. la suma de Guaraníes DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL (Gs. 18.675.000) en concepto de liquidación de haberes por terminación de la relación de trabajo, conforme a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; 3.- HACER LUGAR, a la presente demanda laboral y en consecuencia, DISPONER, que en el perentorio término de 48 horas de quedar firme y ejecutoriada esta resolución que la empleadora con denominación social EMPRESA DE TRANSPORTE CAMPO LIMPIO S.A. pague al trabajador FULGENCIO MELGAREJO BENITEZ la suma de GUARANÍES DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL TREINTA Y DOS (Gs. 17.334.032) correspondientes al saldo deudor de los rubros especificados en el considerando de la presente resolución, más los intereses el 2.5% correspondiendo al primer mes de mora –noviembre/2018-, cuya liquidación respectiva de los intereses se hará oportunamente por Secretaría; 4.- CONDENAR, a la demandada denominación social CAMPO LIMPIO SOCIEDAD ANONIMA; con RUC N° 80054820-5, a dar al Instituto de Previsión Social (I.P.S.) en beneficio del trabajador FULGENCIO MELGAREJO BENITEZ, en concepto de aporte obrero patronal, la suma que resulte del cálculo respectivo realizado por el I.P.S., sobre la base de la antigüedad y el salario consignado en la presente sentencia; 5.- REMITIR, copia de la presente resolución al Insti-

tuto de Previsión Social; 6.- IMPONER, las costas del juicio principal y de la excepción de falta de acción en el orden causado en los términos y alcance de los expuestos en el considerando de la presente resolución; 7.- NOTIFICAR, personalmente o por cédula a las partes; 8.- ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia”, y por S.D. N° 10 de fecha 08 de junio de 2020 se resolvió: “...1.- TENER por notificada a la parte actora de la S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020; 2.- NO HACER LUGAR al recurso de aclaratoria interpuesto por el abogado HERMINIO CANTERO, representante convencional del demandante FULGENCIO MELGAREJO BENITEZ contra la S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020, conforme al considerando de la presente; 3.- ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia...”.

Que, a fs. 452 y 459 de autos el Abogado Herminio Cantero con matrícula C.S.J. N° 9083 en representación de la parte actora interpone recurso de apelación contra la S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020 y su aclaratoria S.D. N° 10 de fecha 08 de junio de 2020, dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Limpio.

Que, por providencia de fecha 08 de junio de 2020 obrante a fs. 455 y por providencia de fecha 11 de junio de 2020 a fs. 459 vlto. de autos, se conceden sus recursos libremente y con efecto suspensivo.

Que, a fs. 493/497 obra el escrito de expresión de agravios del representante de la parte actora, en estos términos parafraseados: le agravia la resolución recurrida en tres puntos centrales: las resoluciones recurridas le agravian pues se hizo lugar la excepción de falta de acción, se tuvo por efectuado el pago de Gs. 18.675.0000 al trabajador, se impuso las costas por su orden, se omitió dolosamente elementos que demuestran la relación de trabajo y antigüedad entre el trabajador y los demandados Rodolfo Torres y Campo Limpio S.A.; el trabajador demostró la vigencia ininterrumpida y la antigüedad de la relación de trabajo entre Melgarejo y Torres, con el frondoso caudal probatorio generado, la relación de trabajo no culminó con la cancelación de la licencia a la empresa San José S.A. que continuó todo el tiempo en que la empresa estuvo operando sin licencia y hasta la creación de una nueva empresa de transporte denominada Campo Limpio S.A. en la que si bien Rodolfo Torres no es socio, operó a través de su hijo José Osmar Torres Gómez, como un socio oculto, y esto es así porque al momento de la Constitución de Campo Limpio S.A. el codemandado tenía problemas judiciales, por eso no aparece como accionista, pero sí se

encontraba ligado a la empresa, y según su declaración testimonial (fs. 273) él es encargado del mantenimiento de vehículos; la empresa de transporte San José S.A. pertenece a la familia Torres Gómez y entre ellos los hermanos Julio Torres Gómez, Rodolfo Torres Gómez y Oscar Torres Gómez, y por resolución C.S.J. N° 53/04 la SETAMA resolvió declarar vencido el permiso de usufructo de dicha empresa para el itinerario de la Línea 24 (fs. 236); la empresa siguió operando y no terminó su actividad en el 2004, no teniendo en consideración el Juzgador la documental de fs. 11; el trabajador siempre siguió trabajando bajo la dependencia de Rodolfo Torres inclusive en la nueva empresa de transporte Campo Limpio S.A. (marzo 2009) desde que empezó a operar hasta la fecha de su despido; por medio del levantamiento del velo societario se pretende llegar a la responsabilidad penal del socio Rodolfo Torres Gómez, quien ha sido socio accionista y directivo de la empresa de transporte San José S.A. y empleador directo del recurrente; todos los testigos de su parte corroboraron los hechos de la antigüedad; el Juzgador también ignoró la confesión judicial realizada por la entidad, en la que se reconoce que Fulgencio Melgarejo trabajó en la empresa desde su creación (cuarta posición), el trabajador nunca dejó de trabajar para Rodolfo Torres, pues su hijo era accionista fundador de la empresa San José SACI, y es así que Rodolfo Torres Gómez era socio oculto de éste, por lo que corresponde la revocatoria del apartado primero de la resolución, rechazando con costas la excepción de falta de acción opuesta por Rodolfo Amancio Torres Gómez; el documento de fs. 59 es una instrumental nula, y al no estar la firma de Fulgencio Melgarejo inserta en el folio 57 del Libro de Registros de Firmas de la Escribana María Teresa Gennaro de Morín, el acto de certificación de firmas es inexistente y por ende el contenido del documento de fs. 59 es falso, por lo que corresponde declarar la falsedad del contenido del documento de fs. 59 o en su defecto desestimarlos como medio probatorio válido, y en consecuencia revocar el apartado segundo del resuelve del fallo recurrido; al analizar el inferior los daños reclamados, confunde el daño moral con el daño económico, y cuya reparación, según su fallo, se cumple condenando al empleador al pago del aporte obrero patronal al IPS por todo el tiempo que duró la relación laboral, siendo cosas distintas, pues el daño material provocado al trabajador constituye todo el dinero descontado mensualmente por el empleador, y la única forma de reparar este daño es devolviendo esta suma al trabajador, siendo la condena de pago al IPS una condena

ficticia y no real del daño ocasionado al trabajador; el daño moral debe ser reparado por todo la angustia ocasionada al trabajador que no pudo tener acceso al seguro de salud y constituye un despropósito obligar al trabajador a que pruebe los gastos efectuados para su asistencia médica, por lo que se solicita se establezca en concepto de daño moral la suma de Gs. 130.000.000; la indemnización complementaria debe ser de 12 meses y no de 1 mes atendiendo a la conducta de la parte demandada que actuó en forma desleal, y la compensatoria en el 20% del monto de la condena; el agravio contra la S.D. N° 10 del 08/06/2020 se centra en que en la aclaratoria el Juez tampoco se expidió sobre las indemnizaciones por daño moral y daño económico, que constituyen pretensiones excepcionales y la decisión sobre ellas deben ser expresas; el hecho nuevo versa sobre publicaciones periodísticas que hablan de la cancelación del itinerario de la entidad demandada, se solicita finalmente la revocación del fallo recurrido en el siguiente sentido literal: “rechazar con costas la excepción de falta de acción opuesta por Rodolfo Anuncio Torres Gómez, declarando su responsabilidad personal sobre la antigüedad del trabajador y los aportes obrero patronal no abonados al I.P.S. desde su contratación hasta el mes de marzo de 2009, y desde esa fecha, establecer la responsabilidad solidaria entre los co demandados Rodolfo Anuncio Torres Gómez y la Empresa de Transporte Campo Limpio S.A., por la antigüedad, aportes obrero patronal no abogados al I.P.S. hasta la fecha del despido, indemnización por daño moral y económico, así como de los demás rubros laborales establecidos como condena, imponiendo las costas procesales a los demandados”.

Que, a fs. 499/505 obra el escrito de contestación a los agravios expresados en estos términos: en primer lugar solicita declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, pues el escrito de agravios no hacen a los errores de juicio de la resolución apelada sin más bien una transcripción lisa y llana del escrito de la demanda, de las apreciaciones o valoraciones realizadas por el A-quo, seguida de consideraciones vagas e infundadas sin concretar en el mismo los perjuicios; el A-quo ha valorado correctamente todas las pruebas, excluyendo de forma acertada los elementos de convicción que la parte apelante pretendió hacer valer en esta instancia; con respecto al levantamiento del velo societario, no corresponde en esta Alzada, pues el apelante no lo mencionó en su escrito inicial, a más de ello el demandado no formó parte de la sociedad demandada, y esta cuestión al no plantearse en primera instancia, no correspon-

de que la Alzada se pronuncie sobre ningún capítulo que no se hubiera propuesto en el escrito de promoción de la acción; con respecto a la instrumental (recibo de fecha 26/10/18) y su eficiencia probatoria, el Juez aplicó correctamente el artículo 375 del Código Civil y no puede ser desvirtuada por un simple examen pericial como lo pretende el recurrente y menos que el Juez de oficio declare su nulidad; los agravios que hacen a las indemnizaciones por daño moral y económico, el apelante no ha puntualizado en su escrito de agravios los vicios o infracciones contenidas en la sentencia, para que el recurso resulte procedente; con relación a los documentos ofrecidos como hechos nuevos, su parte se opondrá, por no ser la oportunidad prevista en el artículo 250 del CPC; solicitando finalmente el rechazo del recurso de apelación y la consecuente confirmatoria de la S.D. N° 06 del 11/03/2020 y la S.D. N° 70 del 08/06/2020, con costas.

Que, por providencia de fecha 11/08/2020, se llamó “Autos para Sentencia”.

Que, la parte apelada solicita la declaración de deserción del recurso, en razón de que en el escrito de fundamentación de los agravios, no se leen argumentos razonados que sustenten la apelación; tal pedido debe ser rechazado en razón que los agravios se sustentan en argumentos que deben ser analizados por esta Alzada, además de ello el justiciable tiene derecho a la instancia recursiva la cual es de rango convencional (artículo 8 de la Ley 1/89) y el Principio pro operario de rango constitucional – establecido en el artículo 86 de la Constitución, por lo que tal pedido de deserción debe ser rechazado.

Que, en primer término, cabe mencionar que el apelante apeló in totum ambas resoluciones ya mencionadas anteriormente, pero no expresó agravios contra los apartados cuarto y quinto de la S.D. N° 06 del 11/03/2020, y leyendo las mismas realmente no le causan agravio alguno, por lo que corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto contra los decisorios 4 y 5 de la citada resolución. En cuanto a la imposición de costas (apartado 6 de la S.D. N° 06 del 11/03/2020) de la excepción no le afecta pues no le fueron impuestas por ser la perdedora, al contrario, le beneficia en razón de haber sido impuestas por su orden; y en cuanto a la imposición de costas en el juicio principal sí le agravia, pero no lo fundó, por lo que también corresponde declarar desierto el recurso de apelación contra el decisorio sexto de la resolución ya citada.

Que, la expresión de agravios de la parte actora, presenta los siguientes puntos focales, SD N° 06 del 11/03/2020: 1) la excepción de falta de acción debe ser rechazada pues Rodolfo Torres Gómez nunca dejó de ser empleador de Fulgencio Melgarejo Benítez; 2) no se puede tener por reconocido el pago realizado a Fulgencio Melgarejo Benítez pues su firma no corresponde; 3) el monto a ser abonado de Gs. 17.334.032 no es el que corresponde con la antigüedad del trabajador, así como tampoco los montos de indemnizaciones complementaria y compensatorias que debían ser 12 meses de salario y el 20% sobre el monto de la condena; sobre la S.D. N° 10 del 08/06/2020 (aclaratoria): 1) los rubros por daño moral y por daño, económico no fueron denegados en forma expresa por el Juzgador.

Procediendo al análisis de las argumentaciones expuestas por la parte apelante, se tiene el primer agravio: sobre la procedencia de la excepción de falta de acción y la petición de la parte actora del levantamiento del velo societario.

En el caso de autos, la parte actora en su expresión de agravios expresa acerca del “levantamiento del velo societario”, con relación a Rodolfo Torres Gómez para que así sea factible el rechazo de la excepción de falta de acción opuesta por él. El actor sostiene que Rodolfo Torres Gómez tiene activa participación en la Empresa demandada y que su hijo José Torres Cañete (quien es accionista en la firma Empresa de Transporte Campo Limpio S.A.) hace que él sea un socio oculto.

El trabajador afirma que su empleador en el pasado ha sido Rodolfo Torres Gómez, pues trabajó en la Empresa San José S.A. que hacía la ruta Limpio- Asunción- Limpio, pero en autos no existe prueba eficiente, eficaz y contundente de esta afirmación, sólo indicios que no tuvieron posteriormente afirmación probatoria. Según el actor, hay tres firmas involucradas que son Campo Limpio S.A. (2009) cuyos constituyentes son Oscar Torres, Optaciano Gómez, Elena Torres de Alonso, José Torres Cañete (el actor afirma que esta persona es hijo del hoy demandado, de tal vínculo familiar no consta prueba alguna en autos, pero aunque la hubiera no prueba que Rodolfo Torres Gómez esté involucrado en la esta Empresa), Julio Torres Torres y Edgar Torres Velázquez (leer escritura de constitución de sociedad a fs. 35/46), y si bien el hoy demandado Rodolfo Torres Gómez fue designado como presidente del primer Directorio de la Empresa San José S.A., ello no conlleva a decir la firma Campo Limpio S.A. es la continuadora de las otras dos primeras, por el hecho de que esta última haya suscrip-

to el contrato administrativo sobre el régimen de explotación del servicio de transporte público con SETAMA (fs. 49/52); la firma San José S.A.C.E.I. fue constituida en el año 2001 con las siguientes personas: Cynthia Pavón Vera, José Torres Benítez, Silvia Zoila Galeano Morales, Fabiola Vera de Delgado, Cynthia Torres Torres, no figura en esta empresa el hoy demandado (fs. 71/82); a fs. 236/253 obra la escritura de constitución de la empresa San José S.A. Línea 24 donde firman Rodolfo Anuncio Torres Gómez como socio del año 1987, a más de Rodolfo Torres Locatti acompañado de su esposa, Victoria Gómez de Torres, Humberto Rotela Torres, Juan Ramón Vera acompañado de su esposa Blanca Aveiro de Vera, Guillermo González acompañado de su esposa Epifanía Domínguez de González, Guimeldo Vera Giménez acompañado de su esposa Felipa Aranda de Vera, Julio Torres Gómez acompañado de su esposa Mirta Torres de Torres, Aníbal Torres y otros socios más que se leen a fs. 236 de autos, donde expresa el hoy actor que inició su vínculo laboral con Rodolfo Torres Gómez en el año 1987; el actor expone que al momento de la creación de San José S.A.C.E.I. Línea 24-2, siguió trabajando en las mismas condiciones que lo hacía en la empresa San José S.A. Línea 24, pero tal hecho fáctico no quedó demostrado fehacientemente en este proceso, a los efectos del levantamiento del velo societario -pretendido por el hoy apelante-, pues todas las pruebas diligenciadas no conducen a tal afirmación, y por esta situación fáctica/probatorio el inferior hizo lugar a la excepción de falta de acción, la cual debe ser confirmada.

Al respecto, la doctrina nacional refiere: “La doctrina del Disregard of the legal entity cae íntegramente dentro del ámbito de la equidad. A pesar de ser utilizada tanto por los tribunales de equidad como por los de derecho, la Teoría del Disregard es una aplicación de los principios y procedimientos de equidad”¹. La conocida jurista y estudiosa del tema que estamos comentando, Dra. Diana Regina Cañal, en su obra “Responsabilidad ilimitada y solidaria de Directores y Socios de Sociedades Comerciales”, p. 186, define la teoría del levantamiento del velo societario, diciendo que “consiste en la reducción de la persona colectiva a mera figura estructural, a puro recurso técnico, utilizándola como instrumentos para obtener

¹ CONSTANTINI, Pablo. La doctrina del Disregard of the Legal Entity en el derecho inglés. Revista Jurídica. UCA, 2016; 4 (1): 19-56. Pág. 7.

objetivos puramente individuales, muy distinto a los que son propios de la realidad social que justificara aquella personalidad, privilegiándose así por encima de las formalidades la equidad y la justicia”. La misma autora, refiere jurisprudencias de su país, Argentina, sobre el tema diciendo que “...Estas no son hipótesis de zonas oscuras; por el contrario, el panorama está muy claro y la idea central es que hay más de una empresa, el trabajador realiza sus labores en una de ellas, pero si esta no cumple con sus obligaciones laborales y previsionales, todas serán responsables. Este criterio es muy importante no solo por la descontada naturaleza tuitiva que lo inspira, sino porque consagra como vía para desconocer la “independencia” entre sociedades, precisamente el incumplimiento de orden laboral y previsional, que es el ariete utilizado en los recientes casos mentados del fuero del trabajo” (obra citada, págs. 121, 163,165).” “Se concluye pues, que la teoría del Disregard supera el tradicional principio de la separación radical entre la persona jurídica y los miembros que la componen. Se trata de una técnica o práctica judicial que se desarrolla como forma de indagar la verdad material más allá del apego de la formalidad jurídica, lo que es una manifestación del principio de la realidad, que especialmente rige y particulariza el derecho laboral, principio que deben tener presente y aplicar, en su caso, los jueces del trabajo cuando la sociedad reclamada esgrime como principal defensa el principio de la independencia de las personas jurídicas de las personas físicas que la integran cristalizado en el art. 94 del CC principio que no es absoluto como lo demuestra la teoría del levantamiento del velo societario. En cuanto al artículo 372 del Cód. Civ., el mismo, es la brecha positiva de nuestro derecho que posibilita la aplicación de la “Teoría del Levantamiento del Velo Societario”, dado que es claro que alrededor de ella ronda el concepto del abuso del derecho.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ya se ha pronunciado sobre la legalidad de la aplicación de la doctrina del Disregard, con el voto de la opinante Ministra Peña Candia, en este sentido: “En cuanto al primer argumento aducido por los accionantes -aplicación de la doctrina extranjera del Disregard sin sustento legal en nuestro ordenamiento jurídico- el mismo no posee la pretendida virtualidad de descalificar por arbitraria una resolución judicial. Es cierto que la Cámara de Apelaciones, tras anular la sentencia de primera instancia, entró a resolver el fondo de la cuestión -según ordena el art. 248 del CPT aplicando la aludida doctrina del Disregard, pero la circunstancia de que

los jueces apliquen doctrina extranjera para resolver casos domésticos, no puede ser tildada de arbitraria, ya que el propio legislador laboral así lo autoriza en el artículo 6to. del Código Sustantivo del Trabajo, que estatuye: "A falta de normas legales o contractuales del trabajo exactamente aplicables al caso controvertido, se resolverá de acuerdo con la equidad, los principios generales del Derecho Laboral, las disposiciones de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aplicables al Paraguay, los principios del derecho común no contrarios a los del Derecho Laboral, la doctrina y la jurisprudencia, la costumbre o el uso local", Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico laboral -sustantivo y adjetivo- tanto la doctrina como la jurisprudencia constituyen fuentes de las que los juzgadores pueden echar mano para dar solución a los casos que deban resolver, ante vacíos o lagunas normativas. Lo arbitrario hubiese sido que los juzgadores, en el hipotético caso de haberse comprobado la supuesta elusión a la ley, cometida por personas físicas bajo el "velo" de una persona jurídica, lo dejaran impune, bajo el pretexto harto legalista de que no existe una disposición normativa que así lo autorice. El Derecho no se halla integrado solamente por la ley escrita, sino también por principios, fuentes de derecho y entre los cuales se encuentra el de la buena fe, que Laboral en nuestro ordenamiento jurídico y, especialmente en nuestro Derecho Cód. Laboral). Cabe citar también la equidad que el legislador erigió como vertebral del proceso laboral, a lo largo de todo desarrollo del mismo, en términos: "La interpretación, aplicación e de las normas de este hará de acuerdo con la equidad, no sólo a los fundamentos de los en la conducción general del procedimiento" (Art. 7 Cod. Proc. Laboral). No resulta ocioso mencionar que, en la esfera del Derecho del Trabajo, de alta vocación tuitiva y en donde más cabida tiene la aplicación del Disregard, rige el paradigmático principio de "primacía de la realidad", según el cual priman los hechos sobre las formas o las apariencias. Amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar, aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos...".

Estimo que esta norma es la brecha positiva que puede sustentar de una manera general la aplicación de la teoría del Disregard, dado que alrededor de ella claramente rondan los conceptos del abuso del derecho. Ahora bien, es innegable que, en resguardo de la seguridad en las relaciones jurídicas, la aplicación de la doctrina de marras, exige una elevada

dosis de prudencia por parte de los juzgadores, quienes deben tener un criterio sumamente restrictivo, y reservar la aplicación a los casos en que se encuentre probado de manera incontrastable el fraude cometido mediante la utilización abusiva de la forma societaria”².

Tomando parte del análisis realizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el marco del análisis de una acción de inconstitucionalidad promovida contra un fallo judicial de segunda instancia en un proceso laboral, se tiene primeramente que la aplicación de la doctrina de levantamiento del velo societario -Disregard- no es ilegal y que es posible su análisis, encontrándose amparada en lo que disponen los artículos 6 del Código laboral y del Código procesal laboral (reconocimiento de la doctrina y la jurisprudencia como fuente del Derecho laboral), debiendo sí ser tomada con suma prudencia su conocimiento y aplicación, e interpretarla con carácter restrictivo, y sólo en el caso que se encuentre suficiente y contundentemente probado el “fraude cometido mediante la utilización abusiva de la forma societaria” (copia exacta de lo expuesto en al Ac. y Sent. Nro. 176/18).

En el caso analizado por esta Alzada, no se probó en el proceso que Rodolfo Torres Gómez en forma personal haya contratado a la parte actora, en estos autos no hay constancia alguna de que Rodolfo Torres Gómez esté relacionado a la primera empresa en la que dice haber trabajado el actor (Empresa San José S.A.) así como tampoco no hay constancia de la relación familiar entre José Gómez y Rodolfo Gómez (relación expuesta por la parte apelante), no pudiendo aplicarse el “levantamiento del velo societario” en este caso, por no haberse comprobado la relación reclamada por el trabajador con la Empresa San José S.A. en el año 1987.

El segundo agravio referente al desconocimiento de la firma del actor inserta en el recibo de fs. 58 (recibo de dinero de Gs. 18.675.000) y el informe pericial que expone -en su conclusión obrante a fs. 324- que la

² Ac. y Sent. N° 176 del 06-IV-2018. Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, los Excmos. Ministros de la Sala Constitucional, Doctores MIRYAM PEÑA CANDIA, O FRETES y GLADYS BAREIRO DE MÓDICA. Acción De Inconstitucionalidad En El Juicio: "Rubén Antonio Roa Giménez C/ Energía Compueta En Potencia S.A. (ECEPSA) S/Reposición Laboral y Cobro de Guaraníes en diversos conceptos".

firma inserta en el citado recibo de fs. 58 no le corresponde a Fulgencio Melgarejo, sin embargo el Juzgado deja de lado tal prueba pericial e hizo prevalecer la hoja de certificación de firmas (leer la sentencia recurrida a fs. 444 vlto.); no pudiendo ni debiendo prevalecer este hecho administrativo -certificación de firmas- ante una prueba científica ofrecida, diligenciada y aprobada en autos, por lo que tal recibo carece de relevancia en estos autos, en razón de que el trabajador desconoció su firma, su letra y haber concurrido a una Escribanía para firmar un documento -audiencia de reconocimiento de firma a fs. 214- y en la misma se lee a continuación que la Abog. Mirian Andrea Rode -representante convencional de la parte demandada en autos- solicita la realización de la prueba pericial, contradicción así su propia voluntad manifestada en dicha audiencia (teoría de los actos propios); en esta prueba pericial se lee claramente que la firma inserta en el recibo de fs. 58 del Tomo I de estos autos, no le pertenece de puño y letra al trabajador Fulgencio Melgarejo, por lo que tal recibo carece de entidad como para tener abonada la suma de Gs. 18.675.000 al mismo, por lo que este agravio resulta procedente.

El artículo 163 del C.P.L. estipula lo que sigue con respecto a la prueba pericial “La prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el juez estime que la comprobación de hechos controvertidos, requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria”; a su vez el artículo 173 del mismo cuerpo legal dice “La fuerza probatoria del dictamen pericial será apreciada por el Juez, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden, las reglas de la sana lógica y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”; aquí es donde se centra la crítica al fallo del inferior, pues la propia parte -hoy crítica del resultado arribado con la prueba pericial- es quien sostiene -pues le favorece- la decisión adoptada por el Juez de primera instancia quien dejó de lado una prueba pericial -de parámetros técnicos- para darle plena validez a una certificación de firmas, y si bien es cierto el Juez no se encuentra compelido por NINGUNA PRUEBA, tampoco puede dejar de valorarla como lo hizo el A-quo. El autor Robert Marcial González del artículo transcrito, comenta: “Lo que debe quedar en claro es que en el marco de un sistema procesal donde rigen las reglas de la sana crítica, el dictamen pericial de opinión (no así el peritaje científico) no obliga necesariamente al juzgador. Por tanto, al momento de resolver, el juez conjugará la lógica y la expe-

riencia junto con los preceptos normativos y los elementos de acreditación que las partes introdujeron oportunamente al proceso para confirmar sus respectivas alegaciones y, sobre esa base, dictará sentencia. Y, por otro lado, se le otorga al juzgador la potestad de evaluar razonable y ampliamente los medios confirmatorios desplegados durante el juicio”³.

En razón a la procedencia de este agravio, contra el segundo punto del resuelve, no teniéndose así por pagada la suma de Gs. 18.675.000.

La jurisprudencia nacional resuelve en este sentido: “(...) 1944 Las simples desinteligencias del litigante con la opinión del perito, no son suficientes para cuestionar su conclusión, si no se arriman al proceso evidencia capaces de convencer al juez acerca de la equivocación del experto. Ac. N° 146, 09-XII-92; AC. N° 140, 20-XI-92” “1945 Las fundamentaciones que esgrime el recurrente, expresando una opinión personal y alegando extemporáneamente parcialidad, incapacidad o ineficiencia del perito designado por el juez, es evidentemente intrascendente e insuficiente, para desvirtuar los fundamentos del trabajo profesional realizado. Ac. N° 104, 14-X-88(...)” “(...) 1951 El informe del perito se destaca por ser, evidentemente, el fruto de un enjundioso trabajo, de una capacidad técnica y experiencia indudable y en base al cual puede afirmarse, sin temor a equívocos, que tales documentos fueron adulterados con el propósito fraudulento de menoscabar los legítimos derechos del trabajador, por lo que denunciado por el actor en ocasión de reconocer sus firmas era cierto, quedando como reconocidos los expresados en dichos recibos sin las frases justamente impugnadas. Ac. N° 34, 17-VII-70” “1953 La pericia fue realizada correctamente; en efecto, los documentos indubitados son idóneos para que el cotejo se efectuara y la conclusión del análisis al cual fuera sometida, la firma del recibo, está sustentada en fundamentos científicos de innegable valor. Ac. N° 77, 23-IX.86 (...).

La antigüedad del trabajador se encuentra en discusión ante esta Alzada a través de los agravios del apelante, no existiendo certeza con respecto a la antigüedad alegada, por lo que la antigüedad data del año 2012.

Trabajador: Fulgencio Melgarejo Benítez.

GONZÁLEZ, Robert Marcial. Código Procesal del Trabajo Comentado. Editorial La Ley. Asunción, 2012. Pág. 262.

JURISPRUDENCIA

Antigüedad: 06 años, 06 meses y 13 días.

Salario mensual: Gs. 3.360.000.

Salario diario: Gs. 112.000.

Indemnización por despido injustificado (105 días) art. 91 C.T.	Gs. 11.760.000.-
Indemnización por falta de preaviso (60 días) art. 87 C.T.	Gs. 6.720.000.-
Vacaciones causadas, 18 días x2= 36 días.	Gs. 4.032.000.-
Vacaciones proporcionales, 7.5 días	Gs. 840.000.-
Aguinaldo/2017	Gs. 3.360.000.-
Aguinaldo proporcional/2018, 8 meses y 20 días	Gs. 2.426.666.-
Salario devengado, 20 días mes de set/2018	Gs. 2.240.000
SUB TOTAL:	Gs. 31.378.666
Indemnización compensatoria (10%) art. 233 C.P.T.	Gs. 3.137.866.-
Indemnización complementaria (2 meses) art. 82 C.T.	Gs. 6.720.000.-
TOTAL:	Gs. 41.236.532.-

En cuanto al tercer agravio de la indemnización compensatoria, corresponde la confirmatoria del 10% por encontrarse ajustado a derecho tal percentil. Con respecto a la indemnización complementaria, corresponde el aumento de 1 mes a 2 meses -habiéndose comprobado el despido injustificado- “Al no ser demostrado fehacientemente la parte demandada la veracidad de sus fundamentos, y al no haber abonado, al momento del distracto, la indemnización por despido injustificado y omisión del preaviso, se concluye que la parte empleadora entendió que el despido fue justificado, es decir, con causa, por lo que la aplicación de indemnización complementaria, es correcta. Por tanto, siendo que la referida norma (art. 82 CT) permite al Juez, basado en la equidad, reducir el monto de indemnización fijada en la misma, el Tribunal encuentra procedente lo peticionado por el recurrente, en el sentido de otorgar dos meses de salario”, “Con relación a la indemnización complementaria, la juzgadora concedió el importe correspondiente a dos meses de salario, que debe elevarse a tres meses,

atendiendo a la antigüedad de la trabajadora, tres años de servicio de la demandante. Ac. N° 91, 28-08-02” (...)⁴.

Los agravios referentes al daño moral y al daño económico no resultan procedentes porque los mismos no fueron probados en autos; en cuanto al daño moral, no hay una sola prueba que corrobore las penurias, pesares o dolores sufridos por el trabajador, así como con el daño económico reclamado que tampoco fue comprobado en los gastos de inversión de salud que tuvo que realizar el trabajador (según sus expresiones) por no estar asegurado en el I.P.S.

Los agravios contra la S.D. N° 10 del 08/06/2020 (aclaratoria) son los mismos que los anteriores (daño moral y económico), y no siendo éstos procedentes, corresponde ser confirmada esta resolución.

En virtud a todo lo expuesto precedentemente, en cuanto a la primera resolución –S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020- debe ser revocada parcialmente en sus decisorios 2) y 3), en la forma detallada más arriba.

En cuanto a las costas en esta instancia, las mismas deben ser impuestas a la perdedora, de conformidad a lo establecido en el artículo 232 del C.P.T.

ASÍ VOTO.

A sus turnos, los magistrados Abog. Silvia Patricia Centurión Ortíz y Abog. Arnaldo Levera Gómez, manifestaron que se adhieren al voto de la preopinante, por compartir sus mismos argumentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores Magistrados ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediately sigue:

SENTENCIA N° 125

San Lorenzo, 14 de octubre de 2020

POR TANTO, en mérito de las consideraciones que anteceden el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral - Segunda Sala - de la XVI Circunscripción Judicial “Central”.

RESUELVE:

⁴ CRISTALDO M., Jorge Darío y Beatriz Cristaldo R. Legislación- Doctrina- Jurisprudencia del Trabajo. Editorial FIDES. Asunción, 2015. Tomo I. Págs. 486, 489.

JURISPRUDENCIA

I. DECLARAR DESIERTO el Recurso de Apelación interpuesto por el Abogado Herminio Cantero con matrícula C.S.J. N° 9083 en representación de la parte actora contra los decisorios 4), 5) y 6) de la S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral, Primer turno de la ciudad de Limpio, a cargo del Juez Abog. Esteban Espinoza Fernández, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente.

II. NO HACER LUGAR parcialmente al Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora contra el primer decisorio de la S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral, Primer turno de la ciudad de Limpio, a cargo del Juez Abog. Esteban Espinoza Fernández, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente, y en consecuencia confirmar el punto 1) de la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral Primer Turno de esta ciudad, a cargo del Juez Esteban Espinoza Fernández, de conformidad a los fundamentos expuestos en el Exordio de la presente resolución.

III. HACER LUGAR parcialmente al Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada contra el segundo decisorio de la S.D. N° 06 de fecha 11 de marzo de 2020, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral, Primer turno de la ciudad de Limpio, a cargo del Juez Abog. Esteban Espinoza Fernández, y en consecuencia revocar parcialmente este segundo decisorio, en el sentido de tener por no efectuado el pago al trabajador de la suma de Gs. 18.675.000 (DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL), y revocar parcialmente el tercer decisorio de referida resolución, dejando establecido el monto de la liquidación en Gs. 41.236.532 (cuarenta y un millones doscientos treinta y seis mil quinientos treinta y dos), de conformidad a los fundamentos expuestos en el Exordio de la presente resolución), de conformidad a los fundamentos expuestos en el Exordio de la presente resolución.

IV. NO HACER LUGAR al Recurso de Apelación interpuesto por el Abogado Herminio Cantero con matrícula C.S.J. N° 9083 en representación de la parte actora contra la S.D. N° 10 de fecha 08 de junio de 2020, y en consecuencia CONFIRMAR in totum la resolución recurrida, de conformidad a los fundamentos expuestos en el Exordio de la presente resolución.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL

V. DISPONER, las costas en la presente instancia a la perdedora, de conformidad a los argumentos expuestos en el Exordio de la presente resolución.

VI. DEVOLVER estos autos al Juzgado de origen.

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

MAGISTRADOS: Abogada Silvia Patricia Centurión Ortiz, Doctora Elodia Almirón Prujel y Abogado Arnaldo Lévera Gómez, bajo la Presidencia del último de los nombrados.

Abog. Patricia Gómez López, Actuaría.

JUZGADO PENAL DE SENTENCIA N° 30

Capital

ACUERDO Y SENTENCIA N° 74

***Cuestión debatida:** Acción de Amparo Constitucional contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPYBS) promovida por una ciudadana paraguaya para acceder a la vacuna contra el SARS-COVID-19.*

AMPARO. Fundamentación.

El Amparo es una garantía de orden constitucional consagrada en el art. 134 de la Constitución Nacional, que establece: “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 sus derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la Ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por vía ordinaria, podrá promover el Amparo ante el magistrado competente...”.

DERECHO A LA VIDA.

La Constitución Nacional, que en su Art. 4 DEL DERECHO A LA VIDA. "...El Derecho a la vida es inherente a la persona humana...Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica..." el Art 6 DE LA CALIDAD DE VIDA. "...La calidad de vida será promovida por el Estado...", continúa señalado el Art. 46. DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS. "...Todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios...". A su vez el art. 68 de la

Constitución Nacional en forma imperativa señala: “El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona...Nadie será privado de Asistencia Pública para prevenir o tratar enfermedades...”. De las normas señaladas se colige que la Constitución Nacional no hace distinciones, todos los habitantes tienen los mismos derechos para el acceso a los beneficios que en cuanto a salud brinde el Estado. Todo esto acorde a los convenios internacionales suscriptos por el Estado paraguayo y los cuales se encuentra obligado, así tenemos la ley 1/89 que aprueba y ratifica la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el cual en su art. 4. Establece el Derecho a la Vida; en su art. 24. Establece la Igualdad ante la ley.

DERECHO A LA SALUD.

El derecho a la salud según la OMS es: "...un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología, política o condición económica o social..." (Constitución de la OMS, 1946). Y ese derecho a la salud y el acceso a esta, debe ser garantizado por el Estado.

Es innegable la obligación que tiene el Estado de brindarle asistencia a sus habitantes, sin discriminación alguna, con más razón si estos se encuentran en situación de vulnerabilidad, que no es otra cosa que la incapacidad de una persona o grupo de personas de resistir cuando se presenta un fenómeno amenazante, o la incapacidad para reponerse cuando es afectado por algo; es la situación por la que atraviesa la recurrente, se ha probado su situación de vulnerabilidad, de ser afectada por SARS-COVID-19 sería incapaz de resistir o de reponerse, donde cualquier síntoma leve podría ocasionarle graves efectos a su salud incluso la muerte, por lo que mal podría la Constitución Nacional defender como un derecho fundamental a la vida, cuando se le priva a una persona vulnerable a inmunizarse, existiría un despropósito; negarle su vacunación sería negarle un derecho humano, habida cuenta que se estaría vedando la posibilidad de vivir en el caso de que sea afectada por el Covid-19, de conformidad a lo establecido por la Constitución Nacional y al Pacto de San José de Costa Rica.

Juzgado Penal de Sentencia N° 30 de la Circunscripción Judicial de la Capital. 15/06/2021. Causa: Laura Magdalena Varela Núñez c/ Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (S.D. N° 74).

CUESTIÓN:

¿Es procedente el Recurso de Amparo Constitucional planteado?

VISTO: El escrito presentado por la señora Laura Magdalena Varela Núñez en representación de su hermana Liz Juana Varela Núñez, bajo patrocinio del defensor Público Abog. Raúl Nogues por el que plantea Acción de Amparo Constitucional, de los que;

RESULTA:

QUE, a fs. 1 al 44, obra el escrito y los recaudos presentados por la señora Laura Magdalena Varela Núñez bajo patrocinio del defensor Público Abog. Raúl Nogues el día 9 de junio del año dos mil veintiuno siendo las ocho y cincuenta horas, por el que promueve Acción de Amparo Constitucional contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPYBS), cuyo fundamento en su parte pertinente refiere: "...Por medio de esta presentación vengo a promover ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL, instituto contemplado en el art. 134 de la Constitución Nacional en concordancia con el Título II "DEL JUICIO DE AMPARO", artículos 565 al 588 del Código Procesal Civil, contra el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL (ESTADO PARAGUAYO), con domicilio en Pettirosi c/ Brasil de la ciudad de Asunción, a favor de LIZ VARELA NÚÑEZ, en mérito a las consideraciones de hecho y de derecho, que seguidamente paso a exponer: Mi hermana LIZ VARELA NÚÑEZ es paciente diagnosticada con la enfermedad de POMPE, según los documentos adjuntados a esta presentación, los mismos fueron emitidos por la patóloga Dra. ANALÍA TARATTUTO, de la clínica Chamoles de la ciudad de Buenos Aires. Así mismo se adjuntan constancias médicas del Hospital de Clínicas de Asunción que demuestran el tratamiento que sigue la afectada. También se adjunta el certificado otorgado por la SENADIS. En ese mismo sentido cabe destacar que la enfermedad de POMPE es una enfermedad considerada rara, una anomalía genética degenerativa que afecta y debilita los pulmones, los músculos y el corazón. Además, mi hermana LIZ VARELA NÚÑEZ posee una traqueotomía que no le permite hablar, además posee un respirador artificial que le permite respirar. Actualmente es de

conocimiento público que la vacunación contra el Covid-19 se hace conforme a una franja etaria establecida en el Plan Nacional de Vacunación contra el Covid – 19, protegiendo a los grupos más vulnerables. Con el objetivo general de reducir la morbilidad y mortalidad causada por esta enfermedad, mediante la vacunación frente al SARS-COV-2, en un contexto de disponibilidad progresiva de dosis, protegiendo a los grupos más vulnerables. Si bien es cierto que la Sra. LIZ JUANA VARELA NUÑEZ no se encuentra dentro de la franja etaria para ser vacunada por el Plan Nacional de Vacunación contra el Covid-19, la misma es tan o más vulnerable que una persona de 75 años por los tantos padecimientos que sufre desde la aparición de la enfermedad de POMPE, situación está que le ubica en un peldaño por llamarlo privilegiado para la vacunación respectiva y con la urgencia actual de la cirugía neurológica programada. Este Plan Nacional de Vacunación contra el Covid – 19, desconoce totalmente el derecho de las personas con enfermedades catastróficas, ya que los mismos son iguales o más vulnerables que los adultos mayores para los cuales se previó la vacunación respectiva. Es por ello, que solicito a V.S. que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (Hospital Distrital de Lambaré) u otro hospital o vacunatorio más cercano a su domicilio proceda a aplicar la dosis correspondiente contra el SARS-COV-2 a la SEÑORA LIZ JUANA VARELA NUÑEZ, de 45 años de edad, como institución garante de la salud de todos los ciudadanos, prevista en nuestra Carta Magna. En consecuencia, la precitada OMISIÓN MANIFIESTA del MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, fundada en que la vacunación contra el SARS-COVID-2 solo se hace en determinadas personas que cumplan con la edad correspondiente establecida en el Plan Nacional de Vacunación contra el Covid - 19 tiene la entidad suficiente como para LESIONAR de manera GRAVE el derecho a la vida, la salud y la igualdad, siendo ILEGÍTIMO por ser contrario a los DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES...”.

QUE, por providencia de fecha 09 de junio del año en curso, se tuvo por iniciada la Acción de Amparo Constitucional que promueve la señora Laura Magdalena Varela Núñez, a favor de su hermana Liz Varela Núñez, bajo patrocinio del Abogado Raúl Bogues Vargas; se habilita días y horas inhábiles para la tramitación de la presente Acción, se oficia al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y al Médico Forense de Turno de la Corte Suprema de Justicia. Se procede a correr traslado de la presente

Acción a la parte demandada para que dentro del plazo de Ley remita al Juzgado informe circunstanciado, de conformidad a lo que dispone el Artículo 572 del Código Procesal Civil, con copia del escrito presentado. Con respecto a la medida de urgencia solicitada, no se hizo lugar, teniendo en cuenta que la orden de la realización del acto omitido implicaría la concesión del Amparo por vía de la medida cautelar. Se habilitó la oficina de Mesa de Entrada de Atención Permanente para la presentación de escritos en los días y horas inhábiles, de conformidad al Art. 585 del Código Procesal Penal.

QUE, a fs. 47 de autos, obra informe del Médico Forense de Turno de la Corte Suprema de Justicia, Dr. David Samudio Villamayor, en el que expresó: "...El síndrome o enfermedad de Pompe es una enfermedad genética autosómica recesiva, grave, progresiva, poco frecuente (Incidencia: 1/40.000 a 1/300.000), causada por la deficiencia de la enzima ALFA GLUCOSIDASA a nivel de los músculos y otros órganos del cuerpo, lo cual genera una disfunción progresiva de los músculos proximales de los miembros y para troncales, luego del diafragma y de los músculos respiratorios accesorios. La debilidad de los músculos respiratorios, la alteración del mecanismo de la tos y de la deglución provocan infecciones respiratorias repetidas (bronquitis, neumonías) Según consta en el Certificado de Discapacidad expedido por la SENADIS en fecha 30 de setiembre de 2.020 en un informe realizado por el DR. Cristhian Otto, Neurólogo del Hospital de Clínicas de San Lorenzo-Paraguay, con Reg. Prof. N° 7.102, y refrendado por la Dra. Jazmín Ovelar (fisiatra), la Sra. Liz Juana Varela Núñez padece de; Enfermedad de Pompe con Cuadriparesia motora predominante en los miembros inferiores; traqueostomizada y asistida por un respirador, todo lo cual representa una Discapacidad Motora Grave. Debido a su condición de Salud, la Sra. LIZ JUANA VERLA NUÑEZ se encuentra en situación de vulnerabilidad ante el Covid-19.

QUE, a fs. 50/65 de autos, obran recaudos y contestación del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, en la cual refiere: "...II. ELEVAR INFORME CIRCUNSTANCIADO DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL ART. 572° DEL C.P.C. De conformidad a lo dispuesto a través de la providencia de fecha 09 de junio de 2021, y notificada por cedula al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en la misma fecha, venimos por el presente escrito a elevar el informe circunstanciado respecto al objeto de la presente demanda, en los siguientes términos: A través

del presente juicio, se solicita que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social proceda a aplicar la dosis correspondiente contra el SARS-COV 2 a la señora LIZ JUANA VARELA NUÑEZ de 45 años de edad, diagnosticada con la enfermedad del POMPE. Al respecto, a través del Memorándum V.M.R.V.S. N° 191/2021, de fecha 11 de junio de 2021, la Jefa de Gabinete del Viceministerio de Rectoría de Vigilancia de la Salud, Dra. Karen Elizabeth Díaz, remite la Nota D-PAI N° 554/2021, de fecha 10 de junio del 2021, enviada por el Dr. Héctor Castro, Director del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, respondiendo los puntos solicitados por el Juzgado a través del Oficio N° 56, de fecha 09 de junio de 2021, en los siguientes términos: 1.- El plan de vacunación para personas vulnerables. Cuyo objetivo es reducir la movilidad y la mortalidad causada por esta enfermedad mediante la vacunación frente al SARS-COV-2, en un contexto de disponibilidad progresiva de dosis, protegiendo a los grupos más vulnerables. Se ha tenido en cuenta para la priorización de la vacunación, el comportamiento epidemiológico de la enfermedad en nuestro país, se ha identificado factores que aumentan la mortalidad, los cuales serán tomados en cuenta al momento de establecer prioridades, tales como la edad mayor de 60 años, presencia de comorbilidades, realización de trabajos asociados a mayor exposición fundamos expresados en la Resolución S.G. N° 092. 2.- Si en el caso específico de personas: Síndrome (POMPE) cuando les tocaría vacunarse: En la Etapa II las personas con comorbilidades. 3.- Cuales son los parámetros críticos que se tendría en cuenta para la vacunación. En cuanto a los parámetros para la priorización y fueron mencionados en el punto 1. 4.- Si cuentan con una Dependencia, Dirección u Oficina donde se determina, califica las situaciones si se encuentra o no dentro de las personas vulnerables. Los cambios en la prioridad mencionado en el plan, puede estar sujeto a modificación de acuerdo a la información epidemiológica del país y la evidencia científica disponible. En tal sentido se adjunta el Plan de Vacunación, del cual en la actualidad se está desarrollando en la etapa 1 con la vacunación de personas mayores de 60 años o más y a mujeres embarazadas mayores de 18 años con 20 o más semanas de gestación que cumplan con los criterios de personas de salud y a aquellas con alto riesgo de morbilidad grave. Cabe mencionar que las personas se incluyeron a la etapa 1 a personas de 50 años o más. Las personas vulnerables que sean mayores de 50 años de edad se encuentran contempladas en

la etapa del Plan Nacional de Vacunación. La Acción de Amparo se halla supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos establecidos en el Art. 134 de la Constitución Nacional. a) Acto u omisión manifiestamente ilegítimo; b) lesión grave o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en la Constitución Nacional o en la ley; c) que el caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria; d) Urgencia. Ningún presupuesto señalado arriba se encuentra acreditado en autos. La Campaña de Vacunación COVID-19, se lleva adelante considerando tres etapas y grupos prioritarios, hallándose la situación planteada en estos autos prevista en la Fase II, según el informe del Programa Amplio de Inmunizaciones y que puede observarse en el link del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social: <https://www.vacunate.gov.py/>. En consecuencia, no existe negativa alguna al acceso a las vacunas contra el Covid-19, pero el acceso a las mismas responde a criterios técnicos y lineamientos claramente definidos por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social como la más alta autoridad en materia sanitaria (Art. 3° del Ley N° 836/80 “Código Sanitario”, basados en una ley específica sobre vacunas, por lo que es falso que el Plan de Vacunación contra el Covid-19, desconoce totalmente el derecho de las personas con enfermedades catastróficas, como se alega en el escrito de demanda. El requisito de la urgencia tampoco se encuentra acreditado. Por las consideraciones expuestas, la presente acción debe ser rechazada, por no hallarse acreditado los presupuestos establecidos en el Art. 134° de la Constitución Nacional...” y;

CONSIDERANDO:

QUE, al realizar el estudio sobre lo planteado tenemos el Art. 570 del Código Procesal Civil dispone: “...El Juez que reciba la demanda de Amparo debe enterarse de ella inmediatamente y si la encontrare de notoria improcedencia la rechazará y ordenará su archivo...”; en el presente caso, la Acción de Amparo planteada es notoriamente procedente debido a que la recurrente por su situación de salud, se encuentra en el grupo de persona vulnerables. En ese sentido cabe señalar que la señora Liz Varela Núñez de acuerdo a los recaudos agregados en autos, y al informe del Médico Forense, es diagnosticada con el del Síndrome de POMPE.

Resulta oportuno iniciar el análisis de la cuestión puesto a consideración de esta magistratura, recordando que el Amparo es una garantía de orden constitucional consagrada en el art. 134 de la Constitución Nacional, que establece: “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 sus derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la Ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por vía ordinaria, podrá promover el Amparo ante el magistrado competente...”.

En ese entendimiento, para analizar el Amparo, se debe tener presente que se trata de un remedio excepcional, es decir, solo procede en los casos que, de un modo claro, preciso y manifiesto, se acredite la restricción ilegal a los derechos individuales o una amenaza inminente de aquello que razonablemente puede ocurrir y, únicamente, cuando no exista en los procedimientos administrativos o judiciales normales, la vía necesaria para la protección de los derechos afectados o amenazados. Sólo procede ante la ineficiencia o insuficiencia de los otros procedimientos arbitrados para la protección de los derechos, por ello también ha sido calificado de "residual".

El caso que nos ocupa, se verifica que lo que cuestiona la accionante no es un acto ilegítimo de autoridad que atenta contra derechos fundamentales, sino una omisión del órgano público, en este caso, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, que específicamente consiste en la negativa de proporcionar y aplicar la vacuna contra el SARS-COVID19, a la Señora Liz Juana Varela Núñez, una persona con condiciones de comorbilidad, basados en el cronograma establecido en el Plan Nacional de Vacunación, que se encuentra en una etapa en la que todavía no contempla a la situación de la accionante.

QUE, asimismo, los representantes del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, solicitan el rechazo de la Acción Constitucional promovida, porque no se dan los requisitos exigidos por el art. 134 de la C.N. habida cuenta que no existe negativa para proporcionar la vacuna a la recurrente, mediante la interpretación de que la campaña de vacunación y se lleva adelante considerando tres etapas y grupos prioritarios pero el acceso a las mismas responde a criterios técnicos y lineamientos claramente definidos por el MSPYBS, y señalan que la accionante se encuentra en la etapa II del grupo de personas que deberán ser inoculadas. Asimismo, expresan los demandados que el requisito de urgencia tampoco se encuentra acreditado, sin embargo, no se mencionan los fundamentos o argumentos para concluir tal afirmación.

Que, teniendo en cuenta que esta magistrada no cuenta con la expertiz para interpretar los documentos médicos presentados por la accionante, como medida de mejor proveer, por un lado, requirió informe al Médico Forense del Poder Judicial, así como se solicitó informe al MSPYBS. En ese contexto, se tiene el informe del médico forense que queda en claro, que el diagnóstico de la accionante es el de el "Síndrome o Enfermedad de Pompe" con cuadriparesia motora predominante en los miembros inferiores; traqueostomizada y asistida por un respirador, todo lo cual representa una discapacidad motora grave. Debido a su condición de salud la señora Liz Varela Núñez se encuentra en situación de vulnerabilidad ante la COVID-19.

No obstante, en la propia contestación del Amparo por parte del MSPYBS resulta claro que el organismo competente ha calificado la situación de la accionante como "persona con comorbilidad", candidata para acceder a la vacuna conforme el Plan Nacional de Vacunación en la Etapa II, que justamente prevé a "personas de 18 a 59 años que padecen enfermedad de base". En efecto, para ser más específicos, se tiene que la contestación de la demanda obrante en autos refiere expresamente: La campaña de Vacunación COVID-19, se lleva adelante considerando tres etapas y grupos prioritarios, hallándose la situación planteada en estos autos prevista en fase II, según el Programa Ampliado de Inmunizaciones y que puede observarse en el link del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social: <https://www.vacunante.gov.py> (sic).

Conforme a la tabla por ellos mismos presentada (esto es, la tabla oficial que utiliza el MSPYBS en la que describen las fases o etapas de vacunación y los candidatos), así como de la consulta pertinente del link proporcionado en su escrito, se verifica claramente que la Fase II, describe de la siguiente manera dicha categoría como: "Personas de 18 a 59 años con comorbilidades o estados de salud de los que se determine corren un riesgo significativamente mayor a sufrir cuadros graves de enfermedad o muerte".

Esto es, cualquier duda que se podría suscitar en cuanto a la calificación de la situación de salud de la accionante, ha sido debidamente aclarada por la cartera sanitaria, quedando de manifiesto expresamente que su diagnóstico, según el ente rector, es considerando como un "estado de comorbilidad" que sitúa en un lugar de riesgo significativamente mayor

para adquirir la forma grave de la enfermedad e inclusive la muerte, dicha categorización da el propio MSPYBS.

Este dato es suficiente para que esta magistratura, pueda afirmar con certeza por un lado, que sí existe una omisión del órgano público, que si bien por un lado admite el riesgo alto de la paciente ante esta enfermedad, por el otro, le niegan el acceso a la vacuna haciendo primar una cuestión organizativa o administrativa sobre su derecho prioritario a salud, que el Estado debe y tiene la obligación de garantizar y que es constitucionalmente reconocido.

La inejecución de las políticas públicas, la falta de gestión del estado y de los entes responsables, son cuestiones no imputables o atribuibles a los ciudadanos y, por ende, no pueden cargar con ellas o sus consecuencias, más aún cuando su situación de salud la coloca en una condición de vulnerabilidad que debe ser resguardada, que requiere ser tutelada debidamente.

En ese sentido es menester traer a colación las disposiciones de la Constitución Nacional, que en su Art. 4 DEL DERECHO A LA VIDA. "...El Derecho a la vida es inherente a la persona humana... Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica..." el Art 6 DE LA CALIDAD DE VIDA. "...La calidad de vida será promovida por el Estado...", continúa señalado el Art. 46. "DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS. "...Todos los habitantes son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios...". A su vez el art. 68 de la Constitución Nacional en forma imperativa señala: "El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona... Nadie será privado de Asistencia Pública para prevenir o tratar enfermedades...". De las normas señaladas se colige que la Constitución Nacional no hace distinciones, todos los habitantes tienen los mismos derechos para el acceso a los benéficos que en cuanto a salud brinda en Estado. Todo esto acorde de los convenios internacionales suscriptos por el Estado paraguay y los cuales se encuentra obligado, así tenemos la ley 1/89 que aprueba y ratifica la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el cual en su art. 4. Establece el Derecho a la Vida; en su art. 24. Establece la Igualdad ante la ley.

QUE, es innegable la obligación que tiene el Estado en brindarle asistencia a sus habitantes, sin discriminación alguna, con más razón si estos se encuentran en situación de vulnerabilidad, que no es otra cosa que la incapacidad de una persona o grupo de personas de resistir cuando se presenta un fenómeno amenazante, o la incapacidad para reponerse cuando es afectado por algo; es la situación por la que atraviesa la recurrente, se ha probado su situación de vulnerabilidad, de ser afectada por SARS-COVID-19 sería incapaz de resistir o de reponerse, donde cualquier síntoma leve podría ocasionarle graves efectos a su salud incluso la muerte, por lo que mal podría la Constitución Nacional defender como un derecho fundamental a la vida, cuando se le priva a una persona vulnerable a inmunizarse, existiría un despropósito; negarle su vacunación sería negarle un derecho humano, habida cuenta que se estaría vedando la posibilidad de vivir en el caso de que sea afectada por el Covid-19, de conformidad a lo establecido por la Constitución Nacional y al Pacto de San José de Costa Rica.

Por su parte, el Código Sanitario establece, en su parte pertinente: "...Este Código regula las funciones del Estado en lo relativo al cuidado integral de la salud del pueblo..." (art. 1); "El Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, es la más alta dependencia del Estado competente en materia de salud y aspectos fundamentales del bienestar social..." (Art. 3); "El cuidado de la salud comprende: a) en relación a las personas las acciones integrales y coordinadas de promoción, protección, recuperación y rehabilitación del estado de bienestar físico, mental y social..."(art. 10). Asimismo, el mencionado cuerpo legal establece: "El Ministerio arbitrará las medidas para disminuir o eliminar los riesgos de enfermedades transmisibles, mediante acciones preventivas, curativas y rehabilitadoras, que tiendan a elevar el nivel inmunitario de las personas y combatir las fuentes de infección..." (Art. 25).

El derecho a la salud según la OMS es: "...un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología, política o condición económica o social..." (Constitución de la OMS, 1946). Y ese derecho a la salud y el acceso a esta, debe ser garantizado por el Estado.

JURISPRUDENCIA

Es así que, en base a la normativa expuesta y teniendo en cuenta las pretensiones presentadas por la accionante a la luz de esas consideraciones, es posible afirmar que se dan los presupuestos para que la Acción de Amparo prospere; esto es, existe una omisión manifiestamente ilegítima -la negativa al acceso a la vacuna contra el SARS-COVID 19, de la autoridad competente -el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social-, que lesiona gravemente un derecho consagrado en la Constitución Nacional y las leyes -derecho a la salud- y, se trata de un caso de urgencia que no puede ser reparado por la vía ordinaria -se ha constatado la condición de comorbilidad de la accionante que la torna vulnerable y en riesgo de enfermedad grave o muerte.

En efecto, ha quedado demostrado que la Señora LIZ JUANA VARELA NÚÑEZ, tiene el diagnóstico de síndrome o enfermedad de Pompe es una enfermedad genética autosómica recesiva, grave, progresiva, poco frecuente (Incidencia: 1/40.000 a 1/300.000), causada por la deficiencia de la enzima ALFA GLUCOSIDASA a nivel de los músculos y otros órganos del cuerpo, lo cual genera una disfunción progresiva de los músculos proximales de los miembros y para troncales, luego del diafragma y de los músculos respiratorios accesorios, esta condición preexistente la sitúa dentro de personas que corren riesgo significativamente mayor a sufrir cuadros graves de enfermedad o muerte (según las propias expresiones del MSPYBS). Ciertamente, según el Plan de Vacunación, su edad no le permite acceder a la vacunación, puesto que esta se encuentra en Fase I y su situación, se encuentra prevista en la fase II.

Entonces, si bien no existe una negativa expresa de parte de la cartera de Salud, no es menos cierto que su vacunación no está permitida -omisión- según el plan de vacunación vigente y es innegable que, teniendo en cuenta las propias manifestaciones de los representantes legales del Ministerio, si la accionante solicitara ser inoculada, sería rechazada, puesto que la fase en la que su situación de salud se encuentra contemplada, aún no se inició, por lo que es factible considerar como negativa de acceso a la salud, que debe ser tutelada mediante la Acción de Amparo, puesto que lo que se lesiona es su derecho a la salud, que es constitucionalmente reconocido.

Por otra parte, se debe expresar que la medida es urgente y se encuentra plenamente justificada, puesto que, en los mismos términos que los utilizados por el ente rector, la accionante presenta "comorbilidades".

Al respecto si bien el día domingo 13 de junio del corriente año se han habilitado las inscripciones de las personas de 18 años en adelante para recibir las vacunas en la Fase que les corresponda, no es menos cierto que la fase en la que la situación de la accionante se encuentra no entro en vigencia aún, por lo que justamente por la urgencia del caso y para remediar esta situación de lesión a un derecho fundamental, corresponde ordenar al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social que registre a la señora LIZ VARELA NÚÑEZ con C.I N° 2.215.652, para que en el plazo de 24 horas procedan a su vacunación contra la SARS-COVID-19, con la vacuna disponible y en las dosis que corresponda, dicha vacunación se deberá llevar a cabo en el domicilio particular de la recurrente, sito en las calles 25 de Mayo N° 694 casi Antequera, Edificio Monumental Piso 7, Departamento "B", de la ciudad de Asunción, con teléfono celular N° (0981) 995-187.

En conclusión, corresponde HACER LUGAR a la presente Acción de Amparo promovido por la señora LAURA MAGDALENA VARELA NÚÑEZ, en su carácter de hermana de la señora LIZ VARELA NÚÑEZ, bajo patrocinio Defensor Público Abg. Raúl Nogues Vargas, contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPYBS) y, en consecuencia, ordenar a la demandada a que en el plazo de 24 horas proceda a registrar y vacunar a la recurrente, conforme como se ha expresado en el párrafo precedentemente. Con respecto a las costas, dada la naturaleza de la presente acción, debe ser impuesta por su orden, conforme al art. 193 del Código Procesal Civil.

POR TANTO, el Juzgado Penal de Sentencia N° 30 de esta Circunscripción Judicial, de acuerdo a las normas legales invocadas;

RESUELVE:

1) HACER LUGAR, a la presente Acción de Amparo promovida la señora Laura Magdalena Varela Núñez, en representación de su hermana Liz Juana Varela Núñez, bajo patrocinio del Abogado Raúl Nogues Vargas, contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, en los términos del escrito presentado.

2) DISPONER que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social registre a la señora LIZ JUANA VARELA NÚÑEZ con C.I. N° 2.215.652, para que en el plazo de 24 horas procedan a su vacunación contra la SARS-COVID-19, con la vacuna disponible y en las dosis que corresponda, dicha vacunación se deberá llevar a cabo en el domicilio particular de la

JURISPRUDENCIA

recurrente, sito en las calles 25 de Mayo N° 694 casi Antequera, Edificio Monumental Piso 7, Departamento "B" de la ciudad de Asunción, con teléfono celular (0981) 995-187, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución, notifíquese con copia de la Sentencia para su cumplimiento.

3) COSTAS en el orden causado.

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

Ante mí:

Abog. María Fernanda García de Zúñiga, Juez Penal

Abog. Oscar Javier Paredes, Actuario.

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
CIVIL Y COMERCIAL**

Décimo Turno. Capital

SENTENCIA DEFINITIVA N° 279

***Cuestión debatida:** Procedencia de un Amparo Constitucional contra el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, con relación a la contravención del derecho a la salud, alegado por el recurrente, y su necesidad de ser inmunizado de manera inmediata contra el COVID-19, en razón que padece una enfermedad crónica que lo hace más vulnerable al virus.*

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Garantías Constitucionales. Amparo. Procedencia.

Que, la procedencia del juicio de Amparo está supeditada al cumplimiento de los requisitos o condiciones genéricos exigidos por el Art. 134 de la de la Constitución Nacional. De esto surge que son requisitos fundamentales para la procedencia de la Acción de Amparo: a) acto u omisión manifiestamente ilegítima; b) lesión grave o eminente peligro contra los derechos y garantías constitucionales y; c) urgencia en el caso que no permita encontrar solución por la vía ordinaria, la ausencia de uno de estos requisitos procede la improcedencia de la acción.

Ley N° 836/80. Código Sanitario.

El art. 8 del Código Sanitario establece que la salud es un estado de completo bienestar, físico, mental y social. En ese orden de ideas el Estado está obligado a velar por la salud de la población, por tratarse de un bien colectivo de interés común, y a la par debe en su carácter de promotor formular políticas y ejecutar acciones relacionadas con las necesidades y urgencias de la población. Este derecho incluye la asistencia de los estamen-

tos públicos en la prevención y tratamiento de enfermedades y emergencias, que a nadie puede privársele.

Ley N° 836/80. Código Sanitario.

Los objetivos fundamentales del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, son los de ejercer la autoridad sanitaria en todo el territorio nacional, conducir la ejecución participativa descentralizada de la política de salud y de ambiente humano, vigilar y evaluar la situación de salud y los programas de atención sanitaria social para garantizar el acceso universal a la prestación integral con equidad, eficiencia, calidad, afianzando así el proceso democrático hacia el desarrollo sostenible.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho de la salud.

Cabe destacar, que nuestra Carta Magna hace expreso reconocimiento al derecho y a la calidad de vida, y asimismo, al derecho a la salud, instituyéndose en un Estado Social de Derecho en el cual, el Estado debe en primer lugar, proteger y promover la integridad física y psíquica como derecho fundamental de la persona. Asimismo, establece que nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Supremacía Constitucional.

Que, debemos mencionar que la Constitución Nacional en su Art. 137 dispone que la ley suprema de la República es la Constitución. Están los tratados, convenios y acuerdos internacionales, aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas, de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado... Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuesta a lo establecido en esta Constitución.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Garantías Constitucionales. Amparo.

Que, del análisis del escrito inicial y de la prueba documental presentada, especialmente del certificado médico emitido por el Doctor JOSÉ MARÍA BREUER PLANAS, debidamente visado por el Ministerio de Sa-

lud Pública y Bienestar Social, surge que el Sr. ALFREDO RAMÓN DELGADO ELIZECHE, es una persona que por su condición de salud (diagnosticado con asma bronquial, asimismo de alergia al polvo y a los ácaros), resulta encontrarse en una situación de seria e importante vulnerabilidad, por lo que existe un verdadero peligro de ser gravemente lesionado en sus derechos mencionados, de no resolverse la cuestión de manera inmediata, por la vía excepcional del Amparo Constitucional, que representa el único remedio procesal para evitar una lesión inminente de daño irreparable en sus derechos y garantías establecidas en las disposiciones legales citadas precedentemente.

Juzgado, Civil y Comercial Décimo Turno. 11/06/2021. “Amparo Constitucional promovido por Alfredo Ramón Delgado Elizeche c/ Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social” (Sent. N° 279).

VISTO: Estos autos de los que;

RESULTA:

Que, en fecha 3 de junio de 2021 se presentó ante el juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 8° Turno de esta Capital, el Abogado ALFREDO RAMON DELGADO ELIZECHE, por derecho propio, a promover Acción de Amparo contra el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, a los efectos de conseguir de manera inmediata la aplicación contra el COVID-19, fundando su pedido en los siguientes términos. Como se acredita con la documentación que se acompaña, desde mi nacimiento padezco de ASMA BRONQUIAL, asimismo de alergia al polvo y a los ácaros, en tal sentido sigo tratamiento con el alergista Dr. José María Breuer quien es una eminencia en el campo médico, especialmente en materia de cuadros respiratorios. Esta situación me hace altamente vulnerable al COVID-19. Es sabido que el asma es una enfermedad crónica que afecta directamente a los pulmones y a los bronquios, razón por la cual es considerado como enfermedad base, y que las personas que la padecemos, somos considerados como "personas de grupo de riesgo". En esa inteligencia, fundo la presente acción, puesto que actualmente tengo 36 años, pero el gobierno no ha autorizado aún el suministro de las vacunas a personas que se encuentran dentro de este rango de edad, pero teniendo en cuenta mi alto grado de vulnerabilidad y en razón al contagio masivo imperante en la sociedad, promuevo esta garantía constitucional, a

efectos de que se ordene al Ministerio de Salud me suministre la citada vacuna de manera inmediata. Así las cosas, es cuestionable desde todo punto de vista el criterio de aplicación implementado por el gobierno, en el sentido de priorizar a las personas de avanzada edad antes que, a toda la población, sin embargo, a la hora de optar por otorgar camas de UTI se prioriza a las personas jóvenes, pues supuestamente tienen mayores posibilidades de sobrevivir, aquí hay una clara contradicción en la política de salud pública llevada a cabo a lo largo de estos años. Es dable hacer notar a V.S. que las garantías consagradas en la Constitución Nacional son derechos fundamentales y que ninguna Ley/decreto puede alterar ningún derecho en su esencia, ello nos hace razonar que ninguna vida, no se puede cargar a la ciudadanía con la desidia del gobierno por falta de gestión para la compra de las vacunas, tampoco podemos ser responsables de la falta de posibilidad de adquirir las mismas por medios privados, puesto que como es de público conocimiento el Estado monopolizó la compra y por ende la distribución de dichas vacunas, extremo que se puede cotejar con la gran cantidad de compatriotas que a diario están viajando a países vecinos buscando salvaguardar sus vidas. Que, por otra parte, soy Presidente de la fundación de ancianos SAN JOAQUÍN Y SANTA ANA, y en tal contexto, tenemos en nuestra institución 60 abuelos vulnerables, con los cuales tenemos contacto, permanente, por lo que también amerita mi inmunización, por la alta posibilidad de que pueda yo ser el transmisor del virus en estos hogares. Además, soy curador y sostén económico de mi madre, la señora MARÍA TERESA ELIZECHE DE DELGADO, quien es una persona altamente vulnerable por su cuadro clínico, con quien también tengo contacto permanente...".

Que, por providencia de fecha 3 de junio de 2021 se tuvo por iniciado el presente juicio de AMPARO Constitucional promovido por ALFREDO RAMÓN DELGADO ELIZECHE contra el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL y de la misma se corrió traslado a la accionada, requiriendo informe circunstanciado dentro del plazo de tres días.

Que, en fecha 7 de junio de 2021 se presentaron los Abogados OMAR GUSTAVO VALDEZ ALCARAZ y CRISTOFER DELGADO TORRES, en nombre y representación del MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, a elevar informe circunstanciado, en los siguientes términos "...De conformidad a lo dispuesto a través de la providencia de fecha 3 de junio de 2021, y notificada al Ministerio de Salud Pública y Bie-

nestar Social en la misma fecha, vengo por el presente escrito a elevar informe circunstanciado respecto al objeto de la presente demanda, en los siguientes términos: A través del presente juicio, el Sr. Alfredo Ramón Delgado Elizeche, solicita ser vacunado contra el Covid-19, alegando padecer desde su nacimiento ASMA BRONQUIAL, como también alergia al polvo y a los ácaros. Conforme al documento del accionante, se sostiene que, no se encuentra dentro de la edad correspondiente a la Fase I de vacunación actual, hallándose en la Fase II, que comprende a las personas entre 18 a 59 años, con enfermedades base. El plan de vacunación establecido por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, cuyos Lineamientos Técnicos y Operativos de Vacunación contra COVID19, fueron aprobados a través de la Resolución S.G. N° 043 de fecha 21 de enero 2021.

Teniendo en cuenta la disponibilidad de vacunas se ha dispuesto el inicio de la vacunación en base a grupos de priorización dentro de las etapas de vacunación: 1. 22 de febrero de 2021: Trabajadores de la Salud afectados a la primera línea de atención de pacientes con covid-19, según riesgo y exposición, registrados en la plataforma habilitada por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. 2. 10 de abril de 2021: Vacunación en Hogares de Ancianos y personas encamadas en áreas de influencia de las Unidades de Salud de la Familia (mayores de 60 años). 3. 13 de abril de 2021: Vacunación a personas adultas de 85 años en adelante y adultos mayores de 60 años con imposibilidad de moverse (encamadas, no censadas por las Unidades de Salud de la Familia). El 13 de abril de 2021 se habilita el registro de personas mayores de 60 años hasta 84 años). 4- 27 de abril de 2021: Vacunación de adultos mayores de 75 años (registrados). 5. 10 de mayo de 2021: Vacunación de adultos mayores de 70 años (registrados); 6. Actualmente se está vacunando a los adultos mayores de 62 años de edad o por cumplir. La Ley N° 836/80 "Código Sanitario" establece en Art. 3 lo siguiente: "El Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, que en adelante se denominará el Ministerio, es la más alta dependencia del Estado competente en materia de salud y aspectos fundamentales del bienestar social". La Ley Nacional de Vacunas N° 4.621/2021 en su artículo 10 establece "La presente Ley tiene por objeto garantizar la protección de todos los habitantes de la República contra Enfermedades Inmunoprevenibles a través de la vacunación y de acuerdo con el Esquema Nacional de vacunación establecido por el Programa Ampliado de Inmunizaciones,

dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, el cual se aplicará de manera regular y permanente en todo el territorio nacional." El Art. 20 del citado cuerpo legal expresa que "Se establecerá Esquemas Especiales de Vacunación para grupos de riesgo específicos, como viajeros internacionales, el personal de salud, los enfermos crónicos, inmunocomprometidos o con otras condiciones especiales. Estos esquemas se definirán de acuerdo con los criterios epidemiológicos, con el Reglamento Sanitario Internacional y otros lineamientos nacionales e internacionales. Conforme a las normativas señaladas precedentemente, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social es la más alta dependencia del Estado competente en materia de salud y aspectos fundamentales de bienestar social y la vacunación contra el Covid-19, responde al Plan Nacional de Vacunación de la población responde a Lineamientos Técnico establecidos por Resolución S.G.046, de fecha 21 de enero de 2021, establecida por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. La campaña de vacunación COVID-19, se lleva adelante considerando tres etapas y grupos prioritarios, hallándose la situación planteada en estos autos prevista en la Fase II, conforme se puede observar en el link del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social con lo que queda demostrado que no existe negativa alguna de la Institución para el acceso de las vacunas a la población.

Que, por providencia de fecha 7 de junio de 2021 se tuvo por contestada la demanda en los términos del informe circunstanciado presentado. El Juzgado se consideró competente este juzgado para entender en la presente Acción de Amparo, se ordenó la apertura del juicio a pruebas y se admitieron las pruebas ofrecidas.

Que, por providencia de fecha 10 de junio de 2021 se llamó autos para sentencia, y,

CONSIDERANDO:

Que, el Abogado ALFREDO RAMÓN DELGADO ELIZECHE se presentó ante el Juzgado por derecho propio y bajo patrocinio de Abogado a promover Acción de Amparo Constitucional, contra el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, alegando que su nacimiento padece de asma bronquial, asimismo de alergia al polvo y a los ácaros, lo que lo convierte en una persona altamente vulnerable al COVID-19. Señala que actualmente cuenta con 36 años de edad, por lo que no se encuentra dentro del grupo etario o rango de edad que en este momento se encuentra siendo inmunizado, por lo que teniendo en cuenta su alto grado de vulne-

rabilidad y el gran peligro de contagio imperante en la sociedad, promueve la presente Acción de Amparo.

Por su parte el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, sostiene que no existe negativa alguna por parte de la institución para el acceso a las vacunas para los ciudadanos, sino que, señala que existen "fases de vacunaciones" establecidas por lineamientos técnico que favorecen a grupos prioritarios por su grado de vulnerabilidad, y que eventualmente el demandado recibiría la vacuna, una vez que llegue la fase correspondiente a su situación de salud y a su edad.

Que, la procedencia del Juicio de Amparo está supeditada al cumplimiento de los requisitos o condiciones genéricos exigidos por el Art. 134 de la de la Constitución Nacional que dice: "*Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de una particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos y 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, gratuito, y de acción popular para los casos previstos...*". De esto surge que son requisitos fundamentales para la procedencia de la Acción de Amparo: a) acto u omisión manifiestamente ilegítimo; b) lesión grave o eminente peligro contra los derechos y garantías constitucionales y c) urgencia en el caso que no permita encontrar solución por la vía ordinaria, la ausencia de uno de estos requisitos procede la improcedencia de la acción.

Que, la CONSTITUCIÓN NACIONAL también establece:

Artículo 1.- De la forma del Estado y de Gobierno "... *Se constituye en Estado social de derecho... fundada en el reconocimiento de la dignidad humana...*".

Artículo 4- Del derecho a la vida "...*El derecho a la vida es inherente a la persona humana...*", "...*Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica...*".

Artículo 6.- *De la calidad de vida* "... La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad...".

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, plagas, y de socorro en los casos de catástrofe y de accidentes...”.

El art. 8 del Código Sanitario establece que la salud es un estado de completo físico bienestar físico, mental y social. En ese orden de ideas el Estado está obligado a velar por la salud de la población, por tratarse de un bien colectivo de interés común, y a la par debe en su carácter de promotor formular políticas y ejecutar acciones relacionadas con las necesidades y urgencias de la población. Este derecho incluye la asistencia de los estamentos públicos en la prevención y tratamiento de enfermedades y emergencias, que a nadie puede privársele. El art. 4 del Decreto No. 21.376/1998 “Por el cual se establece la nueva organización funcional del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social”, dispone: *“El derecho de todas las personas a un nivel adecuado y digno de vida en lo que respecta a la salud y al bienestar, no sólo descansa en la atención médica y sanitaria, sino que comprende a la vez al derecho a un nivel adecuado de alimentos, agua, vivienda, educación, trabajo y servicios sociales desde una perspectiva de género y dentro de un marco de libertad, paz, seguridad y equidad, en consonancia con un ambiente saludable”*, y el art. 7 *“Los objetivos fundamentales del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, son los de ejercer la autoridad sanitaria en todo el territorio nacional, conducir la ejecución participativa descentralizada de la política de salud y de ambiente humano, vigilar y evaluar la situación de salud y los programas de atención sanitaria social para garantizar el acceso universal a la prestación integral con equidad, eficiencia, calidad, afianzando así el proceso democrático hacia el desarrollo sostenible”*. Cabe destacar, que nuestra Carta Magna hace expreso reconocimiento al derecho y a la calidad de vida, y asimismo, al derecho a la salud, instituyéndose en un Estado social de derecho en el cual, el Estado debe en primer lugar, proteger y promover la integridad física y psíquica como derecho fundamental de la persona. Asimismo, establece que nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades.

Que, debemos mencionar que la Constitución Nacional en su Art. 137 dispone que la Ley Suprema de la República es la Constitución. Están los tratados, convenios y acuerdos internacionales, aprobados y ratificados, las Leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas, de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia integran el derecho positi-

vo nacional en el orden de prelación enunciado... Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuesta a lo establecido en esta Constitución.

Que, del análisis del escrito inicial y de la prueba documental presentada, especialmente del certificado médico emitido por el Doctor JOSÉ MARÍA BREUER PLANAS, debidamente visado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, surge que el Sr. ALFREDO RAMÓN DELGADO ELIZECHE es una persona que por su condición de salud (diagnosticado con asma bronquial, asimismo de alergia al polvo y a los ácaros), resulta encontrarse en una situación de seria e importante vulnerabilidad, por lo que existe un verdadero peligro de ser gravemente lesionado en sus derechos mencionados, de no resolverse la cuestión de manera inmediata, por la vía excepcional del Amparo Constitucional, que representa el único remedio procesal para evitar una lesión inminente de daño irreparable en sus derechos y garantías establecidas en las disposiciones legales citadas precedentemente.

En estas circunstancias, esta Magistratura es del criterio que para remediar la situación de peligro inminente de la persona a cuyo favor se interpone la presente Acción de Amparo, debe ordenarse la registración, para agendar su vacunación ante el vacunatorio que le corresponda.

Se hace constar además que según consta en la Página oficial del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, desde el lunes 14 de junio de 2021, comenzará el registro de personas mayores de 18 años (con o sin enfermedad base). Sin embargo, en vista a la urgencia que presente este caso, corresponde de igual manera hacer lugar a la Acción de Amparo interpuesta.

Que las costas, dada la naturaleza de la presente Acción de Amparo, debe ser impuesta por su orden, conforme art. 193 del Código Procesal Civil.

POR TANTO, atento a los argumentos y a las disposiciones legales citadas en el exordio de la presente resolución, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la capital e interino del Octavo Turno,

RESUELVE:

HACER LUGAR a la Acción de Amparo Constitucional promovido por ALFREDO RAMÓN DELGADO ELIZECHE, por derecho propio, contra el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, y en

JURISPRUDENCIA

consecuencia, **DISPONER** que dentro del plazo de 48 horas, el recurrente ALFREDO RAMÓN DELGADO ELIZECHE, proceda a APLICARSE alguna de las VACUNAS contra el COVID-19 disponible en el país, ante el centro vacunatorio habilitado por el Ministerio de Salud, correspondiente a su domicilio.

IMPONER las costas en el orden causado.

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

Magistrada: Rocío González Morel.

Ante mí: Abg. Alexis Nicolás Arturo Brambilla.
