



CORTE
SUPREMA
DE JUSTICIA



Compromiso con la gente

GACETA JUDICIAL

DOCTRINA

Revisando la lesión, vicio de los actos jurídicos.
Prof. Dr. Alberto Martínez Simón.

JURISPRUDENCIA

Fallos de la Sala Constitucional, Civil y Penal de la C.S.J.
Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia

Instituto de Investigaciones Jurídicas

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Año 2022
NÚMERO I

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro Responsable

Año 2022 – Número 1

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**INTERCONTINENTAL
E D I T O R A**

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° 1/2022
Primera edición 2022: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)
DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, MINISTRO RESPONSABLE

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

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN Y ELABORACIÓN
ABG. NORA BANICIE MURDOCH GUIRLAND
ABG. ALEXANDER ARGÜELLO ALDERETE
ABG. MARÍA CRISTINA SANABRIA SANABRIA
ABG. MARIELA ALEJANDRA MOLINAS DURÉ
ABG. ROBERTO CARLOS RUÍZ DÍAZ

COLABORACIÓN
DIRECCIÓN DE COMUNICACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DISEÑO DE TAPA
SOFÍA ORREGO DURAÑONA

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

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

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

CONTENIDO

ÍNDICES

Índice Temático	11
Índice por Tribunales	17

DOCTRINA

Revisando la lesión, vicio de los actos jurídicos	19
Prof. Dr. Alberto Martínez Simón	

JURISPRUDENCIA

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. Resoluciones Judiciales. NULIDAD. ARBITRARIEDAD. DERECHO PROCESAL. DOBLE INSTANCIA. FUNDAMENTACIÓN. Forma. Interpretación. DERECHO A SER OÍDO. TRIBUNAL DE APELACIÓN. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. DEBIDO PROCESO. JURISPRUDENCIA. RECURSO DE APELACIÓN. SENTENCIA. Reenvío. C.S.J. Sala Constitucional. 11/03/2021 (Ac. y Sent. N° 67).	63
SENTENCIA. NULIDAD DE LA SENTENCIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos procesales. Derecho a la defensa. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SENTENCIA ARBITRARIA. C.S.J. Sala Constitucional. 06/05/2021 (Ac. y Sent N° 235).	74
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SENTENCIA. Vicios de la sentencia. SENTENCIA ARBITRARIA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. PRINCIPIO DE EQUIDAD. C.S.J. Sala Constitucional. 11/11/2021 (Ac. y Sent. N° 647).	87

CONTENIDO

SENTENCIA. NULIDAD DE ACTO JURÍDICO. CONTRATO. Principios generales. Efectos del contrato. Inoponibilidad. C.S.J. Sala Civil. 10/02/2022 (Ac. y Sent. N° 06).....	106
RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Trámite. Interposición. Objeto. Legitimación activa. Requisitos. Decisión directa. VIOLENCIA FAMILIAR. Tipo objetivo. Ley N° 5.378/2014. Ámbito de convivencia. Ley N° 5.378/2014. Ámbito familiar. Aprovechamiento del ámbito familiar o de convivencia. El ejercicio de violencia física o psíquica. COSTAS. En el orden causado. C.S.J. Sala Penal. 14/02/2022 (A.I. N° 44)	139
DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LEY N° 125/91 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO”. Consulta Vinculante. Ley N° 2.421/04 “DE REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL”. Utilidades deducibles. Reserva Legal. Porcentaje Legal. IVA. Alcance. Interpretación. Vigencia. Bienes. Servicios. Impuestos. Deducción. INTERPRETACIÓN DE LA LEY. LEY N° 5.061/13 “QUE MODIFICA DISPOSICIONES DE LA LEY N° 125 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO” Y DISPONE OTRAS MEDIDAS DE CARÁCTER TRIBUTARIO”. Préstamos. Entidades de intermediación financiera. Tasa. Intereses. Comisiones. Recargos. ADMINISTRACIÓN. Irregularidad. DECRETO N° 1.440/14 “POR EL CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 24, 29 y 30 DEL ANEXO AL DECRETO N° 1.030/2013 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA) ESTABLECIDO EN LA LEY N° 125/91 Y SUS MODIFICACIONES”. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. DERECHO ADMINISTRATIVO. PRESUNCIÓN. LEGALIDAD. REGULARIDAD. ACTOS ADMINISTRATIVOS. C.S.J. Sala Penal. 17/07/2020 (Ac. y Sent. N° 455).	161
LEY N° 1.680/01 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Del derecho a la Salud. Del Principio de interés superior del niño. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL. Plan Nacional de vacunación contra Covid 19, inmuni-	

CONTENIDO

zación de niños y niñas de 5 a 11 años. LEY N° 6495 “QUE AUTORIZA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE AUDIENCIAS POR MEDIOS TELEMÁTICOS EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO”. Principio de la autonomía progresiva. TApel. de la Niñez y Adolescencia. 28/01/2022 (Ac. y Sent. N° 2).	173
SENTENCIA. Fundamentación. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS. Derechos del Niño. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Interés Superior del Niño. Patria Potestad. MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Ministerio Público. Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno San Lorenzo. 08/11/2021 (S.D. N° 861).	187



Índice Temático

“CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”, 173
Del Derecho a la Salud, 173

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 65, 66, 75, 87

ACTOS ADMINISTRATIVOS, 165

ADMINISTRACIÓN, 164
Irregularidad, 164

ARBITRARIEDAD, 63, 66

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, 188, 189
Interés Superior del Niño, 188
Patria Potestad, 189

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 74,
75, 187
Derechos a la defensa, 75
Derechos procesales, 74, 75

CONTRATO, 108, 109, 110
Efectos del contrato, 108, 109, 110
Inoponibilidad, 108, 109, 110
Principios generales, 108, 109, 110

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, 63
Resoluciones Judiciales, 63

ÍNDICE TEMÁTICO

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS, 188

Derechos del Niño, 188

COSTAS, 144

En el orden causado, 144

DEBIDO PROCESO, 65, 66

DECRETO N° 1.440/14 “POR EL CUAL SE MODIFICAN LOS
ARTÍCULOS 24, 29 y 30 DEL ANEXO AL DECRETO N° 1.030/2013
"POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL IMPUESTO AL VALOR
AGREGADO (IVA) ESTABLECIDO EN LA LEY N° 125/91 Y SUS
MODIFICACIONES”, 164

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 161

DERECHO A LA DEFENSA, 65, 66

DERECHO A SER OÍDO, 64

DERECHO ADMINISTRATIVO, 165

DERECHO PROCESAL, 63, 64, 65, 66

DOBLE INSTANCIA, 63, 64, 65, 66

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 190

Ministerio Público, 190

FUNDAMENTACIÓN, 63, 64

Forma, 63, 64

Interpretación, 64

INTERPRETACIÓN DE LA LEY, 163

Bienes, 163

Impuesto, 163

Servicios, 163

ÍNDICE TEMÁTICO

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, 164

JURISPRUDENCIA, 66

LEGALIDAD, 165

LEY N° 1.680/01 – “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”,
173, 175

Del Principio del Interés Superior del Niño, 173

Principio de la autonomía progresiva, 175

LEY N° 125/91 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN
TRIBUTARIO”, 161, 162, 163, 164

Consulta Vinculante, 161

LEY N° 2.421/04 “REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE
ADECUACIÓN FISCAL”, 162, 163, 164

Alcance, 163

Bienes, 164

Deducción, 164

Interpretación, 163

IVA, 162, 164

Porcentaje legal, 162, 164

Reserva legal, 162

Servicios, 163, 164

Tasa, 164

Utilidades deducibles, 162

Vigencia, 163

LEY N° 5.061/13 “QUE MODIFICA DISPOSICIONES DE LA LEY N° 125
‘QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO’ Y
DISPONE OTRAS MEDIDAS DE CARÁCTER TRIBUTARIO”, 162

Comisiones, 162

Entidades de intermediación financiera, 162

Intereses, 162

Préstamos, 162

ÍNDICE TEMÁTICO

Recargos, 162

Tasa, 162

LEY N° 6.495 – “QUE AUTORIZA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE AUDIENCIAS POR MEDIOS TELEMÁTICOS EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO”, 175

MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN, 189

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, 174

Plan Nacional de vacunación contra Covid 19 inmunización de niños y niñas de 5 a 11 años, 174

MINISTERIO PÚBLICO, 187

Fiscalía General del Estado, 187

NULIDAD, 63, 66

Reenvío, 66

NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, 106, 107

NULIDAD DE LA SENTENCIA, 74, 75

PRESUNCIÓN, 165

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, 88, 89, 90

PRINCIPIO DE EQUIDAD, 90

RECURSO DE APELACIÓN, 66

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN, 139, 140, 141

Decisión directa, 141

Interposición, 140

Legitimación activa, 140

Objeto, 140, 141

ÍNDICE TEMÁTICO

Requisitos, 141

Trámite, 139

REGULARIDAD, 165

SENTENCIA, 66, 74, 75, 87, 88, 89, 90, 106, 107, 187

Fundamentación, 66, 187

Vicios de la Sentencia, 87, 88, 89, 90

SENTENCIA ARBITRARIA, 75, 87, 90

TRIBUNAL DE APELACIÓN, 65

Fundamentación, 65

VIOLENCIA FAMILIAR, 142, 143, 144

Ámbito de convivencia, 142, 143

Ámbito familiar, 143

Aprovechamiento del ámbito familiar o de convivencia, 143

El ejercicio de violencia física o psíquica, 144

Ley N° 5.378/2014, 142, 143, 144

Tipo objetivo, 142



Índice por Tribunales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

- C.S.J. Sala Constitucional. 11/03/2021. “Acción de Inconstitucionalidad: Promovida por MEPSHOW S.A. en los autos caratulados: César Concepción Chaparro c/ MEPSHOW S.A. s/ Cumplimiento de Contrato” (Ac. y Sent. 67). 63
- C.S.J. Sala Constitucional. 06/05/2021. “Acción de Inconstitucionalidad promovida por Flavio Luis Bastianel y otros en los autos caratulados Heriberto Manuel Lezcano c/ Flavio Luis Bastianel y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico, Reivindicación de inmueble y otros” (Ac. y Sent. 235). 74
- C.S.J. Sala Constitucional. 11/11/2021. “Acción de Inconstitucionalidad Adalina Giménez Giménez, María de los Ángeles Giménez Giménez, Iban Adrián Lezcano y Hernán Abdulio Giménez Lezcano c/ Juan Ariel Gauto Chun s/ Petición de Herencia” (Ac. y Sent. N° 647). 87

Sala Civil

- C.S.J. Sala Civil 10/02/2022. “Cesar Borges de Souza c/ Juan Andrés Romero y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 06). 106

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Sala Penal

- C.S.J. Sala Penal. 14/02/2022. Causa: “Rec. Interpuesto por Natalia Daniela Ávalos Villalba por derecho propio y bajo patrocinio de las Abogadas Romina Rolón, Margarita Heralesky y Lucía Sandoval en la causa: Juan Víctor Molas Turo s/ Violencia Familiar” (A.I. N° 44)..... 139
- C.S.J. Sala Penal. 17/07/2020. “CITIBANK N. A. c/ Res. N° 195 de fecha 20/10/15, y otras dictadas por la Sub-Secretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. N° 455)..... 161

TRIBUNAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

- TApel. de la Niñez y la Adolescencia. 28/01/2022. “K. D. K. G. y otra s/ Medida Cautelar” (Ac. y Sent. N° 02)..... 173

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

- Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno San Lorenzo. 08/11/2021. Juicio: “K. D. K. G. y otra s/ Medidas Cautelares” (S.D. N° 861)..... 187



Doctrina

Revisando la lesión, vicio de los actos jurídicos¹

Prof. Dr. Alberto Martínez Simón²

Sumario

1. Introducción. 2. Antecedentes. 2.1. Antecedentes romanos. 2.2. Antecedentes españoles. 2.3. Antecedente francés. 2.4. Antecedente alemán. 2.5. Antecedente suizo. 2.6. Antecedente argentino. 3. Lesión objetiva, lesión subjetiva. 3.1. Lesión objetiva. 3.2. Lesión subjetiva. 4. Características del instituto según el Código Civil paraguayo. 4.1. Elementos subjetivos. 4.1.1. Que la parte esté en una de las situaciones de inferioridad indicadas por la ley. a) La necesidad. b) La ligereza. c) La inexperiencia. 4.1.2. Notoria desigualdad entre las prestaciones. 4.1.3. Aprovechamiento

¹ Cabe destacar que este artículo fue escrito para ser publicado en la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, en su edición No. 29, años 2020 y 2021. Fue publicado en la Sección “Derecho Civil”, de la página 129 a la 162 de la misma.

² Abogado, mejor egresado de la promoción 1992, Escribano Público y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Docente de grado y postgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción y de postgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Ejerció la profesión de Abogado. Fue Juez de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial y Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, en Asunción. Ministro de la Corte Suprema de Justicia, integrante de la Sala Civil y Comercial de la misma. Miembro de Número de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

del beneficiado. 5. Presunción que nace de la notable desigualdad en las prestaciones. 5.1. Primera posición: la notable desproporción entre las prestaciones incluye presumir también el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. 5.2. Segunda posición: la notable desproporción entre las prestaciones no incluye presumir el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. 6. Acciones a que da lugar el vicio de la lesión. 6.1. Acción de nulidad. 6.2. Acción de modificación equitativa. 6.3. Prerrogativa del demandado. 6.4. Crítica a la acción de nulidad en los casos de invocarse necesidad o inexperiencia. 7. Contratos a los que se aplica la lesión. 8. ¿Prescripción de la acción o caducidad del derecho? 9. La lesión en Unidroit. 10. A modo de conclusión.

Breve prólogo: Del efecto del tiempo en lo que hacemos

El tiempo nos da la oportunidad de revisar lo que hemos hecho y, algunas veces, hasta de corregirlo. Toda obra hecha por una persona, por el solo hecho de ser producto del afán humano, contendrá, irremediablemente, errores, imperfecciones, omisiones, redundancias y otros defectos que ameriten ser corregidos. Estas breves páginas, obviamente, no son la excepción. Escritas por primera vez en el año 2009³, el tiempo me otorgó la posibilidad de rever lo hecho, de volver a leer lo escrito, de estudiar de nuevo lo que ya había estudiado, y así, de ratificar lo que entendí que debía ser confirmado y, muy especialmente, de rectificar lo que me percaté que debía ser corregido. Es absolutamente seguro que haya cometido, en este nuevo acto –temerario y reincidente– de escribir, nuevos errores. Le pido al tiempo, me otorgue en el futuro, la misma chance que ahora me dio, de tratar de enmendarlos.

³ La obra original fue publicada en la Revista Jurídica de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, del año 2009, con el título de “La lesión, vicio de los actos jurídicos”.

También fue publicada por la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales entre las “Conclusiones del Congreso por los 20 años del Código Civil”. Homenaje al Prof. Dr. José Ramón Silva Alonso, en el año 2009, con el mismo título.

Ya que esta nueva versión del mismo trabajo constituye una revisión de lo escrito en aquel entonces, agregué al título original, la palabra “Revisando”.

Dicho esto, me propongo volver a analizar, a estudiar y, sobre todo, a pensar en el instituto de la **lesión como vicio de los actos jurídicos**, objeto de este breve trabajo, comprometiéndome a dejar puntualizados los cambios de criterio y las correcciones que el tiempo me han permitido hacer, entre la obra original y esta, dada como reedición de la primera, para dejar constancia y evidencia de ello. Por ende, manos a la obra.

1. Introducción

La **lesión** es uno de los institutos novedosos que tuvo acogida en el Código Civil paraguayo, que entró en vigencia en el año 1987. Este instituto fue incluido, a fin de moralizar los actos jurídicos, y proteger la práctica de la buena fe y de las buenas costumbres en los mismos, evitando el aprovechamiento de ciertas circunstancias extremas de una de las partes que podrían llevarla a realizar negocios ruinosos, determinado por las circunstancias particulares que le afectan y que están puntualmente citados en la norma que regula el instituto.

Hagamos, pues, una revisión del instituto, y repasemos algunos hechos y algunas características del mismo.

2. Antecedentes

2.1. Antecedentes romanos

El instituto de la **lesión**, que pasaremos a estudiar, reconoce sus raíces en el Derecho Romano. Es, por ende, un instituto que cuenta ya con varios siglos de antigüedad encima.

Las fuentes señalan un Rescripto de los emperadores **Dioclesiano** y **Maximiniano** del año 285 de nuestra era⁴, dado en contestación a la consulta formulada por un súbdito, y en virtud del cual se autorizaba a

⁴ Al respecto la norma en cuestión establecía: “*Si tú o tu padre hubiereis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano que, restituyendo tú el precio a los compradores recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiere, reciba lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero*”.

rescindir un contrato de compraventa cuando el precio pagado ha sido menor a la mitad del “justo precio” del bien o, dicho de otra forma, del valor real del inmueble.

Nótese que esta norma establecía un *criterio objetivo* al determinar puntual y específicamente un parámetro fijo para determinar si el contrato en cuestión podía, o no, ser rescindido por esta causa.

Con un criterio similar, el Código de Justiniano acogió la idea, y la convirtió en norma (Ley 8ª, Libro IV, título XLIV): “*Ni la buena fe permite, ni razón alguna concede que rescinda un contrato concluido por el consentimiento; salvo que se haya dado menos de la mitad del justo precio al tiempo de la venta, y deba otorgarse al comprador la elección ya otorgada*”.

Esta norma del **Código de Justiniano**, repite la idea del **Rescripto** del año 285, en el sentido que se establecía la posibilidad de rescindir el acuerdo, si el precio abonado **no haya alcanzado la mitad** de lo que se consideraría *justo valor* de la cosa. Concluimos, entonces, que el criterio objetivo volvía a imponerse en la redacción romana, para definir el instituto.

2.2. Antecedentes españoles

Después de estas normas romanas, debemos reconocer que *cayó en el olvido* el instituto, durante muchos siglos, –o por lo menos, quien escribe estas páginas no encontró referencias al mismo– hasta que reapareció en el derecho español, en el **Fuero Real**, al conceder acción a las partes de un contrato, cuando se probara la lesión.

Posteriormente, el **Ordenamiento Real** amplió la acción por lesión a otros contratos, como el contrato de compraventa, al contrato de permuta, al de dación en pago, al contrato de arrendamiento, entre otros.

2.3. Antecedente francés

El Código Civil francés de 1804, incorporó, según se ha afirmado, a pedido del propio Napoleón, el instituto de la lesión. Así, el Art. 1674⁵, se

⁵ **Art. 1674. Código Civil francés de 1804.** Si el vendedor hubiera resultado lesionado en más de siete doceavas partes en el precio de un inmueble, tendrá el derecho de pedir la rescisión de la venta, incluso cuando hubiera renunciado

dispuso que se podía proceder a la rescisión contractual siempre que no se abonara en la compraventa de **inmueble**, siete de las doceavas partes (7/12) del valor del inmueble vendido, con lo cual, claramente este código se enlista dentro de la llamada **lesión objetiva**, que implica una valoración matemática de la diferencia de valor entre lo vendido y el precio recibido, limitándose igualmente la aplicación del instituto –por lo menos en el Art. 1674, antes citado– al negocio de la compraventa.

Llama también la atención la mención que hace la norma al objeto vendido: un inmueble, con lo cual podría ponerse en entredicho si el instituto de la lesión podría o no aplicarse a la compraventa cuando recaiga sobre otros objetos distintos a aquel.

2.4. Antecedente alemán

Debemos reconocer que De Gásperi cita al Código Civil alemán de 1900 (BGB) como una de sus fuentes más cercanas, para la redacción de la norma que regulara la lesión y que aquel propusiera en su anteproyecto. El BGB recogió en su cuerpo al instituto, y lo consagró como norma, en el Art. 138, con esta redacción: *“Es nulo todo acto contrario a las buenas costumbres. En particular será nulo el acto jurídico por el cual alguien explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para sí o un tercero que, a cambio de una prestación, le prometa o entregue ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que, teniendo en cuenta las circunstancias exista una desproporción chocante con ella”*.

2.5. Antecedente suizo

También el Código General Suizo de las Obligaciones⁶ aceptó la lesión, exigiendo igualmente la *desproporción* entre las prestaciones otorga-

expresamente en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión, y que hubiera declarado donar la plusvalía.

⁶ **Art. 21. Código Civil Suizo de las Obligaciones.** En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del plazo de un año, declarar

das por las partes, sin establecer un criterio objetivo sobre aquella, y especificando que la lesión debió ser producida por la penuria, la ligereza o la inexperiencia de la parte afectada.

El perfil del instituto en el código suizo es claramente subjetivo.

Sobre estos antecedentes legislativos, se fue tejiendo una serie de opiniones doctrinarias que pusieron en el tapete las discusiones sobre el instituto, revitalizando la idea de adoptarlo a fin de *moralizar* los actos jurídicos, e impedir los abusos, en contra de las partes más débiles de la transacción.

2.6. Antecedente argentino

Debe señalarse que Vélez Sarsfield al proyectar el Código Civil argentino, siguiendo una línea filosófica liberal, de corte individualista, no incluyó el instituto de la lesión. Al respecto redactó la **nota** al Artículo 943 del Código Civil⁷.

que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia.

⁷ “*Todos los que nos hemos formado estudiando el Código de Vélez conocemos la nota final al título de los vicios de la voluntad, que suele ser citada como nota al artículo 943. El legislador, luego de ocuparse del error, el dolo y la violencia, como vicios que invalidan la declaración de voluntad, explica por qué no ha incluido un cuarto título destinado a la lesión, que para los tratadistas franceses era también un vicio de la voluntad. Ilustra Vélez la nota con las fórmulas del derecho romano, de las viejas leyes españolas, y las adoptadas por los Códigos de su época que tomaron como modelo al Código francés, procurando destacar las diferencias que existían entre ellas y afirmando que eso demostraba que ‘no han tenido un principio uniforme al establecer la teoría’ y concluye su análisis con estas palabras ‘dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos’.* **Moisset de Espanés, Luís. La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay.** Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

Recién con la reforma del Código Civil de Vélez, realizada en 1968, se incluyó el Art. 954 que recoge el instituto⁸.

3. Lesión objetiva, lesión subjetiva

Los códigos civiles de los países consagran **uno de dos sistemas**: el de la **lesión objetiva** y el de la **lesión subjetiva**. Predominan, según el recuento que realizamos, los del segundo grupo, en los códigos civiles que hemos analizado. Seguidamente vamos a exponer, brevemente, las características de cada uno de los dos sistemas.

3.1. Lesión objetiva

La lesión objetiva se caracteriza por establecer una base objetiva – de ahí su nombre– o matemática de la desproporción que se produce entre las prestaciones que se otorgan las partes del contrato. En ese sentido, se recurren a fórmulas como la “*mitad del justo precio*”, estableciendo, como se dijo, un parámetro **objetivo** y hasta matemático de las desproporciones.

Por ese motivo, los Códigos que consagran el sistema de la **lesión objetiva**, normalmente no hacen alusión a elementos subjetivos que podrían afectar a una de las partes del contrato como la ligereza, la inexperiencia, el estado de necesidad, el estado de penuria, u otros, a los que sí se refieren los códigos civiles que consagran la lesión subjetiva.

⁸ **Código Civil argentino de Vélez, según texto de la Ley 17711, año 1968. Art. 954.** Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Como se trata de establecer **parámetros fijos, matemáticos, objetivos** en la comparación de las contraprestaciones, usualmente los códigos que adoptan el sistema de la **lesión objetiva** limitan su aplicación a **actos jurídicos específicos**, conteniendo artículos que hacen referencia puntual al acto al cual se refieren, como al **del contrato de compraventa** y a otros contratos a los que dedica también artículos puntuales.

Recordemos que este era el sistema que utilizaban los primeros antecedentes romanos⁹ y que, como ejemplos de Códigos Civiles que consagran este sistema de la lesión objetiva, se citan al **código chileno** y al **colombiano**¹⁰ que reúnen todos los requisitos antes señalados, entre ellos la limitación de la aplicación de la **lesión** a un acto jurídico puntual, en el caso de los artículos de esos códigos, citados a pie de página, el de la **compraventa**¹¹.

⁹ **Rescripto de Dioclesiano y Maximiniano, año 285 d.C.** Si tú o tu padre hubiereis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano que, restituyendo tú el precio a los compradores recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiere, reciba lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor si no se hubiera pagado **ni la mitad del precio verdadero**.

Código de Justiniano, Ley 8ª, Libro IV, título XLIV. Ni la buena fe permite, ni razón alguna concede que rescinda un contrato concluido por el consentimiento; salvo que se haya dado **menos de la mitad del justo precio al tiempo de la venta**, y deba otorgarse al comprador la elección ya otorgada.

¹⁰ Ambos códigos, el chileno y el colombiano, son autoría del venezolano Don Andrés Bello, de allí que las redacciones sean idénticas.

¹¹ **Art. 1889 del Código Civil chileno.** El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe **es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende**; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el **justo precio** de la cosa que compra **es inferior a la mitad del precio que paga por ella**. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Art. 1947 del Código Civil colombiano. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe **es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende**; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el **justo precio** de la cosa que compra **es inferior a la mitad del precio que paga por ella**. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Al respecto, nótese que estas normas del **Código Civil de Chile** y el de **Colombia**, hacen inequívocas referencias a elementos que son exclusivos de la **compraventa** como las figuras del *vendedor* y del *comprador*, y al *precio* que es el valor de la contraprestación que se fija por el objeto vendido, así como a los actos de *vender* y *comprar*.

En el caso del **Código Civil de Chile**, también encontramos aplicación de la lesión al negocio de la permuta¹², en la cláusula penal¹³, en el contrato de mutuo con intereses excesivos¹⁴ o en el contrato de partición de bienes¹⁵. En todos estos casos, para los cuales el Código Civil de Chile prevé la aplicación del instituto de la lesión se extrae claramente el perfil **objetivo** de la misma.

¹² **Art. 1900 del Código Civil chileno.** Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio.

¹³ **Art. 1544 del Código Civil chileno.** Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

¹⁴ **Art. 2206 del Código Civil chileno.** El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente.

¹⁵ **Art. 1348 del Código Civil chileno.** Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota.

3.2. Lesión subjetiva

A diferencia de lo que sucede con el sistema de la **lesión objetiva**, la llamada **lesión subjetiva** no establece una base fija o matemática para establecer la desproporción entre las prestaciones, sino que recurre a *impresiones subjetivas* sobre la misma, utilizando las normas de los códigos civiles que recogen este sistema, sintagmas como *notoria desproporción*, *desproporción chocante*, *ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación* y otras similares que indican claramente que nos encontramos en presencia de una valoración que debe hacer el intérprete del acto jurídico a fin de determinar si, a su criterio, se da esta gran diferencia entre lo que cada parte recibe en el acto jurídico.

Pero, la cuestión no queda ahí, va aún más allá, pues, además de dicha *notable o notoria desproporción* de prestaciones, debe existir, también la **explotación** de una situación *subjetiva* de una de las partes del contrato, por parte de la otra, que haya sumido –la situación– a la primera en una posición de *minusvalía* o *inferioridad* en su capacidad de negociación, rompiendo el equilibrio natural de las personas al momento de discutir los temas que atañen a sus intereses, siendo esa situación, como anticipé, explotada por la otra parte del acto jurídico.

Las situaciones de *minusvalía* o *inferioridad* a las que hice referencia son las que las normas de los distintos códigos civiles que recogen este sistema de la **lesión subjetiva** normalmente recogen: el estado de necesidad, ciertas patologías mentales –llamadas en nuestro Código, entiendo, impropriamente, como *ligereza*– la experiencia necesaria en la realización de negocios, u otras similares a las que recurren distintas legislaciones extranjeras como la *suma ignorancia* (citado por el Código Civil mexicano)¹⁶, la debilidad del espíritu o la agitación de otro (citados por el Código Civil austriaco)¹⁷.

Además de los Códigos de México y de Austria, se incorporan a la lista de Códigos Civiles adoptan la **lesión subjetiva**, los códigos de Ale-

¹⁶ Código Civil mexicano (1932) “la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria”.

¹⁷ Código austriaco “ligereza, estado de constreñimiento, debilidad del espíritu, inexperiencia y agitación de otro”.

mania de 1900 (el BGB)¹⁸, y los Códigos Civiles argentinos de Vélez –en su modificación del año 1968–¹⁹ y el del año 2015²⁰.

Yendo al punto que a nosotros más nos toca: el Código Civil paraguayo se inscribe también en la lista de códigos que receptan el sistema de la **lesión subjetiva**²¹.

¹⁸ Código **Civil alemán (BGB, 1900)**. Art. 138: Es nulo todo acto contrario a las buenas costumbres. En particular será nulo el acto jurídico por el cual alguien explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para sí o un tercero que, a cambio de una prestación, le prometa o entregue ventajas **patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación** que, teniendo en cuenta la circunstancia exista una **desproporción chocante** con ella.

¹⁹ **Código Civil argentino de Vélez, según texto de la Ley 17711, año 1968. Art. 954**. Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

²⁰ **Art. 332 C.C. y C. argentino año 2015**. Puede demandarse la **nulidad o la modificación** de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

²¹ Art. 671 C.C. Si uno de los contratantes obtiene una **ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia** de éste podrá el lesionado,

Los códigos civiles que siguen el sistema de la **lesión objetiva** tienen a regular la aplicación de la lesión en distintos contratos, especificando en normas puntuales para cada situación²²; los códigos que siguen el sistema de la **lesión subjetiva**, como el nuestro, no regulan la lesión para actos jurídicos específicos, sino que tienen una redacción genérica, pudiendo aplicarse la misma a los distintos contratos en los que existan contra-prestaciones recíprocas.

4. Características de la lesión en el Código Civil paraguayo

4.1. Elementos subjetivos

Como introducción diremos que el instituto de la lesión como vicio de los actos jurídicos, para ser aplicado, requiere que el lesionado invoque –y luego pruebe, según lo veremos más adelante– una de tres situaciones puntuales, que le hayan convertido en la parte *débil* de la relación, y por la cual, lo obtenido en el negocio es mucho menos de lo que recibió la otra parte, quien, además, debió **aprovecharse**, faltando a su deber de buena fe contractual, de dicha situación que afectaba al lesionado.

Por ende, en primer lugar, debe señalarse que, para la admisión de demandas fundadas en la lesión, existe una **triple exigencia**:

a) que el lesionado pruebe estar en alguna de las situaciones subjetivas indicadas por la ley –necesidad, situación patológica mental llamada ligereza por nuestra ley, o en posición de notoria inexperiencia– que lo sitúe en posición vulnerable ante la otra parte,

b) a esto debemos sumar otro requisito, que sostengo, también es subjetivo, a pesar que la doctrina sostiene que es objetivo: que quien se aprovechó de la situación subjetiva de inferioridad de la otra parte del

dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación.

²² Recordemos el caso del Código Civil de Chile que regula la lesión objetiva, separadamente para distintos contratos: la compraventa (Art. 1889), la permuta (Art. 1900), el mutuo con interés (Art. 2206), la partición de bienes (Art. 1348)

contrato, obtenga una **ventaja desproporcionada**, con la que recibe la otra parte, es decir, precisamente, la afectada por la vulnerabilidad²³ y finalmente,

c) debe establecerse, por lo menos por vía de la presunción que señala la ley, salvo prueba en contrario, que la otra parte se ha aprovechado o explotado esa posición de vulnerabilidad o inferioridad del otro contratante.

En la primera versión de este artículo había sostenido que “*nos parece extrema la conclusión del ilustre Borda, en relación al punto que la enunciación es indicativa y que podrían admitirse otros casos, más propios de otros institutos, como específicamente la inhabilitación, por lo que entendemos que debemos estar, a lo dispuesto puntualmente por nuestra Ley, específicamente en cuanto a la lesión*”.

Sin embargo hoy, habiendo transcurrido el tiempo y habiendo meditado sobre el alcance protector que tiene la **lesión**, especialmente en cuanto se refiere al requisito de la **ligereza**, ligada a un estado patológico mental del afectado, –requisito al que me referiré más adelante– que podría llevarle a tomar decisiones ruinosas, precisamente por la afectación de salud mental que padece, entiendo que podría perfectamente, considerarse que dichas personas perturbadas por “*debilidad mental, la toxicomanía, la ebriedad consuetudinaria, la prodigalidad*” tal como indica **Borda**, en el texto citado a pie de página, podría extenderse la protección y proteger el principio de buena fe que fuera afectado en ese acto jurídico, por la otra

²³ “1171-7. Nuestra ley exige dos condiciones: a) *Que medie un aprovechamiento de la necesidad, la ligereza o inexperiencia de la otra parte. Esta enumeración es simplemente indicativa. Lo sustancial es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte. Por tanto, también debe incluirse el aprovechamiento de la debilidad mental, la toxicomanía, la ebriedad consuetudinaria, la prodigalidad. En todos estos casos habrá que admitir que, por lo menos, se ha obrado con ligereza o inexperiencia; b) que se haya obtenido del contrato una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. La norma es flexible y deja librada a la apreciación judicial cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada*”. **Borda**, Guillermo A. “*Tratado de Derecho Civil*”. Parte General II, 8ª Edición. Editorial Perrot, p. 342.

parte, quien se aprovechó de una o más de dichas condiciones mencionadas, sin llegarse al extremo de declarar a la persona inhabilitada.

Hecha esta introducción, examinemos los requisitos subjetivos que introduce nuestra Ley.

Así, debo decir que quien analice el caso sospechoso de estar afectado por **lesión**, y especialmente el Juez, en los procesos que se entablen en base al Art. 671 del CC, deberá analizar, en primer lugar, si se ha producido –o no– la explotación en uno de los tres extremos que indica la norma, para luego pasar a ver si existe o no una notoria desigualdad entre las prestaciones que recibe cada parte y, finalmente, si una de las partes se ha aprovechado de una de dichas situaciones de inferioridad que se encontraba la otra parte del contrato.

4.1.1. Que la parte esté en una de las situaciones de inferioridad indicadas por la ley

a) La necesidad

De conformidad a cierta averiguación que se hiciera en Tribunales, las acciones de nulidad o las de modificación equitativa del contrato, se dan invocando la afectación a un supuesto *estado de necesidad* de la parte afectada.

Empecemos por revisar la definición y el alcance de la necesidad.

¿Cuándo hay **necesidad**?, o ¿qué tipo de **necesidad** es la que justifica o sustenta la posibilidad de atacar un acto jurídico por lesión?

En primer lugar, debemos decir, que normalmente todas las personas padecen de alguna u otra **necesidad**; permanentemente estas personas *aspiran a algo de lo que carecen*.

Sin embargo, la **necesidad** que justifica la aplicación de la lesión como vicio en el acto jurídico, no es una necesidad ordinaria o común, de aquellas que aparecen todos los días o de las que justificamos para responder a nuestros antojos o a nuestros gustos. Sería muy fácil –y absolutamente inaceptable, desde el punto de vista jurídico– pretender anular la venta de un inmueble por un precio bajo diciendo el demandante, por ejemplo, que tenía la necesidad de cambiar el automóvil viejo que tenía, por un modelo del año, o la necesidad estética que tenía de hacer ciertas rectificaciones faciales, a través de una cirugía plástica embellecedora.

El estado de **necesidad**, como elemento subjetivo de este instituto, no es un estado cualquiera, en donde cualquier tipo de privación, pueda justificar que un acto de disposición se hizo con la *desesperación* imperiosa de hacerse de recursos, sino que es un **estado de carencia** de algo que se considera vital o importantísimo para esa persona que, de no obtenerlo, podría verse perjudicado en un interés que muchísimo máspreciado para ella. Es recurrente, como ejemplo de esta situación, la del padre de familia, que normalmente obtiene unos ingresos suficientes para mantener decorosamente a su familia y es dueño de una casa, pero que, imprevistamente, debe afrontar los gastos exorbitantes de una enfermedad que afecta a uno de sus hijos que podría llevarlo a la muerte. No teniendo los fondos suficientes para afrontar esa enfermedad, cuyo tratamiento es costosísimo, pone en venta su casa. Un vecino acaudalado, sabiendo de dicha situación de necesidad, ofrece comprársela, pero por un monto notoriamente inferior al valor real del inmueble. El dueño de casa, ante la perentoriedad de su necesidad y la posibilidad cierta de perder la vida del hijo, vende el inmueble, obteniendo así el comprador una ventaja manifiesta, luego de explotar la situación de vulnerabilidad –por necesidad– del padre de familia²⁴.

²⁴ “*La amplitud del término necesidad ha sido discutida en distintos congresos de derecho civil, comentados en este trabajo, en algunas legislaciones del derecho comparado se utiliza el término penuria, en otras utiliza el término peligro para dejar de utilizar por su amplitud la necesidad, sin embargo, en algunas legislaciones se hace una diferenciación bien nítida entre peligro y la necesidad, regulando en forma muy especial para los actos celebrados en estado de peligro y los celebrados bajo la influencia de la necesidad como elemento subjetivo de la lesión... Esta situación de angustia o de agobio, **deriva de la carencia de los medios elementales para subsistir imprescindible o necesario, teniendo en cuenta las circunstancias personales de cada agente** o contratante, según el caso. El derecho contempla los casos en que una de las partes realiza un acto por influjo de una circunstancia que constituye un riesgo, un peligro o un constreñimiento de las circunstancias que afectan a la salud, libertad u honor de las personas, afecciones tanto materiales como físicas y espirituales. Todas estas circunstancias se hallan comprendidas dentro del concepto de necesidad de las cuales se hubiesen aprovechado las o la otra parte, sea para obtener una ventaja injusta para sí o para otro”.* **Ríos Avalos**, Bonifacio. “La Lesión”, Intercontinental Editora, 1991, ps. 114/115.

Con el ejemplo narrado, vemos que la familia del dueño del inmueble no pasaba necesidades diarias, es decir, tenían un techo y sus requerimientos de alimentación, vestido, educación, entretenimiento, salud, entre otras, eran atendidas. Pero, sobrevenida una situación puntual –la enfermedad grave y de atención muy costosa de uno de sus hijos– apareció una **necesidad** que ya no podía ser cubierta ordinariamente por el padre de familia, quien, si no atendía dicho requerimiento podía perderse la vida del hijo.

Por ende, la alegación de **necesidad**, para pedir la nulidad o la modificación equitativa de un acto jurídico, deberá pasar por un estado extremo de pobreza o de angustia económica, o por una situación novedosa que antes no estaba contemplada para el lesionado, que movió a la parte afectada a realizar un acto oneroso, por el requerimiento perentorio de medios económicos, para solventar una situación –también extrema– e impostergable, entregando un bien que valía *mucho más* de lo que recibió por el mismo, y determinado por las consecuencias que podría tener dicha **necesidad** si no era atendida, pues implicaría la afectación de un bien jurídico mucho más valioso –como la vida de algún familiar– en comparación con el valor jurídico que significa la propiedad²⁵.

b) La ligereza

Este es uno de los requisitos subjetivos que podría ofrecer más cuestionamientos, por la dificultad de establecer el alcance del mismo. Se podría asignar al término **ligereza** una connotación de *actuar irreflexivo, sin meditación, sin evaluar debidamente el alcance de sus actos*. Debo decir que no es esta la acepción en la cual hay que entender este vocablo (**ligereza**) en el marco de la aplicación del instituto de la **lesión**, pues ese ac-

²⁵ “Por “necesidad” se entiende la falta o carencia de las cosas, **principalmente de lo que es preciso para la vida**; estado carencial o de angustia que puede ser económico o espiritual, y que afecta o disminuye la libertad de elección, **forzando al sujeto a concluir el negocio en condiciones no favorables** y que muy probablemente hubiese rechazado en otras circunstancias”. Título: Nulidad por lesión de una cesión de derechos litigiosos. Autor: Felix A. Trigo Represas. LLBA 2006, 714-DJ 23/08/2006, 1158.

tuar irreflexivo caería en el ámbito de la *culpa personal del agente*, cuyas consecuencias sólo él debería soportar y, por ende, reitero, no es esta la acepción aplicable en los casos en que se demanda con fundamento en este instituto.

Ahondando las críticas con respecto a entender el término **ligereza** como mero obrar sin la debida meditación, debo agregar que sería sumamente difícil convencer a un Juez que por solo *obrar irreflexivamente* sea viable el pedido de una persona que pida se deje sin efecto un acto jurídico o se lo modifique en un sentido más favorable a quien pide esa modificación pues, de admitirse esos pedidos sobre dichas bases, estaríamos abriendo un amplio camino para el advenimiento de la inseguridad jurídica en las transacciones que se realicen en nuestra sociedad.

Sobre el punto, debo ser claros: el mantenimiento de la *seguridad jurídica* es esencial en nuestra sociedad. Los jueces son, en gran medida, custodios de la misma. Por la unilateral alegación de *obrar irreflexivo* será inviable la afectación de un acto jurídico por **lesión** pues, en todos los casos, deberá estarse al mantenimiento del mismo, tal cual fue concebido por las partes.

Recordemos, incluso, que Borda criticaba la inclusión del *error* como vicio de la voluntad²⁶ y, consecuentemente, de los actos jurídicos. Se justificaría la posición de este autor, alegando que no es seria ni creíble esta alegación, pues *nadie podría invocar su propia torpeza* para anular un acto jurídico del cual fue parte, y que tuvo que tener la suficiente habilidad –por ser capaz– de concebirlo de modo tal a responder a su legítimo y real interés.

Entrando entonces en lo que sí debe entenderse por **ligereza**, en el marco del instituto de la **lesión**, debo decir entonces que la doctrina, uná-

²⁶ “1130. Es inadmisibile desde el punto de vista teórico. Teóricamente la anulación de un acto jurídico por error de los contratantes no tiene justificación. Esta conclusión resulta a todas luces evidente si se acepta la teoría de la declaración de voluntad tal como se la ha manifestado, no interesan las razones o motivos puramente psicológicos e internos que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada; el error no justifica, por consiguiente, la anulación”. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T.II., Edit. Perrot, 1984, Bs. As. Argentina, ps. 307/308.

nimemente, indicó que se trata de un estado de **inferioridad mental**, en virtud del cual, una de las partes no alcanzó a entender el contenido real del acto jurídico que estaba realizando; es decir, si se alegase **ligereza**, el actor de la demanda estará reconociendo que, por lo menos en el momento de formular el acto jurídico cuestionado, no estaba en la plenitud de sus capacidades mentales, extremo que, obviamente, debe ser probado por el actor, conforme lo expondremos más adelante con más detalle²⁷.

Cabe reconocer que el vocablo utilizado por la norma para referirse a esta situación de inferioridad –ligereza– no sea probablemente el más feliz, por las acepciones que podría tener, desvinculadas de lo que el codificador quiso legislar que fue la existencia de una patología mental, como situación que sume a una de las partes del acto jurídico en inferioridad o vulnerabilidad con respecto a la otra. Por ello, legislaciones del mundo no

²⁷ “Sin embargo, muchos autores llegaron a la conclusión que el término *ligereza* es indispensable incluir, en todos los códigos donde no se halla regulada la inhabilidad, porque la ley al referirse a la *ligereza* le otorga un significado de ‘inferioridad mental’, en el Comentario que hacen a este término los autores Belluscio y Zannoni, en el tomo 4, del Comentario del Código Civil Argentino, página 370, exponen: ‘No ha de aceptarse una acepción tan amplia del término que comprenda el obrar negligente o imprudente, no se trata de proteger un obrar irreflexivo, ni de permitir que se anulen actos que son frutos de errores inexcusables. El término en sentido técnico – jurídico, es más restringido, pues se reduce a los casos en que el obrar irreflexivo, versátil, voluble obedece a estados mentales patológicos de debilidad o estado de inferioridad mental o estado patológico de inferioridad”. **Ríos Avalos**, Bonifacio. *La lesión como vicio en los actos jurídicos en el Código Civil Paraguayo*, 1ª Edición, Intercontinental Editora, 1991, ps. 115/116.

“Muchos autores se ocupan del término, entre ellos Sandler, Ossipow y Luis Moisset de Espanes, todos ellos llegan a la conclusión de que **la ligereza es un estado psíquico patológico** y una de las principales consecuencias de dicho estado es que **el agente no mide el alcance de las obligaciones que contrae, y no las mide no porque no quiera verlas, sino porque no puede, en razón de su situación de inferioridad mental. Aunque el acto que piensa realizar sea gravemente perjudicial, él lo cree ventajoso y desea realizarlo**”. **Ríos Avalos**, Bonifacio. *La lesión como vicio en los actos jurídicos en el Código Civil Paraguayo*, 1ª Edición, Intercontinental Editora, 1991, p. 81.

utilizan este término y se refieren con términos mucho más claros a la situación psicológica de la persona afectada²⁸.

En la primera edición de este trabajo había sostenido que era criticable la inclusión de la **ligereza** como requisito de la **lesión**, más aún cuando “*nuestra legislación civil contempla expresamente los institutos de la interdicción y la inhabilitación (Arts. 73 y 90, siguientes y concordantes), reservando la segunda de ellas para aquellos casos de ‘debilidad de sus facultades mentales’ en donde el afectado podría no ser apto para cuidar de su persona y sus intereses, conteniendo la norma una disposición abaricante de otros supuestos no expresamente contemplados, en donde se den las mismas características; al respecto, la norma, como una suerte de disposición comprensiva de otros casos genéricos, indica que el instituto de la inhabilitación se proyecta sobre aquellas personas que tengan ‘otros impedimentos psicofísicos’ por los cuales ‘no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses’*”.

La crítica realizada en la primera edición de este trabajo con respecto a la **ligereza** iba encaminada a sostener que la misma era redundante, existiendo ya institutos como la inhabilitación y la interdicción.

Hoy he mudado de criterio al respecto y seguidamente explicaré los fundamentos del cambio.

Si bien es cierto que el Código Civil paraguayo regula la **inhabilitación**²⁹ y la **interdicción**³⁰, como institutos tuitivos de personas que se

²⁸ **Art. 332 C.C. y C. argentino año 2015.** Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, **debilidad síquica** o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación...

Código austriaco “ligereza, estado de constreñimiento, debilidad del espíritu, inexperiencia y agitación de otro”.

²⁹ **Art. 89 C.C.** Se declarará judicialmente la **inhabilitación** de quienes, por **debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofísicos**, no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses. Si en este juicio llegaren a probarse los hechos previstos en el artículo 73, se declarará la interdicción del denunciado.

³⁰ **Art. 73 C.C.** Serán declarados **incapaces** y quedarán sujetos a curatela los mayores de edad y los menores emancipados que por causa de **enfermedad**

encuentren en alguna de las circunstancias que prevén las normas respectivas, debemos decir que la **ligereza** prevista en el Art. 671 del C.C., si bien podría tratarse de algún supuesto ya comprendido en los dos institutos previamente citados, no exige la **permanencia o continuidad de la dolencia** para proceder a la protección de la persona vulnerable que, momentáneamente estaba incura en alguna situación de *inferioridad patológica* que la llevó a realizar un acto jurídico ruinoso.

Por ende, podemos afirmar que la coexistencia de los institutos tuitivos –interdicción e inhabilitación– conjuntamente con la posibilidad de cuestionar por **lesión**, basada en la **ligereza** de uno de los otorgantes –entendida esta última como *estado mental patológico de debilidad o inferioridad*, tal como lo llama la doctrina citada– constituye una verdadera **doble protección** a favor de las personas que podrían hallarse incursas en situaciones de *inferioridad mental*³¹.

Pero, reitero, para que no quepan dudas: la **ligereza** prevista en el Art. 671 del C.C., a pesar de constituir un estado similar a los que podrían presentarse en las situaciones regladas por los Arts. 73 y 89 del C.C., no exige la **permanencia o continuidad** para el otorgamiento de la protección a la persona que se encontraba en *inferioridad mental* al momento de otorgar el acto, situación que pudo desaparecer con posterioridad, según

mental no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los **sordomudos** que no sepan darse a entender por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias.

³¹ “Nuestro Código Civil establece la inhabilitación y a su vez el elemento ‘ligereza’ a la lesión entendemos que al igual que en la República Argentina se otorga una doble protección a los débiles mentales para anular los actos que realizaron en ese estado. Más que nada nos referimos a los actos realizados antes de ser declarada la inhabilitación ya que los posteriores a la declaración carecen de por sí ningún valor (Art. 86 C.C.P.) Sin embargo, el Art. 87 del C.C.P. a su vez establece que los actos anteriores a la interdicción (disposición a su vez aplicable a la inhabilitación) pueden ser anulados. Como habíamos mencionado se otorga una doble protección a los débiles mentales, el de la lesión y el de la inhabilitación”. **Avalos Viera**, Cira Montserrat. *Lesión. Perfil actual del instituto. Necesidad de ajustes legislativos*. Revista Jurídica de la Facultad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, No. 23, año 2014, p. 112.

cual sea la dolencia específica que afectó a la parte del contrato en el momento de otorgarlo.

c) La **inexperiencia**

Otro elemento de difícil explicación, y que por ello lo hace poco atractivo como invocación de pedidos de nulidad o de modificación equitativa, es el de la **inexperiencia**.

Sabemos que la **inexperiencia** es aquella falta de conocimientos y habilidades que se adquieren por la práctica, por la observación, por la oportunidad de haber vivido situaciones idénticas o, por lo menos, parecidas, que instruyen a un ser humano en el desenvolvimiento de sus actos de la vida social y económica, de un modo adecuado a sus legítimos intereses.

La doctrina la ha comparado tanto con el error, como con el dolo y, en puridad, presenta analogía con ambas.

Así, se la comparó con el error, en el sentido que esa *falta de experiencia* podría hacer que quien padece ésta última, podría *equivocarse* en los actos jurídicos que concluya, pues estaría fuera de su alcance la consideración debida de los alcances de aquellos.

También se la comparó con el dolo, en el sentido que si el lesionante toma conocimiento o conciencia de esa falta de experiencia de la persona con quien contrata, podría aprovecharse de ella, y así inducirla o guiarla a producir un acto contrario a sus intereses.

Creemos que las figuras en análisis son claramente distintas, y sus perfiles, si bien podrían generar análisis interesantes como los expresados, no se confunden. En primer lugar, debemos decir que, en la lesión, el lesionado *no es engañado*, es decir, no se ejerce contra él, dolo alguno, pues si así fuese, otra sería la eventual causa de nulidad.

Reitero, sin embargo, en este punto las objeciones –ya expuestas antes– a este elemento, pues el mismo es aún más inexpresivo, más indefinido, más difícil de concebir que la ligereza.

He sostenido en el desarrollo de la cátedra que esta **inexperiencia** es de muy difícil suposición, pues la averiguación de esa *falta de conocimiento que se adquiere con la práctica* exigiría inmiscuirnos en la historia personal de cada afectado, proyectando el análisis a toda su vida, a fin de conocer su exacto estado de versación.

Por otra parte, el *conocimiento experto* es independiente del *saber académico*; he sostenido, en ese sentido, que personas de escasa formación educativa, pueden tener una versación vivencial suficiente para permitirle manejarse con entera ubicación, en referencia a sus legítimos intereses.

4.1.2. Notoria desigualdad entre las prestaciones

Debo empezar diciendo que varios doctrinarios de peso sostienen que la **notable desproporción entre las prestaciones** no es un requisito subjetivo, sino es uno objetivo³². En la primera edición de este trabajo había adoptado la tesis inversa –es decir, que se trata de un requisito subjetivo– y en esta nueva edición, ratifico lo entonces escrito.

Entonces, otro de los elementos subjetivos de la **lesión**, el cuarto, que el Juez deberá analizar al momento de dictar sentencia, es el de la **notoria desigualdad** entre las prestaciones dadas o prometidas por las partes³³.

³² *“En efecto, en el negocio jurídico lesivo el elemento objetivo se materializa mediante la desproporción grosera e injustificada entre las prestaciones, mientras que el elemento subjetivo mediante las condiciones de inferioridad. Entre estos dos elementos se requiere una relación causal, que sin lugar a dudas debe ser el aprovechamiento de aquellas condiciones subjetivas de la víctima, que se manifiesta por medio del elemento externo y fáctico del negocio jurídico consistente en la desproporción grosera entre las prestaciones... ...Conforme se desprende de esta disposición legal, la presunción arranca de la desproporción, se halla originada en esa notable desproporción, es decir, nace del elemento objetivo del acto, lo cual no es aceptable, porque existen actos donde no existe contraprestación y, sin embargo, son plenamente válidos (donación, etc.)”*. Ríos Avalos, Bonifacio. “La Lesión”, Intercontinental Editora, 2001, ps. 173/174.

“Hemos dicho ya que las fórmulas modernas conjugan tres elementos, dos de carácter subjetivo (situación de la víctima, y actitud del beneficiario del acto), y uno de tipo objetivo (desproporción entre las prestaciones)” Moisset de Espanés, Luís. La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay. Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

³³ *“aunque en la norma se utilizan dos vocablos que no son en verdad estrictamente equivalentes, ya que primero se habla de obtención de una ventaja ‘evidentemente desproporcionada’ (2º párrafo), y luego de una ‘notable desproporción de las prestaciones’ (3er párrafo), lo cierto es que de todas maneras parece claro, que se*

Al estudiar el caso planteado en base al Art. 671 del C.C., el mismo estará basado en el hecho de que una parte –la afectada o lesionada– ha recibido muy poco en comparación con lo que recibió la otra, que recibió mucho.

¿Qué es poco y qué es mucho?, o mejor, ¿cuánto es poco y cuanto es mucho?

O, planteando la cuestión en forma más ortodoxa, ¿cuándo existe *notoria desigualdad en las prestaciones*?

Vimos, al analizar los antecedentes, que la legislación moderna, de varios países, ha abandonado el *criterio objetivo*, de raíz romana, en donde la misma norma jurídica, aclaraba qué parámetros eran los mínimos para considerar a un acto afectado por **lesión**.

Nuestra norma actual –el Art. 671 del C.C.– se apartó de este criterio, y establece otro absolutamente *subjetivo*: *establecer a través de criterios personales –del Juez– cuando se dará y cuando no se dará esa notable desproporción*. Es por esto último que considero que este requisito es igualmente subjetivo, ya que dependerá, una vez más, del arbitrio del juez quien establecerá, según su parecer subjetivo, si existe o no una notoria diferencia en lo que recibe cada parte.

No existen, por ende, reglas que analizar. Será la misma experiencia del Juez como *buen padre de familia*, ciudadano de su sociedad, habitante promedio de ella, la que defina si considera *agraviantemente injusto* lo que recibió la parte afectada. Pero debo remarcar, que el Juez podría considerar que el afectado *no recibió el valor real del bien*, sino uno inferior, hecho que por sí solo puede no llenar el requisito de ser *notoriamente despropor-*

ha querido utilizar a ambas expresiones en calidad de sinónimas” Título: Nulidad por lesión de una cesión de derechos litigiosos. Autor: Felix A. Trigo Represas. LLBA 2006, 714-DJ 23/08/2006, 1158.

“la desigualdad o desproporción entre las prestaciones debe resultar injustificable y manifiesta; o sea, debe saltar a la vista la desmesura y el consecuente desequilibrio de las prestaciones, sin que nadie pueda ponerla en duda y sin necesidad de pericia alguna; no obstante lo cual, su apreciación queda siempre librada al prudente arbitrio judicial” Título: Nulidad por lesión de una cesión de derechos litigiosos. Autor: Felix A. Trigo Represas. LLBA 2006, 714-DJ 23/08/2006, 1158.

cionada la prestación. Por lo tanto, la *prestación* recibida por el lesionado, para cumplir este requerimiento, deberá agredir de tal como el conocimiento empírico del concepto de *justo valor* del objeto del contrato, que lleve al Juez al convencimiento que en el supuesto planteado existe –casi– un caso de despojo, atendiendo al valor de dicho objeto, al tiempo del contrato.

Es aquí, en este punto, en donde encuentro, reitero, el fundamento para sostener que este requisito de la **notaria desigualdad de las prestaciones** es subjetivo: en que dependerá del criterio personal, de la evaluación particular del Juez, es decir, de su parecer *subjetivo*.

La norma equivalente de la República Argentina tiene una disposición que parece interesante, pues la misma dispone sobre la *desproporción* que la misma **debía mantenerse al momento de la demanda**.

Veamos qué dice la doctrina al respecto³⁴, y remitámonos a la misma, pues ella explica mejor lo que queremos decir: “*Para apreciar si ha mediado desproporción notable, los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda (Art. 954). La disposición es equitativa. El transcurso del tiempo desajusta muchas veces los valores relativos. Al cabo de algunos años, una cosa puede haberse valorizado o, por el contrario, perdido su valor. Pero ello no le resta justicia a la transacción que, apreciada en el momento en que se la hizo, fue equitativa. De igual modo, debe desestimarse la demanda si la transacción, originariamente injusta y lesiva, ha devenido equita-*

³⁴ “*deben tenerse en cuenta los valores del tiempo del acto, o sea que la notable desproporción en las prestaciones debe existir desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato. Aunque igualmente la desproporción debe subsistir al tiempo de la promoción de la demanda; atento que si en este momento las prestaciones se hubiesen tornado equivalentes y proporcionadas, por cualquier motivo que fuese, habría desaparecido el interés jurídico protegido por la acción, puesto que aun cuando subsistiese el inicial acto lesivo, carecería ya de sentido una acción, que no tendría otra finalidad que la declaración de una nulidad funcionando sin beneficio para nadie*” Título: Nulidad por lesión de una cesión de derechos litigiosos. Autor: Félix A. Trigo Represas. LLBA 2006, 714-DJ 23/08/2006, 1158.

*tiva en el momento de iniciarse el juicio; porque si es así ¿de qué puede quejarse el accionante? El tiempo se ha encargado ya de hacerle justicia”*³⁵.

Un tema que no prevé nuestra ley es la *subsistencia* de la desproporción al momento del planteo de la demanda y que sí expresamente lo previó la legislación argentina³⁶.

A pesar de esta omisión legislativa de nuestra ley, entiendo que debe tenerse en cuenta si dicha desproporción ha desaparecido al plantearse la demanda o durante su transcurso, a fin de admitir o no acciones de este tipo, pues el fundamento de ellas es restituir el equilibrio de las contraprestaciones y ningún sentido tendría hacer lugar a una demanda, cuando ese equilibrio se ha restituido, sin necesidad de **anular** o de **modificar** el acto jurídico.

4.1.3. Aprovechamiento del beneficiado

Un elemento subjetivo más que debe darse para que sea admisible una demanda fundada en la lesión, es el aprovechamiento que hace el beneficiado de la situación de inferioridad de la otra parte y que, en base a ella, obtiene la *ventaja desproporcionada* que le beneficia, constituyendo así una transgresión al principio de **buena fe** que debe estar presente invariablemente en todos los actos jurídicos.

Esto debemos remarcarlo pues, si no existe un aprovechamiento del beneficiado, no habrá lesión y la impugnación del acto jurídico por nulidad o el pedido de su modificación equitativa serán improcedentes, a pesar de existir una ventaja desproporcionada a favor de una de las partes y que perjudica a la otra.

Puede darse perfectamente el caso que el beneficiario no conozca a la otra parte del acto jurídico, antes de formalizar el mismo y, por ende, no

³⁵ **Borda**, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General II*, 8ª Edición. Editorial Perrot, p. 343.

³⁶ **Art. 954 C.C. argentino de Vélez, según ley 17711/68...** Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda.

Art. 332 C.C. y C. argentino año 2015. ...Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

tenga la menor noticia sobre el estado de su patrimonio, su situación de necesidad, la experiencia que tuvo –o no tuvo– en su vida, o el estado de su situación mental, al momento de realizar el acto jurídico. Por tanto, en estas circunstancias, no demostrándose por el actor que el mismo estaba incurso dentro de uno de esos estados de inferioridad, no podremos concluir que la otra parte del acto jurídico explotó uno de ellos.

5. Presunción que nace de la notable desigualdad en las prestaciones

Un punto que debemos tocar como un apéndice de la *notable desigualdad en las prestaciones*, es el atinente a la *presunción* que se genera.

La norma del Art. 671, en su parte pertinente, establece: “*La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario*”. La norma equivalente, en el Código Civil argentino de Vélez (según reforma de la Ley 17711) establece también: “*Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones*”.

A este respecto, debemos señalar que en la doctrina existen dos posiciones bien marcadas, que establecen un derrotero también muy diferente según se adopte una u otra.

5.1. Primera posición: la notable desproporción entre las prestaciones incluye presumir también el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia

Según esta **primera posición**, constatada por el Juez la evidente desproporción entre las prestaciones que se han realizado las partes, ello llevará al magistrado a presumir la explotación de las condiciones de inferioridad –necesidad, ligereza o inexperiencia– y la existencia de, por lo menos, una de estas.

Esto tiene gravitación en cuanto a la carga probatoria de las partes pues, a la actora le competirá probar solo la notoria desproporción entre las prestaciones recibidas por cada una de las partes para ganar el juicio, pues el juez, probada dicha notoria desproporción, pasará a presumir la existencia del estado de inferioridad invocado –necesidad, ligereza o inexperiencia– y la explotación por la otra parte, mientras que a la demandada le corresponderá probar para el mismo fin, es decir, para ganar el juicio –

por efecto de la presunción legal, así interpretada— que no existió ninguna de las condiciones de inferioridad de la parte que alega perjuicio en la transacción o que ellas no fueron explotadas por la parte accionada.

Por ende, estas disposiciones podrían tener relevancia al momento de resolver un juicio planteado, invocando como sustento al vicio de la lesión, pues produce, básicamente, como efecto principal, lo que en doctrina procesal se conoce como *inversión de la carga probatoria*. El Juez debería analizar si conforme a su criterio y percepción personal —como se expusiera arriba— se da en el caso planteado la *notable desigualdad* en las prestaciones otorgadas o prometidas por las partes del acto jurídico atacado.

Por tanto, de adoptarse el criterio sostenido en esta primera posición, sería de buena práctica, que la Sentencia Judicial que resuelva el caso, empiece el análisis del mismo, por esta consideración y, en ese sentido, que el Juez analice si a su criterio las prestaciones recíprocas que registra el acto son —o no— de tal modo desiguales, que *agravian u ofenden* el sentido de *equivalencia* que constituyen —como dijimos— casi un acto de *despojo* de una de las partes, en perjuicio de la otra.

Si llegase a esa conclusión, la norma le *conducirá* al juez a *presumir* que aquel de los elementos subjetivos invocados por el lesionado (necesidad, inexperiencia o ligereza) se ha producido, como antecedente inmediato del acto jurídico atacado, y que, en ese sentido, el lesionante explotó la circunstancia específica invocada por el lesionado para hacerse de un bien cuyo valor excedió —en mucho— el que aquel (el lesionante) dio como contraprestación.

Será, por ende, el supuesto lesionante, demandado en el proceso judicial respectivo, quien deberá producir pruebas que apunten a convencer al juez que aquel *no explotó* la circunstancia puntual invocada por el lesionado, ello, para la hipótesis que el juez considere que la desproporción es *notable*.

¿Cuáles serían los medios que podría utilizar el presunto lesionante, para demostrar que no explotó la situación de inferioridad invocada por el lesionado?

Entendemos que cada caso dará las pautas específicas que el demandado deba probar.

Así, de invocarse el *estado de necesidad*, podrían considerarse interesantes, desde el punto de vista del demandado, que este demuestre

que la oferta de venta del bien –en el caso de tratarse de un acto compra-venta el impugnado– fue *pública*, realizada por medio de la prensa, o que encargó la venta a una empresa inmobiliaria o a corredores del rubro y, en todos esos casos, que el precio ofrecido fue similar o idéntico a aquel en que finalmente se vendió el bien al demandado. Con ello, se llegaría a concluir que la oferta por el precio –que luego fue considerado vil– fue puesta a disposición de cualquiera que lo quisiera pagar, y que el supuesto lesionado concluyó el negocio en condiciones que el mismo lesionado propuso a *todo el mercado*. En caso que no se haya publicitado por medio de la prensa o por una empresa inmobiliaria, iguales consideraciones podrían hacerse si el bien fue puesto a la venta por el mismo lesionado con carteles ofreciendo el bien, colocados en el mismo inmueble ofrecido donde se consignara, por ejemplo, el precio pretendido por el dueño, y –también mediante testigos– demostrar que las condiciones de venta fueron puestas por el lesionado, a todo aquel que quisiese concluir con él el acuerdo. Debería igualmente considerarse relevante la situación particular de las partes, el conocimiento entre ellas, el medio social o laboral en que se desenvuelven, la situación de vecindad –o no– de las partes del acuerdo, y todas aquellas que podrían llevar al juez a presumir o a concluir que el tildado de lesionado *conocía o no* de la situación especial del lesionado.

Como puede notarse, así concebida esta interpretación pone en cabeza del accionado una carga procesal absolutamente irracional: tener que probar que la otra parte no se encontraba en estado de necesidad –lo que supone que el demandado deba inmiscuirse en la situación patrimonial del actor– o no le afectaba alguna patología mental, por lo menos transitoria, lo que implicaría que el accionado conozca y pueda probar, sobre la salud mental del accionado o que tenía la experiencia suficiente para realizar el acto jurídico, lo que lleva a considerar que el accionado debería saber las actividades que realizó el actor a lo largo de su vida, qué estudios tiene, que versación tiene en negocios idénticos o por lo menos, parecidos, de modo tal a tener la versación suficiente en el manejo de sus intereses.

Es por la razón expuesta previamente que he abandonado este criterio –que fuera sostenido en la primera versión de este trabajo, publicado en el 2009– y me he adscripto a la segunda posición que relato más ade-

lante. Debe citarse que existe jurisprudencia nacional que concuerda con esta primera posición con la cual, reitero, discrepo ahora³⁷.

5.2. Segunda posición: la notable desproporción entre las prestaciones no incluye presumir el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia

La segunda posición sobre este punto, sostiene que la **notoria desproporción** entre las prestaciones que recibe cada una de las partes del acto jurídico impugnado implica presumir solo la **explotación** del estado de inferioridad, pero no implica presumir también la existencia del estado mismo, es decir, que haya existido la necesidad, la ligereza o la inexperiencia, estado que debe ser acreditado por el actor de la demanda.

Si bien, como anticipé, en la primera edición de este trabajo había sostenido lo que aquí llamamos primera posición, desarrollada más arriba, he cambiado de criterio y sostengo esta segunda posición³⁸.

³⁷ “Ahora bien, el Art. 671 del C.C. establece en su parte final, que: ‘la notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario’; vale decir, determina que **cuando la desproporción entre las recíprocas prestaciones de las partes contratantes es ‘notable’, o si se quiere, enorme, tal desproporción hace presumir la explotación** (elemento subjetivo intencional) de uno de los contratantes para aprovecharse de la necesidad, de la ligereza, o de la inexperiencia del otro contratante (elemento subjetivo personal del otro contratante) **‘salvo prueba en contrario’, lo cual es indicativo que para revertir la presunción legal es el demandado quien debe acreditar lo contrario, es decir, la inexistencia de la necesidad, inexperiencia o ligereza y por lo tanto, la inexistencia de la explotación, por aplicación del principio de la inversión de la Carga de la prueba.**” Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 1. Juicio: Morel Rodríguez, Nimia E. c. González Florentín, Ramón E. Ac. y Sent. N° 102. Asunción, 12 de setiembre de 2002.

“Al acreditarse por vía de la presunción legal los elementos subjetivos a partir del elemento objetivo de la lesión, la accionante ya no necesita probar nada, sino que, al contrario, **es la parte demandada la que tiene que probar que la actora no se encontraba en estado de necesidad, ni le afectaba la ligereza en la operación o la inexperiencia**”. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 1. 2002/09/12. Juicio: Morel Rodríguez, Nimia E. c. González Florentín, Ramón E. Ac. y Sent. N° 102.

Los fundamentos del cambio de criterio pueden resumirse en lo siguiente: la lectura detallada de la parte específica de la norma indica claramente que lo que el juez debe presumir es solo la explotación de la situación de inferioridad. La ley, en esa parte dice: “*La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario*”.

Nótese que la redacción es inequívoca y se refiere solo a la explotación y no menciona a la existencia del estado de inferioridad. Si el codificador hubiera querido que se incluya al propio estado de inferioridad, hubiera redactado la norma, de otra forma, por caso: *la notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la necesidad, la ligereza o la inexperiencia y la explotación de ellas, salvo prueba en contrario*; pero la ley no lo hizo.

Por otra parte, exigir que el demandado pruebe situaciones muy personales, casi íntimas del accionante –como su situación económica o patrimonial, cuanta experiencia tiene o no tiene en cierto ámbito o que padeció alguna patología mental en el pasado– es una misión casi imposi-

³⁸ La doctrina ha criticado igualmente esta primera posición, de la que me he separado, diciendo cuanto sigue: “*Nos hemos detenido a aclarar el punto porque en un interesante trabajo publicado en Gaceta Judicial 50, el autor –siguiendo a BORDA– al referirse al “onus probandi” afirma que “al lesionado le bastará acreditar la notable desproporción de las prestaciones para presumirse que se encontraba en una situación de necesidad, ligereza o inexperiencia” 51, lo que constituye un serio error. Lo que sucede es que Borda, por esa vía, procura vaciar de contenido al artículo 671 y resucitar la vieja y desacreditada fórmula romana de la lesión enorme. Si tal cosa ocurriese la lesión podría merecer las críticas que se le dirigieron en otro tiempo y sería correcto afirmar que pone en peligro la estabilidad de los contratos o de los actos jurídicos; pero adviértase que no es eso lo que ha hecho el legislador, sino que ha consagrado una figura nueva, que contempla todos los elementos que integran a la lesión, tanto los dos aspectos subjetivos, como el objetivo. Pero también, con mucha sabiduría y prudencia, invirtió la carga de la prueba del “aprovechamiento”, lo que no exime de probar la situación de inferioridad y la existencia de la desproporción.*” **Moisset de Espanés**, Luís. *La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay*. Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

ble, pues implica que el demandado se inmiscuya en ámbitos privadísimos del actor, exigencia que excede toda razonabilidad³⁹.

³⁹ “Presunción: el artículo 671 menciona que ‘la notable desproporción hará presumir la explotación’. Una vez que el juez considere que existe la desproporción manifiesta se presumirá que existió explotación por parte del otro contratante –demandado en el juicio– salvo prueba en contrario, a cargo precisamente del accionado. Es decir, hay una inversión en la carga de la prueba y el demandado debe probar que no explotó el estado de inferioridad en el que se encontraba el actor. Es importante señalar que lo que se presume aquí es la explotación y no el estado de inferioridad de la otra parte. **Es decir, el actor debe además de demostrar la desproporción, debe probar el estado de inferioridad en que se encontraba, ya sea de necesidad, ligereza o inexperiencia y justificar la existencia de uno de esos elementos.** El texto es bien claro al establecer que lo que se presume aquí es ‘la explotación’ y la pregunta sería ¿explotación de qué? Y es eso lo que el actor debe responder: ¿qué estado es el que explotó el demandado? ¿El estado de necesidad, de ligereza o de inexperiencia? Considerando que entre ambas presunciones existen diferencias. Puede suceder que exista una notable desproporción pero que el actor no se haya encontrado en ninguno de los estados anteriores mencionados, entonces no estaríamos ante el vicio de la lesión. Es por ello que además de demostrar la notable desproporción debe probar cuál es el estado en el que se encontraba y justificarlo. Hacemos esta aclaración ya que en doctrina y en jurisprudencia existen opiniones discordantes en el sentido de que algunos sostienen que la notable desproporción presume tanto la explotación como el estado de inferioridad del lesionado y otros sostienen que se presume solo la explotación, postura ésta última a la que nos adherimos”. **Avalos Viera**, Cira Montserrat. Lesión. Perfil actual del instituto. Necesidad de ajustes legislativos. Revista Jurídica de la Facultad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, No. 23, año 2014, ps. 109/110.

“Adviértase, por otra parte, que la ‘notable’ desproporción se limita a invertir la carga de la prueba con respecto al elemento subjetivo del ‘aprovechamiento’, **pero no exime a la víctima de su deber de acreditar la existencia de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza o inexperiencia)**, ya que el artículo 671 no tiene como finalidad corregir cualquier desequilibrio en las prestaciones, sino proteger a quienes al contratar se encuentran en alguna de las situaciones de desventaja previstas por la ley. Como el artículo 671 requiere la existencia de tres elementos (uno objetivo y dos subjetivos), **en la práctica la víctima que entable la acción tendrá a su cargo probar primeramente que padece un estado de inferioridad, y si a ello agrega la prueba de una desproporción ‘notable’, la ley presumirá la explotación y estará a cargo del demandado el demostrar**

Por ende, la segunda posición, que suscribo, sostiene que el actor debe probar dos extremos: la notoria desproporción entre las prestaciones y la existencia del estado de inferioridad que invocara⁴⁰.

que no medió tal aprovechamiento, y que la inequivalencia entre las prestaciones tenía una justificación legítima. En el derecho argentino el punto ha sido motivo de discusión habiéndose votado expresamente en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se efectuaron en Rosario en 1971, una recomendación que sostuvo: ‘La presunción de explotación se interpreta como mera inversión de la carga de la prueba’, y **‘La víctima del acto lesivo deberá probar siempre el estado de inferioridad (necesidad, ligereza o inexperiencia) en que se encuentra’**. Y posteriormente en marzo de 1976, en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, se recomendó: 1.- Recordar que la figura de la lesión se integra con tres elementos: a) Desproporción; b) Situación de inferioridad de la víctima; c) Explotación por parte del beneficiario. La presunción de explotación constituye una mera inversión de la prueba y se limita a ese elemento subjetivo, **quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza, inexperiencia)**. Esta opinión, dominante de manera casi unánime en la doctrina argentina, es perfectamente aplicable al derecho paraguayo que en su artículo 671 ha mejorado al texto que le sirvió de modelo, aclarando que se trata de una mera inversión de la prueba de ese elemento subjetivo.” **Moisset de Espanés**, Luís. La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay. Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

⁴⁰ “Hemos manifestado oportunamente que nuestra postura es coincidente con el voto en análisis, en el sentido que **la presunción de que se habla en el Art. 954; párr. 3º no excluye que se deba por lo menos probar el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia en que se encontraba quien resulta perjudicado con el negocio jurídico concertado en tales condiciones. Es decir, como bien puntualiza Suares, la presunción es sólo respecto al aprovechamiento del beneficiado, pero acreditados los otros dos extremos, el inequitativo resultado obtenido, y el extremo subjetivo del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia; con lo cual la actividad de quien acciona por el vicio de la lesión debe ser suficientemente clara como para demostrar la disvaliosa carga de prestaciones, como también el estado subjetivo negativo de la víctima. Estas dos pruebas incumben y corresponden al actor y recién cumplimentadas las mismas podrá hacerse jugar la simple presunción de que ha habido un aprovechamiento por parte del beneficiado**”. Zago, Jorge

6. Acciones a que da lugar el vicio de la lesión

El texto de nuestra norma legal pone a disposición del lesionado dos acciones puntuales y, entendemos, excluyentes –por el uso de la conjunción disyuntiva “o”– una de otra: la **nulidad** o la **modificación equitativa** del acto jurídico. La norma, en su parte pertinente, establece: *“podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa”*.

Debemos decir, que la norma similar del Código de Vélez de la República Argentina –siempre en base a la modificación de la Ley 17711– establece también el mismo sistema de *dos acciones, excluyentes entre sí*. Al respecto, la norma del citado país establece: *“El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”*. Lo mismo hace el actual Código Civil y Comercial de ese país⁴¹.

6.1. Acción de nulidad

En primer lugar, debemos encuadrar la naturaleza de esta acción de nulidad, en base al tipo de vicio que afecta al acto jurídico.

El acto afectado de nulidad por lesión conlleva un vicio de nulidad por acto **anulable**, pues el interés que se afecta es también privado, específicamente de la persona afectada, y no un interés público, por lo que, con

A. *Correcta interpretación restrictiva de las presunciones del instituto de la lesión*. La ley 1987 – C, 98-LLP 1987, 442.

⁴¹ **Art. 332 C.C. y C. argentino año 2015**. Puede demandarse la **nulidad o la modificación** de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

ello, se encuentra implícito que el acto es confirmable por el afectado por la supuesta lesión⁴², debiendo observarse la misma formalidad que se observó para la formalización del acto jurídico atacado –en el caso de haberse otorgado por escritura pública el acto impugnado, habrá de otorgarse, en ese mismo tipo de instrumento, la ratificación–⁴³ y no siendo necesaria la comparecencia, en dicho acto de confirmación, de la persona a cuyo favor se realiza la misma⁴⁴.

Cabe hacer notar también a los efectos de determinar que el acto es **anulable** que si bien no se incluye al acto afectado de nulidad en la lista de actos anulables del Art. 358 del C.C., tampoco está en la de actos nulos del Art. 357 del mismo, siendo relevante para determinar el carácter de acto **anulable** que la parte afectada pueda pedir simplemente la **modificación equitativa** del mismo, lo que equivaldría a subsanar el vicio de nulidad, mediante la alteración en la contraprestación perjudicial.

La acción de nulidad por lesión solo puede ser planteada por el personalmente afectado⁴⁵, y eventualmente sus herederos, lo que debería entenderse en forma amplia, es decir, tanto los universales como los particulares –en este último caso, los cesionarios de créditos-⁴⁶, al no tener el Art. 671 del C.C. una limitación al respecto, pero no teniendo acción otras

⁴² **Art. 366 C.C.** Se tendrá por confirmado un acto anulable cuando por otro válido, quien tuviere el derecho para pedir la anulación, hiciere desaparecer los vicios, siempre que lo realizare después de cesar la incapacidad o defecto de que provenía la invalidez.

Art. 367 C.C. La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa debe contener, bajo pena de nulidad, la substancia del acto que se quiere confirmar, el vicio de que adolecía y la manifestación de la intención de repararlo.

⁴³ **Art. 368 C.C.** La forma del instrumento de confirmación debe ser la misma establecida para el acto que se confirma.

⁴⁴ **Art. 370 C.C.** La confirmación, sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace.

⁴⁵ El C.C. y C. argentino del año 2015, **Art. 332**, lo señala expresamente: ...Solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

⁴⁶ **Arts. 524** y sgtes. del C.C., De la cesión de créditos.

personas para dicho planteamiento⁴⁷, aunque acertadamente la doctrina especializada propone que también se reconozca acción a los acreedores “*si la ejercitan por vía subrogatoria o intentan que se revoque una renuncia a la acción (Art. 313)*”⁴⁸.

Declarada la **nulidad** del contrato por lesión, se retrotraen los efectos del acto jurídico y, en consecuencia, deberían devolverse las prestaciones recibidas.⁴⁹ Vayamos al caso más común: el de la compraventa de inmueble. Declarada la nulidad de la transferencia por encontrar el juez que el acto jurídico estuvo viciado por lesión, dispondrá que el bien inmueble retorne al patrimonio del afectado –actor de la demanda, en el caso– realizando las inscripciones registrales respectivas.

En este punto, debemos preguntarnos: **¿qué sucede con el precio pagado?** Si bien las partes deberían restablecerse aquello que hubieran recibido y ello implicaría que el vendedor del inmueble devuelva el dinero al comprador, en el caso que este último, al ser demandado en el juicio de nulidad respectivo no haya deducido la acción reconvenzional respectiva para obtener la devolución de lo pagado –que normalmente, no se plantea–, no podrá disponerse en ese juicio de nulidad –respetando el principio procesal de congruencia– la devolución de dicha suma de dinero, y el demandado debería, necesariamente, iniciar otra acción contra el vendedor del inmueble, para que este le devolviese el dinero abonado en dicha venta, ahora anulada.

47 Art. 359 C.C. Cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio. El Ministerio Público y todos los interesados tendrán derecho para alegarla. Cuando el acto es anulable, no podrá procederse sino a instancias de las personas designadas por la ley. El Ministerio Público podrá hacerlo, cuando afectare a incapaces o menores emancipados.

48 Moisset de Espanés, Luís. *La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay.* Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

49 Art. 361 C.C. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, e impone a las partes la obligación de restituirse mutuamente todo lo que hubieren recibido en virtud de él, como si nunca hubiere existido, salvo las excepciones establecidas en este Código.

6.2. Acción de modificación equitativa

El afectado tiene también la acción de **modificación equitativa del contrato**. En ese sentido, la ley es clarísima, al poner ambas acciones –la de nulidad y la de modificación equitativa– a disposición de la persona: “podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa”.

Planteada la demanda de **modificación equitativa del contrato**, obviamente este último conservará su eficacia, pero la contraprestación que recibió quien deduce la acción será modificada en un sentido que le favorezca al mismo. Vayamos al caso recurrente –aunque no único– de la compraventa de un inmueble. Planteada la demanda de modificación equitativa de ese contrato, el actor alegará que entregó un inmueble de valor muy superior a la contraprestación recibida, habiéndose explotado alguna situación de inferioridad del vendedor. Pedirá que se **modifique** el contrato en el punto del precio que fuera pactado y que el mismo sea **elevado** –situación más conveniente al afectado– hasta un nivel que indique que es equitativo en comparación con el valor del bien transferido. Estimamos que deberá el actor establecer en su demanda cuál es el precio al cual se pretende llegar y deberá ser ello constatado por las pruebas periciales, en la estación procesal oportuna. Será el juez, finalmente, quien, de acuerdo a lo alegado por las partes, a las circunstancias del caso y a las pruebas producidas, quien decidirá, en caso de hacer lugar a la demanda, a qué monto subirá el precio original, modificando de esta forma, de manera equitativa, el mismo.

Hemos afirmado ya previamente, que el afectado tiene dos opciones, en cuanto a las demandas judiciales que puede deducir: o pide la nulidad del acto jurídico, o pide su modificación equitativa. Esto nos lleva al punto de disentir con un fallo emanado de la Corte Suprema de Justicia en el año 2013, en el que se decidió rechazar una demanda de **modificación equitativa del contrato**, entendiendo que ello es una prerrogativa solo del accionado, cuando la ley, claramente, establece que es el actor quien puede decir pedir la nulidad del acto jurídico o modificarlo⁵⁰.

⁵⁰ En esto coincide la doctrina consultada.

6.3. Prerrogativa del demandado

En nuestro Código Civil –así como en otros– se presenta una particularísima situación que tiene una repercusión procesal insospechada, al afectar, incluso, el mismo principio de iniciativa del proceso⁵¹.

Nos referimos a la inusual prerrogativa del demandado, de ofrecer, ante la demanda de nulidad del acto jurídico, su modificación equitativa y con ello **cambiar** el objeto del juicio. Esto es, como se adelantó, sumamente inusual, pues decidir el objeto del juicio es, por definición, una prerrogativa del actor. Es el actor quien tiene la llave de la pretensión que deduce; sin embargo, la ley, en este verdadero caso excepcional, le permite al demandado **modificar** el objeto de la pretensión del accionante y **cambiar** la acción planteada, la que ya no será por nulidad, ante el ofrecimiento de que solo se **modifique equitativamente** el contrato, dejándolo eficaz.

6.4. Crítica a la acción de nulidad en los casos de invocarse necesidad o inexperiencia

Creemos oportuno realizar una crítica –muy personal, debo decirlo también– sobre una de las *sanciones* impuestas por la norma al acto atacado de lesión: **la nulidad**.

En ese sentido, hemos sostenido anteriormente, que sería más justa la solución legal si solo extendiera la posibilidad de *modificar equitativamente el acto jurídico*, y no anularlo, específicamente en los casos en los que los estados de inferioridad invocados sean el estado de necesidad y la inexperiencia, pudiendo alegar la nulidad sólo quien alegase ligereza –estado mental patológico– pues únicamente en este último caso podría sostenerse convincentemente que la persona que formuló el acto jurídico,

“El artículo 671 contempla la posibilidad de que el actor opte por solicitar la nulidad o la modificación del acto lesivo, lo que confiere al sistema las características propias de la rescisión, que es el remedio más adecuado en estas circunstancias”. **Moisset de Espanés**, Luis. La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay. Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

⁵¹ **Art. 98 C.P.C. Principio de iniciativa en el proceso.** La iniciativa del proceso incumbe a las partes. El juez sólo lo iniciará cuando la ley lo establezca.

al momento de realizarlo, no tenía toda la capacidad necesaria para entender sus reales alcances y el eventual perjuicio que podría producirle.

En caso de invocarse el *estado de necesidad* del lesionado debo señalar que la persona que formuló el acto jurídico obraba con absoluta conciencia del acto, era plenamente capaz, conocía los alcances de lo que estaba realizando y, por ende, no existe vicio de la voluntad. Alegando el estado de *inexperiencia* puede sostenerse lo mismo, siendo dicha situación —la *inexperiencia* del afectado— algo que no es culpa de la otra parte.

Desde el punto de vista práctico, de constatarse el estado de necesidad, la suma de dinero entregada normalmente como contraprestación habría sido totalmente utilizada, con seguridad, pues cabe recordar que la parte afectada del contrato se encontraba, precisamente, en una situación de apremio económico importante. Ello traería el inconveniente que, de hacerse lugar a la demanda de nulidad, el acto jurídico cuestionado sería declarado ineficaz y la situación jurídica de las cosas, debería retrotraerse a su estado anterior, volviendo el bien transferido a propiedad del lesionado⁵². Declarada dicha nulidad, surge esta pregunta: ¿qué sucede con el dinero que recibió en su oportunidad? Admitida la demanda y devuelto el bien a su patrimonio, el lesionado debería devolver el dinero recibido en ocasión de haber vendido el bien, caso contrario, estaríamos en presencia de un *enriquecimiento sin causa*, realizado a favor del lesionado quien se quedaría tanto con el bien que le es devuelto, como con el dinero que recibió cuando lo había. ¿Qué sucede si dispuso totalmente de ese dinero y no tiene forma de devolver los fondos? ¿Tendría el declarado lesionado una acción de repetición o de enriquecimiento sin causa contra el lesionado? Entendemos que, en estos supuestos, podría responderse afirmativamente a esta pregunta. Ahora, volviendo a la situación previamente planteada, y de no obtenerse la restitución de lo otorgado en el momento que se produjo el acto anulado, obtendría un *crédito* contra el lesionado, dándose la paradoja de que, en virtud a ese crédito, podría embargar el patrimonio del

⁵² **Art. 361 C.C.** La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, e impone a las partes la obligación de restituirse mutuamente todo lo que hubieren recibido en virtud de él, como si nunca hubiere existido, salvo las excepciones establecidas en este Código.

lesionado que, por su probable estado de necesidad, podría recaer sobre el mismo bien que fuera objeto del acto jurídico anulado.

Por ende, entiendo que, cuando se alegue estado de necesidad o inexperiencia, sería más justa la solución normativa si sólo estableciera la posibilidad de pedir la *modificación equitativa* del acuerdo, sin establecer que el acto podrá ser anulado. De esa forma, el lesionante conservará el bien transferido, por voluntad no viciada del lesionado, pero deberá restablecer la *equidad* mediante el pago complementario de lo necesario hasta llegar a lo que se fije como *justo precio* o como justa contraprestación.

La norma establece la *posibilidad* que el supuesto lesionante, impida la nulidad ofreciendo esa modificación equitativa⁵³.

Al respecto, debemos decir que, sin embargo, la experiencia tribunalaria señala que los demandados en una acción de nulidad por lesión, niegan los hechos articulados, y piden el rechazo de la demanda, sin admitir haberse *aprovechado* de la situación de inferioridad o vulnerabilidad invocada por la actora, ni reconocer –por ende– que han abusado del estado de necesidad, de ligereza o de inexperiencia de la actora y, con ello, niegan también que hayan obtenido una ventaja manifiestamente desigual. Por ello, la experiencia es escasa ya que pocas veces el demandado ofrece la posibilidad directa de modificar equitativamente el contrato, con lo cual estaría reconociendo un derecho a favor del lesionado, derivado de la explotación de la situación de inferioridad de la otra parte.

⁵³ **Art. 671 C.C.** ...El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación...

Art. 954 C.C. argentino de Vélez. ...El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda...

Art. 332 C.C. y C. argentino de 2015. ...El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda...

7. Contratos a los que se aplica la lesión

Si bien la norma no establece puntualmente a qué tipo de contratos se aplica la lesión, creemos que es fácil entender que el instituto está concebido para ser aplicado a aquellos *contratos* que nosotros llamamos *onerosos y bilaterales*. Se entiende por **contrato bilateral** aquel en el que ambas partes tienen obligaciones que cumplir, cada una a favor de la otra, es decir, a aquellos en donde ambas partes se han comprometido a entregar algo a la otra, haciendo estas prestaciones en forma recíproca⁵⁴.

¿Qué son los contratos onerosos? Son **onerosos** los contratos cuando las ventajas de las partes son recíprocas y dependen de las prestaciones que mutuamente se otorguen.⁵⁵ Son **gratuitos** cuando las ventajas que recibe una de las partes se dan sin contraprestación a su cargo⁵⁶.

La doctrina ha establecido que estas ventajas “*constituyen el motivo de cada una de ellas para la realización del acto: uno hace o da para que el otro haga o de (contrato a título oneroso), o uno hace o da por liberalidad (contrato a título gratuito)*”⁵⁷. Aplicando, en cuanto a los onerosos, la vieja regla romana del *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, que ha llegado a nuestros días traducido como *doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas*.

Ha asentado también la misma doctrina citada que todos los contratos bilaterales (o **bilateralmente obligatorios**) son *onerosos*. Pero en cuanto a los unilaterales (o **unilateralmente obligatorios**) podrían ser

⁵⁴ “1171-9. *Contratos a los que puede aplicarse. Solamente los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hablarse de desigualdad de las prestaciones. En este caso, el contrato no reposa en la idea de equidad y equivalencia, sino en el propósito de hacer una liberalidad...*” Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. T.II, 1984, Edit. Perrot, Bs.As. Argentina, ps. 307/308.

⁵⁵ Como **ejemplos** de estos **contratos onerosos** valen todos los casos dados para los contratos *bilateralmente obligatorios*.

⁵⁶ **Ejemplos** de estos **contratos gratuitos** son la donación, la renta vitalicia, el mutuo sin interés o gratuito, el depósito gratuito.

⁵⁷ **Alterini**, Atilio A. *Contratos. Civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*. Editorial Abeledo Perrot. Reimpresión. Bs. As., Argentina. 1999, p. 175.

gratuitos, en su mayoría, u onerosos, en algunos casos, trayendo como **ejemplo** al contrato de *mutuo*, y estableciendo al respecto, que será *oneroso* si se han pactado *intereses*, y *gratuitos*, si no.

En la casuística de los tribunales, se recoge con mayor asiduidad casos de contratos de **compraventa** atacados de nulidad y, en menor medida, de modificación equitativa. Evidentemente estos contratos de compraventa son **onerosos y bilaterales**.

8. ¿Prescripción de la acción o caducidad del derecho?

En la primera edición de este trabajo había hecho alusión a que el plazo de dos años previsto en el Art. 671 del C.C. era un plazo de prescripción. Lo consideré, en ese momento, una obviedad, por lo que no me detuve a analizar la naturaleza de dicho plazo legal.

Habiendo revisado la cuestión, debo resaltar que he cambiado de criterio y sostengo hoy que el plazo indicado en el Art. 671 del C.C. no es un plazo de prescripción, sino uno de caducidad.

Si bien existen similitudes notables entre el instituto de la prescripción y el de la caducidad, ya que en ambos tenemos un plazo que corre y la inacción de alguien para la producción de un efecto jurídico puntual, debo señalar que las diferencias son también, importantes. En ese sentido, debería señalarse que una de las grandes diferencias es aquello que es afectada: la prescripción afecta a la acción y la caducidad, al derecho mismo.

Para sostener este cambio de criterio y afirmar ahora que nos encontramos ante un plazo de caducidad y no de prescripción he tomado en cuenta el argumento *sedes materiae*, alegando al respecto que nuestro Código Civil tiene un capítulo específico en el cual trata el tema de la prescripción liberatoria (Arts. 633 y sgtes.) y una serie de artículos –a partir del 659– en el que se enlistan los distintos plazos de prescripción de las diferentes acciones. El plazo que se refiere al vicio de la lesión, no figura en dicha lista, por lo que habrá que asumir, a primera vista, que el legislador no consideró que el plazo indicado en el Art. 671 sea de prescripción; por descarte nos queda deducir que es de caducidad.

Por otra parte, de la lectura de la parte pertinente del Art. 671, tampoco se extrae que el plazo sea de prescripción, pues no aparece esta palabra –prescripción– a diferencia de lo que sí sucede en el Art. 954 del Código Civil argentino de Vélez, en la versión de la reforma de 1968, ley

17711, donde, a pesar de tampoco estar enlistado entre los plazos de prescripción liberatoria, el legislador extranjero indicó expresamente que se trata de un plazo de esa naturaleza en el mismo artículo donde se regula la lesión⁵⁸.

Por otra parte, sostengo que el plazo de caducidad previsto en el Art. 671 empieza a computarse desde la formulación o realización del acto jurídico, ya que no hay razón para postergar o remitir a otra fecha el inicio del cómputo del plazo, como sí se da en el caso de otros vicios de la voluntad como la *violencia, el error o el dolo*, en donde la ley establece que el inicio del plazo de prescripción se diferirá hasta que la violencia haya cesado o la víctima haya conocido que fue engañado o que incurrió en error.

El Art. 671, sin embargo, no difiere, como dijimos, el inicio del cómputo a otro momento, y no vemos razón para que así se haga, pues el afectado sabía de las circunstancias del acto realizado, desde la misma formalización de este, por ello, el cómputo debería iniciarse en la misma fecha en que el acto jurídico nació, siempre que se haya alegado necesidad o inexperiencia. Consideración aparte merecería si se alegó ligereza, pues, recordemos, estaríamos en presencia de una patología mental, por lo menos temporal que impidió al sujeto percatarse de los reales alcances del acto jurídico concluido, por lo menos durante el tiempo que duró dicha patología. Sin embargo, la ley no hace ningún distingo con respecto a este extremo, por lo que cabría preguntarse si el cómputo para la caducidad del derecho debería igualmente arrancar el día de la formulación del acto. El afectado, en ese caso, debería buscar la protección de sus intereses en otros institutos, especialmente tuitivos como la inhabilitación, pero no recurrir a la lesión, si el plazo de caducidad ya se ha cumplido.

Una solución similar, establecía el Código Civil argentino de Vélez, reformado en 1968, en forma más específica: “...*Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto...*” (Art. 954, Código Civil según la ley 17711). La solución normativa argentina, hoy derogada, como dije, es mucho más

⁵⁸ **Código Civil argentino de Vélez, según texto de la Ley 17711, año 1968. Art. 954.** ...Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la **acción cuya prescripción se operará a los cinco años** de otorgado el acto.

clara y puntual, y no deja lugar a dudas sobre el inicio del cómputo del plazo.

9. La lesión en Unidroit

Debido a la importancia que tiene, especialmente como parámetro interpretativo, traigo a colación que el instituto de la lesión fue incluido también en los famosos principios de la Unidroit⁵⁹.

Revisando la formulación que tiene el principio del **Art. 3.2.7.**, en la versión 2010, debemos decir que llama la atención que no se ha considerado la ligereza –o cualquier otro estado de patología mental– como uno de los estados de inferioridad a considerar en la persona para que esta reclame la nulidad o la modificación equitativa con fundamento en la lesión. Esta omisión, si bien interesante para discutirla académicamente, no tiene incidencia alguna, dada la redacción de nuestra norma positiva.

10. A modo de conclusión

La innovación del Código con la inclusión de la lesión como vicio del acto jurídico, responde a la función moralizadora del Derecho, que apunta a que los negocios concluidos por las partes, tengan como base la buena fe y en las buenas costumbres aceptadas por nuestra sociedad.

El instituto dio pie a una serie de demandas judiciales apuntadas a restablecer, de un modo, el equilibrio roto al concluirse el acto atacado.

⁵⁹ Principios Unidroit (2010). **Art. 3.2.7 (Excesiva desproporción):**

(1) Una parte puede *anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas* si en el momento de su celebración **el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva.**

A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, **los siguientes factores:**

(a) que **la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y,**

(b) **la naturaleza y finalidad del contrato.**

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá **adaptar el contrato o la cláusula** en cuestión, a fin de **ajustarlos** a criterios comerciales razonables de lealtad negocial (...)."

Aquellas que fueron admitidas, luego de constatados la existencia de la situación de vulnerabilidad, los abusos respectivos y la notable desigualdad, restituyeron a los afectados lo que habían salido de sus patrimonios. Sin embargo, nos queda pendiente la duda sobre la absoluta justicia de la solución normativa, pues si bien restablece el patrimonio del lesionado, no restablece lo pagado por el lesionante, por lo menos en ese momento.

Habrá que reconocer que existen varios puntos que no fueron tratados en este breve trabajo. Habrá que advertir también que, inevitablemente, este opúsculo tendrá errores. Tal como expresé al empezar los párrafos cuya lectura ahora el lector está concluyendo, esta obra, por ser producto del afán humano, es imperfecta e incompleta. Espero que el tiempo me otorgue nuevamente la oportunidad de volver a corregirla. Si así no fuere, ojalá que sirva de punto de partida para que otros continúen la tarea, inacabable y cotidiana, de seguir estudiando.

Bibliografía

Alterini, Atilio A. *Contratos. Civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*. Editorial Abeledo Perrot. Reimpresión. Bs. As., Argentina, 1999.

Avalos Viera, Cira Montserrat. *Lesión. Perfil actual del instituto. Necesidad de ajustes legislativos*. Revista Jurídica de la Facultad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, No. 23, 2014.

Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T. II., Editorial. Perrot, 1984, Bs. As. Argentina.

Moisset de Espanés, Luís. *La lesión y el Artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay*. Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2.

Ríos Avalos, Bonifacio. “*La Lesión*”, Intercontinental Editora, 1991.

Trigo Represas, Felix A. *Nulidad por lesión de una cesión de derechos litigiosos*. Autor. LLBA 2006, 714-DJ 23/08/2006.

Zago, Jorge A. *Correcta interpretación restrictiva de las presunciones del instituto de la lesión*. La ley 1987 – C, 98-LLP 1987.



Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

ACUERDO Y SENTENCIA N° 67

***Cuestión debatida:** Los Juzgadores del Tribunal de Apelación han fallado, con excesivo rigor formal y con fundamentos aparentes, denegándole al recurrente el derecho a la segunda instancia.*

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. Resoluciones Judiciales. NULIDAD. ARBITRARIEDAD.

El control de constitucionalidad de resoluciones judiciales se limita a la revisión de la adecuación de éstas a las normas constitucionales, procediendo la nulidad solo en los casos de notable arbitrariedad, fundamentos manifiestamente irrazonables o errores patentes que lesionen el derecho al debido proceso.

DERECHO PROCESAL. DOBLE INSTANCIA.

Primeramente se estudia la revisión de la decisión del Tribunal de Alzada, de tal forma a corroborar que en la tramitación de la causa se haya respetado el derecho procesal a la doble instancia, derivado del precepto constitucional que prescribe el sometimiento estricto de toda sentencia judicial a la Constitución y a las leyes.

FUNDAMENTACIÓN. Forma.

Los Conjueces rechazaron el recurso de nulidad interpuesto y declararon desierto el de apelación, fundando la decisión en el incumplimiento

del Artículo 419 del Código Procesal Civil, específicamente por haber omitido la parte apelante, realizar una crítica concreta y razonada a la sentencia recurrida, que le permita al Tribunal considerarla injusta o viciada.

FUNDAMENTACIÓN. Forma. DERECHO PROCESAL. DOBLE INSTANCIA. DERECHO A SER OÍDO.

Debe tenerse presente que la aplicación del Artículo 419 del Código de Forma debe hacerse con suma cautela, pues finalmente, queda a criterio del Juzgador considerar si el recurrente hizo o no un análisis razonado de la resolución y expuso los motivos para considerarla injusta o viciada. Es decir, al estar en juego un derecho procesal fundamental, como es el de la doble instancia, la regla debe ser que, en caso de duda, siempre debe primar el derecho al estudio del recurso, el derecho a ser oído; debe garantizarse la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

FUNDAMENTACIÓN. Forma.

La justificación del Tribunal para declarar desierto el recurso de apelación interpuesto, resulta muy superficial, ritualista, respecto a que el justiciable no hizo un análisis razonado de sus agravios, pues por el contrario, se advierte que éste ha tratado de justificar ampliamente su derecho –excediéndose incluso en los temas abordados– y los supuestos errores de la resolución recurrida, independientemente de la técnica utilizada, la forma de expresión o redacción.

FUNDAMENTACIÓN. Forma.

El recurrente reiteró sus pretensiones y en medio de ellas cuestionó las decisiones del Juez de Primera Instancia. En algunas oportunidades, en forma directa y, en otras, en forma indirecta. A pesar de que hubiera sido deseable una técnica de redacción más apropiada, en casos como éstos, el órgano juzgador debe evitar el estricto apego a una norma tan drástica y perjudicial para el apelante, que por lo demás, deja prácticamente a su criterio, una decisión tan trascendente en el proceso, como lo es el estudio sobre si está o no ajustada a derecho una decisión judicial.

FUNDAMENTACIÓN. Forma. Interpretación.

La lectura e interpretación del Artículo del 419 del Código de forma, solo nos lleva a sostener que la formulación normativa adolece de cierta

vaguedad, al utilizarse términos valorativos como “análisis razonado”, “expresión de motivos para considerar injusta o viciada la resolución”, sin indicar los límites de tales expresiones: ¿qué es un análisis razonado? ¿se exige una exhaustiva expresión de los motivos o una determinada técnica de fundamentación? La ley no lo dice, por tanto, el Juzgador —el que conoce el derecho— debe hacer una prudente interpretación, estudiar los recursos en su caso, para dar una respuesta al justiciable. Ello no quiere decir que se deba caer en el extremo de desoír la ley, dando pie a la utilización del proceso de manera indebida.

TRIBUNAL DE APELACIÓN. Fundamentación.

Siempre que haya una duda, que no sea claro, patente y grave el incumplimiento del Artículo 419 del C.P.C., debe procederse al análisis y decisión sobre el recurso interpuesto. Y si es claro, patente y grave el incumplimiento del Artículo 419 del C.P.C., la fundamentación del Tribunal para declarar desierto el recurso debe ser igualmente precisa, razonada y justificada lo más exhaustivamente posible.

DERECHO PROCESAL. DOBLE INSTANCIA. DERECHO A LA DEFENSA.

El derecho a la doble instancia, derivado del derecho de defensa, exige asumir esta posición en un estado constitucional y democrático de Derecho. De lo contrario, primarían las formalidades sobre los derechos, contrariando abiertamente mandatos de la Constitución y de los Tratados Internacionales que nos rigen.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO PROCESAL. DOBLE INSTANCIA. DEBIDO PROCESO.

Los Conjuces al dictar el Acuerdo y Sentencia impugnado, han fallado sobre la base de una fundamentación aparente, endeble, con excesivo e injustificado rigor formal, afectando el derecho a la doble instancia del accionante y por tanto, al debido proceso. Por estas razones cabe calificar a la resolución impugnada como arbitraria e inconstitucional.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO PROCESAL. DOBLE INSTANCIA. DEBIDO PROCESO. ARBITRARIEDAD. DERECHO A LA DEFENSA. JURISPRUDENCIA.

En casos anteriores, hemos señalado que *“el cumplimiento de las normas procesales tiene gran importancia, porque permite la consecución de las normas de fondo, pero este cumplimiento, no debe sobredimensionarse de tal manera que se constituya en un obstáculo para el ejercicio de derechos y garantías constitucionales. El rigorismo excesivo convierte a la resolución objeto de esta acción en una resolución arbitraria que vulnera el derecho del accionante a la doble instancia, la que es necesaria para el pleno ejercicio del derecho a la defensa en juicio, por lo que la acción de inconstitucionalidad debe ser admitida con los efectos previstos en Art. 560 del C.P.C (...)”* (Ac. y Sent. N° 884, de fecha 24 de noviembre de 2011; Expte. 1218/2007).

RECURSO DE APELACIÓN. SENTENCIA. Fundamentación. NULIDAD. Reenvío.

La denegación del estudio del recurso de apelación interpuesto por el hoy accionante, derivó en la vulneración del Artículo 256 de la Constitución que impone a los Jueces y Tribunales fundar sus resoluciones en ésta y en las leyes, por lo que corresponde la declaración de nulidad y el reenvío de la causa al Tribunal que sigue en orden de turno para que sea nuevamente juzgada, de conformidad al Artículo 560 del Código Procesal Civil.

C.S.J. Sala Constitucional. 11/03/2021. Acción de Inconstitucionalidad: Promovida por MEPSHOW S.A. en los autos caratulados: “César Concepción Chaparro c/ MEPSHOW S.A. s/ Cumplimiento de Contrato” (Ac. y Sent. N° 67).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la **Doctora BAREIRO DE MÓDICA** dijo: El Abogado José Miguel Fernández Zacur, en representación de la firma Mepshow S. A., se presentó ante esta Sala Constitucional a promover acción de inconstitucionalidad contra la Sentencia Definitiva N° 305, de fe-

cha 27 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno de la Capital, así como contra el Acuerdo y Sentencia N° 22, de fecha 20 de mayo de 2019, emanado del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital, fallos recaídos en los autos caratulados: “César Concepción Chaparro c/ Mepshow S. A. s/ cumplimiento de contrato y otros”, Expte. N° 596, año 2011.

Por la Sentencia Definitiva N° 305, el Juzgado resolvió: *“I. No hacer lugar al incidente de redargución de falsedad promovido por la parte demandada a fs. 355 de autos de documentos acompañados con el escrito de demanda a fs. 2627, 110/115 y 119 de autos, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. II. Hacer lugar al incidente de falta de idoneidad de testigo opuesta por la parte demandada (...) III. Hacer lugar parcialmente y con costas, a la demanda de cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual promovidas por César Concepción Chaparro contra la firma Mepshow S. A., conforme a los términos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia; IV Condenar, firme y ejecutoriada que fuere la presente resolución, a Mepshow S. A. a devolver la suma de GUARANÍES OCHOCIENTOS MILLONES (Gs. 800.000.000) en concepto de garantía de cumplimiento de contrato, y GUARANÍES VEINTE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DOS (Gs. 20.736.802) en concepto de pérdida de chance, llamado por la actora como lucro cesante, a favor del Sr. César Concepción Chaparro, más un interés moratorio del 2% sobre las mencionadas sumas de dinero, a partir de la fecha de presentación de la demanda. V. No incluir la suma de guaraníes TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS (Gs. 42.801.714) en concepto de pérdida de chance, monto resultante entre el monto admitido en el presente juicio y el otorgado por este Juzgado (...)” (sic).*

Por el Acuerdo y Sentencia N° 22, el Tribunal interviniente rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada, contra la resolución arriba citada y, declaró desierto el recurso de apelación, confirmando la Sentencia Definitiva N° 305, de fecha 27 de julio de 2018.

La parte accionante –en lo medular– sostiene que: 1. Las resoluciones judiciales impugnadas son arbitrarias porque condenan a la firma Mepshow S. A., a abonar una suma de dinero que en realidad no adeuda,

al haberse compensado contra el mayor monto que sí le debe probadamente el demandante. 2. El Acuerdo y Sentencia N° 22 es abiertamente denegatorio de justicia, y por ende, atenta contra el derecho constitucional a la defensa eficaz en juicio (Art. 16 C.N.), negándose a estudiar los agravios minuciosa y sólidamente explicados en Alzada. 3. Si bien es cierto que se expuso los agravios, aduciendo a hechos mencionados con anterioridad, dicha mecánica fue necesaria para contextualizar y ordenar ante el Tribunal revisor, las complicadas circunstancias fácticas controvertidas en el expediente. Invariablemente se expuso cada razonamiento equivocado del Juez seguido de la detracción fundada, con sobreabundancia incluso de argumentos probatorios, doctrinales y jurisprudenciales. 4. En cuanto a la Sentencia Definitiva N° 305, es arbitraria por *infra petita* (incongruencia omisiva), al no expedirse sobre la *exceptio non adimpleti contractus*. Por otra parte, contiene una serie de errores *in iudicando* que se señalaron en el memorial de apelación, a los cuales se remite para evitar repeticiones. 5. En consecuencia, tanto por la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* como por la compensación operada, Mepshow S. A. de ningún modo está obligada a reponer la garantía de fiel cumplimiento contractual prestada por César Concepción Chaparro. No existe obligación de hacer o de dar suma de dinero subsistente. 6. Los decisorios confutados no se hallan contaminados por simples errores de apreciación legal, en cuya hipótesis este planteamiento devendría improcedente. Los vicios señalados son graves y van a contramano de la debida fundamentación que exige el Art. 256 C. N. en su segundo párrafo, sobre el cual cimienta la jurisprudencia el concepto mismo de resolución arbitraria. Finalmente el accionante solicita se haga lugar a la acción y se declaren nulas las resoluciones referidas, por arbitrarias e inconstitucionales (fs. 20/31).

Corrido el traslado de la acción a la otra parte, se presentó el Abogado Víctor Fabián López Segovia, en representación del señor César Concepción Chaparro. Manifestó principalmente que las alegaciones del accionante caen por sí solas, pues éstas no fueron vertidas al momento de constatar la demanda, aclarando el Abogado que no reconvenía por una cuestión de estrategia procesal. Afirmó además que tanto el Juez de Primera Instancia como el Tribunal de Apelaciones, han realizado un examen de los requisitos legales exigidos por el Código de forma para la procedencia de la acción instaurada. Igualmente, dieron como fundamento normas

positivas directamente aplicadas. En concreto, solicitó se dicte sentencia rechazando la acción planteada (fs. 42/47).

La Fiscal Adjunta, Abogada Gilda Villalba Tottit, se expidió conforme a los términos del Dictamen N° 2532, de fecha 14 de noviembre de 2019, en el que aconsejó el rechazo de la presente acción, al no advertirse violación de principios, derechos ni garantías constitucionales (fs. 49/52).

Antes de entrar al examen pertinente, es preciso remarcar que la labor de selección e interpretación de las normas jurídicas aplicables a los asuntos litigiosos, corresponde a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional. El control de constitucionalidad de resoluciones judiciales se limita a la revisión de la adecuación de éstas a las normas constitucionales, procediendo la nulidad solo en los casos de notable arbitrariedad, fundamentos manifiestamente irrazonables o errores patentes que lesionen el derecho al debido proceso. Este debe ser el norte de nuestro razonamiento para llegar a una conclusión en armonía con el diseño constitucional y legal de nuestras instituciones jurídicas.

En primer lugar, pasamos a la revisión de la decisión del Tribunal de Alzada, de tal forma a corroborar que en la tramitación de la causa se haya respetado el derecho procesal a la doble instancia, derivado del precepto constitucional que prescribe el sometimiento estricto de toda sentencia judicial a la Constitución y a las leyes. Ello, atendiendo además, a que uno de los agravios expresados por la parte accionante, consiste en la supuesta vulneración del derecho a la doble instancia, al haberse declarado desierto el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia Definitiva N° 305, de fecha 27 de julio de 2018.

En este entendimiento, se observa que la mencionada sentencia fue objeto de recursos de Nulidad y Apelación. El recurrente fundó sus agravios en el escrito que rola a fojas 793/813 de los autos principales. En dicho escrito se ha hecho un extenso relato de lo acontecido en autos, donde la parte demandada nuevamente puntualizó su postura jurídica y sus pretensiones. Igualmente se advierte que, dentro del desarrollo de la referida fundamentación, el apelante indicó los supuestos “errores del Juzgador” (fs. 796, quinto párrafo; 797, tercer párrafo; 800, tercer párrafo; 808, tercer párrafo; 809, primer párrafo; 812, cuarto párrafo, etc.), centrándose principalmente en argumentar sobre las razones de hecho y de derecho de su parte. Igualmente indicó los elementos probatorios a su favor y se refirió a cada uno de los hechos controvertidos en el expediente, como la resolución

del contrato, garantía y compensación de deuda, incumplimiento y deudas de la parte actora, etc. También consta el cuestionamiento a la liquidación final hecha por el Juzgado de Primera Instancia, al rechazo de la impugnación de documentos, así como al rubro otorgado de “pérdida de chance”.

Los Conjuceces rechazaron el recurso de nulidad interpuesto y declararon desierto el de apelación, fundando la decisión en el incumplimiento del Artículo 419 del Código Procesal Civil, específicamente por haber omitido la parte apelante, realizar una crítica concreta y razonada a la sentencia recurrida, que le permita al Tribunal considerarla injusta o viciada.

En definitiva, luego de la atenta lectura del escrito de expresión de agravios y del Acuerdo y Sentencia N° 22; de fecha 20 de mayo de 2019, se evidencia que los Juzgadores han fallado, con excesivo rigor formal y con fundamentos aparentes, denegándole el derecho a la segunda instancia al recurrente, hoy accionante; pues si bien es cierto, el escrito de fundamentación de recursos puede contener errores de técnicas de redacción y argumentación, al ser reiterativo, muy extenso y no indicar con total claridad los puntos objetados a la resolución recurrida, eso no le quita comprensión en cuanto a la pretensión de revisión en instancia de apelación.

Además, debe tenerse presente que la aplicación del Artículo 419 del Código de Forma debe hacerse con suma cautela, pues finalmente, queda a criterio del Juzgador considerar si el recurrente hizo o no un análisis razonado de la resolución y expuso los motivos para considerarla injusta o viciada. Es decir, al estar en juego un derecho procesal fundamental, como es el de la doble instancia, la regla debe ser que, en caso de duda, siempre debe primar el derecho al estudio del recurso, el derecho a ser oído; debe garantizarse la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

En el caso en estudio, la justificación del Tribunal para declarar desierto el recurso de apelación interpuesto, resulta muy superficial, ritualista, respecto a que el justiciable no hizo un análisis razonado de sus agravios, pues por el contrario, se advierte que éste ha tratado de justificar ampliamente su derecho –excediéndose incluso en los temas abordados– y los supuestos errores de la resolución recurrida, independientemente de la técnica utilizada, la forma de expresión o redacción. Como indicamos más arriba, el recurrente, cual si fuera un escrito de conclusión, reiteró sus pretensiones y en medio de ellas cuestionó las decisiones del Juez de Primera Instancia. En algunas oportunidades, en forma directa y, en otras, en forma indirecta. A pesar de que hubiera sido deseable una técni-

ca de redacción más apropiada, en casos como éstos, el órgano juzgador debe evitar el estricto apego a una norma tan drástica y perjudicial para el apelante, que por lo demás, deja prácticamente a su criterio, una decisión tan trascendente en el proceso, como lo es el estudio sobre si está o no ajustada a derecho una decisión judicial.

Además, la lectura e interpretación del Artículo del 419 del Código de forma, solo nos lleva a sostener que la formulación normativa adolece de cierta vaguedad, al utilizarse términos valorativos como “análisis razonado”, “expresión de motivos para considerar injusta o viciada la resolución”, sin indicar los límites de tales expresiones: ¿qué es un análisis razonado? ¿se exige una exhaustiva expresión de los motivos o una determinada técnica de fundamentación? La ley no lo dice, por tanto, el Juzgador —el que conoce el derecho— debe hacer una prudente interpretación, estudiar los recursos en su caso, para dar una respuesta al justiciable. Ello no quiere decir que se deba caer en el extremo de desoír la ley, dando pie a la utilización del proceso de manera indebida. Es por ello que, reiteramos, siempre que haya una duda, que no sea claro, patente y grave el incumplimiento del Artículo 419 del C. P. C., debe procederse al análisis y decisión sobre el recurso interpuesto. Y si es claro, patente y grave el incumplimiento del Artículo 419 del C. P. C., la fundamentación del Tribunal para declarar desierto el recurso debe ser igualmente precisa, razonada y justificada lo más exhaustivamente posible. El derecho a la doble instancia, derivado del derecho de defensa, exige asumir esta posición en un estado constitucional y democrático de Derecho. De lo contrario, primarían las formalidades sobre los derechos, contrariando abiertamente mandatos de la Constitución y de los Tratados Internacionales que nos rigen.

En consecuencia, los Conjuces al dictar el Acuerdo y Sentencia impugnado, han fallado sobre la base de una fundamentación aparente, endeble, con excesivo e injustificado rigor formal, afectando el derecho a la doble instancia del accionante y por tanto, al debido proceso. Por estas razones cabe calificar a la resolución impugnada como arbitraria e inconstitucional.

En casos anteriores, hemos señalado que *“el cumplimiento de las normas procesales tiene gran importancia, porque permite la consecución de las normas de fondo, pero este cumplimiento, no debe sobredimensionarse de tal manera que se constituya en un obstáculo para el ejercicio de derechos y garantías constitucionales. El rigorismo excesivo convierte a la reso-*

lución objeto de esta acción en una resolución arbitraria que vulnera el derecho del accionante a la doble instancia, la que es necesaria para el pleno ejercicio del derecho a la defensa en juicio, por lo que la acción de inconstitucionalidad debe ser admitida con los efectos previstos en Art. 560 del C.P.C (...)” (Ac. y Sent. N° 884, de fecha 24 de noviembre de 2011; Expte. 1218/2007).

La Corte Suprema de la Nación Argentina, en un caso similar ha sostenido: “(...) *la decisión que impide el acceso a la instancia de apelación con fundamento en la deserción del recurso sin atender las circunstancias alegadas por el recurrente, sólo satisface de modo aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa, lo que autoriza a su descalificación sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (...). Dicha sanción resulta desproporcionadamente gravosa y pone en evidencia que la Cámara incurrió en un exceso de rigor formal que afectó, en consecuencia, el derecho de defensa en juicio, consagrado en el Artículo 18 de la Constitución Nacional*” (Bravo Ruiz, Paulo César c/ Martocq, Sebastián Marcelo y otros s/ daños y perjuicios, 10/05/2016).

El Tribunal Constitucional español, al respecto del tema debatido, viene sosteniendo en diferentes fallos que: “(..) al tratarse en este caso del derecho de acceso a la jurisdicción y operar, en consecuencia, en toda su intensidad el principio pro actione, no sólo conculcan este derecho las resoluciones de inadmisión o desestimación que incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino también aquellas que se encuentren basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelan una clara desproporción entre los fines que la causa legal preserva y los intereses que se sacrifican. En este sentido, y aunque la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales a que el acceso a la jurisdicción está sujeto, constituye en principio una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde resolver a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el Art. 117.3 CE, hemos señalado también que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (...)". (STC 186/2015, 21 de setiembre, STC 12/2017, 30 de enero, entre otras).

En concreto, en el sub examine, la denegación del estudio del recurso de apelación interpuesto por el hoy accionante, derivó en la vulneración del Artículo 256 de la Constitución que impone a los Jueces y Tribunales fundar sus resoluciones en ésta y en las leyes, por lo que corresponde la declaración de nulidad y el reenvío de la causa al Tribunal que sigue en orden de turno para que sea nuevamente juzgada, de conformidad al Artículo 560 del Código Procesal Civil. Ello releva del análisis del fallo de Primera Instancia también impugnado, en atención a que con esta decisión, los agravios deberán ser estudiados en la instancia judicial ordinaria correspondiente, en estricto respeto de la función de esta Sala Constitucional, que en forma uniforme viene sosteniendo que no constituye una tercera instancia para el estudio de cuestiones debatidas en las instancias ordinarias, pues no es una vía para corregir errores, sino para evitar arbitrariedades y conculcación de preceptos de rango constitucional.

Por las motivaciones que anteceden, corresponde en Derecho hacer lugar con costas, a la acción de inconstitucionalidad promovida, con los alcances del Artículo 560 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A sus turnos, los Ministros, **Doctores CÉSAR DIÉSEL JUNGHANNS y ANTONIO FRETES** manifestaron que se adhieren al voto de la Ministra Preopinante, **Doctora GLADYS BAREIRO DE MÓDICA**, por los mismos fundamentos.

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:

SENTENCIA NÚMERO: 67

Asunción, 11 de marzo de 2021.

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida por el Abg. José Fernández Zacur, en nombre y representación de la Firma

MEPSHOW S.A. y en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 22, de fecha 20 de mayo de 2019; emanada del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital.

IMPONER COSTAS, de conformidad al Art. 192 del C.P.C.

REMITIR estos autos al Tribunal que le sigue en orden de turno, de conformidad al Art. 560 del C.P.C.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Gladys Bareiro de Mónica, Antonio Fretes, César M. Diesel Junghanns.

Ante mí: Abg. Julio C. Pavón Martínez, Secretario.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 235

***Cuestión debatida:** En el fallo de referencia, se hizo lugar a la Acción de Inconstitucionalidad, por haber considerado los miembros de la C.S.J. que en los procesos de referencia se omitieron cuestiones sustanciales que hacen al debido proceso, y consecuentemente han declarado la Nulidad de las Sentencias.*

SENTENCIA. NULIDAD DE LA SENTENCIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos procesales.

Por otra parte, la regla mencionada no es absoluta, pues si nos halláramos ante nulidades de orden público o de violaciones de derechos de rango superior, la declaración de nulidad estaría permitida, toda vez que tales vicios pudieran constituir un obstáculo para que se dicte una sentencia válida.

Esta disquisición, con relación a lo sucedido en el juicio principal, nos indica que la norma inobservada o, propiamente, la nulidad acaecida, aunque fuera meramente procesal no puede ser convalidada por la preclusión o la cosa juzgada, pues lo que pretende resguardar el Artículo 50 son dos situaciones: el derecho a la defensa de los posibles afectados y el debi-

do proceso mediante la integración necesaria de los herederos a la relación procesal, todo esto, con el fin de dictar una sentencia válida.

En otros términos, la declaración de nulidad es procedente en este caso, pues no es posible el dictado de una sentencia válida ante la vulneración del debido proceso cuya consecuencia directa es la violación de un derecho fundamental, el de defensa en juicio.

SENTENCIA. NULIDAD DE LA SENTENCIA. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos procesales. Derecho a la defensa.

Asimismo, en el caso concreto de fallecimiento de una parte del proceso, se dijo: “Cuando se demanda a una persona fallecida y de cualquier modo se realizan actos procesales en tales circunstancias, todos ellos conllevan una nulidad absoluta, que no puede ser convalidada porque nunca ha existido como tal, pues para que el acto procesal nazca, es preciso que las partes a quienes afecte existan o se agote el procedimiento tendiente a legitimar a sus sucesores” (Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Sala 2. Ac. y Sent. 56, julio 3 – 1987).

Como corolario, a más de la inobservancia del Artículo 50 del Proceso Civil, el cual constituye una clara vulneración de los Artículos 16 y 256 de la Constitución Nacional, el actuar de los magistrados en el proceso principal, denota una ostensible violación del Artículo 47 numerales 1 y 2 de la norma fundamental, en cuanto no custodiaron la igualdad de las partes en el transcurso del proceso, lo que se traduce en una violación del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SENTENCIA. SENTENCIA ARBITRARIA.

Entonces, se observa que el Tribunal, al dictar el Acuerdo y Sentencia Nro. 41 de fecha 28 de setiembre de 2016, ha incurrido en una causal de arbitrariedad de la sentencia, pues ha omitido aplicar una disposición legal (Art. 175 del Código Procesal Civil), que autoriza a verificar (de oficio) si se produjo la caducidad de instancia, aunque las partes no lo hubieran alegado en la instancia anterior.

Al respecto, hay que señalar que la no aplicación de una norma jurídica que corresponde al caso sometido a consideración de los magistrados, es causal de arbitrariedad de la sentencia, pues se vincula a la disposición

establecida en el Art. 256 de la Constitución Nacional que exige que los jueces funden sus sentencias en la Ley. En igual sentido, es importante traer a colación las ideas del autor Genaro Carrió que, en relación a las causales de arbitrariedad, explica que prescindir de normal legal evidentemente aplicable al caso es causal de arbitrariedad de la sentencia (El Recurso extraordinario y la Sentencia Arbitraria, Ed. Abedelo-Perrot, 2da. Edición, 1978).

Por estos motivos, corresponde hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad promovida y en consecuencia declarar la nulidad de la Sentencia Definitiva Nro. 71 de fecha 21 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de Garantías de la Ciudad de Hernandarias y el Acuerdo y Sentencia Nro. 41 de fecha 28 de setiembre de 2016 dictado por el Tribunal en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de Alto Paraná, y en consecuencia dar el trámite establecido en el Art. 560 de la C.P.C. ES MI VOTO.

C.S.J. Sala Constitucional. 06/05/2021. “Acción de Inconstitucionalidad promovida por Flavio Luis Bastianel y otros en los autos caratulados Heriberto Manuel Lezcano c/ Flavio Luis Bastianel y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico, Reivindicación de inmueble y otros” (Ac. y Sent. N° 235).

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

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada, la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Ante la Sala Constitucional, se presentaron los Abogados Vilma Días Oliveira, Víctor Paulo Días Oliveira y Paola Ayumi Horita Nava, en representación de los Señores Flavio Luis Bastianel, Vilson Rode, Antonio Valchak, Dirlei Marino Bastianel, Eliane Biberg Bastianel, Nilson Lambrecht, Edilson Ce, Rudi Sochtig, Sorge Sochtig y Nadir José Sirtoli, a promover acción de inconstitucionalidad contra la Sentencia Definitiva N° 71 de fecha 21 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado Penal de Garantías de la ciudad de Hernandarias y contra el Acuerdo y Sentencia N° 41 de fecha 28 de setiembre de 2016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná.

La parte accionante, sostuvo que las decisiones adoptadas por los juzgadores violaron los Artículos 16, 17, 47 inc. 1), 109 y 256 segunda par-

te de la Constitución Nacional, así como artículos del Código Civil y Procesal Civil. Afirmó, en lo medular, que no se observaron las reglas legales del proceso, que los fallos carecen de razonamiento lógico y que la valoración probatoria fue deficiente. Alegó, igualmente que se quebrantó el derecho a la defensa, el debido proceso y la igualdad ante la ley, pues, a su criterio, es manifiesta la parcialidad de los magistrados.

Corrido el traslado de la acción a la otra parte, se presentó el Abogado Jorge Gabriel Pereira, en representación del Señor Heriberto Manuel Lezcano Ayala, manifestando, en general, que la acción de inconstitucionalidad planteada es improcedente, alegando primeramente que la promoción de la misma fue extemporánea, y que las resoluciones dictadas cuentan con fundamentos razonables y serios que impiden calificarlas de arbitrarias o violatorias de derechos y garantías fundamentales.

La Fiscal Adjunta, Abogada Gilda Villalba Tottit, se expidió conforme a los términos del Dictamen N° 2154, de fecha 23 de setiembre de 2019, en el que aconsejó el rechazo de la presente acción, pues consideró igualmente, que la presentación de la acción fue extemporánea.

Es menester realizar una aclaración previa sobre la admisión de la presente acción de inconstitucionalidad, que como es sabido, se limitó a observar el cumplimiento formal de los requisitos legales previstos en la norma procesal, a fin de decidirse, en auto fundado, si la promoción de la acción era admisible o en su caso, correspondía el rechazo liminar. Tal análisis se efectuó en la etapa primigenia de la acción, que como se observa a fs. 113 de estos autos, fue cumplido mediante A.I. N° 116 de fecha 27 de febrero de 2019. A dicho fin, los requisitos de constitución del domicilio, individualización de la resolución impugnada, determinación de la garantía o principio constitucional que se consideró infringido y el plazo de la promoción de la acción, todos estos, exigidos por el Art. 557 del C.P.C., ya fueron examinados, razón por la cual, un nuevo estudio o pronunciamiento sobre los mismos en esta etapa del proceso resulta inoficioso.

Igualmente, es preciso remarcar ahora, que la labor de selección e interpretación de las normas jurídicas aplicables a los asuntos litigiosos, corresponde a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional. El control de constitucionalidad de resoluciones judiciales se limita a la revisión de la adecuación de éstas a las normas constitucionales, procediendo la nulidad solo en los casos de notable arbitrariedad, fundamentos manifiestamente irrazonables o *errores patentes que lesionen*

el derecho al debido proceso y la defensa en juicio. Este debe ser el norte de nuestro razonamiento para llegar a una conclusión en armonía con el diseño constitucional y legal de nuestras instituciones jurídicas.

La acción de inconstitucionalidad debe prosperar:

He mencionado aquí y en fallos anteriores, puntualmente, que procede la declaración de nulidad de fallos por inconstitucionales, cuando se configuran errores patentes que lesionan las garantías de debido proceso y la defensa en juicio y, es justamente ello lo que ha acaecido en autos, como se verá a continuación.

Amén de las fundamentaciones realizadas por el accionante, surge patente del estudio de los autos principales, no así de las resoluciones impugnadas, una clara violación del debido proceso cometido ya en Primera Instancia, el cual acarrea la nulidad de los fallos hoy impugnados y de todo del proceso en sí mismo.

Con la aclaración que antecede e ingresando ya al análisis del expediente original, observamos que la demanda principal fue promovida, a fs. 64, por el señor **Heriberto Manuel Lezcano** a través de sus representantes legales, Abgs. José Venancio López y Pedro Eladio Pereira en fecha 21 de febrero de 2007. La providencia obrante a fs. 89 tuvo por iniciada la demanda de nulidad de acto jurídico, reivindicación de inmueble y otros y ordenó el traslado de la misma a los demandados. Seguidamente, el proceso transcurrió produciéndose notificaciones, recusaciones y oposición de excepciones, que tuvieron oportuna resolución, y; contestaciones por parte de varios demandados, hasta que en fecha 15 de julio de 2009, a fs. 596/599, se presentó al Juzgado a tomar intervención y recusar con expresión de causa, el Abg. Rubén Maizares, invocando la representación del Señor **Heriberto Manuel Lezcano Ayala**, para lo cual adjuntó un Poder General para asuntos judiciales y administrativos otorgado por éste último.

El citado Poder General, obrante a fs. 593/595, otorgado por el Señor **Heriberto Manuel Lezcano Ayala**, cita textualmente que el mismo “...concorre al acto en su carácter de **Heredero Declarado** en el juicio caratulado: “**MANUEL MARÍA LEZCANO GIMÉNEZ** y **HERIBERTO MANUEL LEZCANO** s/ **SUCESIÓN**”, según S.D. N° 430 de fecha 20/05/2009, dictada en el mencionado juicio, que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Lorenzo...” y que tal otorgamiento lo hace “...en especial para que tomen intervención, tramiten

*y prosigan hasta su total terminación el juicio, **iniciado por su finado padre el señor HERIBERTO MANUEL LEZCANO**, caratulado: “**HERIBERTO MANUEL LEZCANO C/ FLAVIO LUIS BASTIANEL Y OTROS S/ NULIDAD DE ACTO JURÍDICO, REIVINDICACIÓN DE INMUEBLE Y OTROS**” que se tramita en la Circunscripción Judicial de Alto Paraná...” (Las negritas son mías).*

La intervención solicitada por el Abg. Maizares, fue rechazada por el Juzgado en fecha 1 de setiembre de 2009, a fs. 600, citando el juzgador como fundamento de tal decisión el Artículo 23 del C.P.C., el cual prohíbe a las partes la designación de profesionales que se hallen comprendidos con el juez en causal de excusación. Esta decisión fue posteriormente revocada por el Tribunal de Apelaciones, Primera Sala de Alto Paraná, por A.I. Nº 148 de fecha 09 de junio de 2010 obrante a fs. 625, donde se sostuvo que el Señor **Heriberto Lezcano Ayala** podía hacer uso de la disposición del Art. 24 del C.P.C., que lo habilitaba a recusar en su primera presentación. En consecuencia, por providencia de fecha 02 de agosto de 2010 obrante a fs. 630 se remitieron los autos al juzgado del siguiente turno. Asimismo, a fs. 635, en fecha 10 de noviembre de 2010, por el mismo Poder General de fs. 593/595, se reconoció igualmente la personería del Abg. Jorge Gabriel Pereira y, finalmente, por providencia de fecha 16 de diciembre de 2010, obrante a fs. 636, se tuvo por contestada la demanda, se consideró competente el juzgado para entender en el proceso principal y abrió la causa a prueba.

Debemos señalar en este estadio, que tanto el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de Hernandarias; el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal, Primera Sala de Alto Paraná, y; el subrogado Juez Penal de Garantías de Hernandarias, en sendas actuaciones arriba citadas, no dieron cuenta de lo advertido en el Poder General obrante a fs. 593/595, donde se expresó con absoluta claridad que el actor del juicio principal, el Señor **Heriberto Manuel Lezcano**, había fallecido y, por ello, no aplicaron lo dispuesto en el Artículo 50 del Código Procesal Civil¹, que ordena la sus-

¹ ART. 50.- MUERTE O INCAPACIDAD. Comprobado el fallecimiento o la incapacidad de quien actuare personalmente en juicio, el juez suspenderá la tramitación de éste hasta que comparezcan a tomar intervención los herederos o repre-

pensión de los trámites del proceso hasta tanto se presenten los herederos. Al contrario, se dio continuidad al proceso abriendo la causa a prueba, e incluso, se citó a absolver posiciones al fallecido en nada menos que tres ocasiones, como se observa a fs. 644, 664 y 710 de autos.

Resulta, cuanto menos, inadmisibles, que a lo largo de las mil doscientas fojas con que cuenta el expediente principal, la parte actora y los jueces de todas las instancias que intervinieron en el estudio del caso, no hayan comunicado y advertido, respectivamente, el fallecimiento del pretendiente principal del litigio, hecho que a todas luces, al no procederse conforme al imperativo procesal, acarrea la nulidad absoluta de todo el proceso y los fallos dictados.

En ese sentido, la doctrina ha afirmado que en cuestiones de índole meramente procesal, donde las actuaciones pudieron ser convalidadas ya no es posible declarar la nulidad, pues al cerrarse las instancias, opera la preclusión; asimismo, la cosa juzgada constituiría un modo tácito de subsanación de las nulidades, hecho que nos llevarían fácilmente a concluir que no es procedente la declaración de nulidad en esta máxima instancia.

Por otra parte, la regla mencionada no es absoluta, pues si nos halláramos ante nulidades de orden público o de violaciones de derechos de rango superior, la declaración de nulidad estaría permitida, toda vez que tales vicios pudieran constituir un obstáculo para que se dicte una sentencia válida.

Esta disquisición, con relación a lo sucedido en el juicio principal, nos indica que la norma inobservada o, propiamente, la nulidad acaecida, aunque fuera meramente procesal no puede ser convalidada por la preclusión o la cosa juzgada, pues lo que pretende resguardar el Artículo 50 son dos situaciones: el derecho a la defensa de los posibles afectados y el debido proceso mediante la integración necesaria de los herederos a la relación procesal, todo esto, con el fin de dictar una sentencia válida.

En otros términos, la declaración de nulidad es procedente en este caso, pues no es posible el dictado de una sentencia válida ante la vulneración del debido proceso cuya consecuencia directa es la violación de un derecho fundamental, el de defensa en juicio.

sentantes legales, a cuyo efecto el juez los citará en sus domicilios, si fueren conocidos, o por edictos, en caso contrario.

La jurisprudencia de los Tribunales ya se ha expedido en similares términos al expresar que: "...la omisión o violación de las formas sustanciales del juicio que justifica la declaración de nulidad, incluso de oficio, de un acto procesal, son aquellas que hacen efectivas las garantías establecidas en la Constitución Nacional, cuya observancia esta impuesta a los jueces como ley suprema de la Nación. Por lo tanto, en todo supuesto en que en una u otra forma se viole la garantía de defensa en juicio, haya o no sanción expresa de nulidad, el juez debe declararla: la indefensión es la máxima nulidad en que puede incurrirse en un proceso" (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial. Sala 3, 3 octubre - 1983)².

Asimismo, en el caso concreto de fallecimiento de una parte del proceso, se dijo: "Cuando se demanda a una persona fallecida y de cualquier modo se realizan actos procesales en tales circunstancias, todos ellos conllevan una nulidad absoluta, que no puede ser convalidada porque nunca ha existido como tal, pues para que el acto procesal nazca, es preciso que las partes a quienes afecte existan o se agote el procedimiento tendiente a legitimar a sus sucesores" (Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Sala 2. Ac. y Sent. 56, julio 3 - 1987)³.

Como corolario, a más de la inobservancia del Artículo 50 del Procesal Civil, el cual constituye una clara vulneración de los Artículos 16⁴ y 256⁵ de la Constitución Nacional, el actuar de los magistrados en el proceso principal, denota una ostensible violación del Artículo 47 numerales 1 y 2 de la norma fundamental, en cuanto no custodiaron la igualdad de las partes en el transcurso del proceso, lo que se traduce en una violación del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

La Jurisprudencia de esta Sala respalda la tesis de que cuando los juzgadores evitan aplicar las disposiciones legales que se ajustan al caso,

² Código Procesal Civil de la República del Paraguay. Tomo I. Comentado. Tellechea Solís, Antonio. La Ley Paraguaya. Año 2012, pág. 322.

³ Op. cit., pág. 322.

⁴ Art. 16 CN: De la defensa en juicio. 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.

⁵ Art. 256 CN: De la forma de los juicios. (...) Toda sentencia judicial deberá estar fundada en esta Constitución y en la ley.

omiten considerar objetivamente los hechos o no los valoran adecuadamente, sus actuaciones son descalificables por arbitrariedad y por ende, las resoluciones que dicten deben ser declaradas nulas por inconstitucionales.

En concreto, en el sub examine, se desconoció la realidad del proceso y se omitió el estudio de cuestiones sustanciales que han viciado los fallos del Juzgado de Primera Instancia y del Tribunal de Apelación, conculcando normas de máximo rango, por lo que corresponde la declaración de nulidad de la Sentencia Definitiva N° 71 de fecha 21 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado Penal de Garantías de la ciudad de Hernandarias y el Acuerdo y Sentencia N° 41 de fecha 28 de setiembre de 2016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná. Es mi voto.

A su turno, el **Ministro MANUEL RAMÍREZ CANDIA** dijo: En primer lugar, en cuanto al trámite de la presente acción, considero oportuno realizar la siguiente puntualización:

Si bien el Acuerdo y Sentencia impugnado ha sido notificado a la parte accionante en fecha 4 de octubre de 2016 (fs. 858 de los autos principales) y la presente acción ha sido promovida en fecha 1 de febrero de 2019, hay que señalar que a fojas 23/24 obra la copia autenticada del Auto Interlocutorio Nro. 497 de fecha 19 de diciembre de 2018, por el cual se hace lugar al incidente de nulidad de actuaciones promovido por el señor Wilson Rode y se ordena una nueva notificación del Acuerdo y Sentencia impugnado, debido a que dicha resolución judicial no fue notificada en el domicilio procesal constituido en autos.

Entonces, como la cédula de notificación de fecha 4 de octubre de 2016 (fs. 858) fue declarada nula por el Tribunal de Apelación, el plazo para promover la Acción de Inconstitucionalidad debe computarse desde dicha fecha. Corresponde aclarar que en el expediente no se encuentra agregada la nueva cédula de notificación, conforme fue ordenado en el A.I. Nro. 497 de fecha 19 de diciembre de 2018.

Tomando como fecha de inicio del cómputo del plazo desde que se dictó el Auto Interlocutorio Nro. 497 de fecha 19 de diciembre de 2018 (en ausencia de constancia de nueva notificación), a la fecha de promoción de la presente Acción de Inconstitucionalidad (1 de febrero de 2019), se tiene que la misma ha sido promovida dentro del plazo establecido en el 557 del C.P.C., teniendo en cuenta –inclusive– el plazo ampliado en razón a la

distancia, conforme lo establecen los Arts. 149 y 557 del Código Procesal Civil.

En cuanto al fondo de la cuestión, me adhiero al voto de la Ministra Gladys Bareiro de Mónica, por cuanto propone hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad promovida por compartir los mismos fundamentos, debido a que en la tramitación del juicio principal no se ha observado el cumplimiento del Artículo 50 del Código Procesal Civil, lo que conlleva la nulidad de todo el proceso, pues se vincula al derecho a la defensa.

No obstante, además de los argumentos expuestos por la Ministra preopinante, me permito agregar otro elemento que justifica la nulidad del Acuerdo y Sentencia impugnado. En ese sentido, de escrito de expresión de agravios agregado a fojas 786/803 de los autos principales, se observa que la parte apelante ha señalado que se produjo la caducidad de instancia, por inactividad procesal de la parte actora.

De la lectura del Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelación surge que, respecto a la caducidad de instancia alegada por la parte recurrente, el Tribunal –al fundar el recurso de nulidad– sostuvo que la caducidad de instancia no podía ser objeto de análisis por parte del Tribunal de alzada, pues en materia recursiva rige la regla establecida en el Art. 420 del Código Procesal Civil, por ende no analizaron si en primera instancia operó la caducidad de instancia.

Al respecto, si bien en materia recursiva rige la regla establecida en el Art. 420 del C.P.C., según el cual el Tribunal solo puede fallar sobre cuestiones propuesta en primera instancia y sobre aquello que fuera objeto de recurso, el Tribunal no tuvo en consideración que la caducidad de instancia debe ser declarada inclusive de oficio, conforme expresamente lo establece el Art. 175 del C.P.C. Es decir, aun cuando la caducidad de instancia no haya sido planteada en primera instancia, es deber del Tribunal verificar si la misma ha operado, y su análisis no está sujeto a la regla establecida en el Art. 420 del C.P.C., como erróneamente lo mencionó el Tribunal de Apelaciones.

Entonces, se observa que el Tribunal, al dictar el Acuerdo y Sentencia Nro. 41 de fecha 28 de setiembre de 2016, ha incurrido en una causal de arbitrariedad de la sentencia, pues ha omitido aplicar una disposición legal (Art. 175 del Código Procesal Civil), que autoriza a verificar (de oficio) si se produjo la caducidad de instancia, aunque las partes no lo hubieran alegado en la instancia anterior.

Al respecto, hay que señalar que la no aplicación de una norma jurídica que corresponde al caso sometido a consideración de los magistrados, es causal de arbitrariedad de la sentencia, pues se vincula a la disposición establecida en el Art. 256 de la Constitución Nacional que exige que los jueces funden sus sentencias en la Ley. En igual sentido, es importante traer a colación las ideas del autor Genaro Carrió que, en relación a las causales de arbitrariedad, explica que prescindir de normal legal evidentemente aplicable al caso es causal de arbitrariedad de la sentencia (El Recurso extraordinario y la Sentencia Arbitraria, Ed. Abedelo-Perrot, 2da. Edición, 1978).

Por estos motivos, corresponde hacer lugar a la Acción de Inconstitucionalidad promovida y en consecuencia declarar la nulidad de la Sentencia Definitiva Nro. 71 de fecha 21 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de Garantías de la Ciudad de Hernandarias y el Acuerdo y Sentencia Nro. 41 de fecha 28 de setiembre de 2016 dictado por el Tribunal en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de Alto Paraná, y en consecuencia dar el trámite establecido en el Art. 560 de la C.P.C. ES MI VOTO.

A su turno, la **Ministra MARÍA CAROLINA LLANES**, dijo: Me permito, disentir con el voto de la Ministra preopinante por las siguientes consideraciones:

En fecha primero de febrero de 2019, se presentan los Abogados Vilma Días de Oliveira, Víctor Paulo Días Oliveira y Paola Ayumi Horita Nava, en representación de Flavio Luis Bastianel, Vilson Rode, Antonio Valchak, Derli Marini Bastianel, Eliane Biderg Bastianel, Nilson Lambrecht, Edilson Ce, Rudi Sochtig, Sorge Sochtig y Nadir José Sirtoli a promover acción de inconstitucionalidad contra la Sentencia Definitiva N° 71 del 21 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de Garantías de Hernandarias y contra el Acuerdo y Sentencia N° 41 de fecha 28 de septiembre de 2016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, manifestando que las citadas resoluciones conculcan las normas constitucionales contenidas en los artículos 16, 17, 47 inc. 1), 109 y 256 segundo párrafo de la Constitución de la República.

Por Auto Interlocutorio N° 116 de fecha 27 de febrero de 2019 la Sala Constitucional, integrada por sus miembros naturales, resolvió dar trámite a la presente acción de inconstitucionalidad, de la misma se corre

traslado a las partes quienes solicitan el rechazo por su notoria extemporaneidad.

Ahora, si bien liminarmente se procedió a dar trámite a la acción planteada, considero que al momento de estudiar el fondo de la cuestión resulta viable realizar el análisis de la admisibilidad, pues el citado trámite no puede limitar la decisión, ello en vista a que la ausencia de los requisitos para la procedencia de la acción, impiden el estudio de la inconstitucionalidad incoada.

Dicho lo cual, es necesario verificar los requisitos establecidos en el Código de forma, es así como el Artículo 557 expresa: “Requisitos de la demanda y plazo para deducirla. Al presentar su escrito de demanda el actor constituirá domicilio e individualizará claramente la resolución impugnada así como el juicio en que hubiese recaído. Citará además la norma, derecho, exención, garantía 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 artículo transcripto, establece los requisitos que debe tener la acción de inconstitucionalidad para que la misma sea viable, es decir, elementos indispensables para habilitar el estudio de las pretensiones, estos requisitos deben ser examinados en todos los casos, sin requerimiento alguno, con relación al plazo para deducir la acción, se establecen nueve días, dicho plazo comienza a computarse desde la notificación de la resolución, ello obviamente sin perjuicio a la ampliación por razón de distancia.

En este escenario queda determinar si esos nueve días exigidos para la interposición de la acción se encuentran cumplidos o si efectivamente la presente demanda fue planteada fuera del plazo de ley, como lo sostiene tanto el Ministerio Público como la contraparte.

De las constancias de marras se desprende que el Acuerdo y Sentencia N° 41 de fecha 28 de septiembre de 2016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, fue notificado a la Abogada de los accionantes en fecha 4 de octubre de 2016, según cédula de notificación obrante a fs. 858 de autos, a partir de ese momento comienza a computarse el plazo de 9

días, debiendo ampliarse el mismo 6 días más, ello debido a los 320 Km de distancia entre el asiento del Tribunal y la capital, en virtud a lo dispuesto en el Art. 149 del C.P.C., por tanto, el plazo vencía el 25 de octubre de 2016, sin embargo, la demanda fue planteada en fecha 1 de febrero de 2019, superando ampliamente el plazo establecido en la ley.

Por otra parte, resulta importante traer a colación lo dispuesto en el Artículo 62 del Código Procesal Civil, que dice: “DEBERES DEL APODERADO. El apoderado tiene la obligación de: a) cumplir los deberes establecidos para las partes; y b) seguir el juicio mientras no haya cesado su personería. **Hasta entonces las citaciones y notificaciones que se le hagan, incluso las de sentencias definitivas, tendrán la misma fuerza que si se hicieren al poderdante**, sin que le sea permitido pedir que se practiquen con éste...”, a la luz de la citada normativa el Acuerdo y Sentencia N° 41 de fecha 28 de septiembre de 2016, fue debidamente notificado, la abogada –en su oportunidad- de haber encontrado injusta o inconstitucional la resolución, debió utilizar las herramientas procesales pertinentes para ejercer la defensa necesaria, sin embargo ello no sucedió, los autos fueron remitidos al juzgado de origen, donde se dictó el proveído de “cúmplase”, por lo que el fallo cuestionado se encontraba firme y en etapa de ejecución de sentencia.

Por tanto, y ante las consideraciones expresadas precedentemente, considero que corresponde RECHAZAR la presente acción interpuesta por los accionantes, contra la Sentencia Definitiva N° 71 del 21 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de Garantías de Hernandarias y contra el Acuerdo y Sentencia N° 41 de fecha 28 de septiembre de 2016, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, por su notoria extemporaneidad; en cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la perdidosa de conformidad a las disposiciones establecidas en el Art. 192 del C.P.C. 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:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la Acción de Inconstitucionalidad promovida y en consecuencia declarar la nulidad de la Sentencia Definitiva Nro. 71 de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

fecha 21 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de Garantías de la Ciudad de Hernandarias y el Acuerdo y Sentencia Nro. 41 de fecha 28 de setiembre de 2016 dictado por el Tribunal en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de Alto Paraná.

REMITIR estos autos al Juzgado que le sigue en orden de turno, de conformidad al Art. 560 del C.P.C.

ANOTAR, registrar y notificar.

Firmado: Ministros: GLADYS BAREIRO DE MÓDICA, DR. MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA. DRA. CAROLINA LLANES.

Ante mí: Abg. Julio Pavón Martínez. Secretario Judicial.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 647

Cuestión debatida: *En la presente resolución la Sala Constitucional de la C.S.J., se ha expedido favorablemente a la pretensión del accionante haciendo lugar a la Acción de Inconstitucionalidad, por haberse comprobado que los juzgadores, cuyos fallos han sido objeto de análisis, fallaron con excesivo rigor formal y con fundamentos aparentes, afectando así categóricamente al debido proceso y vulnerando derechos constitucionales.*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. SENTENCIA ARBITRARIA.

Así expuestos los pormenores del caso, la justificación del Juzgado para rechazar la demanda resulta endeble, muy superficial y, por sobre todo, ritualista sin razón lógica, pues la Magistrada no estudió el fondo de la cuestión litigiosa, arguyendo que una vez trabada la litis, ya era imposible modificar los términos de la demanda y el juez solo podía ceñirse a las peticiones de las partes, quedando fuera de la discusión todo aquello agregado con posterioridad. Es decir, la Magistrada, supuestamente amparada en el Artículo 159 inciso e) del Código de Forma, en doctrinas y jurisprudencia sobre el “principio de congruencia”, decidió no tener por subsanado el error de la parte actora advertido en autos, obviar todas las demás pruebas aportadas y rechazar la demanda. Esto prima facie repre-

senta una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la respuesta jurisdiccional denegatoria solo cuenta con fundamentos aparentes, que desembocan en un abierto ritualismo excesivo y confronta los postulados del Estado Constitucional de Derecho.

Igualmente, el Tribunal en mayoría, al dictar el Acuerdo y Sentencia impugnado, ha fallado sobre la base de una fundamentación aparente, juzgando la causa con excesivo e injustificado rigor formal y afectando el derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto, al debido proceso. Por tales razones cabe calificar a las resoluciones impugnadas como arbitrarias y, en consecuencia, inconstitucionales.

Y aquí debemos detenernos para recordar que hemos abandonado definitivamente el Estado de Derecho legal para dar paso Estado de Derecho constitucional.

Como bien señala Rodolfo Luis Vigo, se ha generado un cambio fundamental de perspectiva en torno a la función judicial; ya no se proclama que el buen juez es el que se limita a ejecutar la ley sin atender a las consecuencias o consideraciones de justicia o exigencias ligadas al caso que debe resolver. La validez de una norma jurídica no se limita un análisis autoritario, sistémico o de eficacia, sino que debe incluir un control ético, dado que si se incurre en una injusticia extrema, los jueces no la pueden dar por existente en el Derecho (La interpretación jurídica en el Estado Constitucional de Derecho, Asunción, Marben Editora. 2014, p. 75).

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Este tipo de fallos que desconocen las nuevas corrientes procesales y sobre todo, menoscaban el fin último del proceso, cual es, la protección de derechos de las personas para alcanzar la justicia, deja la sensación de que el sistema judicial solo es un conjunto de reglas estrictas encaminadas a dar la razón a quien cumple con los requisitos legales y donde el juez es un mero espectador que tiene el poder de aplicar las soluciones legislativas sin mayores razones que la propia ley.

En cuanto al principio de congruencia, referido por los Magistrados como principal sostén de su fallo, corresponde recordar que la doctrina que aboga por su “flexibilización” se sustenta en la búsqueda del resultado práctico, sin alterar otros postulados procesales. *“Sin perder de vista la necesidad de no vulnerar grosera e inoficiosamente el principio de contra-*

dicción, se está consolidando el ideario de que –en supuestos excepcionales– el tribunal debe escudriñar cuál era el resultado práctico equivalente perseguido por el actor o reconviniente, a la hora de encontrarse frente a la necesidad de no otorgar exactamente lo pedido por aquellos (...) En cualquier supuesto lo que interesa es satisfacer el resultado práctico adecuado a lo perseguido por el accionante y a las circunstancias del caso y no tanto acceder a otorgar exactamente lo reclamado por aquel” (Peyrano, Jorge W., Derecho Procesal Moderno, Particularidades de los procesos en el siglo XXI, La Ley, Asunción, p. 58-59).

Los presupuestos de aplicación de la flexibilización de la congruencia, según Peyrano son: a) cuando el cumplimiento exacto de lo requerido resulta inconveniente a luz de un clearing de valores formalizado respecto de los intereses de las partes en pugna. b) el cumplimiento exacto de lo requerido importaría un palmario desmedro para la economía procesal y para un buen servicio de justicia. c) el cumplimiento exacto de lo requerido resulta jurídicamente improcedente, pero la calidad de los derechos invocados por el solicitante justifican algún tipo de satisfacción diferente. En resumen, para el autor, la congruencia es una institución creada para beneficiar a los justiciables y no para perjudicarlos. En algunos casos el órgano jurisdiccional debe descubrir cuál es el resultado práctico equivalente perseguido por el requirente, valorar según la equidad y hasta, en algunas hipótesis justificadas, conceder algo distinto de lo requerido (Op. cit, p. 58).

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

La aplicación intransigente del principio de congruencia, como en el sub examine, indefectiblemente conduce al llamado “exceso de ritual” y a desconocer el valor del sentido común, la practicidad y sobre todo la justicia del caso particular. Configura uno de los supuestos de arbitrariedad de las decisiones judiciales que la Sala Constitucional está en la obligación de subsanar.

Insistimos en que la indiscutible fuerza normativa de la Constitución implica que el derecho y proceso civil ya no pueden ser aplicados sin la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales. En este caso, la decisión confirmada por mayoría del Tribunal de Alzada, además de ser formalista es inequitativa y por tanto injusta. Formalista porque la fundamentación del rechazo de la demanda se basa en la aplicación estricta-

ta de la ley despreciando el fin de la norma. Dicha fundamentación en definitiva se torna “aparente”. Injusta porque ante el cúmulo probatorio se obvió la decisión sobre el fondo, en atención a un error material, insignificante ante los demás elementos de individualización de la res litis. Inequitativa porque los juzgadores aplicaron mecánicamente la ley procesal sin considerar el caso particular presentado y las circunstancias de hechos y de derecho alegadas y probadas.

Néstor Sagüés enseña que el exceso de ritual manifiesto configura una causal de arbitrariedad de sentencias, pues es incompatible claramente con las reglas del debido proceso. Para el autor, constituye un tipo de injusticia grave, una desnaturalización de las formas, en el sentido de que al emplearlas con exceso, se desvían de sus fines. Por tanto, siendo lo razonable “el rito” o la “forma”, lo irrazonable es el exceso de ritual. El juez debe buscar la verdad real, extremar la averiguación de los hechos decisivos o importantes para la justa decisión de la causa, ejecutando sus facultades para mejor proveer. No puede prescindir de las constancias de los autos, siempre que éstas resulten relevantes y evidentes (Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 249-250).

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. SENTENCIA ARBITRARIA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. PRINCIPIO DE EQUIDAD.

El valor de la equidad y su importancia para la protección de los derechos fundamentales es indiscutible en todo sistema de Justicia. En esta tesitura, el Código Iberoamericano de Ética Judicial, en su Artículo 37 dispone: *“El Juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”*. *“En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad”* (Art. 38). *“En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley”* (Art. 39) *“El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”* (Art. 40).

En casos anteriores, hemos señalado que *“el cumplimiento de las normas procesales tiene gran importancia, porque permite la consecución de las normas de fondo, pero este cumplimiento, no debe sobredimensionarse de tal manera que se constituya en un obstáculo para el ejercicio de derechos y garantías constitucionales. El rigorismo excesivo convierte a la resolución objeto de esta acción en una resolución arbitraria que vulnera el derecho del accionante a la doble instancia, la que es necesaria para el pleno ejercicio del derecho a la defensa en juicio, por lo que la acción de inconstitucionalidad debe ser admitida con los efectos previstos en Art. 560 del C.P.C. (...)”* (Ac. y Sent. N° 884, de fecha 24 de noviembre de 2011; Expte. 1218/2007).

C.S.J. Sala Constitucional. 11/11/2021 “Acción de Inconstitucionalidad Adalina Giménez Giménez, María de los Ángeles Giménez Giménez, Iban Adrián Lezcano y Hernán Abdulio Giménez Lezcano c/ Juan Ariel Gauto Chun s/ Petición de Herencia” (Ac. y Sent. N° 647).

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

CUESTIÓN

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor **FRETES** dijo: Se presenta el señor Juan Eduardo Giménez, por derecho propio y bajo patrocinio del Abg. Gustavo David Bonzi, a fin de promover Acción de Inconstitucionalidad en contra de la *S.D. N° 61 de fecha 10 de abril de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Concepción y contra el Acuerdo y Sentencia N° 96 de fecha 22 de diciembre de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Concepción*, en los autos caratulado como: **“ADALINA GIMÉNEZ GIMÉNEZ, JUAN EDUARDO GIMÉNEZ GIMÉNEZ, MARÍA DE LOS ÁNGELES GIMÉNEZ GIMÉNEZ, IBAN ADRIÁN GIMÉNEZ GIMÉNEZ Y HERNÁN ABDULIO GIMÉNEZ GIMÉNEZ C/ JUAN ARIEL GAUTO CHUN S/ PETICIÓN DE HERENCIA”**.

La *S.D. N° 61 de fecha 10 de abril de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la circunscripción judicial de Concepción*, en la parte resolutive dispone: **“NO HACER LUGAR a la demanda promovida por los señores ADALINA GIMÉNEZ GI-**

MÉNEZ, JUAN EDUARDO GIMÉNEZ GIMÉNEZ, MARÍA DE LOS ÁNGELES GIMÉNEZ GIMÉNEZ, IBAN ADRIÁN GIMÉNEZ GIMÉNEZ Y HERNÁN OBDULIO GIMÉNEZ GIMÉNEZ contra el señor JUAN ARIEL GAUTO CHUN sobre PETICIÓN DE HERENCIA, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas a la parte vencida...”

El Acuerdo y Sentencia N° 96 de fecha 22 de diciembre de 2017, *dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la circunscripción judicial de Concepción, en la parte resolutive dispone: “DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. CONFIRMAR la S.D. N° 61 dictada en fecha 10 de abril del año 2017, por Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral del Primer Turno de esta ciudad, a cargo de la Abogada MATILDE RIVAS DE ABENTE, IMPONER las costas de esta Instancia a la parte apelante...”*.

Primeramente cabe recordar que la acción instaurada posee un carácter excepcional, por tanto corresponde analizar previamente si se han observado los requisitos para su procedencia contra resoluciones judiciales. Al respecto el Art. 132 de la Constitución Nacional consagra: *“De la inconstitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las [...] resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley”*. El Código Procesal Civil establece en su Art. 556: *“Acción contra resoluciones judiciales. La acción procederá contra resoluciones de los jueces o tribunales cuando: a) por sí mismas sean violatorias de la Constitución; o b) se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, contrario a la Constitución en los términos del Artículo 550”*; el mentado Art. 550 dispone: *“Procedencia de la acción y juez competente. Toda persona lesionada en sus legítimos derechos por [...] resoluciones [...] que infrinjan en su aplicación, principios o normas de la Constitución, tendrá facultad de promover ante la Corte Suprema de Justicia, la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por las disposiciones de este capítulo”*. Por su parte, en su Art. 557 legisla los requisitos de la demanda: *“Al presentar su escrito de demanda el actor constituirá domicilio e individualizará claramente la resolución impugnada, así como el juicio en que hubiera recaído. Citará además la norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional que sostenga haberse infringido, fundado en términos claros y concretos su petición [...]”*.

Así de las normas anteriormente transcriptas surge que para la procedencia de la acción contra resoluciones judiciales es necesario que el accionante identifique la resolución judicial y el juicio en el que esta se dictó, acredite ser titular del derecho lesionado por la resolución atacada y la lesión alegada; la norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional que la resolución ha infringido, y la fundamentación clara y concreta de la inconstitucionalidad. Debe además especificar si a su criterio la resolución es por sí misma violatoria de la Constitución, esto es por arbitrariedad; o si su inconstitucionalidad deriva de la aplicación de una norma violatoria de la Constitución.

En atención a las cuestiones señaladas más arriba, el accionante ha señalado que las resoluciones impugnadas fueron dictadas en contravención de los artículos 256 y 109 de la Constitución Nacional, ya que se hallan cimentadas sobre argumentos insostenibles y carecen de concretos fundamentos jurídicos que avalen la decisión asumida.

Corrido el traslado que ordena la ley, el señor Juan Ariel Gauto, contestó que en el trámite del juicio principal no se advierte arbitrariedad alguna por lo que no existen violaciones del debido proceso. Asimismo, señala que el accionante se limita a reproducir íntegramente agravios y pretensiones que ya fueron debatidas tanto en Primera Instancia como ante el Tribunal de Apelación.

Por otra parte, la Fiscalía General del Estado, expresó que los magistrados intervinientes han incurrido en un excesivo rigorismo formal al momento de dictar los fallos impugnados, con desprecio de las constancias obrantes en autos, por lo que concluye acoger de manera favorable la presente acción.

Examinados estos autos, en relación a la S.D., como así también el Acuerdo y Sentencia, se advierte que se encuentran fundados razonablemente, circunstancia que no amerita considerarlo como violatorio del orden constitucional, o arbitrario como manifestó el accionante. Ya hemos sostenido en reiterados fallos y curiosamente han transcripto en el escrito de contestación el fundamento que siempre vengo sustentando para casos similares, ejemplificando para el efecto con el Acuerdo y Sentencia N° 788 de fecha 14 de octubre de 2019, en cuanto a que **“EL VICIO DE ARBITRARIEDAD DEBE SER GRAVE Y TIENE QUE PROBARSE. ...De ahí el recurso extraordinario por arbitrariedad de la sentencia, como el mismo tribunal lo observa, reviste carácter excepcional y no tiene por objeto**

abrir una tercera instancia ordinaria en donde puedan discutirse decisiones que se estimen equivocadas.” (Néstor Pedro Sagúes, Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Bs. As., Ed. Astrea, 2ª reimpresión. 2016, p. 217). La decisión tomada por los juzgadores está basada en constancias obrantes en los autos principales traídos a la vista y ha existido interpretación de las leyes aplicables al caso concreto, surgidas del leal saber y entender. En los interlocutorios, los magistrados han expuesto los motivos de la conclusión a que han arribado, no se observa violación de normas constitucionales que rigen el debido proceso contemplado en los Arts. 16, 17 y 256 de la Constitución Nacional, como tampoco se observa que se haya violentado el principio de igualdad contemplado en los Arts. 46 y 47 de la Ley Suprema, es así, que el recurrente en todo momento ha tenido el debido y pleno acceso durante todo el proceso ante los Magistrados que han entendido en el juicio.

Se debe tener presente que la interpretación de la ley y su aplicación al caso concreto es materia opinable, reservada únicamente a los Magistrados intervinientes en cada causa concreta, que no habilita a abrir la vía de la inconstitucionalidad, siempre que los Juzgadores actúen dentro del margen de discrecionalidad que la ley les otorga, como el caso sometido a consideración de ésta Sala, pues sostener la tesis contraria, implicaría poner en tela de juicio el razonamiento de los Magistrados quienes se remiten a las reglas de la “Sana Crítica” para formar sus convicciones y apoyar sus decisiones.

Es sabido que se puede disentir con el criterio sostenido por los Magistrados de las instancias ordinarias, más ello no constituye motivo de declaración de inconstitucionalidad, puesto que ésta acción no es el medio para imponer un criterio de interpretación distinto al sostenido por los juzgadores de las instancias inferiores, pues si así fuera, se daría lugar a una indebida tercera instancia con la consiguiente desnaturalización de la misma.

Por tanto, no existiendo violación de principios, derechos, ni de garantías constitucionales a ser preparado por esta vía, y visto el parecer de la Fiscalía General del Estado, no corresponde hacer lugar a la presente Acción de Inconstitucionalidad promovida, con costas conforme a lo previsto en el Art. 192 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno la Doctora **BAREIRO DE MÓDICA** dijo: El señor Juan Eduardo Giménez Giménez, por sus propios derechos y bajo patrocinio de

Abogado, se presentó ante esta Sala Constitucional a promover acción de inconstitucionalidad contra la Sentencia Definitiva N° 61, de fecha 10 de abril de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Primer Turno de Concepción, así como contra el Acuerdo y Sentencia N° 96, de fecha 22 de diciembre de 2017, emanado del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, de la Circunscripción Judicial de Concepción, fallos recaídos en los autos caratulados: “Adalina Giménez Giménez - Juan Eduardo Giménez Giménez - María De los Ángeles Giménez Giménez - Ibán Adrián Giménez Lezcano y Hernán Obdulio Giménez Lezcano c/ Juan Ariel Gauto Chun s/ petición de herencia”, Expte., N° 77, año 2016.

Por la Sentencia Definitiva N° 61, el Juzgado resolvió: “*NO HACER LUGAR a la demanda promovida por los señores Adalina Giménez Giménez, Juan Eduardo Giménez Giménez, María De los Ángeles Giménez Giménez, Ibán Adrián Giménez Lezcano y Hernán Obdulio Giménez Lezcano c/ Juan Ariel Gauto Chun s/ petición de herencia, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas a la parte vencida (...)*”.

Por el Acuerdo y Sentencia N° 96, el Tribunal interviniente declaró desierto del recurso de nulidad interpuesto y confirmó la S. D. N° 61, de fecha 10 de abril de 2017.

La parte accionante –en lo medular– sostiene: 1. Que se ha violado el Artículo 256 de la Constitución desde el momento en que en vez de proteger la propiedad privada, se despojó a los herederos, a través de sentencias arbitrarias que no están fundadas y son contrarias a la razón. 2. Se ha omitido la consideración de pruebas decisivas para la solución del pleito. 3. Las decisiones solo cuentan con fundamentación aparente. 4. Son absurdas las fundamentaciones de los fallos ya que los Magistrados ignoraron la razón, amparada y demostrada por las documentaciones. Por otra parte, el accionante alegó la violación del Artículo 109 de la Constitución, ya que se pretende despojar injustamente de su propiedad, a quienes fueron declarados herederos legítimos. Por tales motivos, solicitó se haga lugar a la acción promovida y se declare la nulidad de las resoluciones judiciales atacadas (fs. 13/24).

Corrido el traslado de la acción a la otra parte, se presentó el señor Juan Ariel Gauto Chun, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado. Manifestó que las argumentaciones del accionante se reducen a crí-

ticas relacionadas con la valoración de las pruebas y con el razonamiento seguido por los Juzgadores en la consideración de la causa. Finalmente añadió que el pronunciamiento fue correcto, por lo que solicitó el rechazo de la acción (fs. 31/36).

La Fiscal Adjunta, Abogada Gilda Villalba Tottit, se expidió conforme a los términos del Dictamen N° 2533, de fecha 14 de noviembre de 2019, en el que aconsejó hacer lugar a la presente acción, en atención a que los Juzgadores han incurrido en un excesivo rigorismo formal al momento de dictar sus fallos, despreciando las constancias de autos (fs. 41/47).

Como venimos sosteniendo y antes de entrar al examen pertinente, es preciso remarcar que la labor de selección e interpretación de las normas jurídicas aplicables a los asuntos litigiosos, corresponde a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional. El control de constitucionalidad de resoluciones judiciales se limita a la revisión de la adecuación de éstas a las normas constitucionales, procediendo la nulidad solo en los casos de notable arbitrariedad, fundamentos manifiestamente irrazonables o errores patentes que lesionen el derecho al debido proceso. Este debe ser el norte de nuestro razonamiento para llegar a una conclusión en armonía con el diseño constitucional y legal de nuestras instituciones jurídicas.

A continuación pasamos a la revisión del expediente judicial, de tal forma a corroborar que en la tramitación de la causa se haya respetado efectivamente el derecho al debido proceso. Ello, atendiendo además, a que uno de los agravios expresados por el accionante, consiste en la supuesta omisión de la consideración de pruebas decisivas para la solución del pleito.

Los Abogados Gustavo David Bonzi Villalba y Oscar René Torres Morán en representación de los señores Adalina Giménez Giménez, Juan Eduardo Giménez Giménez, María de los Ángeles Giménez Giménez, Ibán Adrián Giménez Lezcano y Hernán Obdulio Giménez Lezcano, promovieron demanda ordinaria de petición de herencia contra el señor Juan Ariel Gauto Chun. El objeto de la demanda fue individualizado como Lote Agrícola N° 34, de la Manzana XXVII - B, con una superficie de 10 hectáreas y 1.252 m², empadronado bajo el N° 421, Finca N° 421, del Distrito de Belén, según título expedido por el I. B. R., que perteneciera en vida al señor Nicodemus Giménez Cristaldo, abuelo y bisabuelo paterno de los actores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Al contestar la demanda, la Abogada Teresa De Jesús Estigarribia, en representación del señor Juan Ariel Gauto Chun, señaló que la finca que sería objeto de la litis (Nº 421), según los actores, no pertenece en propiedad a su instituyente, pues en base a las documentaciones agregadas le corresponde la finca Nº 345 del Distrito de Belén. A esto los actores respondieron que incurrieron en un error respecto a la numeración de dicha finca, repitiendo el número de padrón; sin embargo, los documentos presentados dan cuenta de que se trata del mismo inmueble al que se refiere la parte demandada.

Por providencia de fecha 17 de octubre de 2016, el Juzgado abrió la causa a prueba. Las partes ofrecieron aquellas que hacen a sus derechos. La parte accionada presentó su alegato final. Entre las pruebas citadas en el informe de la Actuaría, se encuentra el expediente caratulado: “De las Nieves Franco de Giménez o De Las Nieves Franco y Nicodemus Giménez o Nicodemus Giménez Cristaldo s/ sucesión” (fs. 55).

Por S. D. Nº 61, del 10 de abril de 2017, se rechazó la demanda de petición de herencia. La Juzgadora sostuvo que en este caso, surge una sola cuestión a analizar, que resulta un asunto no complejo, en razón de la *“carencia de conformidad entre el número de Finca del inmueble reclamado en el presente juicio que es el Nº 421 y acorde a los títulos presentados por el demandado, su propiedad, adquirida en sucesivas cesiones de derechos y acciones dentro del juicio caratulado “De las nieves Franco de Giménez o De las nieves Franco y Nicodemus Giménez o Nicodemus Giménez Cristaldo s/ sucesión”, es la Finca Nº 345 de Belén”*. Aclaró la Magistrada que esta situación es determinante por el principio de que, en cualquier juicio, el Juez debe dictar sentencia conforme a lo alegado y probado por los litigantes. Insistió en que cualquier cosa agregada posteriormente a la traba de la litis, está fuera de discusión y, por lo mismo, nunca podrá incidir sobre la suerte del pleito ya trabado, en virtud al principio de congruencia. Concluyó señalando que la parte actora prácticamente reconoce su error y pretende que el Juzgado subsane dicha falla cometida ab initio, al individualizar incorrectamente el objeto de su demanda.

Apelado el fallo, el Tribunal de Alzada en mayoría sostuvo que el juez civil organiza el proceso de acuerdo a las proposiciones contradictorias de los litigantes; la exigencia procesal de precisar el objeto de la demanda limita las facultades del juzgador, pues si excede el objeto pretendido menoscaba el principio de congruencia, ya que se aparta de la cuestión litigio-

sa fijada. Si la Jueza otorgaba al actor lo que propuso, luego de la contestación del demandado, no solo hubiera sido una sentencia *ultrapetita*, por dar más de lo que pidió, sino por darle cosa distinta. El Tribunal aseveró finalmente que el pronunciamiento del Juzgado fue correcto, pues no puede subsanar el error en que había incurrido la parte actora ni modificar los efectos de la *litis contestatio*.

El Conjuez disidente advirtió que el caso es uno de los que no podrá ser entendido por el justiciable cuando se le comunique que perdió su herencia por un error en el número de finca. Señaló además que la decisión del A-quo es forzada, acientífica e injusta. Así también refirió que los actores fueron declarados herederos de la sucesión, en virtud a la S. D. N° 62, del 16 de abril de 2015. Dicha resolución no fue cuestionada y se halla firme. La pretensión procesal de petición de herencia fue rechazada por la única razón de que se consignó el número de padrón como número de finca. La colonia, el distrito, el lote, la manzana, la superficie, son los mismos. Por tanto, no caben dudas de que el inmueble siempre estuvo individualizado y es el único bien de la sucesión. Por último, expresó que todas las forzadas disquisiciones y literatura utilizadas sobre la congruencia devienen inaplicables y la resolución debe ser revocada, haciendo lugar a la petición de herencia.

Luego de la atenta lectura del expediente judicial, en especial, de las resoluciones atacadas, se evidencia con total claridad que los juzgadores han fallado con excesivo rigor formal y con fundamentos aparentes, afectando categóricamente derechos constitucionales. La gravedad de la arbitrariedad que surge de los fallos judiciales estudiados, merece la argumentación que se expone seguidamente.

En el expediente judicial sobre petición de herencia, si bien es cierto y fue reconocido por la parte actora, se cometió un error material al consignar el número de finca del inmueble objeto de la acción. Sin embargo, todos los demás datos que identifican a tal inmueble coinciden plenamente: padrón, número de lote, manzana, distrito, superficie. Dicho error fue subsanado por los actores, con posterioridad al acto procesal de contestación de demanda.

Al respecto, cabe resaltar que el padrón es la nomenclatura que permite conocer la situación física, jurídica y económica del inmueble. El Catastro es un registro público cuyos datos, además de identificar un inmueble (descripción física), establecen su valor a los efectos impositivos. El

número de Finca (nomenclatura registral), igualmente individualiza al inmueble y a sus titulares.

Por tal razón, no podría sostenerse jurídicamente que en el expediente en cuestión, no se hallaba individualizado el inmueble, objeto de la petición de herencia, pues como se señaló, únicamente el número de finca fue consignado erróneamente.

Por otra parte, consta que los demandantes fueron declarados herederos en el juicio sucesorio que fue agregado a los autos como prueba instrumental. En momento alguno se cuestionó dicha decisión judicial. La Jueza de Primera Instancia incluso remarcó en su resolución que a dichas personas en virtud de la declaratoria de herederos, les correspondía la porción hereditaria (50%) como hijos y nietos del Sr. Blas Antonio Giménez Franco.

Del mencionado expediente surge que se trataba del único bien de la sucesión: que el Sr. Aquiles Gauto Céspedes fue subrogado en los derechos y acciones que le podían corresponder a uno de los dos hijos de los causantes. Éste a su vez cedió sus derechos sobre el inmueble al Sr. Juan Ariel Gauto Chun, a nombre de quien se expidió e inscribió el certificado adjudicación sobre el total del inmueble.

Así expuestos los pormenores del caso, la justificación del Juzgado para rechazar la demanda resulta endeble, muy superficial y, por sobre todo, ritualista sin razón lógica, pues la Magistrada no estudió el fondo de la cuestión litigiosa, arguyendo que una vez trabada la litis, ya era imposible modificar los términos de la demanda y el juez solo podía ceñirse a las peticiones de las partes, quedando fuera de la discusión todo aquello agregado con posterioridad. Es decir, la Magistrada, supuestamente amparada en el Artículo 159 inciso e) del Código de Forma, en doctrinas y jurisprudencia sobre el “principio de congruencia”, decidió no tener por subsanado el error de la parte actora advertido en autos, obviar todas las demás pruebas aportadas y rechazar la demanda. Esto prima facie representa una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la respuesta jurisdiccional denegatoria solo cuenta con fundamentos aparentes, que desembocan en un abierto ritualismo excesivo y confronta los postulados del Estado Constitucional de Derecho.

Igualmente, el Tribunal en mayoría, al dictar el Acuerdo y Sentencia impugnado, ha fallado sobre la base de una fundamentación aparente, juzgando la causa con excesivo e injustificado rigor formal y afectando el

derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto, al debido proceso. Por tales razones cabe calificar a las resoluciones impugnadas como arbitrarias y, en consecuencia, inconstitucionales.

Y aquí debemos detenernos para recordar que hemos abandonado definitivamente el Estado de Derecho legal para dar paso Estado de Derecho constitucional.

Como bien señala Rodolfo Luis Vigo, se ha generado un cambio fundamental de perspectiva en torno a la función judicial; ya no se proclama que el buen juez es el que se limita a ejecutar la ley sin atender a las consecuencias o consideraciones de justicia o exigencias ligadas al caso que debe resolver. La validez de una norma jurídica no se limita un análisis autoritario, sistémico o de eficacia, sino que debe incluir un control ético, dado que si se incurre en una injusticia extrema, los jueces no la pueden dar por existente en el Derecho (La interpretación jurídica en el Estado Constitucional de Derecho, Asunción, Marben Editora. 2014, p. 75).

Hemos superado los postulados decimonónicos según los cuales las soluciones jurídicas las brindaba con exclusividad el legislador y tarea judicial carecía de toda dimensión creadora, reduciéndose a “reconstruir el pensamiento del legislador” o “desentrañar el sentido de la ley según lo pretendido por aquel” (Vigo, op. cit., pp. 192-193). “Esta moralización, eticidad, principialismo, constitucionalización o humanización del Derecho no sólo ha puesto en crisis el juridicismo del modelo decimonónico sino también a su misma teoría jurídica interpretativa que postulaba jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley que debían aplicar dogmática y silogísticamente a cada caso. Roto el espejismo juridicista, se advierte que el Derecho es indisolublemente ético y que la alternativa de su “purificación” supone desfigurarlos hasta hacerlo irreconocible o asumir el riesgo de su des-humanización” (Vigo, op. cit., p. 195).

En este mismo Contexto, citamos a Jorge Peyrano, quien al hablar sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, señala que se trata de un “mandato de optimización”, que ordena hacer lo mejor según fueren las posibilidades jurídicas. *“En función de ello es que los principios admiten y reconocen cumplimientos parciales. De todos modos, el órgano jurisdiccional puede y debe realizar todo lo que fuere menester en demanda de que la tutela judicial efectiva se materialice en el mayor grado que resultara posible; procurando así concretar aquella postulación chiovendiana: “el proceso debe dar en cuanto es posible prácticamente a quien tiene un derecho, todo*

aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir” (Peyrano, Jorge W., Herramientas procesales, Nova Tesis Editorial, 2013. Rosario, Argentina, pp. 15-16).

El Estado Constitucional de Derecho que permea en el ámbito del derecho civil y su proceso, exige mayor ductibilidad de parte de los Magistrados, quienes deben interpretar y aplicar tanto las normas como los principios con equidad, mirando cada caso particular y su entorno. En esto consiste la llamada “flexibilización del principio de congruencia”. Satisfacer el resultado práctico y hacer justicia, teniendo en cuenta las circunstancias y el derecho de defensa de la parte contraria, de manera alguna podría implicar una vulneración del debido proceso. En este caso analizado, cabía perfectamente esta flexibilización, considerando las instrumentales agregadas al expediente y la activa participación de la contraparte, quien en momento alguno cuestionó el derecho reclamado sino se limitó a demorar precisamente el error material en la demanda.

Este tipo de fallos que desconocen las nuevas corrientes procesales y sobre todo, menoscaban el fin último del proceso, cual es, la protección de derechos de las personas para alcanzar la justicia, deja la sensación de que el sistema judicial solo es un conjunto de reglas estrictas encaminadas a dar la razón a quien cumple con los requisitos legales y donde el juez es un mero espectador que tiene el poder de aplicar las soluciones legislativas sin mayores razones que la propia ley.

En cuanto al principio de congruencia, referido por los Magistrados como principal sostén de su fallo, corresponde recordar que la doctrina que aboga por su “flexibilización” se sustenta en la búsqueda del resultado práctico, sin alterar otros postulados procesales. *“Sin perder de vista la necesidad de no vulnerar grosera e inoficiosamente el principio de contradicción, se está consolidando el ideario de que –en supuestos excepcionales– el tribunal debe escudriñar cuál era el resultado práctico equivalente perseguido por el actor o reconviniente, a la hora de encontrarse frente a la necesidad de no otorgar exactamente lo pedido por aquellos (...) En cualquier supuesto lo que interesa es satisfacer el resultado práctico adecuado a lo perseguido por el accionante y a las circunstancias del caso y no tanto acceder a otorgar exactamente lo reclamado por aquel”* (Peyrano, Jorge W., Derecho Procesal Moderno, Particularidades de los procesos en el siglo XXI, La Ley, Asunción, pp. 58-59).

Los presupuestos de aplicación de la flexibilización de la congruencia, según Peyrano son: a) cuando el cumplimiento exacto de lo requerido resulta inconveniente a luz de un clearing de valores formalizado respecto de los intereses de las partes en pugna. b) el cumplimiento exacto de lo requerido importaría un palmario desmedro para la economía procesal y para un buen servicio de justicia. c) el cumplimiento exacto de lo requerido resulta jurídicamente improcedente, pero la calidad de los derechos invocados por el solicitante justifican algún tipo de satisfacción diferente. En resumen, para el autor, la congruencia es una institución creada para beneficiar a los justiciables y no para perjudicarlos. En algunos casos el órgano jurisdiccional debe descubrir cuál es el resultado práctico equivalente perseguido por el requirente, valorar según la equidad y hasta, en algunas hipótesis justificadas, conceder algo distinto de lo requerido (Op. cit., p. 58).

La aplicación intransigente del principio de congruencia, como en el sub examine, indefectiblemente conduce al llamado “exceso de ritual” y a desconocer el valor del sentido común, la practicidad y sobre todo la justicia del caso particular. Configura uno de los supuestos de arbitrariedad de las decisiones judiciales que la Sala Constitucional está en la obligación de subsanar.

Insistimos en que la indiscutible fuerza normativa de la Constitución implica que el derecho y proceso civil ya no pueden ser aplicados sin la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales. En este caso, la decisión confirmada por mayoría del Tribunal de Alzada, además de ser formalista es inequitativa y por tanto injusta. Formalista porque la fundamentación del rechazo de la demanda se basa en la aplicación estricta de la ley despreciando el fin de la norma. Dicha fundamentación en definitiva se torna “aparente”. Injusta porque ante el cúmulo probatorio se obvió la decisión sobre el fondo, en atención a un error material, insignificante ante los demás elementos de individualización de la res litis. Inequitativa porque los juzgadores aplicaron mecánicamente la ley procesal sin considerar el caso particular presentado y las circunstancias de hechos y de derecho alegadas y probadas.

Néstor Sagüés enseña que el exceso de ritual manifiesto configura una causal de arbitrariedad de sentencias, pues es incompatible claramente con las reglas del debido proceso. Para el autor, constituye un tipo de injusticia grave, una desnaturalización de las formas, en el sentido de que

al emplearlas con exceso, se desvían de sus fines. Por tanto, siendo lo razonable “el rito” o la “forma”, lo irrazonable es el exceso de ritual. El juez debe buscar la verdad real, extremar la averiguación de los hechos decisivos o importantes para la justa decisión de la causa, ejecutando sus facultades para mejor proveer. No puede prescindir de las constancias de los autos, siempre que éstas resulten relevantes y evidentes (Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 249-250).

Arbitrio y arbitrariedad no son sinónimos. En este caso, los Jueces ante el temor de caer en arbitrariedad, optaron por la aplicación “rigurosa” de principios procesales, desmeritando el valor de la equidad. Al respecto, la equidad implica, en palabras de Alejandro Nieto, un mecanismo de adaptación de la ley a las circunstancias del caso concreto; que solo puede hacerse efectiva a través del arbitrio del juez que conoce el caso; no sólo opera respecto a normas sino también a la hora de apreciar la prueba de los hechos (El arbitrio judicial, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 234). Ante los hechos y las pruebas obrantes en autos, los Juzgadores debieron ejercer su prudente arbitrio, estudiar el fondo y fallar según la particularidad del caso.

El valor de la equidad y su importancia para la protección de los derechos fundamentales es indiscutible en todo sistema de Justicia. En esta tesitura, el Código Iberoamericano de Ética Judicial, en su Artículo 37 dispone: *“El Juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”*. *“En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad”* (Art. 38). *“En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley”* (Art. 39) *“El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”* (Art. 40).

En casos anteriores, hemos señalado que *“el cumplimiento de las normas procesales tiene gran importancia, porque permite la consecución de las normas de fondo, pero este cumplimiento, no debe sobredimensionarse de tal manera que se constituya en un obstáculo para el ejercicio de derechos y garantías constitucionales. El rigorismo excesivo convierte a la reso-*

lución objeto de esta acción en una resolución arbitraria que vulnera el derecho del accionante a la doble instancia, la que es necesaria para el pleno ejercicio del derecho a la defensa en juicio, por lo que la acción de inconstitucionalidad debe ser admitida con los efectos previstos en Art. 560 del C.P.C. (...) (Ac. y Sent. N° 884, de fecha 24 de noviembre de 2011; Expte. 1218/2007).

La Corte Suprema de la nación Argentina, en el conocido caso “Saguir y Dib” analizó el tema, en estos términos: “(...) *El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos (...). La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la “ratio legis” y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (...) no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas (...)*” (CSJN, Fallos 302:1284 (1980).

El Tribunal Constitucional español viene sosteniendo en diferentes fallos que: “*los requisitos formales no pueden regularse arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su existencia, lo que debe tenerse en cuenta al tratar de aplicarlos eludiendo cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales y en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en debate; pues el derecho a la tutela judicial no puede ser comprometido y obstaculizado mediante la imposición de for-*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

malismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinarias de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentido que, aunque puede aparecer acomodado al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y finalidad de ésta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas interpretadas a la luz del Art. 24.1 de la C. E.” (STC 110/1985, 69/1984, 65/1985, entre otras).

Finalmente y por las argumentaciones que anteceden, en el subexamine, se ha vulnerado el derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto, el Artículo 256 de la Constitución que impone a los Jueces y Tribunales fundar sus resoluciones en ésta y en las leyes, razón por la cual corresponde en Derecho hacer lugar con costas, a la acción de inconstitucionalidad promovida, con los alcances del Artículo 560 del Código Procesal Civil. Es mi voto.

A su turno el Doctor **DIESEL JUNGHANNS** manifestó que se adhiere al voto de la Ministra, Doctora **BAREIRO DE MÓDICA**, por los mismos fundamentos.

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:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida por el accionante Juan Eduardo Giménez, y en consecuencia, declarar la nulidad de la S.D. N° 61 de fecha 10 de abril de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Primer Turno de Concepción, así también el A. y S. N° 96 de fecha 22 de diciembre de 2017, emanado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial de Concepción.

REMITIR estos autos al Tribunal que le sigue en orden de turno, a fin de que se pronuncie sobre los recursos interpuestos contra la resolución de primera instancia, ello de conformidad a lo establecido en el Art. 560 del C.P.C.

COSTAS a la parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

JURISPRUDENCIA

Firmado: Ministros Antonio Fretes, Gladys Bareiro De Mónica, Diesel Junghanns.

Ante mí: Abog. Julio Pavón Martínez, Secretario.

Sala Civil

ACUERDO Y SENTENCIA N° 06

Cuestión debatida: *En el presente fallo la Sala Civil de la C.S.J., analiza la procedencia de la nulidad de una transferencia de inmueble con un poder para vender el mismo; por haberse celebrado el acto con posterioridad a la primera enajenación, otro contrato por el mismo vendedor a otro comprador; acto que no fue inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos.*

SENTENCIA. NULIDAD DE ACTO JURÍDICO.

Pues bien, desaparecida esa clasificación expresa –la de la nulidad absoluta y relativa, entiéndase– en nuestro derecho positivo, la inteligencia del Art. 359 del Código Civil debe acotarse e interpretarse caso por caso, atendiendo a la índole de la nulidad alegada, que puede resultar convalidable o no, de acuerdo al tenor del vicio. Si se tratare de un vicio convalidable, el interés mencionado debe ser siempre personal, propio de quien pretende alegar la nulidad; interés que, como es claro, debe ser jurídicamente tutelable. No es otro el entendimiento de la doctrina nacional, para la cual “*Terceros interesados en la nulidad son aquellos que pueden, por cualquier motivo, valerse de la nulidad*” (GAUTO BEJARANO, Marcelino. *Op. cit.* p. 686). En nuestro sistema, pues, la legitimación para alegar la nulidad y la convalidabilidad o no del vicio, en ausencia de categoría expresa que norme dichas cuestiones, han de ser analizadas caso por caso, atentos a la índole del vicio.

SENTENCIA. NULIDAD DE ACTO JURÍDICO.

Esto se refuerza cuando se comprueba que, en primer término, no son actos nulos solamente los indicados en el Art. 357 del Código Civil, ya que el Art. 355 del mismo cuerpo legal admite expresamente las nulidades implícitas en otras disposiciones del Código. Pero incluso de una lectura de las solas causales del Art. 357 se comprueba que las mismas no siempre protegen un interés general, o se relacionan con el orden público. No puede esto predicarse, por ejemplo, de la nulidad por vicio de forma (Art. 357 literal “d”), que se relaciona exclusivamente con el interés de las partes y que es obviamente subsanable por vía de confirmación, con el efecto del Art. 371 del Código Civil, donde resalta la retroactividad.

En consecuencia, el sistema de nulidades ya no acoge una clasificación de vicios impetrada en razones de interés general o, si se prefiere la explicación de Llambías, de orden público, por lo que la apreciación de la legitimación para reclamar la nulidad debe necesariamente hacer mérito de la situación concreta del reconviniente, que en el presente caso, aparece como comprador de un inmueble que ya había sido transferido con anterioridad, no obstante, esa primera transferencia no fue inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos con lo cual aquel pudo inscribir la suya.

En cuanto a su posición de reconviniente, la transferencia cuya nulidad pretende no le puede ser opuesta en virtud de lo establecido en el Art. 1968 del Código Civil por lo cual al ser inoponible –en el caso como si la transferencia no hubiera existido– el mismo carece de interés en obtener la nulidad.

Correctamente encuadrado, así, el marco dentro del cual debe procederse al estudio de la legitimación del actor para promover la nulidad a norma del Art. 359 del Código Civil, se aprecia que la misma no existe. En efecto, en su posición no tiene interés directo en la declaración de nulidad por cuanto el mismo no le es oponible.

Llegados a este punto, ha de recordarse que se supeditó la procedencia de la declaración de nulidad respecto a la reconvención a las resultas de la apelación. El apelante resultó perdedor en la reconvención, con lo cual se logra el efecto perseguido por el Art. 407 del Código Procesal Civil y el recurso de nulidad debe ser declarado desierto.

CONTRATO. Principios generales. Efectos del contrato. Inoponibilidad.

De las disposiciones transcritas surge claramente que el contrato de transferencia de inmuebles es de carácter consensual, esto es, que se perfecciona con el consentimiento de las partes manifestada válidamente con el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y desde dicho momento es que tiene efectos entre las mismas sin que ellas o sus sucesores universales puedan negarle validez. Claro está entonces que con respecto a ellas el contrato se perfecciona desde el momento mismo del consentimiento y tiene plenos efectos entre ellos. Ahora bien, la pregunta que surge es ¿Qué sucede con los terceros respecto a dicho acto?

Los terceros son aquellos que no han formado parte del acto jurídico y, por tanto, no emergen para ellos derechos ni obligaciones del mismo, salvo que se haya estipulado alguna prestación a su favor; ello es así ya que en los actos jurídicos rige lo que conocemos como el principio de relatividad de los efectos, que postula que los derechos y las obligaciones surgidos como consecuencia de un acto sólo se extienden a las partes no pudiendo hacerlo respecto a personas ajenas al acto, no obstante, por más de que las personas extrañas al acto no tengan derechos que exigir u obligaciones que cumplir si deben aceptar la existencia del acto jurídico y que entre las partes si produce efectos. Empero, esto último no sucede cuando estamos ante lo que llamamos la inoponibilidad del acto jurídico, que es la consecuencia prevista en el Art. 1968 del Código Civil cuando la inscripción registral no se produce.

La inoponibilidad es una forma de ineficacia relativa por la cual el acto jurídico carece de efectos en relación a determinadas personas, no obstante, entre las partes y sus sucesores universales produce plenos efectos. La doctrina se ha expedido en ese sentido: *“Un acto jurídico válido no es vinculante para los terceros, ni menos quedan sujetos a la reglamentación privada que emane de un negocio jurídico entre las partes. No obstante, dichos terceros deben aceptar que el acto existe y que produce efectos jurídicos entre las partes. Pero, en virtud de la inoponibilidad, ni siquiera se produce este efecto”* (BARCIA Lehmann, Rodrigo. 2007. *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto jurídico*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 149); *“Se habla de inoponibilidad positiva cuando el negocio es válido para las partes, pero ineficaz con relación a ciertos terceros”*. (MORENO RODRÍGUEZ, José Roberto. 1991. *Curso de Derecho Civil*.

Hechos y Actos Jurídicos. Asunción: Editorial Litocolor. p. 439); “*Es una situación en la que la ineficacia no se extiende erga-omnes, o sea, a todas las personas (partes y terceros), sino respecto exclusivamente de determinados terceros.*” (GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. *El acto jurídico*. *Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción: Intercontinental Editora, p. 622).

CONTRATO. Principios generales. Efectos del contrato. Inoponibilidad.

Como se ve, la inoponibilidad es una forma de ineficacia por la cual al tercero ajeno al acto no se le puede oponer los efectos del acto jurídico entre las partes, por tanto, para el tercero dicho acto jurídico no se perfeccionó o simplemente no existió. Algunos casos de inoponibilidad que tenemos en nuestro derecho positivo son: el acto celebrado en fraude a los acreedores que es válido, pero no es oponible al acreedor defraudado y que accionó; la falta de inscripción del título en la Dirección General de los Registros Públicos; la hipoteca no registrada, etc.

Para el caso particular, nos dice el Art. 1968 del Código Civil que el contrato de transferencia de inmuebles para que surta efectos respecto de terceros debe estar inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos. Como alega el recurrente esta inscripción no es constitutiva de derechos sino más bien es declarativa y se exige la inscripción para que tanto el comprador como el vendedor puedan oponer el conocimiento de ese contrato a algún tercero, por lo que rige en nuestro derecho en materia de inmuebles el sistema consensualista mitigado.

En resumen, no siendo inscripta la transferencia, el acto jurídico es inoponible a los terceros, por lo cual a éstos no se les puede exigir siquiera que reconozcan la existencia de aquél. En efecto, autorizada doctrina se ha expedido en ese sentido: “...*la transferencia de la propiedad y, en consecuencia, la constitución o transferencia de un derecho real resultan del simple consentimiento de las partes. Pero este principio tiene un valor casi teórico, ya que el carácter esencial del derecho real es la oponibilidad absoluta. Ahora bien, una transferencia de inmueble no publicada, solo produce efecto entre las partes y quien intentase oponer a los terceros un acto o una sentencia no publicados, no podría prevalerse de su efecto traslativo.*” (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. 1965. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Los Derechos Reales*. Tomo VII. Segunda Parte. Buenos Aires: La Ley. p. 216).

Por tanto, si el contrato de transferencia de inmueble no se inscribe en la Dirección General de los Registros Públicos las partes no pueden pretender que otro reconozca su existencia.

Ya dijimos que terceros son aquellas personas ajenas al acto jurídico, sin embargo, en materia de inmuebles y especialmente en temas de inscripción de títulos registrales debe decirse que podemos considerar terceros –que podrían alegar la falta de inscripción- a aquellos que tengan el mismo derecho o uno incompatible con el del primer adquirente o constituyente y que procede del mismo causante. En ese mismo sentido se ha expedido la doctrina: *“Es del caso agregar que tercero en sentido técnico, en materia de transcripción, es solamente aquel que sea a su vez, adquirente del mismo derecho o de otro derecho incompatible con el adquirido por el primer adquirente y procedente del mismo causante. Por tanto, no son terceros, en el sentido antes indicado, todos aquellos que aun no siendo partes respecto de determinado sujeto que se toma en consideración e incluso siendo terceros en sentido genérico no se encuentren en conflicto con él.”* (MES-SINEO, Francesco. 1979. *Manuel de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 584.

CONTRATO. Principios generales. Efectos del contrato. Inoponibilidad.

No se pierde de vista, lo alegado por el recurrente respecto a que la transferencia de inmuebles se realiza a través de un contrato consensual con lo cual el propietario originario deja de ser tal, y en puridad al realizar una segunda transferencia estaría transfiriendo lo que no le pertenece; empero, el citado artículo es claro al establecer que el efecto de la falta de inscripción es la inoponibilidad al tercero de dicho acto con lo cual para éste es como si la primera transferencia no hubiese existido. Esta solución legal está dada por la necesidad de garantizar la certeza que posee todo tercero al adquirir un inmueble. El criterio contrario sería perjudicial para la circulación del comercio y, además, siempre existiría inseguridad jurídica, con lo que desaparecería toda garantía en la compra de inmuebles. Nadie podría tener certeza alguna en su adquisición, lo cual, obviamente, no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

C.S.J. Sala Civil. 10/02/2022. “Cesar Borges de Souza c/ Juan Andrés Romero y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. Nº 06).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Previa verificación de los antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala civil plantea las siguientes;

CUESTIONES

Es nula la Sentencia apelada

En caso contrario, está ajustada a Derecho?

Practicando el sorteo de Ley para determinar el orden votación, dio el siguiente resultado: Garay, Jiménez Rolón y Martínez Simón.

A primera cuestión el señor Ministro César Antonio Garay dijo: El Abogado Manuel Riera Escudero, representante convencional de Ramón Nicolás Burró Sarubbi, no fundó el Recurso de Nulidad. Tampoco lo hizo el Escribano Público Albino María Doldán Riego, razón por la cual –en principio- correspondería declarar Desiertos los Recursos, por aplicación del Artículo 419 del Código Procesal Civil.

Empero, de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 113 y 420 del Código Procesal Civil, el Órgano Jurisdiccional tiene obligación de estudiar de oficio la nulidad, siempre y cuando existan vicios que impidan dictar válidamente Resolución.

En el *sub examine* se aprecia que César Borges de Sousa promovió demanda por nulidad de Escrituras Públicas y cancelación de inscripción registral, contra Juan Andrés Romero y herederos; Hersy De Mauro e Brito y herederos; la Escribana Pública Dora Elisea Sanabria Bazzano; Ramón Nicolás Burró Sarubbi y el Notario Público Albino María Doldán Riego. Los Actos Jurídicos que se pretendían anular eran: la Escritura Pública N° 12, del 20 de enero de 2003, autorizada por la Escribana Pública Dora Elisea Sanabria Bazzano, que instrumentó el “Poder especial irrevocable para vender inmueble individualizado como Finca N° 13.490 del Distrito Chaco, que otorgaba la señora Hersy de Mauro e Brito a favor del señor Juan Andrés Romero”. Y, la Escritura Pública N° 12, del 18 de febrero del 2003, autorizada por el Notario Público Albino María Doldán Riego, por medio la que Juan Andrés Romero, en representación de Hersy de Mauro e Brito, vendió a favor de Ramón Nicolás Burró Sarubbi el referido inmueble.

Por su parte, Ramón Nicolás Burró Sarubbi instauró demanda reconventional por nulidad de la Escritura N° 2, del 18 de febrero de 1998, autorizada por la Escribana Patricia Blanco Guillén, por la que Hersy de Mauro e Brito, por intermedio de Helio Borges Rezende, vendió a favor de César Borges e Sousa el inmueble individualizado como Finca N° 13.490

del Distrito Chaco. Por dicha razón, demandó a César Borges de Sousa; Helio Borges Rezende y Herederos de Hersy De Mauro e Brito (fs. 277/8).

Por Providencia del 9 de julio del 2007, el Juzgado dispuso: “*Téngase por iniciada la demanda reconvenional por nulidad de acto jurídico planteada por Ramón Nicolás Burró Sarubbi y de la misma y de los documentos presentados córrase traslado a la adversa por todo el término de Ley*” (fs. 223). El reconviniente solicitó ampliación de dicho Proveído, esgrimiendo que el Juzgador omitió promover Juicio contra Helio Rezende y sucesores de Hersy de Mauro e Brito. En consecuencia, solicitó que el Juzgado corra traslado a dichas personas, esgrimiendo que resultaba “...*imprescindible integrar la litis con todos los intervinientes en dicho acto conforme normativa de acumulación subjetiva previsto en el Artículo 101 del Código Procesal Civil...*” (fs. 289/90). Sin embargo, el Juzgado ratificó el referido Proveído al disponer: “*Estése a lo proveído en fecha 9 de julio de 2007*” (fs. 224). Esa Providencia no fue recurrida por el reconviniente y el Juicio se tramitó sin que la litis haya sido correctamente integrada con todas las Partes intervinientes del Acto Jurídico que se pretendía anular. Recién a fs. 751 compareció Marcelo de Mauro e Brito a apelar Sentencia de Segunda Instancia, esgrimiendo que no estaba enterado de las actuaciones del Juicio, reservándose el Derecho de anular por indefensión.

Se aprecia, pues, que la Sentencia fue dictada respecto a los herederos de Hersy De Mauro e Brito y Helio Borges Rezende, a pesar de no tener ellos intervención en la demanda reconvenional incoada en su contra.

Ese vicio no puede ser consentido, convalidado ni subsanado, pues no se advierte que aquellos hayan conocido sobre la existencia de la demanda reconvenional promovida en su contra, ni tampoco respecto a otra Resolución o actuación referida a la pretensión reconvenional.

Por lo demás, la declaración de rebeldía respecto herederos de Hersy de Mauro e Brito dictada en Primera Instancia, no puede servir para convalidar el vicio por indefensión procesal, pues tal declaración fue en relación a la demanda principal y no a la reconvenional, pretensiones que son autónomas e independientes entre sí. En efecto, la reconvenión plantea nueva litis, esa autonomía determina que tenga existencia y vicisitudes independientes a la principal, conforme a la normativa establecida en el Artículo 240 del Código Procesal Civil.

Asimismo, en relación a Helio Borges Rezende no existe acto procesal, Resolución, etc., que indique que estaba en conocimiento del proceso.

La acción promovida en su contra “*resulta inevitable...*”, según lo manifestado por el mismo reconviniendo (fs. 219).

Surge, pues, que no se integró correctamente la litis con los herederos de Hersy de Mauro e Brito y Helio Borges Rezende, vicio que conlleva a la nulidad parcial del proceso respecto de la demanda reconvenicional desde la Providencia de inicio de la reconvenición. El alcance de la nulidad afecta al reconvenido César Borges de Sousa, pues se trata de litis consorcio pasivo necesario. Ello así porque la Sentencia que se dicta en Juicio de Nulidad de Acto Jurídico tiene carácter constitutivo, es decir, crea status jurídico nuevo, por su unidad esencial, con validez erga omnes.

Entonces, por la naturaleza inescindible de la relación procesal, el litisconsorcio pasivo es necesario, razón por la cual existe imposibilidad jurídica para dictar Sentencia, en relación a la demanda reconvenicional, que es el objeto de impugnación en Sede de Apelación.

Por las motivaciones explicitadas, corresponde declarar la nulidad parcial del proceso, en relación a la demanda reconvenicional, desde la Providencia de inicio de la reconvenición. Las Costas serán impuestas en el orden causado, ya que el pronunciamiento de la nulidad fue de oficio, conforme lo dispuesto en el Artículo 193 del Código Procesal Civil. Así voto.

A su turno el señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón dijo: CUESTIÓN PREVIA: Preliminarmente, estudiaremos la petición de la parte actora de declarar desiertos los recursos por fundamentación promiscua. En tal sentido, el Art. 419 del Código Procesal Civil dice: “*El recurrente hará un análisis razonado de la resolución y expondrá los motivos que tiene para considerarla injusta o viciada. No llenándose estos requisitos, se declarará desierto el recurso*”.

Al respecto, dicha norma manda fundar el recurso deducido exigiendo un análisis razonado de la resolución exponiéndose los motivos por la que se reputa injusta. La inobservancia de los presupuestos señalados tiene como consecuencia la declaración de deserción del recurso interpuesto.

Mentada doctrina nos dice: “*La expresión de agravios es el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas por la sentencia que atañe a la apreciación de los hechos o de la prueba o de aplicación de normas jurídicas*” (PALACIO, Lino Enrique. 1993. *Derecho Procesal Civil*. Tomo V. Cuarta Re-

impresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 266); *“Por expresión de agravios se entiende el escrito en el cual el apelante examina los fundamentos de la sentencia y concreta los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan los agravios que reclama. Este carácter esencial del escrito ha sido recordado muy frecuentemente por la jurisprudencia y es muy importante tenerlo en cuenta porque si los mismos no llenan esas condiciones, el tribunal debe declarar desierto el recurso”* (ALSINA, Hugo. 1961. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar. p. 389).

Por tanto, la expresión de agravios debe ser precisa y concreta, debiendo formularse una crítica razonada de la resolución apelada con una indicación clara de los errores u omisiones –que se piensa existen– en la misma. Cabe advertir, que la deserción del recurso prevista en el Art. 419 del Código Procesal Civil, debe ser declarada con criterio restrictivo en razón de la garantía de defensa en juicio.

En el caso de autos, las fundamentaciones de los recursos fueron realizadas en forma promiscua –aquella que no diferencia los argumentos que han de servir para fundar la nulidad o la apelación– empero, dicha circunstancia no es motivo para declarar desiertos los recursos. Ello es así ya que es función del órgano juzgador analizar los argumentos que harían a cada recurso y estudiarlos en la sede correspondiente, asimismo se constata que los recurrentes han realizado una crítica razonada del fallo y han indicado los errores –a su parecer– en los que ha incurrido el Tribunal por lo que debe rechazarse la petición de la parte actora a este respecto.

En cuanto al pedido de que se declaren desiertos los recursos del señor Ramón Burró respecto al Acuerdo y Sentencia N° 30 del 10 de abril de 2017, resolución aclaratoria del Acuerdo y Sentencia N° 16 con fecha 24 de marzo de 2017 debemos apuntar cuanto sigue.

El modo de imposición de las costas queda supeditado a la del decisorio principal que es lo que establece el Art. 205 en concordancia con el Art. 203 del Código Procesal Civil, con lo cual su análisis no puede ser escindido de dicho decisorio. Si las partes se han agraviado del decisorio principal la alzada queda habilitada consecuentemente al estudio de las costas del juicio. Así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia: *“La alzada queda habilitada para conocer y resolver sobre la imposición de costas si en la expresión de agravios se impugnó la conclusión recaída en lo*

principal, quedándole así sometido implícitamente todo pronunciamiento accesorio, como lo es el relativo a las costas". (SCBA, 7/4/64, RepLL, XXIX-552, sum. 320); "Aun cuando las partes no constataran agravio al respecto, el tribunal está en situación de resolver la cuestión costas, por ser accesoria a las conclusiones de fondo". (ST. Entre Ríos, Sala CívCom, 4/5/67, RepLL, XXIX-553, sum. 328); "...Si se piensa en la naturaleza de la condena en costas y su necesaria vinculación con la suerte del litigio, no cabe duda de que la cámara puede aplicar el Art. 68 del código federal, imponiendo o exonerando de condena en costas, conforme con lo que decida sobre el principal y sin sujeción a recurso o agravio" (PODETTI, Ramiro. 2009. *Tratado de los Recursos*. Segunda Edición ampliada y actualizada por Oscar Eduardo Vázquez. Buenos Aires: Ediar. p. 272).

Igualmente cabe decir que, en el escrito de expresión de agravios, el recurrente Ramón Nicolás Burró solicitó expresamente la revocatoria con imposición de costas a la perdedora y asimismo los recursos de apelación y nulidad le fueron otorgados en cuanto a la resolución aclaratoria. Por otro lado, el modo de imposición sobre las mismas ya formaba parte del considerando del Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 24 de marzo de 2017: "En cuanto al agravio de la parte recurrente sobre las costas en primera instancia y dado que la cuestión debatida merecía del análisis jurídico al existir incertidumbre entre los derechos reclamados por las partes litigantes. Corresponde que las mismas sean impuestas en el orden causado de conformidad a lo previsto en el Art. 193 del Código Procesal Civil" (f. 734); "En cuanto a las costas en esta instancia, las mismas deben ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo establecido en los Arts. 192 y 203, inc. b, del Código Procesal Civil" (f. 734 vlt.).

Por todo lo expuesto, debemos desestimar la solicitud de la parte actora de declarar desiertos los recursos del señor Ramón Nicolás Burró y del señor Albino María Doldán Riego.

A la primera cuestión planteada el señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón prosiguió diciendo: Los recurrentes señores Ramón Nicolás Burró Sarubbi y Albino María Doldán Riego fundaron promiscuamente sus recursos. En el caso concreto, bien vistos, los agravios de los recurrentes conciernen a cuestiones relativas a vicios *in iudicando* que, precisamente por su naturaleza, no pueden ser tratados en esta sede. Se los estudiará, por ello, en la que corresponde.

Ahora bien, ello no empece al análisis officioso que debe hacerse ex Art. 113 del Código Procesal Civil por lo que debe advertirse, desde ya, que de las constancias procesales surge *prima facie* que podría haber un vicio susceptible de invalidar el fallo recurrido. Habrá que determinar, pues, sus entidades y alcances.

En autos, el señor Cesar Borges de Sousa promovió demanda de nulidad de acto jurídico contra Juan Andrés Romero, Ramón Nicolás Burró Sarubbi, Dora Elisea Sanabria Bazzano, Albino María Doldán Riego, y herederos de Hersy de Mauro e Brito. Los actos cuya anulación pretende son los instrumentados en: i) La Escritura Pública N° 12 de fecha 20 de enero de 2003 por la cual la señora Hersy de Mauro e Brito otorga Poder Especial a favor del señor Juan Andrés Romero y; ii) La Escritura Pública N° 12 de fecha 18 de febrero de 2003 por la cual la señora Hersy De Mauro e Brito transfiere al señor Ramón Nicolás Burro el inmueble individualizado como Finca N° 13490 del Distrito del Chaco. Todos quienes han intervenido en dichos actos han sido integrados a la relación procesal.

Asimismo, el señor Ramón Nicolás Burró Sarubbi al contestar la demanda, promovió demanda reconvenional por nulidad de acto jurídico contra los señores César Borges de Sousa, Helio Borges Rezende y Hersy Mauro e Brito. El acto jurídico cuya anulación pretende es el instrumentado en la Escritura Pública N° 2 de fecha 18 de febrero de 1998 por la cual la señora Hersy de Mauro e Brito transfirió a favor del señor César Borges de Sousa la Finca N° 13490 del Distrito del Chaco; intervinieron en dicho acto: el señor César Borges de Sousa, a través de su representante Helio Borges Rezende, la señora Hersy de Mauro e Brito, y como fedataria la Notaria Pública Raquel Patricia Blasco Guillén. No obstante, el petitorio del escrito de la demanda reconvenional, el Juez de Primera Instancia por providencia de fecha 9 de julio de 2007 dispuso el traslado de la demanda reconvenional “a la adversa”, no individualizando a las personas que fueran mencionadas en el citado escrito, incluso, la parte reconviniente solicitó la ampliación de dicha providencia, solicitud que no tuvo acogida favorable. Entonces, la relación procesal en cuanto a la reconvenición quedó integrada únicamente con el señor César Borges de Sousa Como bien ya lo señaló el preopinante, estaríamos así ante un claro caso de falta de integración debida de *litis* en la demanda reconvenional.

Empero, debe recordarse que la nulidad procesal no solo es relativa, sino que es siempre la última *ratio*. Ello surge de diversas disposiciones

del Código Procesal Civil, entre las que se encuentra, sin lugar a dudas, el Art. 407 del citado Código, que impide la declaración de nulidad si la apelación puede resolverse a favor de quien aprovecharía la nulidad.

Luego, y por más que exista falta de integración, cabe ver primero si la apelación interpuesta respecto a dicha cuestión favorecería –o no– a quien aprovecharía la nulidad.

En el caso, si se confirma la resolución del Tribunal de Apelación en cuanto a la pretendida nulidad de acto jurídico –vía reconvenional– ya no será necesario anular el proceso. Bastará con la confirmatoria. Por ello, debe pasarse, sin más ambages, al estudio de la apelación.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón dijo: Adhiero al juzgamiento del señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón por mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor Ministro César Antonio Garay prosiguió diciendo: Por la forma como quedó resuelto el Recurso de Nulidad, resulta inocuo el estudio del Recurso de Apelación. Es mi voto.

A su turno el señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón prosiguió diciendo: A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA: Por S.D. N° 226 con fecha 06 de abril de 2015 (fs. 632/635) el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno resolvió: “1) *NO HACER LUGAR a la demanda de nulidad de título y cancelación de inscripción registral de las escrituras públicas (y de los actos jurídicos que instrumentan) promovida por César Borges de Sousa contra Juan Andrés Romero y herederos, Hersy De Mauro e Brito y herederos, N.P. Dora Elisea Sanabria Bazzano, Ramón Nicolás Burro Sarubbi y N.P. Albino María Doldán Riego, por improcedente; 2) HACER LUGAR a la demanda reconvenional de nulidad de título promovida por Ramón Nicolás Burró Sarubbi contra Cesar Borges de Souza, Helio Borges Resende y Herederos de Hersy de Mauro e Brito y en consecuencia, declarar la nulidad del acto jurídico instrumentado en la Escritura Pública N° 12 pasada en fecha 18 de febrero de 1998 en el Protocolo Comercial B autorizada por la Escribana Raquel Patricia Blasco Guillen; 3) IMPONER las costas a la parte vencida; 4) ANOTAR, registrar...”*

Recurrida la mencionada resolución, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 16 con fecha 24 de marzo del 2017 (fs. 730/735) resolvió: “1) *NO HACER LUGAR al recurso de nulidad; REVOCAR en todas sus partes, la S.D. N°*

266 de fecha 6 de abril de 2015 (fs. 632/635) y en consecuencia, HACER LUGAR a la demanda de nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción registral promovido por el Señor CESAR BORGES DE SOUSA en contra del señor JUAN ANDRÉS ROMERO y herederos de la señora HERSY DE MAURO E BRITO y herederos, el señor RAMÓN NICOLÁS BURRO SARUBBI, la Notaria Pública DORA ELISEA SANABRIA y el Notario Público ALBINO MARÍA DOLDÁN RIEGO declarando la nulidad de la Escritura Pública N° 12 de fecha 20 de enero de 2003 (PODER ESPECIAL IRREVOCABLE PARA VENDER INMUEBLE QUE OTORGA LA SEÑORA HERSY DE MAURO E BRITO A FAVOR DEL SEÑOR JUAN ANDRÉS ROMERO), inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos, Registro de Poderes en fecha 23 de enero de 2003, en la Sección II, División II, Serie B bajo el N° 90 y al folio 90. Como también a la Escritura Pública N° 12 de fecha 18 de febrero de 2003, inscrita en la Dirección General de Registro de Inmuebles en fecha 3 de marzo de 2003, bajo el N° 2 y al folio 4 y sgtes. (TRANSFERENCIA DE INMUEBLE QUE OTORGA LA SEÑORA HERSY DE MAURO E BRITO A FAVOR DEL SEÑOR RAMÓN NICOLÁS BURRO SARUBBI); Ordenar la inscripción en la Dirección General de los Registros Públicos, Registro de Inmuebles de escritura pública N° 2 de fecha 18 de febrero de 1998 pasada ante la Escribana Pública Raquel Patricia Blasco Guillén, una vez firme la presente resolución, conforme a lo expuesto en el exordio de esta resolución”. Y, por Acuerdo y Sentencia N° 30 de fecha 10 de abril de 2017 (fs. 741/742) el mencionado Tribunal resolvió: “HACER LUGAR, parcialmente, al recurso de aclaratoria planteado por el Abogado JOSÉ MIGUEL FERNÁNDEZ ZACUR, representante convencional de la parte actora, contra el Acuerdo y Sentencia N° 16 de fecha 24 de marzo de 2017, dictado por este Tribunal y en consecuencia dejar establecido que la numeración correcta de la sentencia REVOCADA, en todas sus partes, es S.D. N° 226 del 06 de abril de 2015 y que las COSTAS de primera instancia son impuestas en el orden causado y las de segunda instancia son impuestas a la parte demandada perdedora, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; ANOTAR, registrar...”.

El Abg. Manuel Riera Escudero, en representación del señor Ramón Nicolás Burró Sarubbi, expresó agravios en los términos del escrito obrante a fs. 781/793. Dijo que la parte actora fundó su pretensión en que la transferencia hecha por Hersy de Mauro e Brito el 18 de febrero de 2003 a

Ramón Nicolás Burró Sarubbi es nula porque la señora Hersy Mauro e Brito había transferido el mismo inmueble a César Borges de Sousa el 18 de febrero de 1998 (cinco años antes), por lo tanto, al momento de la segunda transferencia no le pertenecía. Indicó que la escritura pública por la cual la actora compró el inmueble nunca fue inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos, en cambio, la de Ramón Nicolás Burró Sarubbi otorgada cinco años después sí fue inscrita en base a los certificados de dominio expedidos por la Dirección General de los Registros Públicos. Adujo que su parte alegó falta de acción porque la Escritura Pública N° 2 de fecha 18 de febrero de 1998 fue otorgada por Helio Borges Rezende en nombre de César Borges de Sousa sin acreditar la representación invocada y sin que su actuación haya sido ratificada. Indicó que su representado es legítimo propietario del inmueble en cuestión ya que fue inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos y como tal se considera tercero de buena fe. Realizó un recuento de las opiniones vertidas por los magistrados en el Acuerdo y Sentencia recurrido. Arguyó que su parte reclamó la nulidad de la Escritura N° 2 de fecha 18 de febrero de 1998 porque la misma fue otorgada sin autorización del IBR dentro del plazo de prohibición legal previsto en el Art. 137 de la Ley 854/63 considerando que se había vendido el inmueble a la compradora original el 15 de junio de 1988 y otorgado el 28 de junio de 1998. Dijo que los actos nulos no producen efectos, aunque su nulidad no haya sido juzgada e invocó los artículos 356 y 357 del Código Procesal Civil. Alegó que el acto cuyo objeto fuera ilícito es nulo; y es ilícito aquel acto prohibido por la ley como en el *sub examine* lo es la transferencia de un inmueble dentro del periodo de prohibición legal previsto en el Art. 137 de la Ley N° 854. Manifestó que el Tribunal concluyó que la normativa aplicable es el vigente Estatuto Agrario y ello ignora por completo la teoría germánica de la ultractividad o supervivencia de la ley antigua. Indicó que el fallo ignora también la diferencia entre tiempo interno y externo de la ley, lo que hubiera permitido reconocer al inferior que las normas derogadas son aplicables porque pertenecen a diferentes sistemas del mismo orden jurídico. Dijo que no es aplicable la Ley N° 1863/02 y que es hartó sabido que la ley aplicable a un acto jurídico debe ser la ley vigente al tiempo de la celebración del acto y no una posterior. Mencionó citas doctrinarias como sustento de sus afirmaciones y señaló nuevamente que la primera transferencia es nula y sin ningún valor. Sostuvo que más allá de la señalada insalvable nulidad de la Escritura N°

2 de fecha 18 de febrero de 1998, al no encontrarse inscrita en los Registros Públicos y de acuerdo a las normas registrables no causa efecto contra terceros de buena fe e indicó que en autos no está probada la mala fe del señor Ramón Nicolás Burró. Dijo que quedó demostrada que la transferencia hecha por Hersy de Mauro e Brito el 18 de febrero de 1998 no fue inscrita además de haber sido otorgada en violación de la prohibición expresa de la Ley N° 854/63, es decir, es un acto ilícito y como tal nulo en sí mismo privándole de producir efectos jurídicos, aunque su nulidad no haya sido declarada. Indicó que el Tribunal dijo que el Poder otorgado a Hersy de Mauro e Brito a favor de Juan Andrés Romero es nulo por constituirse en accesorio del principal y que se ignoró el principio de buena fe que preside todo el Código Civil y en particular el Art. 363 del Código Procesal Civil. Arguyó el Tribunal hizo acopio de razonamientos forzados sin aside-ro legal y que no resisten el más mínimo análisis lógico y coherente. Finalmente, solicitó que el Acuerdo y Sentencia en cuestión sea revocado, con costas.

Por providencia de fecha 10 de abril de 2018, se dispuso el traslado de la expresión de agravios a la adversa, quien la contestó en los términos del escrito obrante a fs. 798/819. Solicitó que los recursos sean declarados desiertos porque su adversa los fundó promiscuamente. Señaló que la fundamentación fue deficiente y que nada dice del Acuerdo y Sentencia N° 20 de fecha 10 de abril de 2017 que aclara el anterior e integra su texto, en consecuencia, no completa su actividad recursiva dejándola a medias. Manifiestó que como las resoluciones aclarada y aclaratoria conforman una sola, el recurso que se limita a la primera sin la segunda equivale a un recurso contra ninguna. Indicó que el apelante dejó firme el Acuerdo y Sentencia N° 30 del 10 de abril de 2017 y por ende la distribución de costas en primera y segunda instancia establecida en aquél. Dijo que la vendedora ya no era titular de la propiedad porque antes le transmitió a su conferente y que la falta de inscripción de la primera escritura no enerva los plenos efectos de la primera venta, otorgando en todo caso una acción indemnizatoria al segundo adquirente. Señaló que la cuestión ya quedó definida cuando se rechazara la falta de acción manifiesta y que esto importa que el acto jurídico se perfecciona antes de la toma de razón en los Registros Públicos. Arguyó que al tiempo en que se firmaron los instrumentos nulos el señor Cesar Borges de Sousa figuraba como propietario del fundo en varios documentos públicos no redargüidos de falsedad e indicó que la

titularidad dominial también fue publicitada. Manifestó que resulta evidente que las tierras se transfirieron en forma espuria e ilegítima cuando ya pertenecían a César Borges de Sousa. Indicó que carecen de validez y deben nulificarse todos los actos jurídicos que pretendan transferir derechos que ya no se encuentran en cabeza de quien aparece como transmisor. Señaló que el señor Ramón Nicolás Burró adopta al reconvenir y al apelar en tercera instancia una posición claramente discordante con la asumida al contestar la demanda ya que por un lado afirma que es un tercero a quien no incumbe ni concierne el título de César Borges de Sousa y por otro pretende su nulidad reconociéndose entonces afectado, vinculado y concernido por el mismo. Manifestó que esta sola auto contradicción es suficiente para desestimar la apelación en la materia. Indicó que la prohibición quedó subsanada al término de los 10 años sin que la autoridad de aplicación haya solicitado la reversión del acto. Asimismo, manifestó que la transferencia a favor de su mandante quedó ratificada con la promulgación de la Ley 1863/02 que redujo a cinco años las restricciones de disponibilidad. Arguyó que el Art. 2 del Código Civil señala que las leyes no pueden invalidar o alterar los hechos cumplidos ni los efectos producidos bajo el imperio de las antiguas leyes, entonces, a contrario sensu podrán revalidar y ello no es más que la particularización del principio general de retroactividad de la ley más favorable en este caso, la conservación del acto jurídico. Manifestó que el título de Cesar Borges de Sousa no es nulo a tenor del Art. 357 inc. b) ya que de ninguna manera puede considerarse ilícita una compraventa de objeto perfectamente lícito como lo es un inmueble cuya plena propiedad correspondía a la vendedora y que en todo caso pudo tratarse de una transferencia anulable por aplicación analógica del 358 inc. c) del Código Civil y por ende confirmable. Arguyó que se convalidó el acto tanto por el nuevo Estatuto Agrario como el transcurso efectivo de los 10 años desde que la propiedad se obtuviera del IBR sin que nadie haya impetrado hasta entonces una reclamación de nulidad. Manifestó que la recurrente atenta contra sus intereses al pretender la nulidad del justo título que cimienta los derechos dominiales de su principal y en todo caso el efecto hubiese sido la reversión del inmueble al Estado Paraguayo y no viabilizar o permitir que su adjudicataria lo sobrevenda a un tercero. Señaló que a diferencia de lo que ocurre con el título de su poderdante que debe mantenerse firme, las escrituras públicas confutadas en la demanda sí están viciadas de nulidad absoluta y desde luego que también

los actos jurídicos subyacentes ya que se enajenó un predio ajeno. Manifestó que poco importa que aquel segundo y superpuesto comprador no haya sabido que la vendedora carecía para entonces de dominio. Indicó que nadie puede ceder un bien cuyo dominio no le pertenece. Subrayó que Hersy de Mauro e Brito perdió la propiedad del campo cuando lo enajenó a Cesar Borges de Sousa por escritura pública cumpliendo la formalidad del Art. 700 inc. a) del CC por lo que mal puedo arreglar una nueva venta y nominar apoderado al efecto. Invocó el Art. 1967 del Código Civil. Dijo que no es aplicable la teoría de protección al tercer adquirente de buena fe, cito jurisprudencia y doctrina. Manifestó que la inscripción registral no constituye derechos, no es convalidante y es declarativo; el dominio de los fundos se adquiere contractualmente con independencia a su registración. Señaló también que si las costas en esta instancia no se impusieran a la parte accionada deben distribuirse por su orden o eximirse ya que se está ante una cuestión dudosa en el derecho que se invoca. Asimismo, manifestó que las costas de las instancias inferiores quedaron firmes al no haberse fundado los agravios en relación a la aclaratoria.

El Notario Público Albino María Doldán Riego, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, fundó sus agravios en los términos del escrito obrante a fs. 821/828 contra los Acuerdos y Sentencias N° 16 con fecha 24 de marzo de 2017 y N° 30 con fecha 10 de abril de 2017. Manifestó que es cierto que en fecha 18 de febrero de 2003 ha formalizado la Escritura Pública N° 12 en virtud de la cual la señora Hersy de Mauro e Brito, representada por su apoderado señor Juan Andrés Romero, vendió y transfirió al señor Ramón Nicolás Burro Sarubbi un inmueble de su propiedad de siete mil hectáreas. Indicó que para la formalización de la Escritura Pública previamente: a) Solicitó certificado de vigencia de poder otorgado por la señora Hersy Mauro e Brito a favor del señor Juan Andrés Romero y que fuera otorgada ante la Escribana Pública Dora Elisea Sanabria Bazzano; b) Pidió informes respecto de las condiciones de dominio del inmueble a la Dirección General de los Registros Públicos que a su vez dio cuenta que el inmueble en cuestión se encontraba a nombre de Hersy Mauro e Brito y que carecía de gravamen o restricción de dominio; c) Se abonaron todos los tributos necesarios.

Arguyó que cumplió con todos los requisitos legales que las leyes vigentes exigen y que no existe la mínima duda respecto a la legalidad, legitimidad y validez de la Escritura Pública de transferencia extendida por el

señor Juan Andrés Romero en representación de la señora Hersy de Mauro e Brito en favor de Ramón Nicolás Burro Sarubbi. Manifestó que se ha realizado una prueba pericial caligráfica que concluyó que la firma obrante al pie del poder otorgado a Juan Andrés Romero era auténtica. Realizó un recuento de los hechos ocurridos en la instancia inferior. Señaló que el Escribano Público no puede saber que la vendedora ya había suscripto un contrato anterior con una tercera persona y que ese contrato por negligencia del supuesto comprador o de la Escribana Pública no fue inscripto para que pueda tener efectos respecto a terceros. Arguyó que esa negligencia es única y exclusivamente imputable a ellos ya que el no tuvo nada que ver con las causas que han motivado la nulidad. Manifestó que la Dirección General de los Registros Públicos es la única institución para la publicidad, seguridad y movilidad de actos jurídicos y contratos relativas al dominio y de los derechos reales. Sostuvo que el régimen de publicidad de los actos jurídicos permite conocer al propietario de un inmueble, el estado y su situación jurídica. Manifestó que la obligatoriedad de toma de razón en los Registros Públicos en los actos jurídicos que tengan por objeto títulos traslativos de dominio es expresa para que los mismos puedan producir efectos contra terceros. Indicó que esa toma de razón no puede ser sustituida por ningún otro acto jurídico y por actos individuales, públicos o privados o administrativos realizados o que se realicen en el inmueble en cuestión. Arguyó que la disposición es terminante, clara, categórica y que no es concebible que el Tribunal de Apelación pretenda hacer valer la existencia de un supuesto contrato anterior cuya legitimidad si es discutible desde el momento mismo que no se tomó razón en la Dirección General de los Registros Públicos. Dijo que las pretensiones de la adversa y los fundamentos del Tribunal de Apelación no solo se apartan de la ley, sino que desconocen el régimen de publicidad de los actos jurídicos y sus efectos posteriores establecidos expresamente en nuestro derecho positivo. Arguyó que el actor del presente juicio, insiste y repite que su mandante realizó una serie de actos con relación al inmueble tales como estudios de impacto ambiental, uso de tierra, etc., y –dice– que puede ser que se haya hecho, pero no se sabe en qué carácter ya que nunca estuvo inscribió a su nombre el inmueble en la Dirección General de los Registros Públicos. Señaló que la única publicidad válida para nuestro derecho positivo es la toma de razón en el registro público de inmuebles y no puede ser sustituida por publicaciones o actos administrativos que para el caso son irrelevantes.

Sostuvo que el argumento de que el inmueble se encuentra inscripto en la Municipalidad de Fuerte Olimpo a nombre del mismo no es admisible ya que no es allí donde deben inscribirse o proceder a la toma de razón. Manifestó que si es cierto como sostiene equivocadamente el Tribunal que la vendedora no podía transferir el inmueble no es menos cierto que el Escribano no podía tener conocimiento de eso. Dijo que la omisión de inscribir la primera transferencia de inmueble es de única y exclusiva responsabilidad del actor del juicio o en su defecto de la Escribana Pública que la formalizó y que en consecuencia no tiene por qué soportar la negligencia de otros. Alegó que de confirmarse la resolución recurrida se estaría resquebrajando toda la seguridad jurídica del país y nadie podría estar ya seguro del inmueble que compra, aunque cumpla con todos los requisitos que la ley exige.

Por providencia de fecha 22 de junio de 2018 se corrió traslado de la expresión de agravios a la parte actora, quien contestó en los términos del escrito obrante a fs. 834/845. Dijo que los recursos del N.P. Albino María Doldán Riego deben ser declarados desiertos ya que no discriminó en su presentación los fundamentos de uno y otro remedio recursivo. Señaló que la validez formal de la segunda transferencia no impide su nulidad e indicó que su parte no cuestionó las formalidades extrínsecas del instrumento sino su validez intrínseca al perjudicar con su objeto indebido los derechos de César Borges de Sosa como primer adquirente del fundo. Invocó el Art. 299 del Código Civil, inc. c), entre otras disposiciones. Señaló que cuando el contrato es nulo, el comprador no se convierte en propietario y su derecho es ficticio y tampoco hubiese podido retransmitirlo. Indicó que el *ad quem* rechazó de manera expresa el recurso de nulidad y si el recurrente entiende que debieron imponerse las costas a su parte, debió interponer la respectiva aclaratoria y al no haberlo hecho precluyó su derecho. Manifestó que su parte nunca criticó la actuación del accionado en su carácter de fedatario y que desde la demanda se aclaró el motivo de su inclusión fundando en precedentes jurisprudenciales. Dijo que la inscripción registral no constituye derechos y que la apreciación respecto a la naturaleza jurídica de la inscripción registral ya es cosa juzgada. Señaló que queda claro que cuando Hersy de Mauro e Brito vendió el campo por intermedio de Juan Andrés Romero a Ramón Nicolás Burro, el derecho de propiedad sobre el mismo ya radicaba plenamente en cabeza de Cesar Borges de Sousa. Arguyó que por sobre el régimen de publicidad de los actos jurídicos

se encuentra el respeto a la propiedad privada de rango constitucional. Luego, se remite a lo ya dicho en la contestación de los agravios del señor Ramón Nicolás Burró. En lo que respecta a las costas dijo que si no se impusieren a la parte accionada deben distribuirse por su orden o eximirse.

La petición de declarar desiertos los recursos ya fue objeto de pronunciamiento en la cuestión previa, por lo cual pasaremos sin más preámbulo a estudiar el fondo de la cuestión.

Se trata de resolver la procedencia de una acción de nulidad contra los actos jurídicos instrumentados en la Escritura Pública N° 12 fecha 20 de enero de 2003 (Poder Especial irrevocable para vender inmueble que otorga la señora Hersy de Mauro e Brito a favor de Juan Andrés Romero) y Escritura Pública N° 12 del 18 de febrero de 2003 inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos en fecha 3 de marzo de 2003 (Transferencia de inmueble que otorga la señora Hersy Mauro e Brito, a través de su representante el señor Juan Andrés Romero, a favor del señor Ramón Nicolás Burro Sarubbi; y de una acción reconvenional de nulidad del acto jurídico instrumentado en la Escritura Pública N° 2 de fecha 18 de febrero de 1998 (Transferencia de inmueble que otorga la señora Hersy Mauro e Brito a favor del señor César Borges de Sousa.

La nulidad alegada por la parte actora —señor Cesar Borges de Sousa— deberá ser estudiada en primer término y, en segundo término, será analizada la procedencia de la demanda reconvenional. Asimismo, se analizará en primer lugar el recurso de apelación interpuesto por el señor Ramón Burró y luego nos referiremos al del N.P. Albino María Doldán.

Los fundamentos de la demanda principal de nulidad se basan en que el señor Cesar Borges de Sousa adquirió el inmueble individualizado como Finca N° 13490 del Distrito Chaco de la señora Hersy de Mauro e Brito en fecha 18 de febrero de 1998, esto es, con anterioridad a los actos jurídicos cuya anulación se pretende; señaló la parte actora que la transferencia a su parte no fue inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos pero que ello deviene superfluo por cuanto que el registro es declarativo y no constitutivo. Dijo que la propiedad de inmuebles se adquiere con el mero consentimiento de los contratantes según el Art. 1966 del Código Civil y que la señora Hersy De Mauro e Brito ya no era propietaria del inmueble cuando realizó una segunda transferencia. Alegó que conforme al Art. 357 y 299 del Código Civil la segunda transferencia es nula por perjudicar derechos de terceros. Asimismo, arguyó que para el caso

particular el Art. 2424 del Código Civil no es aplicable ya que la misma está prevista para los juicios de reivindicación y además la nulidad de la escritura suprime cualquier inscripción. Indicó que el Art. 363 del Código Civil deviene inaplicable en el caso en particular porque Ramón Nicolás Burró Sarubbi no es tercero respecto a la transferencia impugnada y que la buena fe exigida por dicha norma no se agota con la buena fe registral. El Tribunal de Apelación resolvió que la nulidad pretendida por la actora era procedente y rechazó la demanda reconvenzional.

Según el recurrente –Ramón Nicolás Burró– en apretada síntesis los errores *in iudicando* en que el Tribunal incurrió fueron: a) Obviar el principio de buena fe que preside todo el Código Civil; b) no analizar el Art. 2411 del Código Civil; y, c) realizar acopio de razonamientos forzados, sin asidero legal que no resisten el mínimo análisis.

Luego de la síntesis de las alegaciones y de las pruebas en las que las que se sustentó la procedencia de la nulidad, surge que lo que se postula es, en esencia, que el negocio jurídico de compraventa entre la señora Hersy De Mauro e Brito y el señor Nicolás Burro Sarubbi, así como el poder otorgado por Hersy de Mauro e Brito al señor Juan Andrés Romero, son nulos porque el inmueble transferido al señor Burró ya fue objeto de compra –con anterioridad– por el señor Cesar Borges de Sousa, sin tener relevancia que dicho acto jurídico no haya sido inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos.

De lo que se trata entonces es de juzgar la procedencia de la nulidad de una transferencia de inmueble y un poder para vender el mismo, por haber sido realizado con posterioridad a la enajenación realizada por el mismo vendedor a otro comprador, y cuyo acto no fue inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos.

Obra a fs. 29/31 la Escritura Pública N° 2 de fecha 18 de febrero de 1998 por la cual la señora Hersy De Mauro e Brito vende y transfiere al señor Cesar Borges de Sousa el inmueble individualizado como Finca N° 13.490 del Distrito del Chaco; el mencionado acto jurídico no fue inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos. Asimismo, a fs. 199/201 obra la Escritura Pública N° 12 de fecha 10 de febrero de 2003 inscripta en la Dirección General de los Registros Públicos bajo el número dos y al folio cuatro y siguientes en fecha 3 de marzo de 2003 por la cual la señora Hersy De Mauro e Brito transfiere a favor del señor Ramón Nicolás Burro Sarubbi la Finca N° 13.490. A f. 77 obra el Poder Especial Irrevocable para

vender inmueble que otorga la señora Hersy de Mauro e Brito a favor del señor Juan Andrés Romero.

Es necesario para el caso particular detenernos previamente en el análisis de cómo opera la transmisión y la constitución del derecho real de dominio de inmuebles en nuestro sistema positivo, en el ámbito contractual. Sabido es que las cosas aumentan, mejoran o perecen para su dueño, así también es el propietario el que puede disponer de ellas por lo que es menester determinar en qué momento se adquiere tal calidad.

Se han conocido tres grandes sistemas de transmisión de la propiedad en el derecho: a) el romanista o del título y modo; b) el francés o del consentimiento; y, c) el de inscripción registral constitutiva.

El primero de ellos es el sistema por el cual además de poseer el título de dueño y la voluntad de las partes se requiere la tradición de la cosa, esto es, la entrega efectiva del objeto. En este sistema, la transmisión del derecho real se perfecciona –recién– una vez que se produce la entrega.

El segundo, el francés o del consentimiento, solo requiere el acuerdo de las partes manifestado válidamente con las formalidades exigidas por la ley, es decir, no se requiere la tradición de la cosa para que se perfeccione la transmisión. No obstante, en Francia este sistema sufrió cambios, entre ellos, el requisito de la inscripción en un fichero registral para que la transferencia pueda ser opuesta a terceros; no siendo dicha inscripción constitutiva del derecho sino tan solo declarativa ya que el derecho real nace con el acuerdo de las partes; a partir de esta innovación se lo ha llamado un sistema consensualista mitigado.

El tercero, sistema de inscripción registral constitutivo, establece que el derecho real se constituye recién con la inscripción del acto jurídico de transferencia en el registro correspondiente. En este sistema se purgan los eventuales vicios del título una vez que se inscribe.

En nuestro derecho positivo deviene esencial lo dispuesto en el Art. 1968 del Código Civil que dice: *“La propiedad de bienes inmuebles se transmite por contrato. Los títulos traslativos de dominio están sujetos a la toma de razón en el Registro de Inmuebles para que produzcan efectos respecto de terceros”*. En concordancia con la mencionada disposición legal, el Art. 288 del Código de Organización Judicial estatuye: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil respecto de las hipotecas, los actos o contratos a que se refiere el presente Código, sólo tendrán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro.*

De las disposiciones transcriptas surge claramente que el contrato de transferencia de inmuebles es de carácter consensual, esto es, que se perfecciona con el consentimiento de las partes manifestada válidamente con el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y desde dicho momento es que tiene efectos entre las mismas sin que ellas o sus sucesores universales puedan negarle validez. Claro está entonces que con respecto a ellas el contrato se perfecciona desde el momento mismo del consentimiento y tiene plenos efectos entre ellos. Ahora bien, la pregunta que surge es ¿Qué sucede con los terceros respecto a dicho acto?

Los terceros son aquellos que no han formado parte del acto jurídico y, por tanto, no emergen para ellos derechos ni obligaciones del mismo, salvo que se haya estipulado alguna prestación a su favor; ello es así ya que en los actos jurídicos rige lo que conocemos como el principio de relatividad de los efectos, que postula que los derechos y las obligaciones surgidos como consecuencia de un acto sólo se extienden a las partes no pudiendo hacerlo respecto a personas ajenas al acto, no obstante, por más de que las personas extrañas al acto no tengan derechos que exigir u obligaciones que cumplir si deben aceptar la existencia del acto jurídico y que entre las partes si produce efectos. Empero, esto último no sucede cuando estamos ante lo que llamamos la inoponibilidad del acto jurídico, que es la consecuencia prevista en el Art. 1968 del Código Civil cuando la inscripción registral no se produce.

La inoponibilidad es una forma de ineficacia relativa por la cual el acto jurídico carece de efectos en relación a determinadas personas, no obstante, entre las partes y sus sucesores universales produce plenos efectos. La doctrina se ha expedido en ese sentido: *“Un acto jurídico válido no es vinculante para los terceros, ni menos quedan sujetos a la reglamentación privada que emane de un negocio jurídico entre las partes. No obstante, dichos terceros deben aceptar que el acto existe y que produce efectos jurídicos entre las partes. Pero, en virtud de la inoponibilidad, ni siquiera se produce este efecto”* (BARCIA Lehmann, Rodrigo. 2007. *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto jurídico*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 149); *“Se habla de inoponibilidad positiva cuando el negocio es válido para las partes, pero ineficaz con relación a ciertos terceros.”* (MORENO RODRÍGUEZ, José Roberto. 1991. *Curso de Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción: Editorial Litocolor. p. 439); *“Es una situación en la que la ineficacia no se extiende erga-omnes, o sea, a todas*

las personas (partes y terceros), sino respecto exclusivamente de determinados terceros.” (GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2010. *El acto jurídico. Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción: Intercontinental Editora. p. 622).

Como se ve, la inoponibilidad es una forma de ineficacia por la cual al tercero ajeno al acto no se le puede oponer los efectos del acto jurídico entre las partes, por tanto, para el tercero dicho acto jurídico no se perfeccionó o simplemente no existió. Algunos casos de inoponibilidad que tenemos en nuestro derecho positivo son: el acto celebrado en fraude a los acreedores que es válido, pero no es oponible al acreedor defraudado y que accionó; la falta de inscripción del título en la Dirección General de los Registros Públicos; la hipoteca no registrada, etc.

Para el caso particular, nos dice el Art. 1968 del Código Civil que el contrato de transferencia de inmuebles para que surta efectos respecto de terceros debe estar inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos. Como alega el recurrente esta inscripción no es constitutiva de derechos sino más bien es declarativa y se exige la inscripción para que tanto el comprador como el vendedor puedan oponer el conocimiento de ese contrato a algún tercero, por lo que rige en nuestro derecho en materia de inmuebles el sistema consensualista mitigado.

En resumen, no siendo inscripta la transferencia, el acto jurídico es inoponible a los terceros, por lo cual a éstos no se les puede exigir siquiera que reconozcan la existencia de aquél. En efecto, autorizada doctrina se ha expedido en ese sentido: “...*la transferencia de la propiedad y, en consecuencia, la constitución o transferencia de un derecho real resultan del simple consentimiento de las partes. Pero este principio tiene un valor casi teórico, ya que el carácter esencial del derecho real es la oponibilidad absoluta. Ahora bien, una transferencia de inmueble no publicada, solo produce efecto entre las partes y quien intentase oponer a los terceros un acto o una sentencia no publicados, no podría prevalecerse de su efecto traslativo.*” (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. 1965. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Los Derechos Reales*. Tomo VII. Segunda Parte. Buenos Aires: La Ley. p. 216).

Por tanto, si el contrato de transferencia de inmueble no se inscribe en la Dirección General de los Registros Públicos las partes no pueden pretender que otro reconozca su existencia.

Ya dijimos que terceros son aquellas personas ajenas al acto jurídico, sin embargo, en materia de inmuebles y especialmente en temas de

inscripción de títulos registrales debe decirse que podemos considerar terceros —que podrían alegar la falta de inscripción— a aquellos que tengan el mismo derecho o uno incompatible con el del primer adquirente o constituyente y que procede del mismo causante. En ese mismo sentido se ha expedido la doctrina: *“Es del caso agregar que tercero en sentido técnico, en materia de transcripción, es solamente aquel que sea a su vez, adquirente del mismo derecho o de otro derecho incompatible con el adquirido por el primer adquirente y procedente del mismo causante. Por tanto, no son terceros, en el sentido antes indicado, todos aquellos que aun no siendo partes respecto de determinado sujeto que se toma en consideración e incluso siendo terceros en sentido genérico no se encuentren en conflicto con él.”* (MES-SINEO, Francesco. 1979. *Manuel de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 584).

No se pierde de vista, lo alegado por el recurrente respecto a que la transferencia de inmuebles se realiza a través de un contrato consensual con lo cual el propietario originario deja de ser tal, y en puridad al realizar una segunda transferencia estaría transfiriendo lo que no le pertenece; empero, el citado artículo es claro al establecer que el efecto de la falta de inscripción es la inoponibilidad al tercero de dicho acto con lo cual para éste es como si la primera transferencia no hubiese existido. Esta solución legal está dada por la necesidad de garantizar la certeza que posee todo tercero al adquirir un inmueble. El criterio contrario sería perjudicial para la circulación del comercio y, además, siempre existiría inseguridad jurídica, con lo que desaparecería toda garantía en la compra de inmuebles. Nadie podría tener certeza alguna en su adquisición, lo cual, obviamente, no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

Por ello, la doctrina es categórica, según resulta de cuanto sigue: *“El efecto de la publicidad consiste en tornar oponibles a los terceros ciertos actos; el efecto de la falta de publicidad de esos actos es, pues su inoponibilidad a los terceros. El adquirente de un inmueble corre el riesgo, si no se publica su derecho, de que el enajenante procede a una segunda enajenación cuya publicación se concrete...”* (MAZEAUD, Henri y Leon, y MAZEAUD, Jean. 1962. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Tercera. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 429); *“Respecto de terceros, el acto no transcrito es ineficaz. Así, pues, son los terceros los únicos que pueden prevalecerse de la falta de transcripción. En lo que a ellos respecta, la transmisión es como si no se hubiera efectuado, el enaje-*

nante es considerado siempre como propietario". (COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry. 1941. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo II. *De los bienes y de los Derechos Reales Principales*. Madrid: Instituto Editorial Reus. p. 760).

También de manera determinante el Art. 2424 del Código Civil resuelve la cuestión: *"Cuando el actor y demandado, presentaren cada uno, título sobre el inmueble, emanado de un autor común, será preferido el que lo hubiese inscripto primero. Si el título fuere anterior a la vigencia de este Código, será propietario el que antes hubiere sido puesto en posesión de la heredad"*. Sobre este punto, ya en fallos anteriores la Sala Civil ha indicado que cuando los títulos puedan ser reconducidos a un autor común, son plenamente aplicables las disposiciones del Art. 2424 del Código Civil: *"Además se plantea la situación de que las partes han adquirido los títulos de personas distintas, lo que a su vez excluye la aplicación del Art. 2424"* (Ac. y Sent. 402, del 26 de agosto de 2010, Sala Civil), según un razonamiento a *contrario sensu*, ya que, si el título provenía de la misma persona, dicho artículo debería ser aplicado. Igualmente, se tiene afirmado: *"Es por ello que la hipótesis de la antigüedad de la inscripción importa en el supuesto del Art. 2424 del Código Civil, donde cuando el título emana de autor común, interesa la prioridad registral"* Ac. y Sent. Nº 853, del 27 de noviembre de 2009, Sala Civil). Esta norma si bien se encuentra en el capítulo referente a la acción reivindicatoria claramente nos está señalando en caso de títulos que emanen del mismo autor será preferido el primer inscribiente, es decir, será considerado propietario el que lo haya inscripto antes independientemente a la fecha de transferencia del inmueble.

La doctrina se ha expedido también en ese sentido: *"Entre dos adquirentes del mismo inmueble, el que triunfará será aquel que haya hecho publicar antes su acto de transferencia"* (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Op. cit.* p. 209); *"Cuando los sucesores a título particular del mismo autor poseen derechos sometidos a publicidad, como el acto que no ha sido publicado no puede ser opuesto a la persona que cumplió la formalidad, se decide en forma más sencilla quien será el titular del derecho cuestionado. La eficacia de los derechos es el premio a la celeridad: quien transcribe o inscribe en primer término, prevalece"* (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Op. cit.* p. 220).

El primer adquirente cuyo título no fue inscripto no puede pretender la nulidad de la segunda transferencia basándose únicamente en el hecho

de que fue objeto de transferencia por segunda vez por el mismo autor común a otra persona, ya que nuestra normativa es clara a ese respecto al solucionar la cuestión de fondo en el Art. 2424 del Código Civil. Para el caso como el dado en autos el legislador optó por considerar propietario al segundo adquirente que inscribió su título emanado de un autor común. No obstante, si la segunda transferencia fue simulada o poseía algún otro vicio –que no se refiera a la existencia de una transferencia previa– puede ser invalidada por el primer adquirente para lograr la inscripción de su título, empero no es el caso de autos ya que se alega como única causal que el inmueble ya fue enajenado al actor con anterioridad y con ello que el objeto fue nulo. Respecto a esto último debemos decir que no puede ser considerado como objeto nulo en atención a lo dicho precedentemente respecto de la inoponibilidad y la solución clara de nuestro Código Civil en el Art. 2424.

Recordemos que se había alegado también la nulidad del poder especial irrevocable para vender inmueble otorgado por la señora Hersy de Mauro e Brito a favor de Juan Andrés Romero y el argumento del Tribunal de Apelación para acoger favorablemente la nulidad fue que lo accesorio sigue a lo principal, consideró principal al acto jurídico de transferencia de inmueble. Al respecto debemos decir que dicho argumento no resiste el menor análisis jurídico ya que en el caso particular el Poder Especial fue un acto anterior a la transferencia de inmueble y con independencia de éste por lo que su nulidad no puede ser basada en la de un segundo acto posterior. Es de destacar que la nulidad en los actos jurídicos se da por un vicio que existe al momento del perfeccionamiento del acto, esto es un vicio congénito, por lo cual hacer depender la nulidad de otro acto posterior no es posible. Analizadas las alegaciones del motivo por el cual el Poder sería nulo debemos remitirnos a lo señalado respecto a los Arts. 1968 y 2424 del Código Civil. Por ende, la demanda de nulidad de este acto jurídico también debe ser rechazada.

Por todo lo expuesto, corresponde que la demanda incoada contra el señor Ramón Nicolás Burró sea rechazada con costas.

Hay que pronunciarse también sobre la procedencia de la acción de nulidad contra el Notario Público Albino María Doldán Riego, que por la naturaleza de la pretensión es idéntica la conclusión llegada en el párrafo precedente. No obstante, es menester analizar si es que el escribano público debe o no ser parte *necesaria* en los procesos judiciales en los que se

pretenda la nulidad de los instrumentos públicos que autorizó —ya que nada impide que, *facultativamente*, intervenga a fin de defender sus intereses—. Sobre el tema, la doctrina mayoritaria sostiene que debe darse al escribano la oportunidad de defenderse ya en la demanda de nulidad del instrumento público que autorizó y no limitar su legitimación pasiva a los casos de demandas de daños y perjuicios. De tal guisa, la intervención del escribano sería necesaria.

Así, se ha dicho que: *“Es verdad que, si se pone en entredicho el ‘acto instrumental’, es decir se solicita la nulidad del acto por existir defectos formales, resulta indispensable dar participación al escribano que lo autorizó, y que de no procederse de esta manera los efectos del pronunciamiento que recayese en ese litigio no podrían alcanzarlo, por no habersele dado oportunidad de defender el acto. En cambio, si se reclamase la nulidad por razones que afectan únicamente al ‘acto instrumentado’, es decir el contenido de las declaraciones formuladas por las partes, en algunos casos nada tendría que ver el escribano con ello, ni sería menester darle intervención en el litigio. Por ejemplo, si una de las partes solicita la nulidad de un acto escriturario, aduciendo que existió un vicio de la voluntad (error, dolo o violencia), ninguna responsabilidad podrá achacársele al notario que autorizó la escritura, ni será menester que tenga participación en el juicio de nulidad ya que el escribano, como depositario de la fe pública, se limita a dar forma instrumental a las declaraciones de voluntad que se han formulado en su presencia y que él ha podido captar por haberlas ‘visto u oído’. Algo similar sucedería si se alega que ha mediado ‘simulación’, o que el aprovechamiento de la situación de inferioridad justifica la nulidad por ‘lesión’. [...] Pero si los defectos que se aducen para solicitar la nulidad son de carácter instrumental, es decir provienen del propio quehacer del autorizante, o tienen carácter ostensible, manifiesto, aunque incidan sobre el contenido del acto, [...] deberá ineludiblemente dársele participación al escribano. Ejemplifiquemos: si el instrumento presenta enmiendas no salvadas, si ha sido suscripto fuera del lugar en que tiene asiento la notaría, si falta la firma de algunos de los otorgantes, o la del propio autorizante, estaremos en presencia de vicios instrumentales, que comprometen la responsabilidad funcional del escribano”; “...Si existen causas que vicien el instrumento, sean estas manifiestas o necesiten de una investigación, la responsabilidad del escribano estará comprometida y será indispensable que participe en el juicio.”; “...Cuando en un litigio se solicita la nulidad de una*

escritura por padecer de ‘vicios instrumentales’, [...] es indispensable dar participación al notario que debe integrar la litis, pues de lo contrario quedaría vulnerado el principio constitucional de defensa en juicio.” (NULIDAD DE ESCRITURAS PÚBLICAS. RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO por Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez, pp. 5/6. Fuente: Conferencia pronunciada por el Dr. Luis Moisset de Espanés en el Colegio de Escribanos de Córdoba); “Cuando se demanda la nulidad de un instrumento notarial por vicios formales, el notario que lo autorizó tiene legitimación pasiva, por lo que en aquellos casos en que la resolución que llegara a dictarse pudiera ocasionarle consecuencias jurídicas adversas de acuerdo con las normas que rigen su actuación, se le debe llamar a juicio, aun de oficio [...]; sin embargo, cuando lo que se demanda es la nulidad del acto jurídico contenido en el instrumento notarial, es innecesario llamar a juicio al fedatario público, ya que la nulidad que llegara a declararse no afectaría sus intereses jurídicos, en tanto que los vicios a aquél atribuidos no emanan de su actuación, de manera que en esta hipótesis no existe razón para ordenar reponer el procedimiento con el objeto de que intervenga en un juicio en el que no es parte” (181707. P./J. 21/2004. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, abril de 2004, p. 97).

Ahora bien: es cierto que podría argüirse, para contrarrestar la tesis de la intervención forzosa del escribano público a la que se aludió recién, que dicha intervención no debiera ser forzosa sino, a lo sumo, meramente voluntaria. La refutación a la tesis de la intervención necesaria del escribano público se formularía así: incluso de obtenerse la declaración de nulidad del instrumento público, ella no le concerniría al escribano, porque esa nulidad declarada, *en sí misma*, no conllevaría para éste último, todavía, ninguna consecuencia disvaliosa; y como ésta, en rigor, requiere de una decisión que sólo puede adoptarse en el contexto de un proceso de responsabilidad contra el escribano y, dado que el proceso de nulidad no es un proceso de responsabilidad, pues entonces no puede hablarse de litisconsorcio necesario. Lo dicho se complementaría con un recordatorio de la finalidad del litisconsorcio necesario y su inaplicabilidad al supuesto examinado: en tal sentido, se diría que la finalidad del litisconsorcio necesario es que pueda dictarse sentencia útil sobre el fondo del asunto en los casos en que, por la inescindibilidad de la relación jurídica, lo decidido afecta forzosamente a todas las partes de ella, de tal guisa que todas deben ser

parte del proceso y tener oportunidad de defenderse; y que, dado que la sentencia sobre nulidad de instrumento público no causa por sí misma ningún perjuicio para el escribano público, debe inferirse que éste no es parte del proceso de nulidad de instrumento. Finalmente, se diría que, en cualquier caso, lo decidido en el proceso de nulidad de instrumento público no afectaría el derecho de defensa del escribano público, por los límites propios de la cosa juzgada.

Debe reconocerse que las objeciones a la tesis de la intervención necesaria del escribano público, reseñadas en el párrafo anterior, son de fuste. Sin embargo, no son suficientes para enervarla, ya que no logran desvirtuar que, en cualquier caso, el derecho de defensa del escribano se verá, sin dudas, mejor resguardado si interviene ya en el proceso de nulidad de instrumento público. A ello, puede añadirse que la intervención necesaria del escribano público en este tipo de procesos guarda armonía, también, con el principio de economía procesal: en efecto, la iniciación de un proceso distinto contra el escribano público es de por sí dispendioso, y en su caso además se deberían reeditar todas las pruebas producidas en el proceso de nulidad por cuanto éstas serían inoponibles al escribano que no intervino en él. Por estas consideraciones, se juzga ajustada a derecho la tesis que propugna que, en los procesos de nulidad de instrumentos públicos, por razones formales, debe darse intervención forzosa al escribano público, a fin de que éste tenga oportunidad de ejercer ampliamente su derecho de defensa.

En autos, el actor manifestó que no cuestionó la actuación del Escribano en su carácter de fedatario y que desde la demanda se aclaró el motivo de su inclusión fundando en precedentes jurisprudenciales. Debe decirse que en atención a lo manifestado por el propio actor y no teniendo esta Magistratura nada que analizar respecto al actuar como fedatario del Escribano Público, ya que no fue cuestionado, por los argumentos señalados cuando se resolvió el recurso de apelación de la codemandada, debe ser rechazada también la demanda contra éste. Respecto de las costas en cuanto al Escribano debemos señalar que éstas deben ser impuestas en el orden causado en atención a las afirmaciones desde el inicio de la demanda por parte del actor y la jurisprudencia discordante en ese sentido.

Resueltas como quedan las cuestiones precedentes, pasaremos a analizar ahora la nulidad de acto jurídico incoada vía demanda reconvenicional por la cual el señor Ramón Burró pretende la nulidad de la Escritu-

ra Pública N° 2 de fecha 18 de febrero de 1998 en cuya virtud la señora Hersy De Mauro e Brito vende y transfiere al señor Cesar Borges de Sousa el inmueble individualizado como Finca N° 13.490 del Distrito del Chaco. Se debe determinar, en primer término, la legitimación procesal del reconviniente, es decir, el derecho, derivado de la normativa sustancial, que éste tenga para reclamar la nulidad. A este respecto, el Art. 359 del Código Civil dispone que la nulidad puede ser alegada por el Ministerio Público y por todos los interesados. Cabe, pues, determinar si a la luz de lo invocado por el actor, este es interesado y consiguiente legitimado para promover la referida acción.

Por esta vía, es decir, por la determinación del contenido exacto de lo demandado, se llega a determinar que el aspecto relativo a la legitimación debe ser considerado respecto de la nulidad pretendida.

La respuesta a la interrogante de la legitimación del actor, a la luz de lo señalado, debe ser negativa, conforme con la consideración del interés que el actor debe tener para alegar la nulidad, a norma del Art. 359 del Código Civil, interés que procesalmente se refleja en la norma del Art. 99 del Código Procesal Civil, de donde se infiere que el actor debe intentar la protección de un interés propio a la hora de accionar. Esta conclusión es sustentada por fallos como los de ED 27-414, donde se dijo que *“No es admisible la nulidad de un acto jurídico cuando no existe un interés jurídico comprometido y cuando se invoca sólo por la nulidad misma”*.

A mayor abundamiento, este interés jurídico debe acotarse aún más cuando que, en nuestro derecho, desapareció, como clasificación expresa establecida por el derecho positivo, la categoría de la nulidad absoluta, matriz de donde deriva la norma del Art. 359 del Código Civil. En otras palabras, dicha norma resultaba, en el sistema del Código de Vélez, del que proviene, la consecuencia lógica de dicha categoría conceptual, que resultaba acotada, y nótese lo importante de la distinción, *“fundamentalmente (y en razón del interés general –o público– y del interés privado que respectivamente informa la invalidez) a los legitimados para demandar”* (ZANNONI, Eduardo A. 2000. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Primera Edición. Buenos Aires: Astrea. p. 210). Lógica consecuencia de ello es que la nulidad absoluta, en los términos del Art. 1047 del Código de Vélez, guarda relación con el interés general, es decir, con el interés de la moral o de la ley; mientras que la nulidad relativa protege intereses esencialmente particulares. Por ello, en el primer supuesto, siendo intereses de

índole general, la apreciación de la legitimación, en el sistema del vecino país, resulta más lata (*vide*: ZANNONI, Eduardo A. *op. cit.* p. 210. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. 2003. *Tratado de derecho civil. Parte general.* Tomo II. Vigésima edición. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 536). Éste último autor incluso vincula el concepto de nulidad absoluta con el de orden público.

Pues bien, desaparecida esa clasificación expresa –la de la nulidad absoluta y relativa, entiéndase– en nuestro derecho positivo, la inteligencia del Art. 359 del Código Civil debe acotarse e interpretarse caso por caso, atendiendo a la índole de la nulidad alegada, que puede resultar convalidable o no, de acuerdo al tenor del vicio. Si se tratare de un vicio convalidable, el interés mencionado debe ser siempre personal, propio de quien pretende alegar la nulidad; interés que, como es claro, debe ser jurídicamente tutelable. No es otro el entendimiento de la doctrina nacional, para la cual “*Terceros interesados en la nulidad son aquellos que pueden, por cualquier motivo, valerse de la nulidad*” (GAUTO BEJARANO, Marcellino. *Op. cit.* p. 686). En nuestro sistema, pues, la legitimación para alegar la nulidad y la convalidabilidad o no del vicio, en ausencia de categoría expresa que norme dichas cuestiones, han de ser analizadas caso por caso, atentos a la índole del vicio.

Esto se refuerza cuando se comprueba que, en primer término, no son actos nulos solamente los indicados en el Art. 357 del Código Civil, ya que el Art. 355 del mismo cuerpo legal admite expresamente las nulidades implícitas en otras disposiciones del Código. Pero incluso de una lectura de las solas causales del Art. 357 se comprueba que las mismas no siempre protegen un interés general, o se relacionan con el orden público. No puede esto predicarse, por ejemplo, de la nulidad por vicio de forma (Art. 357 literal “d”), que se relaciona exclusivamente con el interés de las partes y que es obviamente subsanable por vía de confirmación, con el efecto del Art. 371 del Código Civil, donde resalta la retroactividad.

En consecuencia, el sistema de nulidades ya no acoge una clasificación de vicios impetrada en razones de interés general o, si se prefiere la explicación de Llambías, de orden público, por lo que la apreciación de la legitimación para reclamar la nulidad debe necesariamente hacer mérito de la situación concreta del reconviniente, que en el presente caso, aparece como comprador de un inmueble que ya había sido transferido con anterioridad, no obstante, esa primera transferencia no fue inscrita en la Direc-

ción General de los Registros Públicos con lo cual aquel pudo inscribir la suya.

En cuanto a su posición de reconviniendo, la transferencia cuya nulidad pretende no le puede ser opuesta en virtud de lo establecido en el Art. 1968 del Código Civil por lo cual al ser inoponible –en el caso como si la transferencia no hubiera existido– el mismo carece de interés en obtener la nulidad.

Correctamente encuadrado, así, el marco dentro del cual debe procederse al estudio de la legitimación del actor para promover la nulidad a norma del Art. 359 del Código Civil, se aprecia que la misma no existe. En efecto, en su posición no tiene interés directo en la declaración de nulidad por cuanto el mismo no le es oponible.

Llegados a este punto, ha de recordarse que se supeditó la procedencia de la declaración de nulidad respecto a la reconvención a las resultas de la apelación. El apelante resultó perdedor en la reconvención, con lo cual se logra el efecto perseguido por el Art. 407 del Código Procesal Civil y el recurso de nulidad debe ser declarado desierto.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas en la demanda principal a la actora perdedora, y en la reconvención, a la reconvinida perdedora. Respecto de las costas en cuanto al Escribano ya se señaló que deben ser impuestas en el orden causado.

A su turno el señor Ministro Alberto Martínez Simón prosiguió diciendo: Adhiero al juzgamiento del señor Ministro Eugenio Jiménez Rolón por los mismos fundamentos.

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

Y VISTOS: los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA CIVIL Y COMERCIAL

R E S U E L V E:

DECLARAR Desiertos los Recursos de Nulidad interpuestos por Ramón Nicolás Burró y el Escribano Público Albino María Doldán Riego.

REVOCAR parcialmente el Acuerdo y Sentencia Número 16, del 24 de marzo del 2017 y su aclaratoria Acuerdo y Sentencia Número 30, del 10 de abril del 2017, dictados por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala; y, en consecuencia, NO HACER LUGAR a la de-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

manda de nulidad de acto jurídico y cancelación de inscripción registral promovida por César Borges de Sousa contra Juan Andrés Romero y herederos de Hersy de Mauro e Brito y herederos, Ramón Nicolás Burró Sarubbi, Dora Elisea Sanabria y Albino María Doldán Riego; CONFIRMAR el rechazo de la demanda reconvenional de nulidad de acto jurídico promovida por Ramón Nicolás Burró Sarubbi contra César Borges de Sousa, Helio Borges Rezende y Hersy Mauro e Brito.

IMPONER las Costas, en las tres Instancias, en la demanda principal al actor y en la reconvenición al demandado reconviniente.

IMPONER las Costas de la demanda principal en las tres Instancias, en relación al Escribano Albino María Doldán Riego, en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

Firmado: Ministros: Cesar Garay, Eugenio Jiménez Rolón y Alberto Martínez Simón

Ante mí: Abg. Pierina Ozuna Secretaria Judicial.

Sala Penal

AUTO INTERLOCUTORIO N° 44

Cuestión debatida: *La interpretación de los elementos del tipo objetivo –ámbito familiar o de convivencia, aprovechamiento del ámbito familiar o de convivencia, ejercicio de violencia física o psíquica– exigidos por el Artículo 229 (Violencia familiar) del Código Penal, en su versión modificada por la Ley N° 5.378/2014.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Trámite.

Al respecto, cabe señalar que si existe más de un motivo de casación, es imprescindible que el impugnante separadamente señale sus quejas, citando concretamente las disposiciones legales que estime violadas o erróneamente aplicadas, e indicando cual es la aplicación que se pretende, pues este órgano juzgador queda circunscripto a los agravios aducidos, de manera que si éstos no se hallan consignados en el escrito respectivo o

simplemente si los mismos no son argumentados, corresponderá declarar la inadmisibilidad del recurso.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Interposición.

En resumen, este recurso, es un acto procesal de orden jurisdiccional, que tiene por objetivo modificar otro acto procesal de orden jurisdiccional –sentencia– bajo las condiciones establecidas para su validez, ello quiere decir que, para que éste pretenda algún resultado decisorio debe ser planteado por escrito, ante la Sala Penal, por quien tenga interés en la causa por el detrimento ocasionado y que por su naturaleza sea recurrible en esta Instancia, dentro del plazo de 10 (diez) días con las copias de las cédulas de notificación pertinentes y las copias de los fallos impugnados a fin de determinar si existe, necesariamente, una congruencia entre el motivo invocado, los agravios expresados a través de los fundamentos y la pretensión propuesta.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Objeto.

De la presentación de las recurrentes, se verifica que la impugnación se dirige contra un auto interlocutorio emanado del Tribunal de Apelaciones. Sobre lo anterior cabe advertir, que mediante dicha resolución se confirma íntegramente el Auto Interlocutorio N° 1608 del 17 de diciembre de 2018, que ordena la desestimación de la denuncia formulada contra el señor Juan Víctor Molas Turo en razón de que las circunstancias fácticas atribuidas al mismo no constituyen hecho punible, es por ello que la decisión tiene la virtualidad de poner fin al presente proceso, en consecuencia, ello permite aseverar el cumplimiento del objeto del recurso interpuesto.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Legitimación activa.

Del análisis de las constancias de autos surge que la recurrente Natalia Daniela Ávalos Villalba, denunciante en la presente causa, se encuentra habilitada para recurrir, conforme al Artículo 68, numeral 5 del C.P.P., pues la resolución que impugna es desfavorable a su pretensión jurídica.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Requisitos.

Ahora bien, de acuerdo al Artículo 478, numeral 1 del C.P.P.: “El recurso extraordinario de casación procederá, exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor a diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional...”.

El texto transcrito revela de manera evidente que ambos requisitos deben darse en forma conjunta. Sin embargo, en el caso que nos ocupa ninguno de estos requisitos se encuentran satisfechos, pues ni la resolución objeto del recurso se trata de una sentencia condenatoria ni las casacionistas han identificado qué precepto de rango constitucional ha sido ignorado o erróneamente aplicado en la decisión del tribunal de alzada, ni han realizado otras explicaciones al respecto.

En este sentido, es importante recordar que el recurrente no debe limitarse a identificar cuál es la norma de rango constitucional infringida, sino que además debe señalar qué norma debió ser aplicada y con qué alcance; lo cual reiteramos, no ha ocurrido en este caso.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Objeto.

El Art. 477 del C.P.P. expone como primer requisito que el recurso sea interpuesto contra un fallo de carácter definitivo dictado por el Tribunal revisor, o contra aquellos fallos del citado Tribunal que pongan fin al procedimiento. Sobre el primer punto, se observa que la resolución dictada por el Tribunal de Alzada en esta causa, es un fallo que pone fin al procedimiento, debido a que confirma la Desestimación de la presente causa penal dictada por el Juez Penal de Garantías.

En efecto, la desestimación como tal no hace cosa juzgada, ya que el procedimiento se puede reabrir si hechos nuevos así lo ameriten. Sin embargo, si la desestimación se basa en el primer supuesto del Art. 305 del C.P.P., consistente en que el hecho no era punible, ya sea por falta de tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad o algún obstáculo procesal irremovible como la prescripción, entonces, la causa no puede ser reabierta.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN. Decisión directa.

Expuesta la posición del órgano revisor, se advierte una devolución que adolece de insuficiencia en la fundamentación por contener errónea

interpretación de las normas sustantivas que contienen los elementos constitutivos del tipo penal violencia familiar, incumpliendo con las exigencias previstas en el Art. 256 de la C.N. en consonancia con el Art. 403 inc. 4 del C.P.P. Razón por la cual, corresponde casar el mentado auto interlocutorio –al no sortear el control de la logicidad que imperiosamente debe revestir a todo pronunciamiento– y mediante decisión directa –sin reenvío– resolver el recurso planteado contra la decisión del Juez Penal de Garantías, a fin de evitar un superfluo dispendio de tiempo y de energía jurisdiccional que son componentes gravitantes de los principios de celeridad y economía procesal.

VIOLENCIA FAMILIAR. Tipo objetivo. Ley N° 5.378/2014.

En este sentido, inicialmente cabe aclarar que el tipo penal está integrado por los siguientes componentes objetivos: el ámbito familiar o de convivencia, aprovechamiento de alguno de estos ámbitos por parte del autor y el ejercicio de violencia física o psíquica sobre otro. A los efectos de comprender el alcance de cada uno de ellos es menester traer a colación preceptos de carácter constitucional e internacional a la luz de la evolución que ha sufrido la norma penal –Art. 229 del C.P.P.– a través de sus diversas modificaciones, puesto que la conjunción guiará el sentido del presente razonamiento.

VIOLENCIA FAMILIAR. Ámbito de convivencia. Ley N° 5.378/2014.

Por tanto, en la actual normativa el Estado no solo somete a su ámbito de protección a la familia en abstracto como fundamento de la sociedad, pues de acuerdo a la última modificación legislativa esto se ha ampliado, protegiéndose además el “ámbito de convivencia”, con ello la protección estatal se extiende a la coexistencia pacífica de sujetos que cohabitan bajo circunstancias especiales características, esto quiere decir: que tengan frecuencia en el trato por un vínculo sentimental estable y de confianza. Por tanto, la protección del ámbito de convivencia incluye a relaciones de pareja presentes o pasadas que no se hallen incluidas en el ámbito de la familia que se caractericen por la estabilidad, reiteración y cercanía en el trato e implique en los sujetos sentimientos profundos como también el respeto mutuo a la integridad psíquica y física.

VIOLENCIA FAMILIAR. Ámbito familiar. Ley N° 5.378/2014.

Primeramente, el ámbito familiar comprende a sujetos que comparten lazos de familia por relaciones de parentesco por consanguinidad o afinidad, por ende, protegería a todas aquellas personas que se encuentran sujetas a este vínculo, como ser abuelos, padres, hermanos, tíos, primos, matrimonios, uniones de hecho reconocidas legalmente etc.; no siendo estos ejemplos taxativos e incluyendo a otros sujetos que estén unidos por otros lazos familiares con el autor.

VIOLENCIA FAMILIAR. Ámbito de convivencia. Ley N° 5.378/2014.

En lo que respecta al ámbito de convivencia, si bien la palabra “convivencia” semánticamente podría referir de manera exclusiva a la situación de vivir permanentemente en compañía de otro, el legislador ha excluido esta interpretación al establecer expresamente que el hecho punible se haya configurado pese a existir cohabitación o no. Por lo que el ámbito de convivencia debe ser comprendido como la situación delimitada por personas que mantengan relaciones interpersonales de carácter afectivo que se caractericen por la estabilidad, frecuencia de trato, estrecha confianza en virtud de algún tipo de relación sentimental presente o pasada, sin la necesidad que estos compartan regularmente el mismo espacio físico por un periodo de tiempo específico. Por ende, esta protección penal reforzada podría incluir a relaciones de noviazgo presentes o pasadas y a relaciones matrimoniales pasadas siempre y cuando cumplan con las condiciones arriba expuestas. Por otra parte, la normativa no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, comparten una relación caracterizada por su estabilidad e intensidad emocional, sobre todo cuando en esa intensidad está el origen de las agresiones, como ser el caso de las relaciones extramatrimoniales que se hallen encuadradas en la descripción arriba esbozada.

VIOLENCIA FAMILIAR. Aprovechamiento del ámbito familiar o de convivencia. Ley N° 5.378/2014.

En cuanto al aprovechamiento del ámbito familiar o de convivencia, inicialmente cabe mencionar que el acceso del agresor a la víctima debe darse en virtud del vínculo interpersonal estable de confianza, seguidamente ello debe colocar a la víctima en una posición de esperar un mayor grado

de respeto que el que cabría normalmente atribuir al común de las personas con las que no se relacione en tal forma, lo que convierte a la víctima en especialmente vulnerable y ala pone en indefensión respecto a la ejecución de la agresión y a la impunidad de la conducta.

VIOLENCIA FAMILIAR. El ejercicio de violencia física o psíquica. Ley N° 5.378/2014.

Seguidamente, el ejercicio de la violencia física o psíquica implica a una conducta agresiva desplegada con ímpetu, de manera impulsiva, con fuerza o ira, también puede consistir en malos tratos verbales, humillaciones, intimidaciones, hostigamientos, etc. Conductas que deben ser causantes del sufrimiento o daño físico, psíquico o psicológico provocados al otro.

COSTAS. En el orden causado.

En cuanto a las costas procesales en esta instancia, deben ser impuestas en el orden causado al no hallarse los requisitos exigidos para imponerlas a una de las partes, pues de conformidad al criterio de equidad, el cual implica no imponer las costas a quien sin temeridad ni mala fe ha instaurado la acción penal; todo ello en observancia a lo prescripto en el Art. 269 del C.P.P.

C.S.J. Sala Penal. 14/02/2022. Causa: “Rec. Interpuesto por Natalia Daniela Ávalos Villalba por Derecho Propio y bajo patrocinio de las abogadas Romina Rolón, Margarita Heralesky y Lucía Sandoval en la causa: Juan Víctor Molas Turo s/ Violencia familiar” (A.I. N° 44).

VISTO: El recurso extraordinario de casación interpuesto por la señora **Natalia Daniela Ávalos Villalba**, por derecho propio y bajo patrocinio de las abogadas Romina Rolón, Margarita Heralesky y Lucía Sandoval, planteado en contra del **Auto Interlocutorio N° 171 del 26 de marzo de 2019**, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Circunscripción Judicial de Central, integrado por los camaristas: María Lourdes Cardozo de Velázquez, Fabriciano Villalba y Sonia Deleón Franco, quienes mediante la aludida resolución confirmaron el Auto Interlocutorio N° 1608 del 17 de diciembre de 2018, que ordena la desestimación de la denuncia formulada contra el señor Juan Víctor Molas Turo.

CONSIDERANDO:

I- ADMISIBILIDAD

Opinión de la ministra María Carolina Llanes

Antes de pasar al estudio de la pretensión recursiva en sí, conviene señalar las principales actuaciones de la causa, a fin de exponer el contexto procesal en el cual es presentado el recurso. Así tenemos que el Tribunal *Ad-quem*, resolvió entre otras cosas: “**I) DECLARAR** admisible el recurso interpuesto... **II) CONFIRMAR** el A.I. N° 1608 de fecha 17 de diciembre de 2018, dictado por el Juez Penal de Garantías de la ciudad de San Lorenzo, Abg. GUSTAVO BÓVEDA, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución...”.

Por su parte, el A.I. N° 1608 de fecha 17 de diciembre de 2018 dictada por el Juez Gustavo Bóveda resolvió: “1- **HACER LUGAR** a la desestimación de la causa individualizada como CAUSA N° 8038/2017 JUAN VÍCTOR MOLAS TURNO S/ VIOLENCIA FAMILIAR, por fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución”.

En primer término, es importante recordar que nuestro sistema procesal penal exige al casacionista el cumplimiento íntegro de los requisitos formales para la admisibilidad del recurso interpuesto –análisis previo– a la cuestión substancial.

Sobre el punto, el **Art. 449 del Código Procesal Penal** reza: “**Reglas generales.** Las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen gravamen al recurrente...” en concordancia con el **Art. 477 del mismo cuerpo legal** que dispone: “**Objeto.** Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquellas decisiones que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena” (impugnabilidad objetiva).

En cuanto a la impugnabilidad subjetiva, el **Art. 449 del Código Procesal Penal** reza: “**Reglas generales...**El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas”.

En lo referente al tiempo, lugar y forma, el **Art. 480 del Código Procesal Penal** reza: “... se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para el trámite y la resolución de este recurso serán

aplicables, analógicamente las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia...” y, el **Art. 468** del mismo cuerpo legal establece: “... en el término de diez días luego de notificada y por escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo...”.

Asimismo, el **Art. 478 del Código Procesal Penal** prescribe con relación a los motivos: “... procederá, exclusivamente: 1) Cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor a diez años, y se alegue inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional; 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con un fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, o 3) cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados”.

Al respecto, cabe señalar que si existe más de un motivo de casación, es imprescindible que el impugnante separadamente señale sus quejas, citando concretamente las disposiciones legales que estime violadas o erróneamente aplicadas, e indicando cual es la aplicación que se pretende, pues este órgano juzgador queda circunscripto a los agravios aducidos, de manera que si éstos no se hallan consignados en el escrito respectivo o simplemente si los mismos no son argumentados, corresponderá declarar la inadmisibilidad del recurso.

En resumen, este recurso, es un acto procesal de orden jurisdiccional, que tiene por objetivo modificar otro acto procesal de orden jurisdiccional –sentencia– bajo las condiciones establecidas para su validez, ello quiere decir que, para que éste pretenda algún resultado decisorio debe ser planteado por escrito, ante la Sala Penal, por quien tenga interés en la causa por el detrimento ocasionado y que por su naturaleza sea recurrible en esta Instancia, dentro del plazo de 10 (diez) días con las copias de las cédulas de notificación pertinentes y las copias de los fallos impugnados a fin de determinar si existe, necesariamente, una congruencia entre el motivo invocado, los agravios expresados a través de los fundamentos y la pretensión propuesta.

Ya claramente determinado el marco normativo, corresponde examinar si la presentación de las casacionistas se halla encuadrada dentro del mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

De la presentación de las recurrentes, se verifica que la impugnación se dirige contra un auto interlocutorio emanado del Tribunal de Apelaciones. Sobre lo anterior cabe advertir, que mediante dicha resolución se confirma íntegramente el Auto Interlocutorio N° 1608 del 17 de diciembre de 2018, que ordena la desestimación de la denuncia formulada contra el señor Juan Víctor Molas Turo en razón de que las circunstancias fácticas atribuidas al mismo no constituyen hecho punible, es por ello que la decisión tiene la virtualidad de poner fin al presente proceso, en consecuencia, ello permite aseverar el cumplimiento del objeto del recurso interpuesto.

Del análisis de las constancias de autos surge que la recurrente Natalia Daniela Ávalos Villalba, denunciante en la presente causa, se encuentra habilitada para recurrir, conforme al Artículo 68, numeral 5 del C.P.P., pues la resolución que impugna es desfavorable a su pretensión jurídica.

Así mismo, fue interpuesto en tiempo oportuno, dado que el Auto Interlocutorio N° 171 del 26 de marzo de 2019, ha sido notificado a la abogada patrocinante de la denunciante, el 04 de abril de 2019 y el recurso se interpuso en fecha 15 de abril del mismo año, es decir, al séptimo día hábil computado desde su notificación.

Seguidamente corresponde examinar si la recurrente ha identificado algún agravio en concreto, luego, si lo ha incursionado en algunas de las causales o motivos previstos en el Artículo 478 del C.P.P., asimismo, si se encuentran determinadas los preceptos normativos lesionados y finalmente, si se encuentra establecido de qué forma ese incumplimiento genera perjuicios.

Observado el escrito de interposición, resulta posible percatarse de que la casacionista invocó los numerales 1) y 3) del **Art. 478** del C.P.P.: *“la motivación del presente Recurso Extraordinario de Casación se funda en la errónea aplicación de preceptos legales en detrimento de la garantía constitucional del debido proceso, consagrado en nuestro ordenamiento jurídico desde la misma Constitución Nacional. Dicha errónea aplicación es además denotativa –y consecuente– de una ausencia de fundamentación de la decisión impugnada y de la incongruencia que campea en ella, fuera de la lógica de las resoluciones judiciales”*.

Ahora bien, de acuerdo al Artículo 478, numeral 1 del C.P.P.: *“El recurso extraordinario de casación procederá, exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad mayor*

a diez años, y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional...”

El texto transcrito revela de manera evidente que ambos requisitos deben darse en forma conjunta. Sin embargo, en el caso que nos ocupa ninguno de estos requisitos se encuentran satisfechos, pues ni la resolución objeto del recurso se trata de una sentencia condenatoria ni las casacionistas han identificado qué precepto de rango constitucional ha sido ignorado o erróneamente aplicado en la decisión del tribunal de alzada, ni han realizado otras explicaciones al respecto.

En este sentido, es importante recordar que el recurrente no debe limitarse a identificar cuál es la norma de rango constitucional infringida, sino que además debe señalar qué norma debió ser aplicada y con qué alcance; lo cual reiteramos, no ha ocurrido en este caso.

La otra situación denunciada por las casacionistas, consiste en errores de procedimiento y de derecho supuestamente cometidos por el tribunal de alzada, que son ingresados en el tercer motivo previsto en el Artículo 478 del C.P.P.: “*sentencia manifiestamente infundada*”. Ello se desprende de los argumentos que se exponen al momento de realizar sus observaciones a las decisiones tanto de la cámara de apelaciones como del Tribunal de Sentencias. Por tanto, corresponde la atención de dichos agravios y analizarlos a la luz del inciso 3º del mencionado artículo.

Por consiguiente, corresponde declarar la admisibilidad del recurso.
ES MI OPINIÓN.

Opinión del ministro Luis María Benítez Riera

Me adhiero a la opinión de la preopinante, por igualdad de fundamentos.

Opinión del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia

COMPARTO la decisión de la Ministra Llanes Ocampos que resuelve DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso en lo que respecta a la impugnabilidad subjetiva y la temporalidad de la presentación, con la aclaración de que a mi criterio no corresponde exigir copia de la resolución recurrida puesto que no es una exigencia legal. Asimismo, me permito expresar cuanto sigue:

Respecto al objeto del recurso la recurrente Natalia Daniela Ávalos Villalba por derecho propio, bajo patrocinio de Abgs. Romina Rolón, Margarita Herallesky y Lucía Sandoval, interpuso Recurso Extraordinario de Casación contra el A.I. N° 171 de fecha 26 de marzo de 2019 dictado por el

Tribunal de Apelación en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Central, que confirmó el A.I. N° 1608 de fecha 17 de diciembre de 2018, dictado por el Juez Penal de Garantías de la Ciudad de San Lorenzo, Abog. Gustavo Bóveda, que resolvió hacer lugar al pedido de DESESTIMACIÓN presentado por la Agente Fiscal Abog. Dora Elisa Hohl Recalde, en la causa penal “Juan Víctor Molas Turo s/ Violencia Familiar”.

El Art. 477 del C.P.P. expone como primer requisito que el recurso sea interpuesto contra un fallo de carácter definitivo dictado por el Tribunal revisor, o contra aquellos fallos del citado Tribunal que pongan fin al procedimiento. Sobre el primer punto, se observa que la resolución dictada por el Tribunal de Alzada en esta causa, es un fallo que pone fin al procedimiento, debido a que confirma la Desestimación de la presente causa penal dictada por el Juez Penal de Garantías.

En efecto, la desestimación como tal no hace cosa juzgada, ya que el procedimiento se puede reabrir si hechos nuevos así lo ameritan. Sin embargo, si la desestimación se basa en el primer supuesto del Art. 305 del C.P.P., consistente en que el hecho no era punible, ya sea por falta de tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad o algún obstáculo procesal irremovible como la prescripción, entonces, la causa no puede ser reabierta.

En el caso de referencia, el Juez Penal de Garantías ha ordenado la desestimación por falta de tipicidad de la conducta del denunciado dentro del Tipo legal de VIOLENCIA FAMILIAR, por tanto el fallo impugnado pone fin al proceso y puede ser estudiado, por cumplirse con el objeto dispuesto en el Art. 477 del C.P.P.

II- PROCEDENCIA

Opinión de la ministra María Carolina Llanes

Las impugnantes señalan que la decisión de Alzada adolece de vicios argumentativos que atentan contra la sana crítica y la lógica, otorgando una fundamentación insuficiente por haber realizado consideraciones erróneas respecto al requisito de la “convivencia” y “ámbito familiar” como elementos constitutivos del hecho punible de violencia familiar. Respecto al requisito de cohabitación argumentó la casacionista: *“la norma del Art. 229 fue varias veces modificada a fin de adaptarla a la coyuntura-problemática - de la institución de la familia. Surgiendo la problematización de las uniones no estables, de hecho, y hasta sin cohabitación inclusive, según se colige del comentario a la Ley 5378/2014...elimina el requisito de la convivencia para el cumplimiento del tipo.*

En lo que respecta al ámbito familiar, expresaron las recurrentes que el *Ad quem* ha realizado una interpretación sistemática, pues su correcto entendimiento hace referencia a la diversificación de actores que intervienen en la familia independientemente de su conformación, siguió argumentando que: *“el Art. 229 del C.P. al hacer referencia al ámbito familiar, lo que pretende establecer es la relación de confianza existente entre los sujetos que la conforman, y no ciñéndose exclusivamente al grado de parentesco o consanguinidad”*.

Expuestas las pretensiones, corresponde analizar si la resolución recurrida cumple con los presupuestos indispensables para ser considerado un pronunciamiento jurisdiccional fundado o si bien adolece de los defectos que la recurrente le atribuye.

Al respecto, el Art. 256 de la Constitución Nacional reza: *“... Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta constitución y en la ley...”* así mismo el Art. 125 del Código Procesal Penal establece: *“... Las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión. La fundamentación expresará los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba...”* en concordancia con el Art. 398 incs. 2 y 3 del Código Procesal Penal que expresa: *“... 2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan; 3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima...”*.

En ese contexto, la normativa exige al órgano jurisdiccional que al dictar resolución argumente los motivos y razones que lo llevaron a concluir de un determinado modo y no de otro, permitiendo así, la posibilidad de exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento, a fin de evitar la arbitrariedad judicial.

Asimismo, deberá analizar y expedirse sobre cada cuestión planteada por las partes, verificar la correcta aplicación de las normas penales de fondo y de forma en el caso concreto a los efectos de responder sí ellas fueron utilizadas por el tribunal correctamente o si en caso contrario se advierte *“la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal”* que amerite corregirla por una de las vías previstas en la ley.

El ilustre doctrinario Cafferata Nores señala respecto a la fundamentación *“...permite que los interesados puedan conocer las razones que*

sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede..." CAFFERATA NORES. JOSÉ. La prueba en el proceso penal; p. 51, Quinta Edición.

En ese orden de ideas y en consonancia con las garantías enunciadas precedentemente, la fundamentación de una resolución judicial *–sentencia o auto interlocutorio–* está constituida por el plexo de razonamientos lógicos y coherentes que sustentan la decisión arribada por el juzgador; es decir, implica señalar los motivos jurídicos que reflejan el nexo entre las cuestiones de hecho y de derecho, atendiendo que, por un lado, permite el doble control en beneficio de las partes *–que no se vean afectadas por decisiones arbitrarias–* y, la sociedad *–para verificar la correcta aplicación de esta manifestación de la voluntad soberana–* y, por el otro, posibilita al lector reconocer la concatenación del razonamiento empleado.

Además, cuando cualquiera de las partes impetra la intervención del órgano jurisdiccional, está ejerciendo un derecho *–tutela judicial efectiva–* por lo que, basta que este último omita la oportuna y adecuada ponderación de los argumentos expuestos y capaces de gravitar en la decisión final, para considerarlo como un fallo carente o insuficiente o aparente de fundamentación.

En el presente caso, la Alzada concluyó que la expresión legal *“sobre otro con quien convive o no”* debe ser interpretada en relación al *“ámbito familiar”* de conformidad a las definiciones extraídas del Código Civil Paraguayo relativos a la conformación por grados de parentesco. Razón por la cual concluyó que el obstáculo legal para el caso en estudio se encuentra en la falta de uno de los elementos del Art. 229 del C.P., que sea realizado en el ámbito familiar o de convivencia, confirmando la decisión de primera instancia que señala esto, debido a que el sindicado convive con su esposa hace 19 años, lo que excluye a la denunciante de este ámbito de protección por alegar la víctima agresiones en marco de una relación extra matrimonial.

Expuesta la posición del órgano revisor, se advierte una devolución que adolece de **insuficiencia en la fundamentación por contener errónea interpretación de las normas sustantivas que contienen los elementos constitutivos del tipo penal violencia familiar**, incumpliendo con las exigencias previstas en el Art. 256 de la C.N. en conso-

nancia con el Art. y 403 inc. 4 del C.P.P.⁶. Razón por la cual, corresponde casar el mentado auto interlocutorio –al no sortear el control de la logicidad que imperiosamente debe revestir a todo pronunciamiento– y mediante decisión directa –sin reenvío⁷– resolver el recurso planteado contra la decisión del Juez Penal de Garantías, a fin de evitar un superfluo dispendio de tiempo y de energía jurisdiccional que son componentes gravitantes de los principios de celeridad y economía procesal.

Ahora bien, de conformidad a lo expuesto precedentemente, pasamos a controlar los aspectos de la resolución de primera instancia que generaron los mal atendidos agravios que la apelante logra hacer llegar a esta instancia. El Juez Penal de Garantías al expresar los motivos de su decisión expresó: *“la Fiscalía señala que para la configuración del tipo penal de violencia familiar, la contextualización debe hacerse sobre la base de estructuras sociales vinculadas familiarmente por lazos conyugales, paterno filiales o parentales, y que según la Ley 1/92 del CC, existe un impedimento para considerar en este caso una unión entre investigado y víctima, por el nexo subsistente del primero, con su familia reconocida. Concluye la Fiscalía que el elemento que invalida una posible vida en concubinato es que el procesado en autos sigue unido en matrimonio con otra*

⁶ **Art. 403 del CPP “Vicios De La Sentencia.** Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: ... 4) que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal. Se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales. Se entenderá que es contradictoria la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo...”

⁷ **Art. 473 del CPP “Reenvío.** Cuando no sea posible reparar directamente la inobservancia de la ley o su errónea aplicación, el tribunal de apelaciones anulará totalmente o parcialmente la sentencia y ordenará la reposición del juicio por otro juez o tribunal. Cuando la anulación sea parcial, se indicará el objeto concreto del nuevo juicio”.

Art. 474 del CPP “Decisión directa. Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal de apelaciones podrá resolver, directamente, sin reenvío”.

persona, habiéndose comprobado que tanto víctima como denunciado no vivían juntos, como pareja, que la relación entre ambos no llegó a la situación de considerar que hubo vida familiar, aunque ambos hayan mantenido una relación sentimental o sexual, no amparada en las normas civiles y penales citadas anteriormente... Analizando las constancias de autos, efectivamente se puede constatar que el hecho investigado, en torno a Juan Víctor Molas Turo no constituye hecho punible, por lo que corresponde en consecuencia hacer lugar al pedido de desestimación de la denuncia petitionada por el Ministerio Público. En este caso, aparece como razonable el planteamiento y la solicitud de la Fiscalía para requerir la desestimación, pues los hechos valorados a la luz de los elementos recogidos en la investigación no han permitido constatar la existencia de un vínculo que fuera relevante a la luz del ámbito familiar. Se haría jurídicamente insostenible un avance del proceso, sobre la teoría del caso vislumbrada e intuida por la denuncia”.

De esta manera, verificada la decisión de primera instancia y que la identidad de los agravios expuestos en apelación general guardan relación con los expuestos en el escrito casatorio, el debate se circunscribe en cotejar si se ha interpretado erróneamente el elemento del tipo objetivo –*ámbito familiar*– exigidos por el Artículo 229 del C.P., en su versión modificada por la Ley 5378/2014.

En este sentido, inicialmente cabe aclarar que el tipo penal está integrado por los siguientes componentes objetivos: **el ámbito familiar o de convivencia, aprovechamiento de alguno de estos ámbitos por parte del autor y el ejercicio de violencia física o psíquica sobre otro**. A los efectos de comprender el alcance de cada uno de ellos es menester traer a colación preceptos de carácter constitucional e internacional a la luz de la evolución que ha sufrido la norma penal –*Art. 229 del C.P.*– a través de sus diversas modificaciones, puesto que la conjunción guiará el sentido del presente razonamiento.

En la carta magna la protección del ámbito familiar encuentra su fundamento en la protección a la familia, institución que es descrita por la ley suprema como “*la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus*

descendientes”⁸. Estas uniones se encuentran constitucionalmente resguardadas del ejercicio de la violencia y otras causas destructoras de su existencia⁹, implicando ello la asunción de responsabilidad estatal frente a problemas específicos de grupos poblacionales dentro del ámbito privado.

La normativa respecto a la protección de las relaciones de familia ha cobrado atención bajo perspectivas internacionales de derechos humanos a través de pactos que han sido ratificados por el país, los cuales integran la normativa nacional y deben ser observados en virtud a lo establece la carta magna¹⁰.

Dentro de la protección de los miembros del grupo familiar, el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres ha sido materia especial en diversos tratados internacionales de los cuales el Estado paraguayo es signatario, entre los principales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹¹, establece que la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación que menoscaba el ejercicio pleno de derechos y libertades.

Por otra parte, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “*Convención de Belém do Pará*”¹², constituye un instrumento resaltante en materia de agresiones dirigida a las mujeres, catalogando la violencia como una violación a los derechos humanos de la mujer. En el mismo marco, resalta el compromiso asumido por el Paraguay de adoptar medidas jurídicas para luchar contra

⁸ **“Artículo 49 - DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA:** La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes”.

⁹ **“Artículo 60 - DE LA PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA:** El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas destructoras de su solidaridad”.

¹⁰ **“Artículo 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”.

¹¹ Ratificada por Ley Nro. 1215/1986.

¹² Ratificada por Ley Nro. 605/95.

la violencia de género en todas sus formas y en todos sus ámbitos, tanto público como privado.

En específico, este último documento define al ejercicio de la violencia contra la mujer como: “...*violencia física, sexual y psicológica: a que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...*”¹³, donde resaltan notas características de las conductas que se pretenden contrarrestar a los efectos de brindar protección a la mujer como miembro del grupo familiar.

Por otra parte, la legislación nacional contiene normas penales que prevén la protección de las garantías constitucionales señaladas y los derechos previstos en el orden internacional castigando las conductas que colisionan con los bienes jurídicos “*ámbito civil, matrimonio y familia*”, materializado en el *Art. 229. Violencia Familiar*, ley penal que ha sufrido diversas modificaciones que son necesarias traer a colación a fin de vislumbrar el alcance de la norma punitiva que actualmente rige.

Inicialmente, el texto de la **Ley Nro. 1160/1997 “Código Penal”** dispuso que el *Art. 229 Violencia Familiar* quede expresado de la siguiente manera: “*El que, en el ámbito familiar, habitualmente ejerciera violencia física sobre otro con quien conviva, será castigado con multa*”. Posteriormente, el precepto normativo fue modificado por la **Ley Nro. 3440/2007**¹⁴ reconociendo al ejercicio de la violencia psíquica como conducta igualmente punible. Seguidamente, la **Ley Nro. 4628/2012**¹⁵ agrega entre los elementos constitutivos del tipo el aprovechamiento que debe ejercer el autor en el ámbito familiar y la necesaria reiteración de la agresión.

¹³ Artículo 2 de la Convención Belem Do Para.

¹⁴ “*El que, en el ámbito familiar, ejerciera o sometiera habitualmente a violencia física o dolores psíquicos considerables sobre otro con quien conviva, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa*”.

¹⁵ “*El que, aprovechándose del ámbito familiar, ejerciere violencia física o síquica en forma reiterada con quien conviva, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o multa*”.

Finalmente, la **Ley 5378/2014** –*la que resulta aplicable al momento del hecho en la presente causa*¹⁶– contiene la norma penal vigente que expresa: **“El que, aprovechándose del ámbito familiar o de convivencia, ejerciera violencia física o psíquica sobre otro con quien convive o no, será castigado con pena privativa de libertad de uno a seis años”, ampliando que el aprovechamiento del autor puede darse también en el ámbito de convivencia y no solo el familiar**, excluyendo la habitualidad de la agresión y la cohabitación como requerimientos objetivos. Además, como otra nota resaltante eleva el marco penal a 06 años, apartándolo del catálogo de delitos que anteriormente integraba.

Por tanto, en la actual normativa el Estado **no solo somete a su ámbito de protección a la familia en abstracto como fundamento de la sociedad, pues de acuerdo a la última modificación legislativa esto se ha ampliado, protegiéndose además el “ámbito de convivencia”**, con ello la protección estatal se extiende a la coexistencia pacífica de sujetos que cohabitan bajo circunstancias especiales características, esto quiere decir: **que tengan frecuencia en el trato por un vínculo sentimental estable y de confianza**. Por tanto, la protección del ámbito de convivencia **incluye a relaciones de pareja presentes o pasadas que no se hallen incluidas en el ámbito de la familia** que se caractericen por la **estabilidad, reiteración y cercanía en el trato e implique en los sujetos sentimientos profundos como también el respeto mutuo a la integridad psíquica y física**.

Partiendo de esta premisa, bajo el respeto irrestricto del Art. 17 inc. 3 de la C.N. y Art. 1 del C.P.¹⁷, corresponde exponer y describir los elemen-

¹⁶ Según constancia de autos (fs. 02 de la carpeta fiscal), la denuncia data del 15 de octubre del 2017.

¹⁷ Manifestaciones del principio de legalidad. **Artículo 17 CN. - “DE LOS DERECHOS PROCESALES**. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales”. **Artículo 1 del C.P. “PRINCIPIO DE LEGALIDAD**: Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y

tos constitutivos del tipo penal que el legislador ha plasmado a fin de comprender los alcances de esta tipología.

De esta manera, el Art. 229 del C.P., modificado por **Ley Nro 5378/2014** contiene como elementos integrantes de la tipicidad objetiva: **el ámbito familiar o de convivencia, aprovechamiento de alguno de estos ámbitos por parte del autor y el ejercicio de violencia física o psíquica sobre otro**. Pertinente al primer elemento observamos que el ordenamiento jurídico no contiene una definición de los términos como tales *–ámbito familiar” o ámbito de convivencia–*, sin embargo en virtud a la esfera de protección que la norma tutela y a los efectos de comprender el alcance de cada uno de ellos dividiremos el estudio a fin de dilucidar qué situaciones se encuadran en cada ámbito.

Primeramente, el **ámbito familiar comprende a sujetos que comparten lazos de familia por relaciones de parentesco por consanguinidad o afinidad**, por ende protegería a todas aquellas personas que se encuentran sujetas a este vínculo, como ser abuelos, padres, hermanos, tíos, primos, matrimonios, uniones de hecho reconocidas legalmente etc.; no siendo estos ejemplos taxativos e incluyendo a otros sujetos que estén unidos por otros lazos familiares con el autor.

En lo que respecta al **ámbito de convivencia**, si bien la palabra “convivencia” semánticamente podría referir de manera exclusiva a la situación de vivir permanentemente en compañía de otro, el legislador ha excluido esta interpretación al establecer expresamente que el hecho punible se haya configurado pese a existir cohabitación o no. Por lo que el ámbito de convivencia debe ser comprendido como la situación delimitada por **personas que mantengan relaciones interpersonales de carácter afectivo que se caractericen por la estabilidad, frecuencia de trato, estrecha confianza en virtud a algún tipo de relación sentimental presente o pasada, sin la necesidad que estos compartan regularmente el mismo espacio físico por un periodo de tiempo específico**. Por ende, esta protección penal reforzada podría incluir a relaciones de noviazgo presentes o pasadas y a relaciones matrimoniales pasadas siempre y cuando cumplan con las condiciones arriba expuestas.

estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”.

Por otra parte, la normativa no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, comparten una relación caracterizada por su estabilidad e intensidad emocional, sobre todo cuando en esa intensidad está el origen de las agresiones, como ser el caso de las relaciones extramatrimoniales que se hallen encuadradas en la descripción arriba esbozada. Nuevamente se expresa que las situaciones expuestas en este apartado no son taxativas y podrán encuadrarse en el ámbito analizado siempre y cuando reúnan los requisitos pertinentes.

Así también, cabe aclarar que quedan excluidas del “*ámbito de convivencia*” las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo no ha tenido siquiera la oportunidad de desarrollarse para llegar a condicionar el acceso que tiene el agresor a la víctima.

En cuanto al **aprovechamiento del ámbito familiar o de convivencia**, inicialmente cabe mencionar que el acceso del agresor a la víctima debe darse en virtud al vínculo interpersonal estable de confianza, seguidamente ello debe colocar a la víctima en una posición de esperar un mayor grado de respeto que el que cabría normalmente atribuir al común de las personas con las que no se relacione en tal forma, lo que convierte a la víctima en especialmente vulnerable y la pone en indefensión respecto a la ejecución de la agresión y a la impunidad de la conducta.

Seguidamente, **el ejercicio de violencia física o psíquica** implica a una conducta agresiva desplegada con ímpetu, de manera impulsiva, con fuerza o ira, también puede consistir en maltratos verbales, humillaciones, intimidaciones, hostigamientos, etc. Conductas que deben ser causantes del sufrimiento o daño físico, psíquico o psicológico provocados al otro.

Así también, **resulta imperioso mencionar que la convivencia, entendida como la habitación en una misma morada no constituye elemento de la infracción penal** y no es aplicable tanto al elemento “*ámbito familiar*” o “*ámbito de convivencia*”, por lo que no requiere que los miembros del grupo familiar o quienes mantienen frecuencia de trato en los términos del “*ámbito de convivencia*” se hallen viviendo o hayan vivido en el mismo espacio físico.

Finalmente, una vez corroborada la existencia de los elementos integrantes del tipo más arriba descritos, corresponde acreditar la existencia del elemento subjetivo –*dolo*– en el autor.

Por otra parte, conviene aclarar que aquellas relaciones interpersonales que no se encuadren en los elementos constitutivos del tipo penal del Art. 229 del C.P., deben ser analizados a la luz de otras tipologías penales que protegen la integridad física y psíquica de los sujetos en caso de que ella se vea afectada. Por lo que igualmente se encuentra protegida la integridad de quienes se vean menoscabados, especialmente a la mujer *-víctima especialmente vulnerable-* quien goza de una protección integral tutelada por el Estado.

Por tanto, expuestas las precisiones respecto al hecho punible de Violencia Familiar corresponde determinar si los elementos constitutivos del tipo se hallan o no presentes en el caso de marras. De las constancias de autos se verifica que en fecha 07 de diciembre del 2017 la Agente Fiscal Abg. Ana Giralda solicitó desestimación de la denuncia, sin embargo, el Juez de Garantías dio trámite de oposición, siendo rectificadas dicha solicitud por la Fiscalía General del Estado donde se expuso que los hechos no han sido totalmente esclarecidos y propuso la realización de numerosas diligencias a fin de continuar con la investigación. Sin embargo, a lo largo de las constancias procesales se observa que dichas tareas investigativas no han sido diligenciadas en su totalidad y pese a ello se ha presentado nuevamente una solicitud de desestimación. En este punto cabe mencionar que las diligencias pendientes y recomendadas en su momento por la Fiscalía General del Estado más la información que consta en el expediente podrían aportar indicios que esclarezcan la correcta tipificación o no del hecho investigado.

En consecuencia, los fundamentos esbozados tanto por el Tribunal de Apelaciones y por el Juez Gustavo Bóveda en relación a la configuración del tipo penal padecen de vicios de logicidad y no se encuadran en los preceptos del Art. 305 del C.P.P. Por lo tanto, corresponde igualmente ANULAR el A.I. N° 1608 de fecha 17 de diciembre del 2018 y reenviar la causa al Juzgado Penal de Garantías competente a fin de que el Ministerio Público prosiga con las investigaciones considerando la fundamentación expuesta en la presente resolución a fin de proseguir con las tareas investigativas necesarias para esclarecer lo acontecido.

En cuanto a las costas procesales en esta instancia, deben ser impuestas en el orden causado al no hallarse los requisitos exigidos para imponerlas a una de las partes, pues de conformidad al criterio de equidad, el cual implica no imponer las costas a quien sin temeridad ni mala fe

ha instaurado la acción penal; todo ello en observancia a lo prescripto en el Art. 269 del C.P.P. **ES MI VOTO.**

Opinión del ministro Luis María Benítez Riera

Me adhiero a la opinión de la preopinante, por igualdad de fundamentos.

Opinión del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia

Manifiesto mi ADHESIÓN a los fundamentos expuestos por la Ministra preopinante MARÍA CAROLINA LLANES OCAMPOS y a la solución de disponer el reenvío de la causa a otro Juzgado Penal de Garantías para la prosecución del presente proceso penal, con costas en el orden causado. **ES MI VOTO.**

Bajo las consideraciones expuestas precedentemente, la Excelentísima;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

DECLARAR ADMISIBLE el recurso extraordinario de casación interpuesto **Natalia Daniela Ávalos Villalba**, por derecho propio y bajo patrocinio de las abogadas Romina Rolón, Margarita Heralesky y Lucía Sandoval, contra el **A.I. N° 171 del 26 de marzo de 2019**, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Circunscripción Judicial de Central, integrado por los camaristas: María Lourdes Cardozo de Velázquez, Fabriciano Villalba y Sonia Deleón Franco, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

HACER LUGAR al recurso de casación en el sentido expuesto en el exordio de la presente resolución.

ANULAR el **A.I. N° 171 del 26 de marzo de 2019**, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, y por decisión directa declarar la nulidad del **A.I. N° 1608 de fecha 17 de diciembre del 2018**, dictado por el Juez Penal de Garantías Abg. Gustavo Bóveda.

REENVIAR el expediente al Juzgado Penal de Garantías competente a fin de proseguir con las investigaciones de acuerdo a lo expuesto en el considerando de la decisión.

IMPONER costas en el orden causado.

REMITIR estos autos al órgano jurisdiccional competente.

ANOTAR, registrar y notificar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ministros: María Carolina Llanes Ocampos, Luís María Benítez Riera y Manuel Dejesús Ramírez Candia.

Ante mí: Abg. Karina Penoni, Secretaria.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 455

Cuestión debatida: *Las entidades bancarias y financieras cuestionan la interpretación realizada por la Administración sobre el Artículo 9° de la Ley N° 125/91; correspondiendo su análisis a fin de determinar el alcance, con relación a lo dispuesto en el Decreto N° 1.440/14, que dispuso que las actividades contempladas en el inc. e) del Artículo 91 de la Ley N° 125/91 (con sus modificaciones) sufran un aumento del porcentaje del IVA, del 5% al 10%.*

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LEY N° 125/91 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO”. Consulta Vinculante.

El Art. 241 de la Ley N° 125/91, respecto a la Consulta Vinculante, dispone: “*Quien tuviere un interés personal y directo podrá consultar al organismo recaudador correspondiente sobre la aplicación del derecho a una situación de hecho concreta. A tal efecto deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la situación que motiva la consulta y podrá asimismo expresar su opinión fundada*”. De igual forma, el Art. 243 del mismo cuerpo de ley, reza: “*La oficina se expedirá dentro del término de noventa días (90). La resolución podrá ser recurrida en vía administrativa y en vía contencioso administrativa*”. De lo transcripto, surge que se encuentra habilitada la instancia contencioso administrativa para el estudio de los actos administrativos impugnados.

LEY N° 125/91 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO”. LEY N° 2.421/04 “REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL”. Utilidades deducibles. Reserva legal. Porcentaje legal. IVA.

El Artículo 9, inc. c), de la Ley N° 125/91 (modif. por la Ley 2421/04) dispone: *“Utilidades del ejercicio que se destinen a aumento de capital o reserva, con excepción de las reservas matemáticas y similares establecidas por leyes y reglamentos para las compañías de seguros y de las destinadas a reservas para mantener su capital mínimo provenientes de las diferencias de cambio. Para las entidades bancarias y financieras regidas por la Ley N° 861/96 serán deducibles las utilidades del ejercicio que se destinen a mantener el capital mínimo ajustado a la inflación. Serán deducibles igualmente el 15% (quince por ciento) de las utilidades de las entidades bancarias y financieras regidas por la Ley N° 861/96 destinadas a la Reserva Legal. El porcentaje de deducibilidad de las utilidades destinadas a la Reserva Legal disminuirá tres puntos porcentuales, por cada punto porcentual de incremento de la tasa del IVA para **cualesquiera de los bienes indicados en el Artículo 91** de la presente Ley”*. (negritas y subrayados son propios).

LEY N° 125/91 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO”. LEY N° 5.061/13 “QUE MODIFICA DISPOSICIONES DE LA LEY N° 125 ‘QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO’ Y DISPONE OTRAS MEDIDAS DE CARÁCTER TRIBUTARIO”. Préstamos. Entidades de intermediación financiera. Tasa. Intereses. Comisiones. Recargos.

El Art. 91 de la Ley 125/91 (modif. por la el Art. 3 de la Ley 5061/2013) dispone: *“La tasa del impuesto será del:...c) 5% (cinco por ciento) para los intereses, comisiones y recargos de los préstamos otorgados por las entidades de intermediación financiera reguladas por la Ley N° 861/96” Generales de Bancos, Financieras y otras entidades de crédito [...] el Poder Ejecutivo, queda autorizado a incrementar, así como a fijar, tasas diferenciales, entre el 5% (cinco por cientos) y el 10% (diez por ciento) **para los productos, bienes y servicios indicados en los incisos a), b), c) y d)**.*

LEY N° 2.421/04 “REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL”. Alcance. Interpretación. Vigencia.

El Art. 9 refiere solo a bienes, no así a servicios, puesto que en la última parte del Art. 91 transcripto, separa a los **productos, bienes y servicios**, empero, debemos decir que la tarea de determinar su alcance no resulta tal simple, puesto que el Art. 91 sufrió modificaciones en el año 2013, no así el Art. 9, cuya vigencia se mantiene luego del dictado de la Ley N° 2421/2004, por lo que debemos situarnos en dicho momento, para comprender el significado que quiso dar el legislador a tal artículo.

LEY N° 125/91 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO”. LEY N° 2.421/04 “REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL”. Servicios.

No se discute, ni fue puesto en dudas, si las actividades descriptas en el inc. c) son consideradas servicios, pues claramente así lo determina el Art. 78 de la Ley 125/91 (modif. por el Art. 6 de la Ley 2421/04); sin embargo, corresponde determinar si el legislador englobó dentro del texto del Art. 9 a tales servicios.

LEY N° 2.421/04 “REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL”.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Bienes. Servicios. Impuesto.

A los efectos de conocer el espíritu y la finalidad de la norma, debemos hacer un análisis sistemático e histórico de la misma, a fin de resolver el caso en cuestión, y no quedarnos en una simple interpretación literal de la misma.

Para ello, es preciso analizar el Art. 9, con relación a los dispuestos en el Art. 91, vigente con la modificación realizadas por la Ley N° 2421/04, el cual reza: *“La tasa del impuesto será: ...c) Del 5% (cinco por ciento) sobre los intereses, comisiones y recargos de los préstamos y financiaciones. d) Del 5% (cinco por ciento) para enajenación de productos farmacéuticos. [...] El Poder Ejecutivo, transcurridos dos años de vigencia de esta ley, **podrá incrementar hasta en un punto porcentual la tasa del impuesto por año para los bienes indicados en los incisos c) y d) hasta al-***

canzar la tasa del 10% (diez por ciento)". Como se puede observar, la normativa utiliza la frase "...los bienes indicados...", para hacer referencia tanto a los bienes, como a los servicios, lo que concuerda con lo dispuesto en el Art. 9, inc. c), del mismo cuerpo normativo.

LEY N° 125/91 "QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO". LEY N° 2.421/04 "REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL". Bienes. Servicios. Tasa. IVA. Porcentaje legal. Deducción.

El Art. 9, inc. c), de la Ley N° 125/91 (Modif. por la Ley N° 2421/2004), al expresar "...cualquiera de los bienes indicados en el Artículo 91 de la presente Ley", se refiere tanto a los Bienes como a los servicios, por lo que queda claro que con la suba de la tasa del 5% a 10% del IVA, el porcentaje a ser deducible por reserva legal quedó afectado, reduciéndose este del quince por ciento inicial, al cero por ciento, en vista de que la normativa estipula que por cada porcentaje del IVA que se incrementa, se reducirá un tres por ciento del porcentaje previsto para la deducción.

ADMINISTRACIÓN. Irregularidad.

Conforme al estudio realizado, no se observa un actuar irregular de la administración en lo que hace a este punto respecto a los actos administrativos cuestionados.

DECRETO N° 1.440/14 "POR EL CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 24, 29 y 30 DEL ANEXO AL DECRETO N° 1.030/2013 "POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA) ESTABLECIDO EN LA LEY N° 125/91 Y SUS MODIFICACIONES". IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

El Decreto N° 1440/2014, entró en vigencia el 1 de mayo de 2014, por lo que a partir de dicha fecha recién resulta aplicable a las entidades bancarias y financieras. Mencionar que en los actos administrativos impugnados, constan que la Administración señaló la fecha de entrada en vigencia –1/05/14– del Decreto N° 1440/14 y expuso que las entidades podían seguir realizado sus deducciones contables hasta el día en que aún no empezó a regir el aumento del porcentaje del impuesto decretado. Por lo dicho, no se observa que la normativa en cuestión se haya pretendido aplicar en forma retroactiva, lo que hubiera significado, sin dudas, una vulneración a lo

dispuesto en el Art. 14 de la Constitución, como así también al Art. 2 del Código Civil.

DERECHO ADMINISTRATIVO. PRESUNCIÓN. LEGALIDAD. REGULARIDAD. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

En derecho administrativo rige la presunción de legalidad y regularidad de los actos administrativos, lo que concuerda con lo dispuesto en el Art. 196 de la Ley N° 125/91 que dice: *“Los actos de la Administración Tributaria se reputan legítimos, salvo prueba en contrario, siempre que cumplan con los requisitos de regularidad y validez relativos a competencia, legalidad, forma legal y procedimiento correspondiente”*, es por ello que corresponde al Contribuyente demostrar, en sede jurisdiccional, la ilegalidad o irregularidad del acto administrativo impugnado, que a mí consideración no aconteció en el caso en estudio.

C.S.J. Sala Penal. 17/07/2020. “CITIBANK N.A. c/ Res. N° 195 de fecha 20/10/15, y otras dictadas por la Sub-Secretaría de Estado de Tributación” (Ac. y Sent. N° 455).

CUESTIONES:

1. ¿Es nula la Sentencia apelada?
2. En caso contrario, ¿Se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: **BENÍTEZ RIERA, RAMÍREZ CANDIA Y LLANES OCAMPOS.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Benítez Riera dijo: El Abg. Fiscal Fabio Alejandro Mendieta, representante del Ministerio de Hacienda, fundamentó el recurso de nulidad, conjuntamente con su recurso de apelación (fs. 198/202), y expresó –entre otras cosas– que la sentencia es manifiestamente arbitraria, carente de razonabilidad y se contrapone a la sana crítica. Sostuvo que el Tribunal de Cuentas se limitó, lisa y llanamente, a repetir parte de la argumentación antijurídica e irracional consignada por la adversa, hacienda suyas las alegaciones y sin considerar en absoluto las justificaciones y probanzas arrimadas por su parte.

Tras la lectura de la sentencia dictada por el Tribunal inferior surge que esta se encuentra motivada, por lo que no se observa, de manera palmaria, la arbitrariedad sostenida por el nulidicente.

Ahora, y considerando que los argumentos expuestos por el recurrente se unifican con los fundamentos del recurso de apelación, debe primeramente estudiarse el fondo del asunto, vía apelación, para resolver finalmente sobre la procedencia o no de la declaración de nulidad, por la consabida regla de que cuando el colegiado pueda decidir a favor de la parte a quien aprovecha la nulidad, debe abstenerse de pronunciarla. **Es mi Voto.**

A sus turnos, los **Dres. RAMÍREZ CANDIA Y LLANES OCAMPOS** manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Benítez Riera prosiguió diciendo: El Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, por Acuerdo y Sentencia N° 365, de fecha 8 de noviembre de 2017, resolvió: “1.- *HACER LUGAR, a la presente Demanda Contencioso Administrativa promovida en los autos caratulados “CITIBANK N.A. c/ Res. N° 195 del 20 de octubre de 2015 y otras, dictadas por la SUB SECRETARÍA DE ESTADO DE TRIBUTACIÓN - SET”, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2.- REVOCAR, los Dictámenes del Departamento de Elaboración e Interpretación de Normas Tributarias – DEINT. Nos. 193, 194 y 195 todas de fecha 10 de octubre de 2015 dictadas por la Sub Secretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda y sus antecedentes las Consultas Vinculantes Nos. 35, 36 y 39 de fecha 09 de septiembre de 2015. 3.- IMPONER LAS COSTAS, a la perdidosa. 4.- NOTIFICAR, anotar, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (sic).*

Contra lo resuelto por el Tribunal se alzó el representante del Ministerio de Hacienda, y en su escrito de apelación (fs. 198/201) manifestó – entre otras cosas– que el fallo dictado es incorrecto, además de arbitrario, tras sostener que el aumento del 5% al 10% de la tasa del IVA, para préstamos y financiaciones, decidido por Decreto N° 1440/14, no produce la disminución del tres por ciento para cada punto porcentual de aumento del IVA, previsto en el Art. 9 de la Ley N° 125/91, teniendo en cuenta que los préstamos y financiación constituyen “un servicio” y no un “bien”. Señaló que los juzgadores obviaron el sentido que la Ley establece, respecto a los “bienes y servicios” no siendo el alcance de “bienes o servicios”, cuando se expresa “o”, se trata de una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa, lo cual no sucede en el primer caso señalado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A su turno, el Abg. Carlos Sosa Jovellanos, en representación de los accionantes, al contestar el traslado corrido (fs. 205/213), manifestó –entre otras cosas– que la resolución dictada por el Tribunal se ajusta a derecho y cuenta con sólidos fundamentos doctrinarios e interpretativo, específicamente respecto a los Arts. 8 y 78 de la Ley N° 125/91 y el Decreto N° 1440/13. Afirmó que el apelante redujo la cuestión discutida en un tema de conjunción “O” e “Y” cuando en realidad esta no es la cuestión con la que se trabó la *Litis*, y que esta versa sobre el texto del Artículo 91 aplicable y su interpretación, por lo que no influye en absoluto el tipo de conjunción que existe entre los términos bienes y/o servicios, pues cualquiera sea la conjunción, lo que determina la interpretación es la distinción legal entre, bienes, servicios y productos, y no su englobamiento bajo la denominación o concepto de bienes.

De la verificación de los antecedentes administrativos, surge que el Abg. Carlos Sosa Jovellanos, en representación de varias instituciones bancarias y financieras, realizó una consulta de carácter vinculante a la Subsecretaría de Estado de Tributación, referente a si se verían afectados sus mandantes en las deducciones que se vienen realizando, para la liquidación del IRACIS, en concepto de importes destinados a Reserva Legal, por el Decreto N° 1440/14, que dispuso el aumento de la tasa del IVA, del 5% al 10%, sobre los intereses, comisiones y recargos de los préstamos otorgados por la entidades de intermediación financiera regulados por la Ley N° 861/96, atendiendo a que estos están conceptuados como “servicios” y “no bienes”, a tenor de lo dispuesto en el Art. 78, apartado 2, inc. a) de la Ley N° 125/91.

Tras la lectura de los dictámenes impugnados, tenemos que la SET respondió a las consultas realizadas, e informó que con el aumento de la tasa o porcentaje del IVA de 5% al 10%, dispuesto en el Decreto 1440/14, la deducibilidad establecida en el Art. 9, inc. c), de la Ley N° 125/91 (modif. por la Ley 2421/04) se redujo al 0%, en vista de que tal normativa utiliza la palabra “bienes” para referirse tanto a los bienes, como a los servicios.

Antes de adentrarnos en el caso en cuestión, es importante recordar que el Art. 241 de la Ley N° 125/91, respecto a la Consulta Vinculante, dispone: *“Quien tuviere un interés personal y directo podrá consultar al organismo recaudador correspondiente sobre la aplicación del derecho a una situación de hecho concreta. A tal efecto deberá exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la situación que motiva la*

consulta y podrá asimismo expresar su opinión fundada". De igual forma, el Art. 243 del mismo cuerpo de ley, reza: *"La oficina se expedirá dentro del término de noventa días (90). La resolución podrá ser recurrida en vía administrativa y en vía contencioso administrativa"*. De lo transcripto, surge que se encuentra habilitada la instancia contencioso administrativa para el estudio de los actos administrativos impugnados.

Hecha tal acotación, corresponde adentrarnos en el estudio del caso planteado, dentro del cual las entidades bancarias y financieras cuestionan la interpretación realizada por la Administración sobre el Art. 9 de la Ley N° 125/91; al ser así, corresponde analizarlo a fin de determinar su alcance, con relación a lo dispuesto en el Decreto N° 1440/14, que dispuso que las actividades contemplada en el inc. e) del Art. 91 de la Ley N° 125/91 (con sus modificaciones) sufran un aumento del porcentaje del IVA, del 5% al 10%.

A tal efecto, es importante recordar que el Artículo 9, inc. c), de la Ley N° 125/91 (modif. por la Ley 2421/04) dispone: *"Utilidades del ejercicio que se destinen a aumento de capital o reserva, con excepción de las reservas matemáticas y similares establecidas por leyes y reglamentos para las compañías de seguros y de las destinadas a reservas para mantener su capital mínimo provenientes de las diferencias de cambio. Para las entidades bancarias y financieras regidas por la Ley N° 861/96 serán deducibles las utilidades del ejercicio que se destinen a mantener el capital mínimo ajustado a la inflación. Serán deducibles igualmente el 15% (quince por ciento) de las utilidades de las entidades bancarias y financieras regidas por la Ley N° 861/96 destinadas a la Reserva Legal. El porcentaje de deducibilidad de las utilidades destinadas a la Reserva Legal disminuirá tres puntos porcentuales, por cada punto porcentual de incremento de la tasa del IVA para **cualesquiera de los bienes indicados en el Artículo 91** de la presente Ley"*. (negritas y subrayados son propios).

De igual forma, el Art. 91 de la Ley 125/91 (modif. por la Art. 3 de la Ley 5061/2013) dispone: *"La tasa del impuesto será del:...c) 5% (cinco por ciento) para los intereses, comisiones y recargos de los préstamos otorgados por las entidades de intermediación financiera reguladas por la Ley N° 861/96" Generales de Bancos, Financieras y otras entidades de crédito* [...] el Poder Ejecutivo, queda autorizado a incrementar, así como a fijar, tasas diferenciales, entre el 5% (cinco por cientos) y el 10% (diez por ciento)

para los productos, bienes y servicios indicados en los incisos a), b), c) y d).

De la lectura de ambos articulados, nos lleva a pensar que el Art. 9 refiere solo a bienes, no así a servicios, puesto que en la última parte del Art. 91 transcripto, separa a los **productos, bienes y servicios**, empero, debemos decir que la tarea de determinar su alcance no resulta tal simple, puesto que el Art. 91 sufrió modificaciones en el año 2013, no así el Art. 9, cuya vigencia se mantiene luego del dictado de la Ley N° 2421/2004, por lo que debemos situarnos en dicho momento, para comprender el significado que quiso dar el legislador a tal artículo.

Debemos aclarar que en la presente *Litis*, no se discute, ni fue puesto en dudas, si las actividades descriptas en el inc. c) son consideradas servicios, pues claramente así lo determina el Art. 78 de la Ley 125/91 (modif. por el Art. 6 de la Ley 2421/04); sin embargo, corresponde determinar si el legislador englobó dentro del texto del Art. 9 a tales servicios.

A los efectos de conocer el espíritu y la finalidad de la norma, debemos hacer un análisis sistemático e histórico de la misma, a fin de resolver el caso en cuestión, y no quedarnos en una simple interpretación literal de la misma.

Para ello, es preciso analizar el Art. 9, con relación a los dispuestos en el Art. 91, vigente con la modificación realizadas por la Ley N° 2421/04, el cual reza: *“La tasa del impuesto será: ...c) Del 5% (cinco por ciento) sobre los intereses, comisiones y recargos de los préstamos y financiaciones. d) Del 5% (cinco por ciento) para enajenación de productos farmacéuticos. [...] El Poder Ejecutivo, transcurridos dos años de vigencia de esta ley, **podrá incrementar hasta en un punto porcentual la tasa del impuesto por año para los bienes indicados en los incisos c) y d) hasta alcanzar la tasa del 10% (diez por ciento)**”*. Como se puede observar, la normativa utiliza la frase “...los bienes indicados...”, para hacer referencia tanto a los bienes, como a los servicios, lo que concuerda con lo dispuesto en el Art. 9, inc. c), del mismo cuerpo normativo.

Al ser así, queda claro que el Art. 9, inc. c), de la Ley N° 125/91 (Modif. por la Ley N° 2421/2004), al expresar “...cualquiera de los bienes indicados en el Artículo 91 de la presente Ley”, se refiere tanto a los Bienes como a los servicios, por lo que queda claro que con la suba de la tasa del 5% a 10% del IVA, el porcentaje a ser deducible por reserva legal quedó afectado, reduciéndose este del quince por ciento inicial, al cero por ciento,

en vista de que la normativa estipula que por cada porcentaje del IVA que se incrementa, se reducirá un tres por ciento del porcentaje previsto para la deducción.

Conforme al estudio realizado, no se observa un actuar irregular de la administración –en lo que hace a este punto– respecto a los actos administrativos cuestionados.

Ahora, debemos tener en cuenta que el Decreto N° 1440/2014, entró en vigencia el 1 de mayo de 2014, por lo que a partir de dicha fecha recién resulta aplicable a las entidades bancarias y financieras.

Mencionar que en los actos administrativos impugnados, constan que la Administración señaló la fecha de entrada en vigencia –1/05/14– del Decreto N° 1440/14 y expuso que las entidades podían seguir realizado sus deducciones contables hasta el día en que aún no empezó a regir el aumento del porcentaje del impuesto decretado. Por lo dicho, no se observa que la normativa en cuestión se haya pretendido aplicar en forma retroactiva, lo que hubiera significado, sin dudas, una vulneración a lo dispuesto en el Art. 14 de la Constitución, como así también al Art. 2 del Código Civil.

Es importante recordar que en derecho administrativo rige la presunción de legalidad y regularidad de los actos administrativos, lo que concuerda con lo dispuesto en el Art. 196 de la Ley N° 125/91 que dice: *“Los actos de la Administración Tributaria se reputan legítimos, salvo prueba en contrario, siempre que cumplan con los requisitos de regularidad y validez relativos a competencia, legalidad, forma legal y procedimiento correspondiente”*, es por ello que corresponde al Contribuyente demostrar, en sede jurisdiccional, la ilegalidad o irregularidad del acto administrativo impugnado, que a mí consideración no aconteció en el caso en estudio.

Por todo lo expuesto, y atendiendo a como quedó resuelto el caso en cuestión, corresponde desestimar el recurso de nulidad interpuesto, y Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio de Hacienda y, en consecuencia, confirmar los actos administrativos impugnados en estos autos.

En cuanto a las costas, al ser revocada la sentencia recurrida, corresponde que las mismas sean impuestas a la perdedora, en ambas instancias, conforme a lo establecido en los artículos 192 y 203 inc. b) del C.P.C. Es mi voto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A sus turnos los **Dres. RAMÍREZ CANDIA Y LLANES OCAMPOS** manifiestan que se adhieren al voto del Ministro preopinante por los mismos fundamentos.

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

ACUERDO Y SENTENCIA N°: 455

Asunción, 17 de julio del 2020.

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la Excelentísima

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio de Hacienda.

HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio de Hacienda y, en consecuencia, revocar el Acuerdo y Sentencia N° 365, de fecha 8 de noviembre de 2017, dictado por el Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, y confirmar los actos administrativos impugnados.

IMPONER las costas, en ambas instancias, a la parte perdidosa.

ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: Dr. Luis María Benítez Riera, Dr. Manuel Dejesús Ramírez Candia, Dra. Ma. Carolina Llanes O.

Ante mí: Abg. Norma Domínguez V., Secretaria.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 02

***Cuestión debatida:** La contraposición de criterios de los progenitores, en el ejercicio de su patria potestad, en relación a la intención de la vacunación contra el Covid-19 de sus hijos menores. Por un lado, la madre está a favor de la vacunación, y por otra parte el padre se opone a la misma.*

Fundamentos esgrimidos, el interés superior del niño y el derecho a la salud como norma aplicable por el Gobierno Nacional por la pandemia Covid-19.

LEY N° 1.680/01 – “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”. Del Derecho a la Salud.

En este punto del análisis, corresponde dejar en claro que la vacunación contra el COVID-19 no tiene carácter obligatorio para ningún ciudadano de nuestro país, sea adulto o niño, por lo que compete a cada persona tomar la decisión que mejor considere a sus intereses. En lo referente a los menores de edad, serán los padres los que deben tomar la decisión de vacunar o no a sus hijos y si deciden no hacerlo, no se les podrá imponer lo contrario.

LEY N° 1.680/01 – “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”. Del Principio del Interés Superior del Niño.

Esa facultad para decidir sobre una cuestión como la que estamos analizando deriva directamente de la patria potestad o de lo que hoy la doctrina moderna denomina más apropiadamente en mi concepto “responsabilidad parental”. Ahora bien, en la casuística de análisis tenemos que hay divergencia de opiniones entre los progenitores, el padre se opone a la

vacunación de sus hijos mientras que la madre considera que su inoculación es lo más beneficioso para la salud de los mismos, razón por la cual es el órgano jurisdiccional al que corresponde la solución de la controversia suscitada, tomando como principio rector y orientador el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

**MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL.
Plan Nacional de vacunación contra Covid 19 inmunización de niños y niñas de 5 a 11 años.**

Es preciso tomar en consideración, como bien lo sostuvo la A quo, que el Estado paraguayo, a través del órgano rector en materia de salud pública el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, ha incluido en su plan de vacunación contra el COVID-19 a niños desde los cinco años de edad en adelante. El órgano de referencia insta a los ciudadanos a vacunar a sus hijos en atención a que según refieren "... la vacunación ha demostrado ser la medida más eficaz para reducir casos graves y muertes por COVID-19. Además, históricamente han permitido controlar, eliminar o erradicar otras enfermedades. El inicio de la actividad escolar presencial es de suma importancia para el desarrollo cognitivo y socio afectivo del niño.

**MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL.
Plan Nacional de vacunación contra Covid 19 inmunización de niños y niñas de 5 a 11 años.**

Por esta razón, es importante que los niños y niñas estén vacunados como una de las medidas para una interacción social segura. Asimismo, es fundamental que los padres, cuidadores y docentes estén también vacunados, de modo a orientar las acciones hacia la protección de las niñas y niños. El COTENAI ha autorizado la vacunación en los niños de 5 a 11 años. Ya se cuenta con aprobación de Dinavisa para el uso de Coronavac y Pfizer para este grupo etario. Se iniciará con Coronavac una vez que esté disponible en nuestro país, cuyo esquema contempla 2 dosis con un intervalo de 4 semanas entre dosis. Todas las vacunas son seguras y efectivas, esta afirmación está basada en evidencia científica...".

LEY N° 6.495 – “QUE AUTORIZA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE AUDIENCIAS POR MEDIOS TELEMÁTICOS EN EL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO”.

En cuanto a la adolescente E. N. K. G., de 14 años de edad, este Tribunal consideró pertinente señalar audiencia por medios telemáticos, a fin de que la misma pueda ejercer su derecho a ser oída, garantizando de esta manera ese derecho fundamental que le es reconocido no solamente por nuestro derecho interno sino también por los instrumentos jurídicos internacionales.

LEY N° 1.680/01 – “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”. Principio de la autonomía progresiva.

Este derecho guarda estricta relación con el principio de la autonomía progresiva, que consiste en la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos a medida que se desarrollan mental y físicamente. Soy de la firme convicción que una adolescente de 14 años se encuentra en condiciones de emitir una opinión en relación a una cuestión tan importante que involucra a su salud y bienestar personal, debiendo el órgano juzgador evaluar su opinión en base a su edad y grado de madurez, aunque no tenga fuerza vinculante.

Tapel. de la Niñez y Adolescencia. 28/01/2022. “K. D. K. G. y otra s/ Medida Cautelar” (Ac. y Sent. N° 02).

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

C U E S T I O N:

¿Se encuentra ajustada a Derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación Magistradas María Eugenia Giménez de Allen, Sonia Deleón Franco de Nicora y Helmut Fortlage.

En la sentencia recurrida, el juzgado resolvió: “...1. RECHAZAR la “medida cautelar de urgencia (no vacunación)” planteada por el señor D. G. K. M., contra la señora M. G., en relación a los niños K. D. K. G. y E. N. K. G., de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución. 2. IMPONER las costas del proceso en el orden causado, por las razones expuestas en el exordio de ésta resolución. 3. NOTIFÍQUESE POR CÉDULA salvo que las partes consintieren hacerlo personalmente. 4.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia...”. (Sic).

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DEL RECURRENTE:

Contra la referida resolución, se agravia el Señor D. G. K. M., por derecho propio y bajo patrocinio de la Abg. SONIA DE LUJÁN MUÑOZ MOLINAS, quien fundamenta el recurso interpuesto en los términos del escrito obrante a fs. 73/75 de autos, que en su parte sustancial expresa: “... Agravia a esta representación la falta de motivación real de la resolución impugnada, violatorio del Art. 256 de la C.N., que transcribiendo varios articulados relativos a la materia especial que nos convoca, el Código Sanitario y del PAI Programa de Ampliación Integral, relativas al calendario oficial de vacunación, obvia atender la motivación de esta parte, que desesperadamente acudió a solicitar con carácter urgente, una medida de protección que evitara la vacunación de mis niños... Entrando al fondo de la cuestión mi parte, no habiendo podido encontrar un punto de equilibrio y sobre todo de pacífica conversación relativa a la necesidad de vacunar a mis 2 hijos menores, pues particularmente estaba y sigo convencido que sin patología de base la urgencia de la inoculación para menores, con vacunas de uso experimental para niños, no requería la exposición de mi descendencia a la reacción de la vacunación incluso en su modalidad grave, la miocarditis... Es decir, no se ha dado respuesta, no por parte del Ministerio de Salud al gran cuestionamiento relativo a la infección del Covid en pequeños que ni siquiera requieren de internación. Entonces, a hoy, proceder a la inclusión de menores en el plan oficial de vacunación aun en bajo riesgo de afectación pos inoculación, responde a una medida comunitaria que sin lugar a dudas despreja el PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO tan celosamente custodiado por nuestra legislación, pues adviértase que si nos remitimos tan solo a la base de datos del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, la tasa de niños internados por COVID-19, fallecidos o que haya desarrollado la modalidad grave del virus no se permite apreciar la necesidad urgente de la vacunación de los mismos en estos momentos en que la experimentación de inoculación sigue siendo observada mundialmente, habilitándose incluso un centro internacional para la recepción de los síntomas por vacunación... Entonces Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones, si durante toda esta pandemia hemos escuchado que los niños son los mayores transmisores

del virus, por ser portadores incluso asintomáticos, la necesidad de exponerlos a esta experimentación mundial responde a la necesidad de protegerlos, ¿o más bien se pretende proteger a la población con comorbilidad y a la adulta? ¿Por qué tendría que vacunar a mis hijos si los reportes mundiales no evidencian mayores complicaciones cuando son infectados con el virus? ¿Se los pretende proteger de supuestos daños lesivos que podría surgir con el desarrollo del Virus, o más bien lo que desean es vacunarlos para que ellos no transmitan la enfermedad?... Ruego a VV.EE., consideren la falta de sustento jurídico e investigativo también para rechazar esta desesperada medida de protección que pretendo ejercer en salvaguarda de la salud de mis hijos, y antes de dictar la resolución que corresponde y en carácter de elemento probatorio ofrecido, nuevamente requiere un informe del Ministerio de Salud, relativo a la necesidad de la inoculación en menores, la afectación grave del VIRUS COVID 19 durante todo este tiempo de pandemia en los menores, y las razones que llevaron a adoptar la medida de inoculación infante juvenil...”. (Sic).

CONTESTACIÓN DE AGRAVIOS

Conferido el traslado de rigor a la señora M. G., por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, la misma expresó en lo medular de su escrito obrante a fs. 80/81, lo siguiente: “... Que, el apelante menciona interponer el recurso de apelación atendiendo a que lo resuelto apeliga la seguridad de la salud de mis hijos menores, el mismo vuelve hacer futurología al no sustentar su negatividad de que mis hijos sean vacunados, el mismo parte de las premisas de que el Ministerio de Salud no respondió al cuestionamiento, situación que falta a la verdad, ya que dicha institución elevó el informe con los detalles y la protección que brinda vacunarse.... Que, la resolución del A-QUO está fundamentada en los principios rectores de leyes y acuerdos internacionales que rigen la materia de la niñez, por lo que mi parte no entiende al señalar en sus agravios, que la resolución no está fundamentada de acuerdo a lo que establece el Art. 256 de la C.N., ya que VV.EE. al examinar la resolución recurrida sacara sus propias conclusiones... Que, el apelante utiliza los mismos argumentos el cual esgrimió ante la sustanciación de la audiencia ante la Juez de Primera Instancia, ya que el mismo se vale de suposiciones con el argumento de que no se respeta su rol de padre; bien el A-quo señaló que esto es una cuestión de índole técnico-científico con implicancias para la salud e integridad física

de los menores... Que, por otra parte el accionante no llegó a probar sus dichos y pretensiones e intenta valerse del Tribunal de Alzada para rever una situación técnico-científica que bien el A-QUO mencionó que las objeciones que esgrimió el accionante, no dio sustento a sus dichos, solo se limitaba en señalar que las vacunas contra el COVID-19 podría producir afecciones físicas e incluso amenazar gravemente la vida, la salud o la integridad física de los niños y al hecho de que ciertas vacunas se encontrarían recién en base experimental. A este respecto, cabe denotar que, estas son afirmación de hecho y no de derecho, por lo que requieren elementos de confirmación que las sustenten... Que, mi condición de madre me permite buscar la mejor protección para mis hijos, y no como pretende mi esposo querer hacer valer su criterio o mejor dicho su capricho, se trata de la salud de nuestros hijos, y está demostrado que vacunar es salvar vidas, se han agregado todos los recaudos legales, como ser el dictamen del Ministerio de Salud, Defensoría de la Niñez, Ministerio público, donde han sentado postura de rechazar la medida cautelar... Es en atención a lo aquí dispuesto que, solicito a V.E. rechace los agravios planteados por la actora y confirme la resolución S.D. N° 861 de fecha 08 de noviembre de 2021, en todos sus términos, con imposición de costas a la parte actora...". (Sic).

FUNDAMENTO DEL TRIBUNAL

Resulta necesario en primer lugar, realizar una breve síntesis de lo acontecido en autos a los efectos de determinar si la decisión a la que arribó la A quo se encuentra ajustada a estricto derecho. En este sentido, se observa que la parte actora Sr. D. G. K. M., se presenta ante el Juzgado en fecha 23 de julio de 2021 a solicitar medida cautelar de urgencia, conforme surge del escrito obrante a fs. 4/6 de autos. De la lectura del escrito de referencia, surge que la petición concreta efectuada por el accionante al órgano jurisdiccional se refiere a la orden de no vacunar contra el COVID-19 a sus hijos la adolescente E. N. K. G., de 14 años de edad y el niño K. D. K. G., de 6 años de edad. Nótese que en fecha 27 de julio de 2021, el Juzgado da inicio a la presente Medida Cautelar de Protección y fija audiencia para los señores D. K. M. y M. G. a los efectos de ser oídos por el juzgado. Asimismo, da intervención a la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia y al Ministerio Público (fs. 7). En la referida audiencia, llevada a cabo en fecha 05 de agosto de 2021 comparece el Señor D. G. K. M. (fs. 17/18) quien se ha ratificado en su pedido de medida cautelar tendiente a evitar

la vacunación de sus hijos menores de edad contra el COVID-19. Sustenta su petición en el riesgo que a su criterio revisten esas vacunas para la salud de sus hijos, pues las mismas solamente fueron aprobadas para uso de emergencia y no han pasado las fases de experimentación. Además, sostiene que estas vacunas no son obligatorias, siendo innecesaria su inoculación en sus hijos, que son niños que no tienen ninguna enfermedad de base, desconociéndose los efectos adversos que pudieran producir las mismas a mediano y largo plazo. Agrega que la necesidad de vacunar a los niños se basa fundamentalmente en la protección a los adultos ante las infecciones del COVID-19 y no tienen como finalidad la protección de los niños quienes son transmisores virales, pero sin mayores complicaciones. Como fundamento de sus alegaciones cita al virólogo alemán FÉLIX DEXLER, agregando algunas instrumentales y un pendrive conteniendo investigaciones en relación con el tema en cuestión. Por su parte, comparece la demandada Sra. M. G. (fs. 19) quien ha solicitado al Juzgado se rechace la medida cautelar peticionada por el padre de sus hijos.

Siguiendo con el análisis de las constancias de autos, se observa el Informe remitido por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, a través de la Dirección de Vigilancia de Enfermedades Transmisibles dependiente de la citada repartición estatal (fs. 30/32), con el parecer técnico respecto al tema en cuestión, que fuera requerido por el Juzgado, el que refiere: "... a) Ocurrencia de afecciones secundarias en niños de la franja etaria de 6 a 13 años relacionadas a las Vacunas COVID-19. Según datos del Centro para el Control de Enfermedades (CDC) Entre todos los receptores de la vacuna del estudio clínico de 12 a 15 años de edad, el 90.9% informó al menos una reacción local en el lugar de la inyección en los 7 días posteriores a la vacunación. El dolor en el lugar de la inyección fue la reacción local más frecuente y fue un poco más común después de la 2º dosis. Entre todos los receptores de la vacuna, el 90.7% informó al menos una reacción sistémica en los 7 días posteriores a la vacunación. La fatiga, el dolor de cabeza, los escalofríos y el dolor muscular nuevo o que empeora fueron los más comunes. La mayoría de los eventos sistémicos fueron de gravedad leve o moderada, después de ambas dosis. B) Si la ocurrencia de efectos secundarios representa peligros graves para la salud y la integridad física. Es muy poco probable que después de recibir cualquier vacuna, incluida la vacuna contra el COVID-19, se produzcan efectos secundarios graves que causen un problema de salud a largo plazo. Se han notificado

casos de miocarditis y pericarditis en adolescentes y adultos jóvenes con más frecuencia después de recibir la segunda dosis que después de la primera dosis de una de las dos vacunas de ARNm contra el COVID-19, es decir, la de Pfizer-BioNTech o la de Moderna. Los informes son poco frecuentes, y los beneficios conocidos y potenciales de la vacunación contra el COVID-19 superan los riesgos conocidos y potenciales, incluidos el posible riesgo de miocarditis o pericarditis. c) Si la inoculación en contra del virus SARS-CoV 2 en niños y adolescentes sin comorbilidades, conlleva o no más beneficios que perjuicios para la salud e integridad física de los mismos, considerando además lo relativo a las nuevas variantes de circulación. La vacunación contra SARS-CoV 2 supera los riesgos conocidos y potenciales SARS-CoV – 2 en personas de 12 a 15 años de edad...” (Sic).

Asimismo, obran en el expediente los dictámenes de la Defensora de la Niñez y Adolescencia y la Fiscalía de la Niñez y Adolescencia, quienes han sido contestes en recomendar el rechazo de la medida cautelar interpuesta por el accionante, por no ajustarse al interés superior de los niños. Por un lado, obra el dictamen de la Defensora Pública del Fuero de la Niñez y Adolescencia del Tercer Turno de la ciudad de San Lorenzo Abg. EDITA ROA ORIHUELA, de fecha 27 de octubre de 2021 (fs. 59/60), concluyendo que el derecho a la vida y la salud son derechos fundamentales de todo ser humano, haciendo mención de las normativas que rigen la materia del fuero especializado y al Principio del Interés Superior del Niño como principio orientador, de tales argumentaciones, la Representante Pública aconseja NO HACER LUGAR a la medida Cautelar de Protección. Por otro lado, a (fs. 62) del Dictamen N° 1257 de fecha 02 de noviembre de 2021 de la Agente Fiscal en lo Penal de Transición y de la Niñez y Adolescencia de San Lorenzo, Capiatá, Itaiguá e Ypacaraí Abg. ALICIA FERNÁNDEZ RIQUELME, quien concluye teniendo en cuenta los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en protección a la salud e integridad física de los niños K. D. y E. K., NO HACER LUGAR a la Medida Cautelar de Protección en relación al pedido de NO vacunación contra el COVID-19.

Posteriormente, previos los trámites de rigor, el Juzgado dicta la S.D. N° 861 de fecha 08 de noviembre de 2021 (fs. 63/71), que resuelve rechazar la medida cautelar de urgencia (no vacunación) planteada por el Sr. D. G. K. contra la señora M. G., imponiendo las costas en el orden causado.

Que, el Art. 54 de la Constitución Nacional dispone: “...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...”.

Que, por su parte el Art. 68 de nuestra Carta Magna establece: “...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...”.

Que, el Art. 3 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño dispone: “... 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 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...”.

Que el Art. 24 de la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO en su parte pertinente reza: “...1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación

de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF Comité Español /19 SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS Los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquéllos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligación del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño. b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo...”.

Cabe destacar que, dentro de nuestro derecho interno, el Art. 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece: “...DEL DERECHO A LA SALUD. El niño o adolescente tiene derecho a la atención de su salud física y mental, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de condiciones a los servicios y acciones de promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud. Si fuese niño o adolescente perteneciente a un grupo étnico o a una

comunidad indígena, serán respetados los usos y costumbres médico-sanitarios vigentes en su comunidad, toda vez que no constituyan peligro para la vida e integridad física y mental de éstos o de terceros. En las situaciones de urgencia, los médicos están obligados a brindarles la asistencia profesional necesaria, la que no puede ser negada o eludida por ninguna razón...”.

En este punto del análisis, corresponde dejar en claro que la vacunación contra el COVID-19 no tiene carácter obligatorio para ningún ciudadano de nuestro país, sea adulto o niño, por lo que compete a cada persona tomar la decisión que mejor considere a sus intereses. En lo referente a los menores de edad, serán los padres los que deben tomar la decisión de vacunar o no a sus hijos y si deciden no hacerlo, no se les podrá imponer lo contrario. Esa facultad para decidir sobre una cuestión como la que estamos analizando deriva directamente de la patria potestad o de lo que hoy la doctrina moderna denomina más apropiadamente en mi concepto “responsabilidad parental”. Ahora bien, en la casuística de análisis tenemos que hay divergencia de opiniones entre los progenitores, el padre se opone a la vacunación de sus hijos mientras que la madre considera que su inoculación es lo más beneficioso para la salud de los mismos, razón por la cual es el órgano jurisdiccional al que corresponde la solución de la controversia suscitada, tomando como principio rector y orientador el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. En este punto, me permito adelantar mi postura en el sentido de considerar que la sentencia en revisión se encuentra estrictamente ajustada a derecho, pues ha sido dictada tomando en cuenta este principio o standard jurídico que rige en nuestra jurisdicción.

Para arribar a esta conclusión, es preciso tomar en consideración, como bien lo sostuvo la A quo, que el Estado paraguayo, a través del órgano rector en materia de salud pública el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, ha incluido en su plan de vacunación contra el COVID-19 a niños desde los cinco años de edad en adelante. El órgano de referencia insta a los ciudadanos a vacunar a sus hijos en atención a que según refieren “...la vacunación ha demostrado ser la medida más eficaz para reducir casos graves y muertes por COVID-19. Además, históricamente han permitido controlar, eliminar o erradicar otras enfermedades. El inicio de la actividad escolar presencial es de suma importancia para el desarrollo cognitivo y socioafectivo del niño. Las interacciones que se dan en la escuela favorecen ampliamente el desarrollo de habilidades y competencias im-

prescindibles para el futuro adulto. Por esta razón, es importante que los niños y niñas estén vacunados como una de las medidas para una interacción social segura. Asimismo, es fundamental que los padres, cuidadores y docentes estén también vacunados, de modo a orientar las acciones hacia la protección de las niñas y niños. El COTENAI ha autorizado la vacunación en los niños de 5 a 11 años. Ya se cuenta con aprobación de Dinavisa para el uso de Coronavac y Pfizer para este grupo etario. Se iniciará con Coronavac una vez que esté disponible en nuestro país, cuyo esquema contempla 2 dosis con un intervalo de 4 semanas entre dosis. Todas las vacunas son seguras y efectivas, esta afirmación está basada en evidencia científica...” (página web oficial del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social). Esta postura institucional ha sido plasmada en el informe remitido al Juzgado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, el cual ha sido transcripto in totum en párrafos precedentes, documento en el que categóricamente recomienda la vacunación en niños, por los beneficios que conlleva.

Por otra parte, cabe hacer mención especial por su importancia de la posición asumida por la Sociedad Paraguaya de Pediatría, institución que ha recomendado enfáticamente la vacunación de niños en la franja etaria comprendida entre los 5 y 11 años de edad, en base a la evidencia científica actual y el aumento de casos en la población infantil.

De hecho, sin ingresar a debates científicos sobre las vacunas, lo que no corresponde en este ámbito, la realidad de las estadísticas a nivel nacional y mundial, nos indica que, desde la existencia de las vacunas, la mortalidad y la gravedad que produce la infección por COVID ha disminuido drásticamente y esto es un hecho que no admite discusión. Se ha constatado que personas vacunadas tienen menos probabilidad de tener consecuencias graves de la enfermedad. En consecuencia, y basado en la evidencia científica, la autoridad sanitaria en nuestro país, el Ministerio de Salud Pública, ha incluido en su plan de vacunación a los niños desde los cinco años en adelante. No es posible pues afirmar, como lo sostiene el accionante, que recibir la vacuna contra el COVID-19 resulte contrario al interés superior de sus menores hijos. Cabe señalar que la protección a la población adulta que se persigue con la vacunación a los niños no es ajeno al interés de los mismos, pues al ser los menores personas dependientes de sus padres u otros adultos, su bienestar y cuidado depende también de la salud de los mismos.

En cuanto a la adolescente E. N. K. G., de 14 años de edad, este Tribunal consideró pertinente señalar audiencia por medios telemáticos, a fin de que la misma pueda ejercer su derecho a ser oída, garantizando de esta manera ese derecho fundamental que le es reconocido no solamente por nuestro derecho interno sino también por los instrumentos jurídicos internacionales. Este derecho guarda estricta relación con el principio de la autonomía progresiva, que consiste en la capacidad de los niños, niñas y adolescentes de ejercer sus derechos a medida que se desarrollan mental y físicamente. Soy de la firme convicción que una adolescente de 14 años se encuentra en condiciones de emitir una opinión en relación a una cuestión tan importante que involucra a su salud y bienestar personal, debiendo el órgano juzgador evaluar su opinión en base a su edad y grado de madurez, aunque no tenga fuerza vinculante. En la audiencia en esta instancia revisora, la adolescente manifestó: "...Abierto el acto por S.E. pasa a escuchar a la adolescente E. N. K., quién manifiesta que tiene 14 años de edad, y que este año cursará el noveno grado en el Colegio NIHON GAKKO, de ciudad de Asunción. Asimismo manifiesta la adolescente E. N. K., que se ha aplicado las dos dosis de la vacuna PFIZER. La magistrada Abg. MARÍA EUGENIA GIMÉNEZ DE ALLEN, pasa a preguntar a la adolescente si quiere agregar algo más, a lo cual la adolescente E. N. K., respondió que NO..." (Sic).

De las manifestaciones vertidas por la adolescente E. N. K., surge que la misma ya ha recibido las dos dosis de la vacuna PFIZER contra el COVID-19, por lo que la medida cautelar a ser resuelta se circunscribe al niño K. D. K. G. de 6 años de edad, quien no fue convocado para ser oído en atención a su edad, compartiendo en este punto los fundamentos esgrimidos por la A quo para omitir su escucha en juicio.

Por los motivos expuestos, soy de opinión como ya lo adelantara al inicio del voto, que corresponde la confirmación de la resolución impugnada, por encontrarse ajustada a derecho, debiéndose imponer las costas en el orden causado por tratarse de una cuestión litigiosa novedosa, que no ha tenido precedente jurisprudencial en el país. ES MI VOTO.

A su turno, los señores Miembros integrantes del Tribunal de la Niñez y Adolescencia de FERIA de la Circunscripción Judicial del Departamento Central, SONIA LEONOR DELEÓN FRANCO DE NICORA y HELMUT FORTLAGE, manifiestan adherirse al voto de la Miembro preopinante por sus mismos fundamentos.

JURISPRUDENCIA

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Miembro integrantes del Tribunal de Apelación de Feria, todo por ante mí, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

S E N T E N C I A N°: 02

San Lorenzo, 28 de enero de 2022.

VISTO: Los méritos que instruye el acuerdo que precede y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de feria de la Circunscripción Judicial del Departamento Central de Feria con sede en la ciudad de San Lorenzo, integrado por los Magistrados Abgs. **MARÍA EUGENIA GIMÉNEZ DE ALLEN, SONIA DELEÓN FRANCO DE NICORA Y HELMUT FORLAGE.**

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR, al Recurso de Apelación interpuesto por el Sr. **D. G. K. M.** por derecho propio y bajo patrocinio de abogada, contra la S.D. N° 861 de fecha 08 de noviembre de 2021 emanada del Juzgado de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno de la ciudad de San Lorenzo, de conformidad a los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

CONFIRMAR en todas sus partes la S.D. N° 861 de fecha 08 de noviembre de 2021 emanada del Juzgado de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno de la ciudad de San Lorenzo, en relación al niño **K. D. K. G.**, de conformidad a lo esbozado en el presente decisorio.

IMPONER las costas en esta instancia de revisión, en el orden causado, por los fundamentos referidos en el presente decisorio.

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

ANTE MÍ:

Magistrados: **María Eugenia Giménez de Allen. Sonia Deleón Franco de Nicora, Helmut Fortlage.**

Ante mí: **Abg. Hugo Antonio Agüero Ayala.**

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO.
DEPARTAMENTO CENTRAL**

SENTENCIA DEFINITIVA N° 861

***Cuestión debatida:** El derecho que tienen los padres de oponerse a que sus hijos reciban o no, algún tratamiento médico preventivo o paliativo, indicado por la autoridad sanitaria para una determinada enfermedad.*

SENTENCIA. Fundamentación.

En la sentencia se aplican los artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia basados en el Interés Superior del Niño garantizados por la Constitución Nacional.

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía General del Estado.

El Artículo 54 de la Constitución Nacional, establece: “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 a los infractores. Los derechos del niño en caso de conflicto tendrán carácter prevaleciente.

Que, el Artículo 68 de la Constitución Nacional, reza: “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 catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto de la dignidad humana”.

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS. Derechos del Niño.

El Artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, establece: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

El menor, por su mayor indefensión, tanto desde el punto de vista biológico como el psicológico, ocupa un lugar predominante en la protección jurídica, que se concreta en el concepto del “interés superior del niño”, que debe ser considerado en todas las decisiones judiciales que le conciernan.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley Nº 57/90 de la República y por ende, de jerarquía cuasi-constitucional, en observancia irrestricta con los términos del Artículo 5º De la Convención de las Naciones Unidas, que consagra el principio de la autonomía progresiva, precisando que si bien, no es vinculante para el Juzgador.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Interés Superior del Niño.

Que, el Artículo 3º del Código de la Niñez y la Adolescencia, señala: “Del principio del interés superior. Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”.

Que, el Artículo 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dispone: “Del derecho a la salud. El niño o adolescente tiene derecho a la atención de su salud física y mental, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igual de condiciones a los servicios y acciones de promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Patria Potestad.

El Artículo 17 del mismo plexo normativo, refiere: “Las instituciones de salud públicas o privadas, requerirán la correspondiente autorización de los padres, tutores o responsables cuando deban hospitalizar, intervenir quirúrgicamente o aplicar los tratamientos necesarios para preservar la vida o integridad del niño o adolescente. En caso de oposición del padre, la madre, los tutores o responsables por razones de índole cultural o religiosa, o en caso de ausencia de éstos, el profesional médico requerirá autorización judicial”.

El Artículo 70, del mismo cuerpo legal, copiado en su parte pertinente, establece: “Del ejercicio de la patria potestad. El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos. Las cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad serán resueltas por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia”.

El Artículo 71, a su vez, dispone: “De los Derechos y deberes del padre y de la madre. Quienes ejercen la patria potestad están obligados a prestar alimentos a sus hijos. La obligación de alimentar comprende proveerles lo necesario para subsistencia, habitación y vestido, en condiciones no inferiores a las que disfrutaban los obligados. La patria potestad implica además los siguientes deberes y derechos: a) velar por su desarrollo integral... e) representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil”.

MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN.

El Artículo 175 del Código de la Niñez y la Adolescencia, establece: “De las medidas cautelares de protección. Son consideradas medidas cautelares de protección: a) la guarda o el abrigo; b) la restitución en el caso previsto en el Artículo 95 y concordantes de este Código; c) la exclusión del hogar del denunciado en casos en interés o para la seguridad del niño o adolescente de violencia doméstica; d) la hospitalización; e) la fijación provisoria de alimentos; y, f) las demás medidas de protección establecidas por este Código, que el Juez considere necesarias”.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Ministerio Público.

La fiscal que interviene sostiene que teniendo en cuenta el interés superior del niño, como principio fundamental, en éste caso, sería el de la SALUD de los niños, el Derecho a la vida o a la integridad física y ser exigibles estos en cada Estado; es decir, inherentes a la persona por su naturaleza y aplicables en salud, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que forma parte del reconocimiento de la dignidad, Derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana dictada por las NN.UU. de 1948, además de la Declaración de Viena, OMS 2002, Derecho, Acceso y Calidad en Salud; por lo que, ésta Representación Pública, sugiere a Vuestra Señoría, NO HACER LUGAR a la medida cautelar de protección.

Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno San Lorenzo. 08/11/2021. Juicio: “K. D. K. G. y otra s/ Medidas Cautelares” (S.D. N° 861).

Que, en fecha 23 de julio del 2021, se presentó ante el Juzgado, el señor D. G. K. M., invocando la representación de sus hijos menores de edad, a promover “medida cautelar de urgencia (no vacunación)” contra la señora M. G. de K., y en relación con los niños K. D. K. G. y E. N. K. G.

Que, a f. 1 de autos, obra el Acta N° 2.231/2021, por el cual el señor, D. G. K. M., realizó manifestaciones ante la Comisaría Primera de San Lorenzo.

Que, a f. 1 de autos, obra la copia autenticada del certificado del acta de nacimiento de la niña, E. N. K. G.

Que, a f. 2 de autos, obra la copia autenticada del certificado del acta de nacimiento del niño, K. D. K. G.

Que, a f. 3 de autos, obran las copias autenticadas de las cédulas de identidades de los niños, K. D. K. G. y E. N. K. G. y sus progenitores. D. G. K. M. y M. G. de K.

Que, a fs. 4/6 de autos, obra el escrito inicial de demanda.

Que, por Providencia de fecha 27 de julio del 2021, el Juzgado, entre otras cuestiones, tuvo por reconocida la personería del recurrente en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar señalado, tuvo por iniciada la presente demanda de medida cautelar de urgencia (no vacunación), promovida por el señor D. G. K. M. en relación con los niños, K. D. K. G. y E. N. K. G. Corrió traslado de la demanda a la progenitora, se-

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO. DEPARTAMENTO CENTRAL

ñora, M. G. de K. dio intervención al Ministerio Público y a la Defensora del Niña/a y Adolescente (f. 7).

Que, fs. 8/9 de autos, obran las cédulas de notificaciones dirigidas a la señora, M. G. de K., por las cuales se le hizo saber del dictado de la Providencia de fecha 27 de julio del 2021.

Que, a fs. 10/16 de autos, obran las documentales presentadas por la parte actora.

Que, a fs. 17/18 de autos, obran las actas de audiencias de los señores, D. G. K. M. y M. G. de K. realizadas ante el Juzgado.

Que, a fs. 20/21 de autos, obra el Dictamen N° 219 de fecha 16 de agosto del 2021, signado por la Defensora del Niño/a, Adolescente, del Tercer Turno, de esta Ciudad, Abogada Edita Roa, por el cual solicitó que previamente dictar resolución, se realicen algunas diligencias.

Que, a fs. 23/24/27 de autos, obra los oficios dirigidos al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, a fin de recabar informe respecto a las vacunas contra el COVID-19.

Que, a fs. 28/57 de autos, obran las copias del presente expediente y la nota remitida por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

Que, a fs. 58/60 de autos, obra el Dictamen N° 312 de fecha 26 de octubre del 2021, signado por la Defensora del Niño/a, Adolescente, del Tercer Turno, de esta Ciudad, Abogada Edita Roa, por el cual se expidió sobre el fondo de la cuestión.

Que, a f. 62 de autos, obra el Dictamen N° 1257 de fecha 02 de noviembre de 2021, signado por la Agente Fiscal en lo Penal de Transición y de la Niñez y la Adolescencia de San Lorenzo, Capiatá, Itauguá e Ypacaraí, Abogada Alicia Fernández, por el cual se expidió sobre el fondo de la cuestión.

Que, a f. 64 de autos, obra la Providencia de fecha 04 de noviembre de 2021 que, dispuso: “Agréguese el dictamen y, llámese a autos para resolver”.

C O N S I D E R A N D O:

Que, el recurrente en el escrito inicial, entre otras cuestiones, mencionó, acreditó en este acto que con la Señora, M. G. de K. tenemos en común dos hijos menores de edad: K. D. K. G. de 6 años y E. N. K. G. de 13 años de edad.

Por otra parte, que ante las recientes recomendaciones de un grupo de profesionales de la salud, que alentando a la vacunación de los niños

menores a partir de los 12 años de edad o aquellos, incluso menores que sean portadores de patologías personales, hemos tenido reiteradas discrepancias con mi esposa, pues considero que el estado de salud de nuestros hijos, libre de toda afección patológica, no amerita sean expuestos a inoculación del virus del SARS-COV 2, o COVID-19, por medio de la aplicación de cualquiera de las vacunas habilitadas en nuestro país. Sobre el punto, le he manifestado a ella, que los recientes estudios laboratoriales recepcionados en el Centro de Investigación de efectos secundarios ocasionados por las vacunas en cuestión, han demostrado en reiteradas publicaciones de reciente data, la presencia de afecciones cardíacas con mayor intensidad presente en los niños o menores de sexo masculino, situación que procura el bienestar de mis hijos, y me llevan a sostener la falta de méritos para exponerlos a la inoculación pretendida por mi esposa... En esta tesitura, soy del parecer que la inscripción de mis hijos en el sistema de base de datos del Ministerio de Salud, en espera de la liberación de la franja etaria ya próxima su disposición, podría en realidad, representar un mal para nuestros niños, pues sabido es que todas estas vacunas, aún aprobadas, se encuentran en estadio experimental, y por tal efecto se ha dispuesto la formación del Centro Mundial de recepción de información relativa a todos los efectos suscitados con posterioridad a la vacunación respectiva... Finalmente, concluyo insistiendo ante V.S., que mi oposición y temor radica en la falta de méritos respectivos por no ser portadores de enfermedad de base, a la fase experimental de las vacunas, a los recientes estudios realizados y en período de ejecución actual; y a las propias manifestaciones de los voceros del Ministerio de Salud Pública, quienes mencionan que aun aplicándose, es importante continuar con las medidas preventivas, poniendo en dudas incluso la real eficacia de la medida adoptada como paliativa para el desarrollo de la modalidad grave de la enfermedad, contraponiéndolas a las posibles y evidenciadas ya reacciones adversas que se informaron en los ensayos clínicos. Es por todo ello que, teniendo en cuenta que los niños K. D. K. G. y E. N. K. G. son sanos, mi temor sería las reacciones adversas que podrían ocasionarles en sus organismos a corto, mediano o largo plazo y, a la insistencia de la señora, quién siendo personal de blanco, cuenta con una posición ventajosa que pudiera facilitar la aplicación de las vacunas a mis hijos menores, aún con mi dissentimiento...". Finalmente, el recurrente solicitó que, oportunamente y previos trámites de rigor, se dicte resolución judicial disponiendo la medida cautelar de no

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO. DEPARTAMENTO CENTRAL

vacunación de sus hijos, hasta tanto la organización Mundial de la Salud y los organismos nacionales de ejecución de las pautas emanadas de aquella, justifiquen la real eficacia de la aplicación de vacunas en niños y el alcance de las reacciones adversas (fs. 4/6).

Que, el Juzgado por Providencia de fecha 27 de julio del 2021, citó a las partes ante el Juzgado, a fin de ser oídas. Y en dicho acto, el señor dijo: "...PREGUNTADO: Por sus datos personales. DIJO: Llamarse como quedó expresado más arriba y que todos los datos que le fueron consignados son ciertos y le pertenecen. PREGUNTADO: El motivo por cual realizó la denuncia. DIJO: El motivo principal por cual realicé esta denuncia es por amor a mi familia. La única diferencia que tengo con mi señora es por criterios personales, en relación a la aplicación de esta vacuna contra el COVID-19, que solamente está aprobada para uso de emergencia y no pasó a las fases de experimentación. Temo por mi familia, es una vacuna que tiene riesgos y yo, no quiero que mi familia tome esos riesgos. Mis hijos son mi responsabilidad y más cuando la vida de nuestros hijos está en juego. Esta vacuna no es obligatoria. Mis hijos son sanos y no tienen ninguna enfermedad de base. Esto no hago con malas intenciones. PREGUNTADO: Si sucedieron hechos nuevos. DIJO: No, porque mi señora se cierra en su criterio. PREGUNTADO: Que solicita al Juzgado. DIJO: Solicito al Juzgado que se respeten mis derechos como padre, yo no estoy de acuerdo con que mis hijos menores se vacunen sin mi consentimiento, por eso estoy acudiendo a la Justicia. PREGUNTADO: Si quiere agregar algo más. DIJO la Abogada patrocinante de la parte Actora: En este acto, presento algunas pruebas documentales (copia simple) y un dispositivo de PENDRIVE. La posición de mi cliente se basa en la preocupación del mundo entero ante el desconocimiento de los efectos adversos por la inoculación de la vacuna a menores de 18 años. Pues, si bien en los Estados Unidos y Europa, se ha aprobado la vacunación de los menores de 12 a 17 años, no es menos cierto que, la respuesta positiva a la vacuna, considerando la baja tasa de reacciones adversas, no ha sido óbice para los investigadores del mundo para que apunten al verdadero riesgo que reciben en el conocimiento incierto sobre los efectos nocivos que se pudieran presentar a mediano y largo plazo. Por ejemplo, un investigador alemán, virólogo Félix Dexler, refiere, acertadamente, que la necesidad de inocular a menores se basa en la protección de los adultos, pues los niños son transmisores virales, pero sin mayores complicaciones ante las infecciones del COVID-

19, circunstancia que lo lleva a sostener que cuanto mayor sea el índice de vacunados mayores o adultos, menor será la exposición para los niños. Todo lo expuesto se funda en el Artículo 54 de la Constitución Nacional, las 100 Reglas de Brasilia, Capítulo 1, Sección 2, Numeral 1 y 2, el Código del Menor de la Ley 903/81, en los Artículos 67 y 70. En este acto, se agregan como elementos probatorios, lo sostenido en los últimos estudios expuestos por el virólogo en cuestión, los informes del Centro de Prevención y Enfermedades Endémicas y los siguientes medios de comunicaciones y reportes en videos. DIJO: Yo estoy aquí para definir una cuestión jurídica, yo tengo potestad sobre mis hijos y mi señora lo que quiere es imponer algo y ponerles las vacunas a mis hijos sin mi consentimiento. Los laboratorios, quienes están produciendo las vacunas no asumen las consecuencias de los efectos adversos por la aplicación de las mismas, por esa razón nadie te puede obligar a que te vacunes...” (fs. 17/18).

Que, en la audiencia realizada ante el Juzgado, la señora, M. G. de K. dijo: “...PREGUNTADO: Preguntado por sus datos personales. DIJO: Llamarse como quedó expresado y que todos los datos que le fueron consignados son ciertos y le pertenecen. PREGUNTADO: Si tiene conocimiento de la denuncia realizada en su contra. DIJO: Si, tuve conocimiento con la notificación que me llegó. Lo primero que quiero manifestar es que el padre de mis hijos se aventuró ante posibles hechos que no ocurrieron y mal podría yo tener la intención de vacunar a mis hijos atendiendo que son menores de edad y esta autorización no depende de mí como madre, sino es bien sabido, la Institución que regula y libera la vacunación es el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, atendiendo a los estudios y órdenes emanados de la Organización Panamericana de la Salud, la cual ha demostrado, y sobre todas las cosas, el propio Ministerio de Salud, ha enseñado que vacunar salva vida; por lo que, como madre no está en mi intención perjudicar a mis hijos y no es cierto, –como señaló la parte actora–, que es un capricho mío. Debemos partir de la base del principio del interés superior del niño, el Derecho a la Salud y el Derecho a la Vida, Derechos Constitucionales que rigen la materia, y recalco una vez más, que la autorización de que mis hijos para que se vacunen no depende mí. PREGUNTADO: Que solicita al Juzgado. DIJO: Solicito que se rechace la medida cautelar planteada. PREGUNTADO: Si desea agregar algo más. Dijo: Nada más...” (f. 19).

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO. DEPARTAMENTO CENTRAL

Que, a fs. 58/60 de autos, obra el Dictamen N° 312 de fecha 26 de octubre del 2021, signado por la Defensora del Niño/a, Adolescente, del Tercer Turno, de esta Ciudad, Abogada Edita Roa que, copiado en la parte pertinente, señaló: "...Que, analizadas las constancias de autos, y en atención a las mismas, ésta Representación Pública aconseja a Vuestra Señoría, NO HACER LUGAR a la medida cautelar de protección, en relación al pedido de No vacunación, salvo mejor parecer de Vuestra Señoría...".

Que, a f. 62 de autos, obra el Dictamen N° 1257 de fecha 02 de noviembre de 2021, signado por la Agente Fiscal en lo Penal de Transición y de la Niñez y la Adolescencia de San Lorenzo, Capiatá, Itauguá e Ypacaraí, Abogada ALICIA FERNÁNDEZ que copiado en la parte pertinente, manifestó: "Que, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como principio fundamental, en éste caso, sería el de la SALUD de los niños, K. D. K. G. y E. N. K. G. el Derecho a la vida o a la integridad física y ser exigibles estos en cada Estado; es decir, inherentes a la persona por su naturaleza y aplicables en salud, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que forma parte del reconocimiento de la dignidad, Derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana dictada por las NN.UU. de 1948, además de la Declaración de Viena, OMS 2002, Derecho, Acceso y Calidad en Salud; por lo que, ésta Representación Pública, sugiere a Vuestra Señoría, NO HACER LUGAR a la medida cautelar de protección, en relación al pedido de No Vacunación, contra el COVID-19, en consecuencia, ordene el finiquito y archivamiento del presente juicio, salvo mejor parecer de Vuestra Señoría...".

Que, el Artículo 54 de la Constitución Nacional, establece: "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 a los infractores. Los derechos del niño en caso de conflicto tendrán carácter prevaleciente".

Que, el Artículo 68 de la Constitución Nacional, reza: "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 catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las

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

Que, el Artículo 3º Código de la Niñez y la Adolescencia, señala: “Del principio del interés superior. Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”.

Que, el Artículo 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dispone: “Del derecho a la salud. El niño o adolescente tiene derecho a la atención de su salud física y mental, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igual de condiciones a los servicios y acciones de promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”.

Que, el Artículo 17 del mismo plexo normativo, refiere: “Las instituciones de salud públicas o privadas, requerirán la correspondiente autorización de los padres, tutores o responsables cuando deban hospitalizar, intervenir quirúrgicamente o aplicar los tratamientos necesarios para preservar la vida o integridad del niño o adolescente. En caso de oposición del padre, la madre, los tutores o responsables por razones de índole cultural o religiosa, o en caso de ausencia de éstos, el profesional médico requerirá autorización judicial...”.

Que, el Artículo 70, del mismo cuerpo legal, copiado en su parte pertinente, establece: “Del ejercicio de la patria potestad. El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos. Las cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad serán resueltas por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia...”.

Que, el Artículo 71, a su vez, dispone: “De los Derechos y deberes del padre y de la madre. Quienes ejercen la patria potestad están obligados a prestar alimentos a sus hijos. La obligación de alimentar comprende proveerles lo necesario para subsistencia, habitación y vestido, en condiciones no inferiores a las que disfrutaban los obligados. La patria potestad implica

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO. DEPARTAMENTO CENTRAL

además los siguientes deberes y derechos: a) velar por su desarrollo integral... e) representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil...”.

Que, el Artículo 175 del Código de la Niñez y la Adolescencia, establece: “De las medidas cautelares de protección. Son consideradas medidas cautelares de protección: a) la guarda o el abrigo; b) la restitución en el caso previsto en el Artículo 95 y concordantes de este Código; c) la exclusión del hogar del denunciado en casos de violencia doméstica; d) la hospitalización; e) la fijación provisoria de alimentos; y, f) las demás medidas de protección establecidas por este Código, que el Juez considere necesarias en interés o para la seguridad del niño o adolescente”.

Que, por Ley N° 57/1990: “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, e incorporó al marco normativo nacional dicha Convención, la que en el Artículo 3.1, dispone: “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 ley y con fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se comprometen a asegurar de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas”.

Que, el Artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, establece: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios...”.

Que, el menor, por su mayor indefensión, tanto desde el punto de vista biológico como el psicológico, ocupa un lugar predominante en la protección jurídica, que se concreta en el concepto del “interés superior del niño”, que debe ser considerado en todas las decisiones judiciales que le conciernan.

Que, en este orden de ideas, cabe mencionar que este Juzgado no desconoce la relevancia de la opinión vertida por los menores en el proceso, la que es relevante y debe ser considerada como una pauta de decisión del Juzgador, principio sostenido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley N° 57/90 de la República y por ende, de jerarquía cuasi-constitucional, en observancia irrestricta con los términos del Artículo 5° De la Convención de las Naciones Unidas, que consagra el principio de la autonomía progresiva, precisando que si bien, no es vinculante para el Juzgador, su versión de los hechos, es ilustrativa al momento del dictamamiento del fallo correspondiente. Sin embargo, como la cuestión en estudio, es de índole eminentemente técnico-científico, con implicancias para la salud e integridad física de los menores, es dable poner de manifiesto que, en este caso, el Juzgado consideró pertinente no convocar a los niños a ser oídos, por considerar que los mismos no cuentan con las herramientas y los conocimientos técnicos científicos suficientes para sopesar las razones que motivarían una u otra postura y formar válidamente su voluntad o convicción; es decir, no cuentan con el grado de discernimiento suficiente y necesario para apreciar o valorar la complejidad de las circunstancias del caso en estudio. Además, al existir posturas tan radicalizadas, entre sus progenitores, equivaldría a someterlos a tener que elegir entre secundar al padre o a la madre.

Que, seguidamente corresponde al Juzgado, analizar la viabilidad o no de la pretensión de la parte accionante, conforme con las constancias obrantes en autos y a la luz de la normativa legal precedentemente invocada.

Que, la cuestión litigiosa se circunscribe a la procedencia de una “medida cautelar de urgencia (no vacunación)”, planteada por el señor contra la señora y que guarda relación con la prohibición de vacunar a sus hijos contra el COVID-19. A este respecto, cabe recordar lo sostenido por la destacada jurista nacional, María Eugenia Giménez de Allen, al comentar el Artículo 175 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece cuales son las “Medidas cautelares de protección”: “...En el Derecho de la Niñez y la Adolescencia, estas medidas cautelares de protección, son diferentes a las medidas cautelares reguladas por el Código Procesal Civil, por lo que deben ser denominadas únicamente medidas de protección, omitiendo la palabra “cautelar”, que no es propia de este tipo de medidas y solo conduce a equívocos. Cabe recordar en el Derecho Procesal Civil, la

medida cautelar es un instrumento destinado a garantizar el resultado del proceso principal. Por medio de la medida cautelar se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso, frente a los riesgos derivados de la demora del mismo. Entre sus caracteres principales tenemos que: a) Se dictan inaudita parte, b) Son provisionales, c) Son accesorias, d) No definen derechos ni resuelven controversias. Se enumeran sus caracteres al solo efecto de hacer notar las diferencias con las medidas cautelares de protección existentes en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia. Estas medidas de protección pueden dictarse: a) Dentro de un proceso principal, como por ej. Alimentos provisorios, Régimen de relacionamiento provisorio. b) Como medidas autosatisfactivas, en forma autónoma, aunque no estén previstas expresamente con esta denominación en la normativa. c) Como medidas de protección previstas en leyes especiales, como la Ley N° 4295/11: “Que establece el procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada”... El Artículo 175 del Código de la Niñez y la Adolescencia, admite la posibilidad del planteamiento de medidas de naturaleza autónoma... Del mismo modo, es posible sostener que estas medidas tienen su fundamento en el Artículo 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en dicha Convención (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Corte Suprema de Justicia. Asunción-Paraguay, Primera Edición. Año 2018. Págs. (84/88). Así pues, como se ha referido, se advierte que la parte actora planteó una “medida cautelar de protección”, por la cual le solicitó al Juzgado, disponga la prohibición de vacunar a los niños contra el COVID-19, por tener una diferencia de criterio con la progenitora de sus hijos al respecto; pues ésta última, considera conveniente la aplicación de la vacuna contra el COVID-19 a sus hijos, cuando y en las condiciones en las que sean dispuestas por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, según el plan de vacunación nacional. A este respecto, es necesario precisar que la medida de protección planteada por la parte actora, se enmarca entre las previstas en el Artículo 175 del Código de la Niñez y la Adolescencia, modificado por la Ley N° 6083/2018, que establece: “De las medidas cautelares de protección. Son consideradas medidas cautelares de protección: ... g) las demás medidas de protección establecidas por este Código, que el Juez considere necesarias en interés superior o para la seguridad del niño o adolescente”.

Que, el Código de la Niñez y la Adolescencia, establece que el padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones. Pero cuando las cuestiones derivadas del ejercicio de éste Instituto de familia, no puedan ser decididas por los mismos, deberán ser resueltas por los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia. Es esencial tener en cuenta que los padres siempre tienen que actuar por el bien del menor y que, pese al conflicto o diferencia de criterios entre ellos, debe primar el interés superior del menor. Así pues, ante dicha situación de conflicto entre los progenitores, es cuando debe intervenir la autoridad judicial, quien decidirá siempre en beneficio de aquél. Forma parte trascendental de esta Institución de familia el acompañamiento de los progenitores a fin de preservar la salud de los menores. En tal tenor, lo ideal sería el acuerdo entre ambos padres para la toma de decisiones que tienen que ver, con cuestiones como en este caso, la vacunación de los niños, pero ante esa imposibilidad, es que corresponderá al Juzgador decidir y estudiar el fondo de la cuestión, a luz del principio del interés superior de los niños.

Que, en primer lugar, he de señalar que la cuestión será tratada teniendo en miras, además del principio del interés superior del niño, establecido en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño, citado precedentemente; el Derecho a la salud de los niños, que también se encuentra consagrado en la mencionada Convención, en el Artículo 24, así como en el Artículo 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia y los Artículos 54 y 68 de la Constitución Nacional, erigiéndose conforme a esta última norma, el Estado en carácter de Garante de la Salud Pública, en consonancia con los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, que expresamente consagran la tutela del Derecho a la salud. Consecuentemente, es posible sostener que existe una decisión política del Estado Nacional al respecto, con el fin de proteger a sus ciudadanos; se advierte que, el Artículo 3º de la Ley Nº 836/1980 “Código Sanitario”, establece que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP y BS), es la más alta dependencia del Estado con competencia en materia de salud y aspectos fundamentales del bienestar social”. Por otro lado, la Ley Nº 4621/2012 “Nacional de Vacunas”, designa como responsable de su aplicación al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, a través del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Que, de esta manera, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, crea una instancia permanente, multi-

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO. DEPARTAMENTO CENTRAL

disciplinaria, intersectorial, consultiva y responsable de recomendar, promover y apoyar acciones de prevención, control, eliminación y erradicación de enfermedades prevenibles por vacunas establecidas los marcos legales. A este respecto, es oportuno mencionar lo sostenido por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, en el Informe remitido al Juzgado; el que entre otras cuestiones, refirió: "... a) Ocurrencia de afecciones secundarios en niños de la franja etaria de 6 a 13 años relacionadas a las Vacunas COVID-19: Según datos del Centro para el Control de Enfermedades (CDC), entre todos los receptores de la vacuna del estudio clínico de 12 a 15 años de edad, el 90,9% informó al menos una reacción local en el lugar de la inyección en los 7 días posteriores a la vacunación. El dolor en el lugar de la inyección fue la reacción local más frecuente y fue un poco más común después de la segunda dosis. Entre todos los receptores de la vacuna, el 90,7% informó, al menos una reacción sistemática en los 7 días posteriores a la vacunación. La fatiga, el dolor de cabeza, los escalofríos y el dolor muscular nuevo o que empeora, fueron más comunes.

La mayoría de los eventos sistémicos fueron de gravedad leve o moderada, después de ambas dosis... b) Si la ocurrencia de los efectos secundarios representa peligros graves para la salud y la integridad física: Es muy poco probable que después de recibir cualquier vacuna, incluida la vacuna contra el COVID-19, se produzcan efectos secundarios graves que causen un problema de salud a largo plazo. Se han notificado casos de miocarditis y pericarditis en adolescentes y adultos jóvenes con más frecuencia después de recibir la segunda dosis de ARNm contra el COVID-19, es decir, la de Pfizer-BioTech o la de Moderna. Los informes son poco frecuentes, y los beneficios conocidos y potenciales de la vacunación contra el COVID-19 superan los riesgos conocidos y potenciales, incluso el posible riesgo de miocarditis o pericarditis... c) Si la inoculación en contra del virus SARS-CoV 2, en niños y adolescentes sin comorbilidades, conlleva o no más beneficios que perjuicios para la salud e integridad física de los mismos, considerando además lo relativo a las nuevas variantes de circulación: La vacunación contra SARS-CoV 2, supera los riesgos conocidos y potenciales de la vacuna cuando se usa para prevenir el COVID-19, causado por el SARS-CoV 2 en personas de 12 a 15 años de edad...".(fs. 30/31). Entonces, se advierte que, los beneficios de la vacunación superan con creces los riesgos a los que exponen, y sin vacunas habría muchos más casos de enfermedades y defunciones. Igualmente, es dable sostener que al

03 de junio del 2021, la OMS ha determinado la lista de las vacunas contra el COVID-19 que cumplen los criterios necesarios de seguridad y eficacia (<https://www.who.int/es/>).

Así pues, considerando las razones de hecho y de Derecho precedentemente expuestas, debe analizarse la viabilidad de lo pretendido por el accionante. Para la procedencia de esta medida de protección, el mismo debe generar la certeza en esta Juzgadora de que la acción que pretende lograr, en este caso, que se disponga la prohibición de vacunar a sus hijos, encuentre justificación suficiente, para ir contra las disposiciones de la más alta Institución en Salud Pública a nivel nacional, es decir, que la vacunación sea efectivamente lesiva a los intereses de sus hijos, especificando y demostrando de forma clara y concretamente cuáles serían los perjuicios que la acción ocasionaría a alguno o algunos de los intereses tutelados por este fuero tuitivo.

En este estado, y atenta a lo sostenido en los párrafos que anteceden, es necesario mencionar que el progenitor no ha demostrado en autos, que la inoculación de sus hijos con la vacuna COVID-19, pueda ser perjudicial para los mismos, por detentar éstos alguna condición médica especial o particular que contemplar y que, por dicha razón, justifique apartarse del calendario de vacunación establecido por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

En este orden de ideas, se debe considerar que, si bien la vacuna contra el COVID-19, a la fecha del dictado de la presente resolución, no es obligatoria en el país, para adultos ni para niños, la misma se encuentra dentro del calendario oficial propuesto por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, pues su indicación ha sido establecida por las autoridades sanitarias nacionales. En especial, respecto, a los niños de 12 años en adelante con enfermedades de base, ya ha sido habilitada su aplicación anteriormente y actualmente se encuentra habilitada la inscripción anticipada para los menores de 12 años cumplidos y en adelante y la aplicación a menores de 14 años en adelante, incluso sin enfermedad de base. Así pues, se advierte que, la vacuna contra el COVID-19, está considerada a estos efectos como una vacuna prevista en el calendario oficial, y su indicación ha sido establecida por las autoridades sanitarias nacionales, conforme a la información que puede ser recabada en la página web oficial del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (<https://www.mspbs.gov.py/>).

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO. DEPARTAMENTO CENTRAL

En este entendimiento, debe hacerse notar que pese a las objeciones que esgrimió el accionante, no dio sustento a sus dichos en basamentos serios, trascendentes o de peso. Las argumentaciones del mismo, consisten en afirmaciones respecto a que las vacunas contra el COVID-19, podría producir afecciones físicas e incluso amenazar gravemente la vida, la salud o la integridad física de los niños y al hecho de que ciertas vacunas se encontrarían recién en base experimental. A este respecto, cabe denotar que, estas son afirmación de hecho y no de Derecho, por lo que requieren elementos de confirmación que las sustenten. En tal tesitura, de las constancias de autos, no se advierte que el mismo haya producido prueba alguna suficiente a fin de acreditar lo sostenido. También, es importante mencionar que a tal efecto, el recurrente pudo valerse de todos los medios probatorios previstos por la legislación procesal, sin embargo sólo ha acompañado constancias de publicaciones recabadas de distintas páginas web, careciendo estas de idoneidad para generar la convicción judicial requerida. La fiabilidad de las fuentes de prueba, en un caso como este, que atañe a cuestiones de Salud Pública, son de importancia superlativa, requiriéndose en consecuencia, el más alto grado de aproximación a la certeza posible, lo que para este acto implica pruebas como ser, de manera enunciativa: a) Pericial, ya que la opinión de un experto en infectología e inmunología permitiría confirmar o refutar las afirmaciones sostenidas, b) Documentales consistentes en publicaciones realizadas en revistas científicas de jerarquía que versen sobre la materia o, c) Indicación de un profesional pediatra que ha evaluado o tratado a los niños y/o cualquier otro elemento de confirmación que permita vislumbrar las implicancias biológicas de la inmunización que se pretende detener.

Que, el recurrente, manifestó tener dudas y reparos respecto a los efectos adversos que la aplicación de las vacunas contra el COVID-19, podría producir en niños a corto, mediano y largo plazo. Sin embargo, estas no son razones suficientes para disponer la no inmunización de sus hijos, ya que consisten en meras hipótesis o temores basados en sentimientos personales y no en datos concretos. Por su parte, cabe además destacar el particular momento en el que nos encontramos viviendo en el mundo entero y, en particular, el Paraguay, situación que requirió la utilización, en un primer momento de vacunas de carácter de emergencia debido al escenario sanitario acuciante, lo que no nos permitía, como sociedad, aguardar el desarrollo normal de una vacuna, pues el tiempo que ello

implica importaría un costo en vidas humanas demasiado alto. Es decir, ante un estado de necesidad y urgencia palmario, en el cual debe decidirse entre aplicar terapias inmunológicas para salvar vidas o no hacer nada en pos de una certeza metodológica, cae de maduro que uno debe inclinarse por lo primero. A mayor abundamiento, y pese a lo descrito precedentemente, si bien tal era la situación mundial al inicio de la pandemia; sin embargo, actualmente, es un hecho notorio que algunas de las vacunas producidas ya cuentan con la aprobación de la FDA (Federal Drug Administración); es decir, ya ha superado todas las etapas de los ensayos clínicos debidos, por lo que con esto ya no deberían quedar dudas a ser disipadas en cuanto al nivel de seguridad de la misma (<https://www.who.int/es/>).

Por tanto, por las razones precedentemente esbozadas y, al encontrarse la vacunación contra el COVID-19 dentro del plan nacional de vacunación oficial, y al estar su indicación prevista conforme a la más alta autoridad sanitaria nacional, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, corresponde rechazar la “medida cautelar de urgencia (no vacunación)” planteada por el señor, D. G. K. M. contra la señora, M. G. de K. y en relación a los niños, K. D. K. G. y E. N. K. G.

Cabe mencionar, que en el fuero de la niñez las resoluciones serán fundadas y no tendrán carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aún dejadas sin efecto, de oficio o a la instancia de parte, toda vez que cesen las condiciones que las motivaron (Artículo 167 del Código de la Niñez y la Adolescencia).

En cuanto a las costas, este Juzgado considera que deben ser impuestas en el orden causado y eximir de las mismas a la parte actora y perdedora, señor, D. G. K. M. en atención a que ambos padres, en ejercicio de la patria potestad, tienen opiniones y razones fundadas para sostener sus propias convicciones y al hecho de que la cuestión planteada podría enmarcarse entre las de dudosa interpretación, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 193 del Código Procesal Civil.

POR TANTO, en mérito a las disposiciones legales citadas, las consideraciones que anteceden, el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno, de San Lorenzo.

R E S U E L V E:

RECHAZAR la “medida cautelar de urgencia (no vacunación)” planteada por el señor, D. G. K. M. contra la señora M. G. de K. en relación a

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DEL SEGUNDO TURNO SAN LORENZO. DEPARTAMENTO CENTRAL

los niños, K. D. K. G. y E. N. K. G. de conformidad con lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas del proceso en el orden causado, por las razones expuestas en el exordio de ésta resolución.

NOTIFÍQUESE POR CÉDULA salvo que las partes consintieren hacerlo personalmente.

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

Ante mí:

Abg. Milner Montanía Actuario Judicial.

Violeta María Silva Velázquez, Jueza.
