

GACETA JUDICIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

Director
Víctor Manuel Núñez
Ministro

Año 2013 – Número 2



DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

- © Corte Suprema de Justicia – División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales.
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, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 2

Corte Suprema de Justicia; División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales.

GACETA JUDICIAL. Asunción, Paraguay.

Primera edición 2013: 1.000 ejemplares

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. DILP.

DR. VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ

ABOG. CARMEN DORA MONTAÑA, Directora DILP.

COORDINACIÓN - GACETA JUDICIAL-DILP:

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMAN, Investigadora.

EQUIPO DE ELABORACIÓN:

ABOG. NATALIA MARÍA MUÑOZ CARMAN, Investigadora.

DRA. ROSA ELENA DI MARTINO ORTIZ, Investigadora.

COLABORACIÓN:

TERESITA FERNANDEZ DE FERNÁNDEZ, Asistente.

CHRISTIAN FORTE, Auxiliar.

GUSTAVO SANCHEZ, Asistente.

CONTACTOS: revistagacetajudicial@gmail.com . Tel: (021) 420570, interno 2790

- © **INTERCONTINENTAL EDITORA S. A.**

Caballero 270; *teléfs.*: 496 991 - 449 738

Fax: (595-21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Diagramación: Gilberto Riveros Arce

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98.

ISBN: 978-99967-37-18-3

PRÓLOGO

Con esta edición de la revista Gaceta Judicial hemos seleccionado jurisprudencia de interés y utilidad en los ámbitos académico y profesional. Así, en el área civil encontramos: nulidad en derecho de marcas, nulidad de matrimonio, prestación de alimentos para adultos, contrato hipotecario, regulación de honorarios extrajudiciales, embargo ejecutivo y la contracautela, dentro del juicio ejecutivo: plazos para interponer actuaciones, documentos hábiles para cobro de tarjetas de créditos. En la jurisdicción de la niñez y adolescencia: régimen de convivencia y asistencia alimentaria.

Entre los fallos seleccionados insistimos en la publicación de Autos Interlocutorios, porque importan, en su gran mayoría, estudios sobre cuestiones de forma, temas que ocupan gran parte del tiempo en los juzgados, por lo que, al permitir al público lector el acceso a estas respuestas jurisdiccionales, se ahorra tiempo y recursos a todos los interesados en la celeridad de los procesos.

Dentro de la obra se publica una interesante doctrina escrita por la Dra. Mirtha González de Caballero, Miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia: *“Análisis Jurídico-objetivo sobre los adultos mayores en la legislación nacional y comparada. Reflexiones y propuestas”*.

Agradecemos como siempre a todos nuestros colaboradores y voluntarios: magistrados, secretarios de Juzgado, a la directora de Estadísticas del Poder Judicial y funcionarios, que nos brindan la materia prima con la mejor predisposición, logrando, año tras año, cumplir con las publicaciones.

*Coordinación General
GACETA JUDICIAL*

CONTENIDO

1. PRÓLOGO	7
2. ÍNDICES	
Índice Temático	13
Índice por Tribunales	19
3. DOCTRINA	
– Análisis Jurídico-objetivo sobre los adultos mayores en la legislación nacional y comparada. Reflexiones y propuestas, por la <i>Dra. Mirtha González de Caballero</i>	23
4. JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
IMPUTADO. Indefensión del imputado. NULIDAD. Principios generales. RECURSO DE CASACIÓN. Naturaleza. TIPO PUNIBLE. Calificación. CSJ, Sala Penal. 02/07/2012 (Ac. y Sent. N° 634) .	49
CONSTITUCIÓN NACIONAL. Derecho a la vida y derechos a la salud. CONSULTA CONSTITUCIONAL. Principios generales. FACULTADES DE LOS JUECES. CSJ, Sala Constitucional. 05/07/12 (Ac. y Sent. N° 671)	61
PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE PRUEBAS. Principios generales. USUCAPIÓN. Legitimación pasiva. Principios generales. CSJ, Sala Civil y Comercial. 09/07/12 (Ac. y Sent. N°687)	68
DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. Admisibilidad y procedencia. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. Procedimiento. CSJ, Sala Constitucional. 09/07/12 (Ac. y Sent. N° 695)	84

CONTENIDO

RECURSO CASACIÓN. Admisibilidad. SENTENCIA. Fundamentación. TIPO PENAL. Elemento objetivo. CSJ, Sala Penal. 11/07/2012 (Ac. y Sent. N° 803)	91
RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad. Reenvío. Reposición. Admisibilidad. CSJ, Sala Penal. 06/07/12 (Ac. y Sent. N° 814)	100
EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia. Agravios. CSJ, Sala Constitucional. 24/07/12 (Ac. y Sent. N° 876)	105
PRINCIPIO DE LEGALIDAD. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. RECURSO DE CASACIÓN. Procedencia. SENTENCIA. RECURSO DE CASACIÓN. Procedencia. SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Fundamentación. CSJ, Sala Penal. 21/08/12 (Ac. y Sent. N° 1135)	113
CONTRATO DE TRABAJO. Mobbing. Retiro Voluntario. Empleador. MAGISTRADO. Facultades del magistrado. CSJ, Sala Constitucional. 23/08/12 (Ac. y Sent. N° 1164)	122
FILIACIÓN. Legitimación. Posesión de estado. Prueba de la Filiación. CSJ, Sala Civil y Comercial. 27/08/12 (Ac. y Sent. N° 1182).	131
 TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL	
MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. RECUSACIÓN. Causas. Naturaleza. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 06/06/12 (A.I. N° 347)	151
DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 19/06/12 (A.I. N° 404)	154
PRUEBA. Prueba de A.D.N. Principio de Preclusión. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 19/06/12 (Ac. y Sent. N° 52)	163
DERECHO DE MARCAS. Marcas notorias. Presunciones. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 21/06/12. “G. G. E. CO. LTD. c/ R. S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas” (Ac. y Sent. N° 55) ...	167
EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONERÍA. Procedencia de la excepción de falta de personería. MANDATO. Revocación del mandato. Sustitución del mandato. TRIBUNAL DEL CUENTAS.	

CONTENIDO

Ejecución de sentencia. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 27/07/12 (Ac. y Sent. N° 59)	171
COSTAS. Costas en el allanamiento. DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio. MATRIMONIO. Nulidad de matrimonio. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 13/07/12 (Ac. y Sent. N° 76)	174
PRESTAR ALIMENTOS. Por parentesco. Prueba. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 17/07/12 (Ac. y Sent. N° 84)	179
CONTRATO. Reserva. HIPOTECA. Ejecución de hipoteca. Hipoteca Abierta o flotante. JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 25/07/12 (Ac. y Sent. N° 88)	183
JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. TARJETAS DE CRÉDITO. TApel. Segunda Sala. 26/07/12 (Ac. y Sent. N° 93)	188
EXCEPCIONES DILATORIAS. EXCEPCIONES PERENTORIAS. JUICIO SUMARIO. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa y pasiva. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa y pasiva. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales. Regulación de abogados. SENTENCIA. Requisitos de la Sentencia. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 08/06/13 (A.I. N° 379)	193
ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA. AUTARQUÍA. ESTADO. Personalidad jurídica. PERSONAS. Personas jurídicas. PODER EJECUTIVO. Ministerio de Justicia y Trabajo. PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/06/12 (A.I. N°448)	201
MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela. Medidas cautelares de carácter real. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares. TApel. Tercera Sala. 06/07/12 (A.I. N°464)	216
ACCIÓN. Prescripción de la acción administrativa. CRÉDITOS POR SERVICIOS PÚBLICOS. PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. SERVICIOS PÚBLICOS.	

CONTENIDO

Regulación. TASA. Naturaleza. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 28/06/12 (Ac. y Sent. N° 44)	226
CADUCIDAD DE INSTANCIA. Plazo. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 24/05/12. “Instituto De Previsión Social (I.P.S.) c/ Transporte San José S.A. s/ acción ejecutiva” (A.I. N° 231)	236
PRUEBA. Hechos nuevos. Prueba de ADN. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 28/05/12 (A.I. N° 243)	238
EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO. PRESCRIPCIÓN. Prescripción de Acción. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 01/08/12. “Lan Oil S.A. c/ Crescent Global Oil Paraguay S.A. y otros s/ Acción autónoma de nulidad” (A.I. N° 404)	241
TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	
ASISTENCIA ALIMENTICIA. PRINCIPIO DE EQUIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD COMPARTIDA. TApel. N. y A. 19/09/12. (Ac. y Sent. N° 147) ...	247
JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Naturaleza. Finalidad. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA. TApel. N. y A. 04/12/12 (Ac. y Sent. N° 189) ...	254
ADOPCIÓN. Nulidad para la adopción. NOMBRE. Rectificación de nombre. PATRIA POTESTAD. Extinción de la patria potestad. Pérdida de la patria potestad. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. TApel. N. y A. 12/03/13 (Ac. y Sent. N° 16)	266

ÍNDICE TEMÁTICO

- ACCIÓN, 226
 - Prescripción de la acción administrativa, 226
- ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA, 201, 202
- ADOPCIÓN, 267
 - Nulidad para la adopción, 267
- ASISTENCIA ALIMENTICIA, 247
- AUTARQUÍA, 201
- CADUCIDAD DE INSTANCIA, 236
 - Plazo, 236
- CONSTITUCIÓN NACIONAL, 61
 - Derecho a la vida y derechos a la salud, 61
- CONSULTA CONSTITUCIONAL, 61, 62
 - Principios generales, 61, 62
- CONTRATO, 183
 - Reserva, 183
- CONTRATO DE TRABAJO, 122, 123
 - Empleador, 123
 - Mobbing, 122, 123
 - Retiro Voluntario, 122, 123
- COSTAS, 175
 - Costas en el allanamiento, 175
- CRÉDITOS POR SERVICIOS PÚBLICOS, 226
- DAÑOS Y PERJUICIOS, 155, 145
 - Responsabilidad extracontractual, 155, 156
- DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, 85
 - Admisibilidad y procedencia, 85

ÍNDICE TEMÁTICO

- DERECHO DE MARCAS, 167
 - Marcas notorias, 167
 - Presunciones, 167
- DIVORCIO, 174
 - Prueba en el juicio de divorcio, 174
- ESTADO, 201, 202
 - Personalidad Jurídica, 201, 202
- EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONERÍA, 171
 - Procedencia de la excepción de falta de personería, 171
- EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 105
 - Admisibilidad y procedencia, 105
 - Agravios, 105
- EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, 241
- EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO, 241
- EXCEPCIONES DILATORIAS, 193
- EXCEPCIONES PERENTORIAS, 193
- FACULTADES DE LOS JUECES, 62
 - Principios generales, 62
- FILIACIÓN, 131, 132
 - Legitimación, 131, 132
 - Posesión de estado, 131, 132
 - Prueba de la Filiación, 131, 132
- HIPOTECA, 183
 - Ejecución de hipoteca, 183
 - Hipoteca abierta o flotante, 183
- IMPUTADO, 50
 - Indefensión del imputado, 50
- INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, 254
- JUICIO EJECUTIVO, 183, 188, 189
 - Diligencias preparatorias, 188, 189
 - Título ejecutivo, 183, 188, 189
- JUICIO SUMARIO, 193
- JURISDICCION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 254
 - Finalidad, 254
 - Naturaleza, 254

ÍNDICE TEMÁTICO

- LEGITIMACION PROCESAL, 154, 155, 156, 194, 195
 - Legitimación activa y pasiva, 154, 155, 156, 194, 195
- MAGISTRADO, 122, 123, 151
 - Facultades del magistrado, 122, 123, 151
- MANDATO, 171
 - Revocación del mandato, 171
 - Sustitución del mandato, 171
- MATRIMONIO, 174
 - Nulidad de matrimonio, 174
- MEDIDAS CAUTELARES, 216, 217
 - Contracautela, 216, 217
 - Medidas cautelares de carácter real, 217
 - Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares, 216
- NOMBRE, 267
 - Rectificación de nombre, 267
- NULIDAD, 50
 - Principios generales, 50
- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, 85
 - Procedimiento, 85
- PATRIA POTESTAD, 266, 267
 - Extinción de la patria potestad, 266
 - Pérdida de la patria potestad, 267
- PERSONAS, 201
 - Personas Jurídicas, 201
- PODER EJECUTIVO, 202
 - Ministerio de Justicia y Trabajo, 202
 - Procuraduría General de la República, 202
- PRESCRIPCIÓN, 226, 227, 228, 241
 - Extinción de las obligaciones, 226, 227, 228
 - Plazos para la prescripción, 226, 227, 228
 - Prescripción de Acción, 241
- PRESTAR ALIMENTOS, 179
 - Por parentesco, 179
- PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE PRUEBAS, 69
 - Principios generales, 69

ÍNDICE TEMÁTICO

- PRINCIPIO DE EQUIDAD, 247
- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, 167
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, 113, 247
- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD COMPARTIDA, 247
- PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD, 167
- PROCESO CIVIL Y COMERCIAL, 194, 267
- PRUEBA, 163, 164, 179, 238
 - Hechos nuevos, 238
 - Principio de Preclusión, 164
 - Prueba de ADN, 163, 164, 238
- RECURSO DE CASACIÓN, 49, 91, 100, 101, 114
 - Admisibilidad, 91, 100
 - Naturaleza, 49
 - Procedencia, 114
 - Reenvío, 101
 - Reposición, 101
- RECURSO DE NULIDAD, 194, 202
 - Procedencia del recurso de nulidad, 194, 202
- RECUSACION, 151
 - Causas, 151
 - Naturaleza, 151
- RÉGIMEN DE CONVIVENCIA, 254
- REGULACIÓN DE HONORARIOS, 194, 195
 - Regulación de honorarios extrajudiciales, 194, 195
 - Regulación de abogados, 195
- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA, 189
- SENTENCIA, 91, 113, 114, 194
 - Fundamentación, 91, 113
 - Requisitos de la Sentencia, 194
 - Vicios de la Sentencia, 113
- SERVICIOS PÚBLICOS, 226, 227, 228
 - Regulación, 226, 227, 228
- TARJETAS DE CRÉDITO, 188, 189
- TASA, 227
 - Naturaleza, 227

ÍNDICE TEMÁTICO

- TIPO PENAL, 92
 - Elemento objetivo, 92
- TIPO PUNIBLE, 49
 - Calificación, 49
- TRIBUNAL DEL CUENTAS, 171
 - Ejecución de sentencia, 171
- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, 113
- USUCAPIÓN, 68, 69
 - Legitimación pasiva, 69
 - Principios generales, 68

ÍNDICE POR TRIBUNALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

05/07/12. CSJ, Sala Constitucional. “Consulta constitucional en el Juicio: Amparo Constitucional promovido por el Abog. V.D.B.V. en representación de la sra. T.G. de M. c/ I.P.S.” (Ac. y Sent. N° 671)	61
09/07/12. CSJ, Sala Constitucional. “R.A.M.G. s/ OBJECIÓN DE CONCIENCIA (Ac. y Sent. N° 695)	84
24/07/12. CSJ, Sala Constitucional. “Excepción de inconstitucionalidad en el juicio: R.E.B.R. y OTRO s/ estafa y lesión de confianza (Ac. y Sent. N° 876)	105
23/08/12. CSJ, Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “G. R.L. M. C/ B. S.SAECA s/ retiro justificado y cobro de guaraníes (Ac. y Sent. N° 1164)	122

Sala Penal

02/07/2012. CSJ, Sala Penal. “A.C.E.M. s/ Apropiación” (Ac. y Sent. N°634)	49
11/07/2012. CSJ, Sala Penal. “Recurso extraordinario de casación interpuesto por la agente fiscal abog. Luciana Ramos Alfonso en G.V.G. s/incumplimiento del deber legal alimentario. (Ac. y Sent. N° 803)	91
21/08/12. CSJ, Sala Penal.. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Abog. Amelio Sisco Godoy, en la causa: “Ministerio Público c/ C.I. B. M. s/ Sup. hecho punible contra el estado civil, el matrimonio y la familia (Incumplimiento del deber legal alimentario)” (Ac. y Sent. N° 1135)	113

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Sala Civil

09/07/12. CSJ, Sala Civil y Comercial.. “D.R.M.V. c/ C. C.C. s/ Usucapión” (Ac. y Sent. N° 687)	68
27/08/12. CSJ, Sala Civil y Comercial. “M. C. B. C/ sucesión de P. M. y/o herederos S/ Proceso de Conocimiento Ordinario: Filiación Extramatrimonial” (Ac. y Sent. N° 1182)	131

TRIBUNAL DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Segunda Sala

06/06/12. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. “L.F.C.C. C/ J.J.M.A. s/ Indemnización por Daño Moral” (A.I. N° 347)	151
19/06/12. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. “H. G. M. A. y otros c/ V. E. M. M. S/ indemnización de daños y perjuicios por respons. extracontractual” (A. I. N° 404)	154
19/06/12. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. “L.S. C/ R. C. C. s/ reconocimiento de filiación” (Ac. y Sent. N° 52)	163
21/06/12. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. “G. G. E. CO. LTD. C/ R. S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas” (Ac. y Sent. N° 55)	167
27/06/12. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. “D. N. D. A. c/ I. S. T. S.R.L. T. S.A. s/ Ejec. de Resoluciones Judiciales”(Ac. y Sent.N° 59) ...	171
13/07/12. TApel Civ. y Com. Segunda Sala. “G. O. R. C/ D. G. S. s/ nulidad de matrimonio” (Ac. y Sent. N°76)	174
17/07/12. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. “Compulsas Del Expte.: “E. M. DE LL. G. c/ B.A. R.C. B. s/ Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 84).....	179
25/07/12. TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. “Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI) c/ G. N. P.DE O. S/ Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 88)	183
26/07/12. TApel. Segunda Sala. “B. I. P. S. A. c/ A. A. A. F. y otros s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 93)....	188

Tercera Sala.

08/06/13. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. “F. E. O. c/ Auditores DGGC y otros s/ Regulación de honorarios” (A.I. N° 379)	193
29/06/12. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. “S. D. L. d W. K. C. c/ Minis-	

ÍNDICE POR TRIBUNALES

terio de Justicia y Trabajo y Otros s/ Cumplimiento de Contrato/ Cobro de Guaraníes Ordinario” (A.I. N° 448)	201
06/07/12. TApel. Tercera Sala. “N.V.Y c/ J.E.C. s/ indemnización de daños y perjuicios” (A.I. N° 464)	216
28/06/12. TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. C.M. S.A. c/Essap s/ Pres- cripción (Ac. y Sent. N° 44)	226
Cuarta Sala	
24/05/12. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. “Instituto de Previsión So- cial (I.P.S.) c/ Transporte San José S.A. s/ acción ejecutiva” (A.I. N° 231)	236
28/05/12. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. “J.A.D.R.D. s/Desconoci- miento de filiación” (A.I. N° 243)	238
01/08/12. TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. “Lan Oil S.A. c/ Crescent Global Oil Paraguay S.A. y otros s/Acción autónoma de nulidad” (A.I. N° 404)	241
TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCEN- CIA.	
19/09/12. TApel. N. y A. “G. V. A. T. s/ Asistencia Alimenticia” (Ac. y Sent. N° 147)	247
04/12/12. TApel. N. y A. “M. E. J. F. s/ Régimen de Convivencia” (Ac. y Sent. N° 189)	254
12/03/13. TApel. N. y A. “A. R. B. A. s/ Pérdida de la patria potestad” (Ac. y Sent. N° 16)	266

Doctrina

ANÁLISIS JURÍDICO-OBJETIVO SOBRE LOS ADULTOS MAYORES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA. REFLEXIONES Y PROPUESTAS

Dra. Mirtha Beatriz González de Caballero*

INTRODUCCIÓN

El tema del Adulto Mayor o de la Tercera Edad ha generado gran expectativa en los últimos años, ya que guarda estrecha relación con el progresivo envejecimiento de la población. Esto ha motivado la necesidad de preocuparse de problemas de toda índole que afectan a este sector del colectivo social y que, si bien han existido siempre, sólo ahora se revelan en toda su magnitud.

* Miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia. Miembro interina del Tribunal de Apelación Penal, Tercera Sala. Abogada, Notaria y Escribana Pública; Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Pilar. Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos –Promoción XLIII/11. Especialista en Niñez y Adolescencia, con Énfasis en Políticas Públicas, por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Instructora en Derechos Humanos, del Instituto de Capacitación en Dd.Hh. de la Defensoría del Pueblo. Diplomada en Pedagogía y Didáctica Superior Universitaria, por la Universidad Iberoamericana. Diplomada en Derecho Penal Juvenil, de La Escuela Nacional de La Judicatura - República Dominicana. Periodo Julio/Noviembre - Año 2007. Maestría en Derecho Penal (Parte General), Metodología del Derecho y Técnica Jurídica, dictado por el Prof. Dr. Jur. Wolfgang Schöne, febrero/diciembre del año 2006.- Docente del Curso de Postgrado, de Maestría y Doctorado, desarrollado por la Universidad Nacional de Pilar. Titular de la Cátedra de Derecho de La Niñez y la Adolescencia (Universidad Autónoma de Asunción), de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones (Universidad Autónoma de Asunción).

Conforme a la literatura utilizada, los términos acuñados para designar a este grupo etario, ha ido cambiando a lo largo de la historia. En un principio, se los llamó “viejos”, pero luego esta expresión fue desechada por ser considerada negativa o peyorativa. También, personas mayores, adulto mayor o tercera edad, que generalmente hacen referencia al grupo compuesto por personas de 60 y más años de edad.

Generalmente, es la legislación vigente en la materia la que determina su denominación. En nuestro país no hay coincidencia en ese sentido, ya que, por un lado, la Ley N° 1.885/02, denomina Tercera edad: *a toda persona de más de 60 años*. Por el otro, la Ley N° 3.827/09, los llama Adultos Mayores: *a toda persona mayor de 65 años*.

El envejecimiento, es el aumento progresivo de la proporción de 60 años y más de edad en relación a la población total y alude además a una prolongación cada vez mayor de la vida que se expresa en los valores de la esperanza de vida al nacer.

Los avances tecnológicos y científicos, posibilitaron el aumento de la expectativa de vida de la población y consecuentemente un crecimiento de la población mundial sin precedentes en la historia. Los factores de carácter demográficos que han configurado lo que se denomina el proceso de envejecimiento de la población (incremento de la proporción de las personas mayores sobre el total de la población), constituyen, por un lado, la disminución de la tasa de natalidad y, por otro, el aumento de la esperanza de vida. (Cada vez son más las personas que llegan a viejas)¹.

Según un informe de NN.UU., en el año 2000 el mundo contaba con 590 millones de personas de 70 o más años de edad y en el año 2025 serán 1.100 millones. Estos cambios demográficos configuran una situación por la cual, a comienzos del siglo XXI, estamos ante un hecho incuestionable: *“el envejecimiento de la población y el envejecimiento de las sociedades”*.

Por primera vez en la historia de la humanidad, la población de los Adultos Mayores ha alcanzado una proporción y un volumen que otorga a este grupo un significado y un protagonismo inéditos².

-
1. ANDER-EGG. E. *Como envejecer sin ser viejo*. Asunción, Paraguay, 2009. Editorial SERVILIBRO. Pág. 26.
 2. *Ibíd*, pág. 28.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), refiere que el envejecimiento es el aumento progresivo de la proporción de personas de 60 años y más de edad en relación a la población total y alude además a una prolongación cada vez mayor de la vida que se expresa en los valores de la esperanza de vida al nacer.

El envejecimiento de la población constituye un reto de magnitud e importancia sin precedentes en las políticas públicas y dentro de ellas en las políticas de salud, servicios sociales y en el funcionamiento sobre todo de la seguridad social.

Los Adultos Mayores constituyen un porcentaje importante a nivel social, el que ha ido aumentando paulatinamente, por lo que resulta necesario conocer su realidad y las dificultades que atraviesan, esto último, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los mismos, apuntando hacia una sociedad para todas las edades en igualdad de derechos y oportunidades.

En ese sentido, conforme a los datos recabados, se estima que en el año 2050, Paraguay tendrá la misma cantidad de personas mayores de 60 años, que de niños de 0 a 14 años. *“Eso significa que nuestro país está envejeciendo”*. Existe una necesidad imperiosa y una obligación del Estado de invertir más en las personas mayores. (Última Hora, 29 de agosto 2011, pág. 24). Asimismo, el papa Juan Pablo II, en la II Asamblea de Madrid sobre Envejecimiento había expresado que: *“El envejecimiento de la población mundial será ciertamente uno de los fenómenos más relevantes del siglo XXI”*³.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente, el aumento de vida y el crecimiento poblacional, ha comenzado a generar una nueva problemática derivada de la ancianidad, vejez, tercera edad o adulto mayor como también se los denomina a esa parte del colectivo social.

Según datos estadísticos, hay unas 500 mil personas, de entre 50 y 60 años que constituye el 8% de la población, eso significa que nuestro país está envejeciendo y se advierte que si el Estado no invierte en políticas sociales para las

3. Carta del papa Juan Pablo II, Segunda Asamblea de Madrid sobre Envejecimiento. 2002.

personas mayores, en poco tiempo vamos a estar en una situación más que crítica. En el año 2050, la cantidad de ancianos será igual a la de niños.

Esta transformación demográfica, obliga al Estado a brindar mejores beneficios a las personas adultas mayores, es decir, que la población pueda envejecer en igualdad de condiciones, con plenos derechos y que se les brinde una efectiva protección social, enmarcada en el desarrollo económico y social del país.

El acentuado y creciente envejecimiento de la población se ha convertido en una de las principales preocupaciones, de ahí que la cuestión del envejecimiento debe ser afrontada de una manera global y, más en particular, integrada en la compleja problemática de la justicia social y el desarrollo del país.

La República del Paraguay no está ajena a estos nuevos desafíos que representa el envejecimiento, para lo cual debe establecer políticas de atención integral a las cuestiones relacionadas a la Tercera Edad y destinar mayores recursos para mejorar la calidad de vida de los Adultos Mayores y lograr el bienestar de la sociedad toda.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Adulto Mayor

La ONU determinó que toda persona mayor de sesenta años, se encuentra en la tercera edad. También se dice que son aquellas personas que alcanzan una edad en la que deben abandonar formalmente el trabajo; esto hace referencia a aquella parte de la población que ha dedicado su vida a trabajar y al cabo de un tiempo debe jubilarse.

Otra es la que el gobierno determina por ley, una vez se cumplan los requisitos de edad y tiempo de trabajo; también un sector de la población asocia al adulto mayor, así no lo sea, como una persona anciana, enferma, limitada, que no siente, no piensa, no sueña, no desea y solo espera la muerte.

La expresión “tercera edad”, también es enunciada como vejez, haciendo referencia a la población de personas mayores o ancianas, normalmente jubilada y de 65 años o más. Hoy día, el término va dejando de utilizarse por los profesionales y es más utilizado el término “personas mayores” (España) y “adulto mayor” (Iberoamérica).

2.2. Adulto Mayor, según Ley N° 1.885/02

Esta Ley establece respecto a las personas de la Tercera Edad: *entiéndase por tales a los mayores de 60 años*.

2.3. Adulto Mayor según Ley N° 3.728/09

Será considerado como Adulto Mayor a todo paraguayo natural, *mayor de 65 años de edad* y en situación de pobreza, recibirá del Estado una pensión.

2.4. Envejecimiento individual y poblacional

El término “envejecimiento” se puede aplicar a un individuo o a una población en general, en tal sentido la diferencia es que: un individuo envejece al aumentar su edad cronológica de vida; en cambio, el envejecimiento poblacional es el resultado de la cantidad de personas mayores que existen en una comunidad.

Actualmente, la población mundial experimenta un cambio demográfico inédito e irreversible que la conduce hacia el envejecimiento, lo que ha modificado las concepciones sobre la vejez y la mirada respecto de los desafíos que supone la inversión de su estructura etaria.

Surge de la investigación realizada por Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, que en el año 2050:

- el 21% de la población será mayor de 60 años, es decir, una de cada cinco personas tendrá más de 60 años;
- la población respecto del año 2000 (414,2 millones) llegará en el año 2050 a 1.418,7 millones;
- el 55% de la población mayor de 60 años, son mujeres;
- el 65% de los adultos de más de 80 años, es decir, 2/3 de los octogenarios, son mujeres. Las estadísticas nos revelan que, en general, las mujeres viven de 7 a 10 años más que los hombres. El número de viudas es mucho mayor que el número de viudos⁴. Según las previsio-

4. *Ibíd.*, pág. 32.

nes realizadas por los expertos, hacia 2050 las personas de edad representarán aproximadamente el 24% de la población, de tal manera que una de cada cuatro personas tendrá 60 años o más.

2.5. Adulto Mayor y Derechos Humanos

El principal problema de las personas Adultas Mayores es la discriminación en razón de su edad, la que tiene por consecuencia obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁵.

El proceso de los Derechos Humanos propicia la titularidad de derechos de todos los grupos sociales y, de ese modo, contribuye a que aquellos que en el pasado fueron excluidos, en el presente sean tratados sobre la base de la igualdad y el respeto de la dignidad humana, para favorecer la integración social y, con ello, la construcción de una “sociedad para todos” (Naciones Unidas, 1995)⁵.

El enfoque de los derechos conlleva un cambio paradigmático en este sentido, puesto que promueve el empoderamiento de las personas mayores y una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad. Esto implica que las personas mayores son sujetos de derecho, no solamente beneficiarios, y que, por lo tanto, disfrutan de ciertas garantías y tienen determinadas responsabilidades respecto de sí mismas, su familia y su sociedad, con su entorno inmediato y con las futuras generaciones.

El Estado es la institución que produce y redistribuye el bienestar y, por ende, se constituye en el garante de los derechos humanos y es quien debe tutelarlos, protegerlos y desarrollarlos.

Los derechos de las personas de edad no han sido aún reconocidos en una Convención o Tratado concreto del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, como sucede con otros grupos particulares, como las mujeres, los niños o, más recientemente, las personas con discapacidad.

A pesar de este vacío, y del reconocimiento de la conveniencia de contar con un instrumento de ese tipo, la situación de los derechos humanos de las personas de edad, ha sido objeto en los últimos años objetos de atención y preocupa-

5. HUENCHUAN, Sandra. *Los Derechos de las personas de edad*. CEPAL/CELADE.2011.

ción crecientes por parte de la comunidad jurídica internacional (<http://www.cepal.org/celade/envejecimiento.2011>).

2.6. ¿Que es una Convención?

Es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante, es decir, que los Estados que la ratifican están obligados a su cumplimiento. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: es un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional”.

Si bien no existe en la actualidad ningún instrumento internacional o regional relativo específicamente de los derechos de las personas de edad, son muchos los que incorporan disposiciones de carácter genérico o específico que los reconocen expresa o implícitamente.

No obstante, hay que tener en cuenta que este problema no es privativo de las personas mayores, ya que anteriormente otros grupos sociales levantaron la voz con las mismas preocupaciones, como las mujeres, los niños y las personas con discapacidad, derivando en la adopción de Convenciones específicas de Derechos Humanos, a fin de reafirmar la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos en general en otros instrumentos internacionales; tal es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los derechos del niño (1989) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2007). De ahí que se debe seguir luchando por una Convención de Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores.

Esto es así, puesto que una Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas de Edad daría más visibilidad a los problemas a que hacen frente este grupo social en el ejercicio de sus derechos humanos fundamentales.

Según Naciones Unidas, *“la Convención tendría por objeto modificar actitudes negativas, aumentar la visibilidad de las personas de edad, delimitar las responsabilidades, mejorar los mecanismos de rendición de cuentas y proporcionar un marco internacional para proteger a las personas de edad. No solo debería codificar los Derechos de las Personas de Edad como principios internacionalmente reconocidos, sino también especificar las obligaciones de los Estados Miembros, a fin de asegurar la plena protección de los derechos de sus ciudadanos de edad”*.

3. MARCO LEGAL

3.1. Constitución Nacional y Adulto Mayor

La Constitución Nacional es la ley fundamental de un país, considerada también la Carta Magna, pues establece la jerarquía legal, en el ordenamiento jurídico interno. La Constitución Nacional, promulgada en el año 1992, preceptúa en el Art. 6º, DE LA CALIDAD DE VIDA: *“La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad... Y el Art. 57, DE LA TERCERA EDAD, dispone: “Toda persona en la tercera edad tiene derecho a una protección integral. La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio”.*

La constitucionalización de los derechos de las personas mayores significa que el ordenamiento jurídico, las políticas públicas, su institucionalidad y los actos de las autoridades de gobierno deberían ajustarse y ser compatibles con ellos. En general, los derechos reconocidos en los tratados internacionales se traducen en los textos constitucionales mediante su interpretación o incorporación explícita en el derecho positivo.

3.2. Leyes nacionales y Adulto Mayor

En la legislación nacional, la Ley N° 1.885/02 tiene por finalidad tutelar los derechos e intereses de las personas de la tercera edad, entendiéndose por tales a los mayores de 60 años. Es la que sienta las bases para el desarrollo y la implementación de las políticas y estrategias públicas en ese sector a través del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, creándose la Dirección de Adultos Mayores. Así como también la obligación de los parientes a la prestación de alimentos a las personas de la Tercera Edad, conforme al Código Civil y la competencia de los jueces de Paz para entender en dichos juicios.

Igualmente, establece la prioridad en la atención a la salud, vivienda, alimentación, transporte, educación, entretenimiento y ocupación, así como en la percepción oportuna de sus haberes, si los tuviere. Gozarán del pleno ejercicio de sus derechos civiles, comerciales y laborales en igualdad de condiciones con

los demás sujetos, sin que la edad constituya impedimento alguno para contraer obligaciones ante terceros.

3.3. Decreto Reglamentario N° 10.068/07 de la Ley N° 1.885/02

El Decreto N° 10.068, Reglamentación de la LEY 1.885/02, DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES, del 2 de marzo 2007, crea la Dirección de Adultos Mayores. Créase la Dirección de Adultos Mayores. Dependiente de la Dirección General de Bienestar Social, del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Sus funciones principales:

- a) Elaborar normas y ejecutar las acciones destinadas al cumplimiento de la Ley 1.885/02 y su reglamentación.
- b) Controlar las Actividades de las entidades públicas y privadas, observando personas de la tercera edad.
- c) Elaborar políticas de Protección Integral a la Persona Adulta Mayor.
- d) Controlar y supervisar en forma periódica la aplicación de la Política de Atención a la Persona Adulta Mayor.
- e) Promover la vinculación con Organismos nacionales e internacionales y en general, con toda institución o persona, celebrando con los mismos, contratos o convenios destinados a fortalecer la Política General de Atención a la persona Adulta Mayor.
- f) Asesorar a los entes públicos y privados en cuanto al objeto de la Ley 1.885/02 y su reglamentación...

3.4. Ley N° 3.728/09, Derecho de Pensión de adultos Mayores en situación de pobreza

Esta ley, establece la pensión o subsidio estatal a los adultos mayores en situación de pobreza. Recibirán pensión del Estado no menor a la cuarta parte del salario mínimo vigente:

1. Todo paraguayo natural;
2. Mayor de sesenta y cinco años de edad;
3. En situación de pobreza;
4. Residente en el territorio nacional.

3.5. Decreto N° 4.542/2010, Que reglamenta la Ley N° 3.728/09, Que establece el cobro de pensión de los Adultos Mayores en Situación de Pobreza

I. Definiciones:

a) *Pensionado o beneficiario*: personas mayores de 65 años de edad beneficiarios de la Pensión Alimentaria establecida por Ley N° 3728/09.

b) *Pobreza*: a los efectos de la presente reglamentación, se entenderá por pobreza al conjunto de carencias y limitaciones que inciden negativamente en las condiciones de vida de las personas y de los grupos sociales. La misma se manifiesta fundamentalmente en términos de privación de los satisfactores de las necesidades básicas tales como alimentación, salud, educación, agua potable, servicios sanitarios y de energía, entre otros, debido a la insuficiencia de ingresos, de capacidades o de activos materiales y sociales, es decir son pobres aquellas personas que pertenecen a hogares que no alcanzan una calidad de vida promedio en las dimensiones establecidas en el Índice de Calidad de Vida.

c) *ICV*: Índice de Calidad de Vida, es un instrumento que ordena los hogares según la calidad de vida que alcanzaron sus miembros, a partir de la aplicación de la Ficha Hogar.

d) *Ficha Hogar*, es la ficha utilizada para la selección de beneficiarios, cuyo formato ha sido aprobado por Decreto N° 3866/10.

II. Del Fondo de Pensión Alimentaria

a) El Fondo de Pensión Alimentaria para Personas Adultas Mayores en situación de pobreza tiene por objeto financiar el pago de pensión otorgada en carácter de subsidio.

b) El Fondo de Pensión Alimentaria de Personas Adultas Mayores estará financiado por Recursos asignados en el Presupuesto General de la Nación.

c) Los recursos señalados, deberán ingresar a la cuenta del fondo y su utilización estará destinada única y exclusivamente al pago de la pensión alimentaria en carácter de subsidio a los adultos mayores de 65 años en situación de pobreza y a los gastos administrativos que dicho pago genere.

d) La administración del fondo estará a cargo del Ministerio de Hacienda, Dirección de Pensiones No Contributiva.

3.6. Decreto N° 4.876/10, Modifica los Arts. y 7° y 11 y se deroga el Art. 8° del Decreto N° 4.542/2010, Por el cual se reglamenta la Ley N° 3.728/09

Esta disposición resulta de suma importancia, ya que reajusta algunas disposiciones del Decreto N° 4.542/2010, “Por el que se establece el Derecho a la Pensión Alimentaria para las personas adultas mayores en situación de pobreza”, a fin de operativizar la aplicación del Decreto 4.542/10, con el fin de que el Estado cumpla el cometido dispuesto en la Ley N° 3.728/, de establecer una asignación pecuniaria en carácter de subsidio a los adultos mayores de escasos recursos económicos, para poder afrontar con esta ayuda las últimas etapas de su vida en condiciones favorables. Artículo 1° modifícase los artículos 7° y 11 del Decreto N° 4.542, quedando redactado como sigue: Para los fines del reconocimiento del derecho al beneficio de la Pensión Alimentaria contemplada en la Ley N° 3.728/09, y ser sujeto de la misma, el adulto mayor deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Tener sesenta y cinco años (65) de edad cumplidos o más;
- b) Ser de nacionalidad paraguaya natural;
- c) Fijar domicilio en el territorio paraguayo;
- d) Contar con la aplicación de la *Ficha Hogar* de cuyo resultado surja el rango de ICV que lo califique en situación de pobreza y lo habilite a ser beneficiario del subsidio. El valor del ICV, tendrá validez de 5 años;
- e) No poseer deudas con el Estado;
- f) No percibir cualquier beneficio económico en el ámbito de la Seguridad Social (seguro social, no incluye seguro médico); no percibir ingresos provenientes del sector público o privado, tales como sueldos, jubilaciones, pensiones, transferencias condicionadas o cualquier otro tipo de remuneración proveniente de otros sectores;
- g) Aceptar las obligaciones establecidas en la ley y su reglamento;
- h) No estar en cumplimiento o tener pendiente de cumplimiento sentencia condenatoria firme y ejecutoriada;
- i) Firmar el formulario en carácter de declaración jurada.

Art. 11. Para los fines de identificación de la persona adulta mayor y la acreditación de los requisitos establecidos en el artículo 7°, en este Decreto, los potenciales beneficiarios, deben presentar los siguientes documentos:

- a) cédula de identidad vigente y fotocopia;
- b) certificado de vida y residencia de la Comisaría o Juzgado de Paz de la Jurisdicción del beneficiario;
- c) Formulario en carácter de Declaración Jurada.

3.7. Adulto mayor en el contexto internacional

Los cambios demográficos y los contextos de desigualdad, han instado a la comunidad internacional a elaborar instrumentos jurídicos para asegurar los derechos de las personas de edad avanzada.

3.7.1. Plan de Acción Internacional de Viena (1982)

Este plan fue aprobado en la Asamblea Mundial sobre el envejecimiento, llevada a cabo en Viena, Austria, en el año 1982. También conocido como Plan Internacional o Plan de Viena, es el primer instrumento internacional sobre envejecimiento y sirve para la orientación y formulación de políticas y programas sobre la cuestión, en el marco de los derechos proclamados en los pactos de derechos humanos.

3.7.2. Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad (1991)

Los principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 46/91) el 16 de diciembre de 1991. Se exhortó a los gobiernos a que incorporasen estos principios en sus programas nacionales. Sirven de orientación respecto a la independencia, la participación, los cuidados, la autorrealización y la dignidad de las personas de edad. Algunos puntos salientes de los Principios son los siguientes:

- a) Independencia: Las personas de edad deberán:
 - Tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia;
 - Tener la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras posibilidades de obtener ingresos;

- Participar en la determinación de cuándo y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales;
 - Tener acceso a programas educativos y de formación adecuados;
 - Tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio;
 - Poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.
- b) Participación:**
- Permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes;
 - Poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades;
 - Poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.
- c) Cuidados:**
- Poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad;
 - Tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de la enfermedad;
 - Tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado;
 - Tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro;
 - Poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

- d) Autorrealización:
 - Poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial;
 - Tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.

- e) Dignidad:
 - Poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos y mentales;
 - Recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad y otras condiciones y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

3.7.3. Año Internacional de las Personas de Edad (1999)

El Año Internacional de las Personas de Edad se celebró en 1999; se incorporó el concepto de una “sociedad para todas las edades”, y tenía cuatro dimensiones: el desarrollo individual durante toda la vida; las relaciones multigeneracionales; la relación mutua entre el envejecimiento de la población y el desarrollo y la situación de las personas de edad.

El año Internacional contribuyó a promover la conciencia de tales problemas, así como la investigación y la acción en materia de políticas, en todo el mundo y los esfuerzos por incorporar las cuestiones relacionadas con el envejecimiento a las actividades de todos los sectores y promover oportunidades relativas a todas las fases de la vida.

3.7.4. II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (Madrid 2002)

La segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, marca un hito en el tratamiento del envejecimiento demográfico en el mundo entero (Naciones Unidas/CEPAL, 2003).

Contiene los textos de la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, aprobados por la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento el 12/4/2002.

La Declaración Política de Madrid establece que para complementar los esfuerzos nacionales para ejecutar en su totalidad el Plan de Acción Internacio-

nal, es esencial una cooperación reforzada. Reconoce que el mundo está experimentando una transformación demográfica sin precedentes, que desafía a todas las sociedades a dotar de más oportunidades a las personas mayores.

El objetivo del Plan de Acción de Madrid consiste en que la población pueda envejecer en todas partes en condiciones de seguridad y dignidad y que las personas de edad puedan continuar participando en sus respectivas sociedades como ciudadanos con plenos derechos.

Asimismo, el documento se centra en la eliminación de la violencia y la discriminación de las personas mayores, la igualdad de género, la importancia de la familia, la asistencia sanitaria y la protección social de las personas mayores.

Por medio de la declaración política, los representantes de Gobiernos (incluyendo Paraguay) adoptaron el plan de acción para “responder a las oportunidades que ofrece y los retos que plantea el envejecimiento de la población en el siglo XXI y para promover el desarrollo de una sociedad para todas las edades”.

Las recomendaciones plasmadas en el nuevo plan, “requiere cambios de las actitudes, las políticas y las practicas a todos los niveles y en todos los sectores, para que puedan concretarse las enormes posibilidades que brinda el envejecimiento en el siglo XXI”⁶.

3.7.5. I Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento (2003)

En el año 2003, en el plano de acción regional de las Naciones Unidas, los Estados Miembros adoptaron, en la Primera Conferencia regional intergubernamental sobre Envejecimiento, la Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe; del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, que fue ratificada mediante la resolución 604 del trigésimo período de sesiones de la Comisión.

La Estrategia regional planteo como primer objetivo del área relacionada con las personas de edad y el desarrollo “promover los derechos humanos de las

6. ZAVATTIERO, Claudina, trabajo de consultoría para el Fondo de las NN.UU., año 2010.

personas mayores”, y recomienda la elaboración de legislaciones específicas que definan y protejan estos derechos de conformidad con los estándares internacionales y la normativa aceptada por los Estados al respecto.

3.7.6. II Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento (2007)

Fue celebrada en Brasilia y en esa oportunidad los países adoptaron la Declaración de Brasilia, que reafirma el compromiso de los Estados Miembros de “no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad, trabajar por la erradicación de todas las formas de discriminación”. Finalmente, el 19 de noviembre de 2010, la Tercera Comisión aprobó la resolución y decidió *“establecer un grupo de trabajo de composición abierta, en el que puedan participar todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, con el propósito de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad examinando el marco internacional en materia de derechos humanos de las personas de edad en vigor y determinando sus posibles deficiencias y la mejor forma de solucionarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas”*.

3.7.7. Convención Internacional sobre Derechos Humanos del Adulto Mayor

“La Convención debería tener por objeto modificar actitudes negativas, aumentar la visibilidad de las personas de edad, delimitar las responsabilidades, mejorar los mecanismos de rendición de cuentas y proporcionar un marco internacional para proteger a las personas de edad. No solo debería codificar los derechos de las personas de edad como principios internacionalmente reconocidos, sino también especificar las obligaciones de los Estados Miembros, a fin de asegurar la plena protección de los derechos de sus ciudadanos de edad. En particular, la convención debería incorporar la responsabilidad de los Estados de fortalecer la perspectiva de género en su acción legislativa y en sus políticas públicas en relación con el envejecimiento” (NN.UU., 2009).

Sin embargo, no existe en la actualidad ninguna Convención de Derechos Humanos de ámbito universal que sistematice y haga operativos esos derechos

y que establezca un mecanismo específico para su protección. La falta de sustento jurídico, particularmente en la forma de una Convención de Derechos Humanos del Adulto Mayor, similar a las que existen en relación con otros grupos vulnerables o socialmente discriminados (Ej.: Derechos de la Mujer, del Niño, etc.), trae consigo una serie de consecuencias de orden práctico para la promoción y protección de los derechos de las personas de edad.

Por último, se puede afirmar que la creación de organismos internacionales, que encaran recomendaciones específicas sobre las personas de edad en las políticas públicas, constituye una evidencia más que suficiente del consenso internacional sobre la importancia de proteger los derechos de la vejez ante el progresivo aumento de población de adultos mayores y dar cuenta del impacto que esta franja etárea ejercerá sobre cuestiones que atañen a los Estados, adecuando las políticas sociales a los requerimientos y las necesidades que precisan a fin de mejorar las condiciones de vida de los Adultos Mayores.

3.7.8. Legislación sobre Adultos Mayores en Latinoamérica

Los países latinoamericanos que cuentan con una norma específica en la materia son: Paraguay (2002 y 2009) Ley 1.885/02 de personas adultas mayores y Ley 3.728/09 de pensión alimentaria para las personas adultas mayores; Brasil (2003), Ley 10.741/03 Estatuto de los derechos de los Idosos; Venezuela (2005), Ley de Servicios sociales; Honduras (2005), Ley Integral de Protección al Adulto Mayor y jubilados; Rep. Dominicana (1998), Ley 352/98; Guatemala (1996), Ley de protección para las personas de la tercera edad; México (2002), Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores; El Salvador (2002), Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor; Costa Rica (1999), Ley Integral de la Persona Adulta Mayor; Ecuador (2001), Ley reformativa a la Ley del Anciano; Perú (2006), Ley de las personas adultas mayores; Uruguay (2005), Ley 17.796, Promoción Integral de los Adultos Mayores.

Estas legislaciones han contribuido de manera fundamental al tratamiento del envejecimiento y la vejez como un asunto de derechos humanos y constituyen un elemento esencial para avanzar hacia mayores niveles de garantía y protección.

Las que merecen ser destacadas son las leyes de Costa Rica, que establecen la obligación de proporcionar información a los Adultos Mayores; Ecuador, esta-

blece la Procuraduría General del Anciano y Honduras, la DIGAM (Dirección General del Adulto Mayor), que nos puede servir de precedente para articular políticas publicas a favor de los Adultos Mayores del Paraguay.

- COSTA RICA: Ley N° 7.935/99, determina que las instituciones públicas y privadas a cargo de programas sociales para las personas mayores deberán proporcionarles información y asesorarlas tanto sobre las garantías consagradas en esta ley como sobre los derechos establecidos a favor de las personas mayores.
- ECUADOR: Ley N° 127/91 y su posterior reforma, establece la Procuraduría General del Anciano como organismo destinado a la protección de los derechos económicos y sociales, y las reclamaciones legales de las personas mayores para hacer efectivos los derechos consagrados en la norma.
- HONDURAS: Ley N° 199/07, tiene como objetivo mejorar la calidad de vida, evitar la discriminación por motivos de edad y contribuir al fortalecimiento de la solidaridad entre las generaciones, además de crear una Política Nacional para el Adulto Mayor y Jubilados y la Dirección General del Adulto Mayor (DIGAM)⁷.

3.7.9. Las 100 Reglas de Brasilia. Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad

El Poder Judicial de la República del Paraguay ha asumido el compromiso con un modelo de justicia integrador en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial de Iberoamérica de 2008, que aprobó las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad.

Las Reglas de Brasilia tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

7. HUENCHUAN, S. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. *Envejecimiento y Derechos Humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago de Chile, CEPAL. 2010.

En ellas, se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgaran a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares y priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

3.7.9.1. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad según las Reglas:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras cosas, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Edad: El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Victimización: Se considera en condición de vulnerabilidad a aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

Pobreza: La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

3.7.10. Acordada N° 609/10 de la Excma. Corte Suprema de Justicia

Por la cual se creó la “Secretaría de Género del Poder Judicial”, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, dando cumplimiento a lo acordado en las 100 Reglas de Brasilia, siendo esta una oficina especializada en Género y Derechos de la Mujer, *QUE SIRVE DE ANTECEDENTE PARA LA PROPUESTA DE CREACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE ADULTOS MAYORES DEL PODER JUDICIAL.*

“Más tarde o más temprano, todos llegaremos, con la ayuda de Dios, a los 60 años y más. De todos depende en qué condiciones. Los derechos de hoy serán tus derechos mañana” (Juan Pablo II).

II. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

Nuestro país, según las previsiones del crecimiento demográfico, señaladas por la Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos, registra un acelerado envejecimiento en las últimas décadas, proyectándose un notable incremento de las personas adultas mayores.

Indudablemente, en la estructura de la población, se viene originando profundo cambio, ya que últimamente ha aumentado en gran medida la población senil, extremo este, que amerita el replanteamiento de las políticas públicas que atañen a ese sector, basadas en una efectiva justicia social, vale decir, en una mejor distribución de los recursos e igualdad de oportunidades, incluidos las personas Adultas Mayores, acordes a los nuevos retos que significa hoy el envejecimiento poblacional y su impacto en el desarrollo económico y social.

Ahora bien, del análisis de las disposiciones legales, se tiene que la Ley N° 1.885/02, fue promulgada en el año 2002, luego de 10 años de haberse proclamada la Constitución Nacional (1992), que impone al Estado la obligación de tute-

lar los derechos de las personas de la Tercera Edad (art. 57). Que si bien es cierto, esta Ley, constituyó un gran paso a favor de los Adultos Mayores, no es menos cierto que su su reglamentación mediante el Decreto N° 10.068/07, fue promulgado recién en el año 2007, lo cual denota el lento proceso legislativo y la postergación a que fueron sometidos los derechos del Adulto Mayor.

Otro punto, que genera preocupación resulta el hecho que la citada ley creó la Dirección Nacional de Adultos Mayores, dependiente de la Dirección General de Bienestar Social, del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, estableciendo que dicha institución sería el ente rector en materia de políticas de protección de ese sector. Sin embargo, a la fecha dicha dependencia no cuenta con un presupuesto sólido y autónomo, vale decir, destinado exclusivamente a ese grupo vulnerable y los escasos recursos materiales y humanos que le fueron asignados resultan insuficientes y no le otorgan mucho margen de acción para poder cumplir efectivamente con los compromisos asumidos legalmente, advirtiéndose insuficiente y débil apoyo estatal para afrontar efectivamente las necesidades y carencias que requieren los adultos mayores. En ese sentido, el propio director de la mencionada institución había expresado a la prensa: *“Hay una necesidad imperiosa y una obligación del Estado de invertir más en las personas mayores. Si el Estado no invierte en políticas sociales para las personas mayores, en poco tiempo, vamos a estar en una situación más que crítica”*.

Por otro lado, la Ley N° 3.728/09, promulgada en el año 2009, por la cual se establece el pago del Subsidio Estatal a personas de la Tercera Edad, en condiciones de extrema pobreza, designó al Ministerio de Hacienda como la institución responsable de establecer las condiciones y los beneficiarios.

Haciendo un paralelismo con la promulgación de ambas leyes, se advierte una contradicción entre ambas en cuanto al ámbito de aplicación, que podría generar confusión y desmedro en la aplicación efectiva de la normativa, desembocando en la vulneración de derechos y garantías consagradas en la propia Constitución. Esto es así, ya que la Ley N° 1.885/2002, determina que “Tercera Edad”: son aquellas personas mayores de 60 años y la Ley N° 3.728/09, considera personas “Adultas Mayores” a aquellas mayores de 65 años de edad. Extremo esto que amerita replantear el tema y que a mi criterio debe considerarse aquella más favorable, debiendo entonces contemplarse ese beneficio a partir de los 60 años. Finalmente, se ha creado como Ente Rector la Dirección de Adultos Mayores dependiente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, sin

embargo, también se designó al Ministerio de Hacienda como la institución responsable para el pago de subsidio estatal para las personas de la Tercera Edad en situación de extrema pobreza, circunstancia que acarrea más obstáculos y contratiempos a la hora de efectivizar los derechos y aplicar la normativa vigente en la materia. Cabe destacar, en ese sentido, que a la fecha persisten los reclamos por parte de los beneficiarios por falta de cobertura total a nivel nacional, amén de trabas burocráticas que imposibilitan su cumplimiento, y es más, no se cuenta con suficientes rubros para cubrir las demandas existentes en dicho sector.

Podemos entonces afirmar con certeza que a pesar de haberse promulgado leyes de protección a favor de los Adultos Mayores, no obstante esos importantes avances legislativos, sus beneficios resultan aún postergados. La carencia de presupuesto, una autoridad institucional débil y, por sobre todas las cosas, la falta de políticas públicas hacia ese sector, son algunos de los factores que obstaculizan la aplicación efectiva de las normas vigentes en la materia y, consecuentemente, el Estado se halla en deuda con esa franja etaria, que, sin embargo, conforme a la proyección presentada, va en progresivo aumento, de ahí la urgente necesidad que se tomen las medidas del caso y donde este trabajo pretende ser una voz de alerta para las futuras autoridades que inserten de una buena vez en la agenda de las políticas públicas a los Adultos Mayores, pues tarde o temprano todos llegaremos a los 60 o más años, y los derechos reconocidos hoy serán nuestros derechos mañana.

La República del Paraguay no está ajena a la problemática que representa el envejecimiento demográfico y sobre todo el aumento progresivo de la población senil y ante la situación crítica que se avizora, surge la imperiosa necesidad de establecer políticas de atención integral sobre cuestiones relacionadas con la vejez y adoptar medidas que garanticen una elevada calidad de vida y mejorar el bienestar de los adultos mayores, llevando a cabo estrategias operativas, a fin de lograr la tan anhelada “SOCIEDAD PARA TODAS LAS EDADES”.

III. PROPUESTAS:

A nivel nacional:

- Generar una política de Estado con carácter integral, sostenible y equitativa para los Adultos Mayores, mediante la participación de repre-

sentantes del Gobierno, del sector privado, la sociedad civil en general e incluso los propios representantes de esta franja etaria.

- Asegurar que se cumplan las normativas existentes para ir superando los obstáculos y las adversidades que se presentan a los Adultos Mayores.
- Impulsar la creación de una Secretaría del Adulto Mayor, que se constituya definitivamente en el ente rector de diseñar, diagramar, proyectar y ejecutar las políticas públicas de atención de la población adulta mayor.
- Propiciar la creación de una Dirección del Adulto Mayor, por parte de la Excma. Corte Suprema de Justicia, que garantice el efectivo cumplimiento de las 100 Reglas de Brasilia, a fin de facilitar la información y el acceso a la justicia a los Adultos Mayores, canalizando las denuncias o el asesoramiento en los procesos en que se hallen involucrados, sobre todo cuando sean víctimas de abusos y maltratos o se hallen conculcados sus derechos y garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional

A nivel internacional:

Promover acciones encaminadas a fortalecer las medidas llevadas a cabo ante los organismos internacionales, a fin de lograr la promulgación de la Convención Internacional de Protección del Adulto Mayor, que focalice todas las medidas tendientes a asegurar una mejor calidad de vida a esa franja etaria, de carácter vinculante vale decir de cumplimiento obligatorio para los Estados de cumplir los compromisos asumidos ante la Comunidad Jurídica Internacional respecto a las personas de edad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ACORDADA N° 633/2010, de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Republica del Paraguay, ratifica las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.
2. ANDER-EGG, E. *Como Envejecer sin ser Viejo*. Asunción, Paraguay. Editorial Servilibro. 2009.
3. CEPAL. Edición Preliminar del Boletín Informativo del CELADE. División de Población “Adultos Mayores en América Latina y el Caribe”, 2001.

4. CEPAL. Caracterización socioeconómica de las condiciones de vida del Adulto Mayor. Panorama Social de América Latina 1999-2000.
5. CONSTITUCIÓN Nacional de la República del Paraguay. Año 1992.
6. CUENCA, Rotela, O. *Reflexiones sobre Política y Estrategia. Seguridad y Defensa*. Asunción, Paraguay. 2009. Editorial Don Bosco.
7. DGEEC – Estimación y Proyección de la Población total, según sexo y grupos de edad. Período 1950-2050. Año 1994.
8. DGEEC. Censos Nacionales de Población de 1962, 1972, 1982, 1992.
9. DGEEC. Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos. Encuesta Permanente de Hogares. 2010.
10. DGEEC. Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censos. Estimación y Proyección de la Población 1950-2050.
11. HUENCHUAN, S. y Rodríguez - Piñero. L (2010), *Envejecimiento y Derechos Humanos: situación y perspectivas de protección*. Santiago de Chile.
12. HUENCHUAN, S. (2009), *Envejecimiento, derechos humanos y políticas públicas*. CEPAL/CELADE, Santiago de Chile.
13. Internet/ <http://www.villaverde.com.ar>. Derechos Humanos de los Grandes.
14. Internet/ <http://www.google.nacionesunidas>. Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento. Madrid. 2002.
15. Internet/ <http://www.google.nacionesunidas>. Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad. Res.46/91.16/XII/91.
16. Internet/ <http://www.cepal.org/celade/envejecimiento>.
17. Internet/ <http://www.redadultosmayores.com/parg004.pdf>. La situación de las personas mayores en Paraguay.
18. Internet/ <http://www.gerontologia.org/noticia>. Fundación Emociones del Paraguay. Red latinoamericana de gerontología.
19. Internet/ <http://www.mspbs.gov.py>. Informe sobre aplicación de la Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. 2007.
20. Internet. [http://Wikipedia.org/wiki/tercera edad](http://Wikipedia.org/wiki/tercera%20edad).
21. LEY N° 1.885/02, de los Adultos Mayores y su reglamentación.
22. LEY N° 3.728/09. Decreto Reglamentario 4542/10 y Decreto 4.728/10.
23. SOTO, P. *Informe de Avances. Paraguay*. Jefa del Departamento de Adultos Mayores y Discapacidad, Ministerio de Salud Pública. 2002.
24. Trabajo de Investigación Individual: *Evolución de la Población de la Tercera Edad en el Paraguay*. María Elizabeth Barrios Kuck. Año 2002.

DOCTRINA

25. Trabajo de Investigación Individual: Seguridad Social en la Tercera Edad – XXXIV Promoción. Año 2002.
26. Trabajo de Investigación Individual: *Situación Socioeconómica de las Personas de Tercera Edad de las Periferias de Asunción de la República del Paraguay*. XLII Promoción. Año 2010.
27. VIGUERA, Virginia. *Prejuicios, mitos e ideas erróneas acerca del envejecimiento y la vejez*. Programa de seminarios por Internet.
28. ZAVATTIERO, Claudina (2010). *Envejecimiento y Perfil de las Personas Adultas Mayores en el Paraguay*. Fondo de Población de las Naciones Unidas.

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 634

Cuestión debatida: *En autos, la acusación, integrada por el Ministerio Público y por la querrela adhesiva ha dejado intacto el hecho fáctico, y por tanto, el hoy recurrente siempre supo de qué debía defenderse. Inclusive, en el acta de imputación, ya se da la pauta al mismo que el tipo punible de apropiación es una de las posibilidades atendibles para su caso, sabiendo así el encausado desde mucho tiempo atrás las calificaciones en las cuales podrían ser subsumidas su conducta. Al respecto, es importante señalar que el perseguido en un juicio penal debe defenderse de los hechos, y no de las calificaciones, tal como en varias oportunidades se ha dejado en claro en esta máxima instancia judicial. Sin embargo, la cuestión observada en la Cámara de Apelación sigue en vigencia, y ello debido no a la congruencia observada, cuyo análisis va muy junto con el artículo 350 del CPP, sino con la declaración indagatoria realizada, ya que de la validez de ella se verá si el artículo 350 queda en pie.*

RECURSO DE CASACIÓN. Naturaleza.

Este recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, vigilando para que dentro del mismo se observen y se apliquen correctamente los preceptos legales; la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos por el artículo 478 del Código Procesal Penal. Así, el motivo aceptado como estudio de casación en el presente juicio es la sentencia manifiestamente infundada.

TIPO PUNIBLE. Calificación.

El tema sigue radicando en que el tipo punible de estafa, o por mejor decirlo, “estafa y otros”, no guarda relación en su constitución con el tipo penal de

apropiación, siendo aquí la falla detectada por la mayoría de la Cámara de Apelación. Efectivamente, aquí se halla claramente un Quebrantamiento Formal, ya que es imposible admitir que Estafa y Apropiación sean hechos punibles similares, por cuanto en uno de ellos operan elementos objetivos totalmente diferentes del otro, existiendo además otros de ellos carentes por el segundo, por lo que la defensa preparada en virtud de uno de ellos no guardaría relación alguna con la defensa que debería ser preparada para el otro tipo penal.

NULIDAD. Principios generales.

La constatación del quebrantamiento formal, como lo vio la Cámara de Apelación, no amerita que inmediatamente se sancione al acto quebrantante con la nulidad, pues esta es la última posibilidad que debe ser analizada, y no la primera, debiéndose seguir antes un proceso de observación, viendo entre otras cosas en primer lugar si se violó, con este quebrantamiento, un Principio o Garantía al imputado, luego ver si el acto podría ser subsanado, y otros más.

IMPUTADO. Indefensión del imputado.

Los hechos fácticos no han cambiado en ningún momento a lo largo de todo el proceso, y es por esta razón que no se puede decir que el imputado cayó en indefensión alguna, puesto que, como se repite, el mismo debe defenderse de los hechos fácticos no de las posibles calificaciones; por este motivo, la nulidad no podía ser usada, ya que la plataforma fáctica no era disímil, sino que se mantuvo invariable en todo momento, diferente hubiera sido al situación si es que se introdujese algún elemento objetivo que constituyese único al tipo penal de apropiación.

CSJ, Sala Penal. 02/07/2012. “A.C.E.M. s/ Apropiación”. (Ac. y Sent. N° 634).

Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es admisible para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO y NÚÑEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA PUCHETA

DE CORREA DIJO: El abogado de la querrela adhesiva y el Ministerio Público interponen Recurso Extraordinario de Casación contra el fallo más arriba individualizado, que anula en todas sus partes la sentencia definitiva de primera instancia.

Por Sentencia Definitiva N° 72 del 17 de marzo de 2009, el tribunal de sentencias dispuso tener por comprobado el hecho punible de apropiación y tener por comprobada la autoría y reprochabilidad de Ángel Espínola en el mismo, condenándolo a la pena privativa de libertad de cinco años.

En primer término corresponde efectuar el ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD del pedido de casación: En cuanto a la impugnabilidad objetiva: La querrela adhesiva y el Ministerio Público plantean sus recursos de casación en fecha 13 de enero de 2010, ambos. La notificación de este acuerdo y sentencia fue hecha en fecha 29 de diciembre de 2009 a ambos recurrentes, conforme cédulas de notificación obrante a fojas de autos, con lo que el plazo para presentar este recurso fue cumplido conforme a lo establecido por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Los recurrentes impugnan el Acuerdo y Sentencia Acuerdo y Sentencia más arriba aludido, bajo el amparo de las normas 477 y 478 del Código Ritual, esta resolución pone fin al procedimiento, por lo que el objeto de la Casación contenido en el Art. 477 del Código Procesal Penal se halla cumplido. Los recurrentes invocaron como motivos que ameritan la procedencia del recurso la causal prevista en el numeral 3° del Art. 478 del Código Ritual.

En cuanto al motivo dado en el inciso 3°, para determinar su presencia debe analizarse ya la sentencia impugnada.

Con relación a la impugnabilidad subjetiva, los recurrentes son querrela adhesiva y fiscal actuante respectivamente, se hallan debidamente legitimados a recurrir en casación, por lo dispuesto en el artículo 449 del Código Procesal Penal, segundo párrafo.

Por último, en lo que hace al escrito de interposición: La forma del mismo se rige por lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, al cual remite el artículo 480 del mismo cuerpo legal. A la luz de esta norma, se puede ver que los escritos se hallan correctamente fundados, precisados sus motivos, con los argumentos y la solución que se pretende, cumpliendo así los requisitos legales.

En consecuencia, al hallarse verificadas todas las exigencias formales, co-

rrresponde DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso deducido. ES MI VOTO.

A su turno, los doctores BLANCO y NÚÑEZ manifiestan que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la doctora PUCHETA DE CORREA prosigue diciendo: A fin de exponer de una manera más ordenada el análisis del objeto de recurso se presentan en primer lugar: 1) los antecedentes fácticos acreditados por el Tribunal de Sentencia, 2) los fundamentos del mencionado tribunal, 3) los argumentos de Alzada, 4) resumen del escrito de casación del recurrente, 5) resumen de la contestación de las partes, y 6) el análisis de la procedencia del recurso impetrado.

1. Resumen de los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencias: El Tribunal de Sentencias tuvo por probado que el condenado, durante el lapso de cuatro años, cobraba dinero a los clientes de la empresa inmobiliaria para la cual trabajaba, en concepto del pago de los lotes de cada uno de ellos, pero cuando entregaba el dinero a la inmobiliaria, lo hacía de menos, quedándose con parte del importe en cada operación.

2. Fundamentos del Tribunal de Sentencia: El Tribunal de Sentencias, para llegar a la parte resolutive de su sentencia definitiva, realizó una valoración de las declaraciones testimoniales del juicio oral, como así también de las pericias caligráficas y contables, determinó la autoría del acusado y vio la reprochabilidad del mismo.

3. Argumentos del Tribunal de Alzada: Anula el fallo de primera instancia. Argumenta que la agente fiscal de la causa violó el Derecho a la Defensa cuando llama a declarar indagatoria al encausado por tipos penales diferentes, al cual luego imputó y acusó, con lo cual lo dejó en indefensión.

4. Resumen del escrito de casación de los recurrentes: Ambos recurrentes solicitan la casación de la resolución de Cámara aduciendo que no existe el error que ella ha encontrado, que se ha cumplido con los requisitos pertinentes y que la indagatoria ha sido correctamente tomada.

5. Resumen de la contestación de las partes: Manifiesta la defensa que se debe rechazar el recurso, ya que los hechos fueron modificados y se ha violado normas procesales.

ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

Se debe analizar previamente la naturaleza del recurso de casación. Este

recurso es extraordinario, y por medio del mismo la Corte Suprema de Justicia debe corregir la aplicación del Derecho en un proceso judicial, vigilando para que dentro del mismo se observen y se apliquen correctamente los preceptos legales; la Corte Suprema de Justicia puede hacer esto sin salir de los marcos previstos por el artículo 478 del Código Procesal Penal. Así, el motivo aceptado como estudio de casación en el presente juicio es la sentencia manifiestamente infundada.

Pasamos así al único agravio de esta causa, la cual se refiere, en otros términos, al cumplimiento del artículo 350 del CPP y de la congruencia derivada del mismo, siendo entonces de capital importancia corroborar las actuaciones procesales en esta causa.

En consecuencia, vemos así en primer lugar, que a fojas 3 en adelante de autos, obra el escrito de denuncia, en donde el querellante particular relata pormenorizadamente los hechos fácticos y específicamente alude a la comisión de los hechos punibles de estafa y lesión de confianza; a fojas 152 de autos, obra el Acta de Imputación en contra del hoy condenado, en base a los mismos hechos fácticos y haciendo alusión específica a los hechos punibles de apropiación y lesión de confianza.

A fojas 155 de autos está la declaración indagatoria del acusado, quien se presentó y declaró, ejerciendo su defensa técnica, amparado de su abogado defensor, en esta declaración indagatoria se le hizo saber, textualmente, que se hallaba procesado por el hecho punible de “estafa y otro”. En fojas 232 en adelante, obra la acusación del Ministerio Público, con la misma relación fáctica y utilizando como precepto penales aplicables, en forma expresa al indicar el articulado penal pertinente, el tipo punible de apropiación.

Para finalizar, el auto interlocutorio de elevación de la causa a juicio oral y público hace expresa mención a los hechos y al tipo punible de apropiación; la sentencia definitiva dictada en autos condena al encausado por el hecho punible de apropiación.

De los argumentos expresados por la Cámara de Apelación, se puede entresacar como los más importantes y pertinentes, que los magistrados de alzada, en mayoría, entendieron que al llamar al acusado a declarar indagatoria, lo hicieron por el tipo penal de “estafa y otros”, y que luego la acusación devino en el tipo penal de apropiación, con lo cual la agente fiscal violó una clara garantía constitucional, privando al imputado de la posibilidad de defenderse del tipo por el cual posteriormente fue acusado.

El problema que presenta estos tipos de situaciones amerita que el análisis sea más detallista, por lo que en primer lugar observamos la existencia o no de congruencia en las actuaciones procesales. Observando así las actuaciones arriba detalladas, no se observa que entre ellas exista una incongruencia que haya afectado al derecho a la defensa del condenado, pese a, como ya de antemano se reconoce, subsiste el problema detectado por la Cámara de Apelación.

Efectivamente, viendo los escritos pertinentes, los hechos fácticos por los cuales se persiguió al condenado, no se han modificado en absoluto a lo largo del proceso. Es importante que se realice una correcta diferencia entre “hecho penal” y “tipo penal”, recordando sucintamente que el primero es el que hace al segundo, y que del primero pueden surgir varios tipos penales inclusive.

En estos autos, el hecho fáctico en absoluto ha cambiado, siempre la acusación, integrada por el Ministerio Público y por la querrela adhesiva han dejado intacto al mismo y, por tanto, el hoy recurrente siempre supo de qué debía defenderse. Inclusive, en el acta de imputación, ya se da la pauta al mismo que el tipo punible de apropiación es una de las posibilidades atendibles para su caso, sabiendo así el encausado desde mucho tiempo atrás las calificaciones en las cuales podrían ser subsumidas su conducta. Al respecto, es importante señalar que el perseguido en un juicio penal debe defenderse de los hechos, y no de las calificaciones, tal como en varias oportunidades se ha dejado en claro en esta máxima instancia judicial.

En otras palabras, la congruencia en las actuaciones ya se ve salvada, ya observando el detalle de las mismas arriba realizada como así también por la explicación explayada.

Sin embargo, la cuestión observada en la Cámara de Apelación sigue en vigencia, y ello debido no a la congruencia observada, cuyo análisis va muy junto con el artículo 350 del CPP, sino con la declaración indagatoria realizada, ya que de la validez de ella, se verá si el artículo 350 queda en pie.

Evidentemente al recurrente no se le ha tomado declaración indagatoria muy detallada, ya que la expresión “estafa y otros” no permitiría mayor información, por no decir, casi ninguna información. Analizando sin embargo dicha declaración, a la luz de los artículos penales 84 y siguientes, se ve que la misma cumple con todos los requisitos legales para su validez, quedando con este carácter y sirviendo para el artículo 350 del CPP; al imputado se le dio las actuaciones fiscales, se le informó de sus derechos, se colocó a disposición la carpeta fiscal,

estuvo con su abogado defensor y ejerció, cuestión incidental, su defensa material.

El tema sigue radicando en que el tipo punible de estafa, o por mejor decirlo, “estafa y otros”, no guarda relación en su constitución con el tipo penal de apropiación, siendo aquí la falla detectada por la mayoría de la Cámara de Apelación. Efectivamente, aquí se halla claramente un Quebrantamiento Formal, ya que es imposible admitir que Estafa y Apropiación sean hechos punibles similares, por cuanto en uno de ellos operan elementos objetivos totalmente diferentes del otro, existiendo además otros de ellos carentes por el segundo, por lo que la defensa preparada en virtud de uno de ellos no guardaría relación alguna con la defensa que debería ser preparada para el otro tipo penal.

Pero terminando esta observación, se debe decir dos cuestiones sobre la misma: en primer lugar, que la constatación del quebrantamiento formal, como lo vio la Cámara de Apelación, no amerita que inmediatamente se sancione al acto quebrantante con la nulidad, pues esta es la última posibilidad que debe ser analizada, y no la primera, debiéndose seguir antes un proceso de observación, viendo entre otras cosas en primer lugar si se violó, con este quebrantamiento, un Principio o Garantía al imputado, luego ver si el acto podría ser subsanado, y otros más.

En segundo lugar, se repite, los hechos fácticos no han cambiado en ningún momento a lo largo de todo el proceso, y es por esta razón que no se puede decir que el imputado cayó en indefensión alguna, puesto que, como se repite, el mismo debe defenderse de los hechos fácticos no de las posibles calificaciones; por este motivo, la nulidad no podía ser usada, ya que la plataforma fáctica no era disímil, sino que se mantuvo invariable en todo momento, diferente hubiera sido al situación si es que se introdujese algún elemento objetivo que constituyese único al tipo penal de apropiación. Se ve que en la declaración indagatoria, el recurrente se ha referido a los mismos hechos por los cuales fue condenado, por tanto su defensa no se vio conculcada.

En la causa “A.R. s/ Incesto”, situación similar a la presente, la Corte Suprema de Justicia dijo: “En base a estos mismos hechos fácticos es que se le ha llamado a declarar, se le ha imputado y se le ha acusado, la plataforma fáctica es idéntica aunque en el último acto citado se le cambie la calificación, y no puede decirse que se vulnera el derecho a su defensa el que el Ministerio Público asigne calificaciones distintas a un mismo conjunto fáctico, pues el mismo se mantuvo idéntico a lo largo de todo el proceso”.

En la causa arriba citada, también ha ocurrido que el encausado declaró por un tipo penal diferente al que se le ha condenado. Dijo también en ella la Corte Suprema de Justicia: “Diferente sería la situación si es que al encausado se le imputa dos hechos punibles y solo se le llama a prestar declaración indagatoria por uno de ellos; o si es que el encausado se le imputa un hecho punible de homicidio doloso prestando indagatoria el mismo solo por este hecho para luego cambiar la acusación la calificación del mismo por omisión de auxilio, ya que entre estos dos hechos punibles usados como ejemplos existen muchos elementos fácticos que posee un tipo y que a su vez no posee el otro tipo penal; o si es que al encausado se le imputa solo un hecho punible de homicidio doloso no declarando nunca sobre el mismo”.

Como se ve, estos supuestos no son los que han ocurrido en la causa que hoy nos ocupa; el segundo supuesto, indica que los tipos punibles deben guardar elementos fácticos diferentes a fin de que verdaderamente la defensa del reo haya sido descuidada, o que el mismo se halle en indefensión manifiesta. En la presente situación, se recalca que ello no ocurre, puesto que los hechos fácticos, tal como quedaron plasmados, pueden producir las dos calificaciones con las que se trataron en este expediente.

Por todo lo manifestado arriba, el recurso del casacionista debe ser admitido, anulando el fallo objeto de estudio y confirmando la sentencia definitiva dictada en primera instancia.

Las COSTAS se impondrán a la parte perdedora como lo dice el artículo 261 del Código Procesal Penal. ES MI VOTO.

A su turno el doctor BLANCO manifestó su adhesión a los argumentos expuestos por la ilustre Ministra Primer Opinante, que declaró admisibles los recursos de casación interpuestos por la Agente Fiscal y por los Representantes de la Querrela Adhesiva.

Respecto a la segunda cuestión, pasó a expresar cuanto sigue: Del análisis de los escritos presentados por las partes recurrentes, se puede colegir que el objeto de agravio descansa en la declaración de nulidad decretada por el Tribunal de Apelaciones que entendió que en la audiencia indagatoria que prestó el encausado A.C.E. se han violentado garantías constitucionales de la defensa en juicio.

Es oportuno señalar que en votos anteriores sostenidos por este Opinante, se ha referido la trascendencia que reviste la audiencia indagatoria para el ejercicio pleno del derecho a la defensa del imputado. Así también se ha soste-

nido, la importancia del derecho a ser oído, de audiencia, de intimación y de declaración como componentes necesarios del derecho a la defensa.

El Tribunal de Apelaciones, por voto mayoritario, arguyó en sustento de su conclusión que al momento de llevarse a cabo la audiencia indagatoria el Agente Fiscal interviniente no indagó o tomó declaración al encausado con relación al hecho punible de Apropiación, y solo mencionó las calificaciones jurídicas de “*estafa y otro*”, lo cual, al decir de este Tribunal de Alzada “...*invalida la imputación por el hecho punible sobre el cual no se le advirtió que era indagado; y no se trata de una nulidad por la nulidad misma, sino que por una violación a la garantía constitucional de la defensa en juicio...causal de nulidad absoluta*”.

El voto minoritario, sin embargo, arguyó estas puntualizaciones: “...*al imputado se le ha dado oportunidad suficiente para prestar declaración indagatoria ante la Fiscalía, titular de la investigación como del ejercicio de la acción, si bien en dicha oportunidad, al decir de la defensa, se le informó que hallaba imputado por los hechos de estafa y otros, sobre la base de la relación de hechos expuesta en el acta del Ministerio Público, dicha relación de hechos no ha variado, resultando la misma única e irrepetible, con la indicación de la época de su supuesta perpetración, con la especificación precisa de los elementos especificadores del injusto, difiriendo la acusación solo en la calificación de tales hechos, al hacerlo dentro del tipo penal de apropiación*”.

Tal como expresamos más arriba, en otras causas penales, este Opinante señaló los argumentos que obligaron a declarar la nulidad de la acusación del Ministerio Público, en estricto cumplimiento del Art. 350 del CPP, cuando se han violentado las reglas previstas para la declaración indagatoria y estas violaciones han afectado, en el caso concreto, el derecho de la defensa en juicio. Efectivamente, nos ha tocado entender en numerosas circunstancias donde se pudo advertir efectivamente tales afectaciones, entre las que se podrían mencionar, al solo efecto ilustrativo, la falta de asistencia de abogado defensor o, la omisión de firmas del abogado o de los funcionarios que recibieron la declaración.

Sin embargo, hoy la circunstancia discutida resulta distinta y por ello amerita una exposición que aclare lo más posible la cuestión. Para ello, traemos a colación una cita que aparece oportuna para la solución de la controversia. “*En primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en*

*materia procesal penal se conoce como imputación. El núcleo de esa imputación es, según ya se ha observado, una hipótesis fáctica –acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico– atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídicas-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La Imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o reducirla. Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistada con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular; de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento –que se supone real– con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto ya ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio, y no para mentar categorías conceptuales. De otro modo, quien es oído no podrá ensayar una defensa eficiente, pues no podrá negar ni afirmar elementos concretos, sino, a lo sumo, le será posible afirmar o negar calidades o calificativos (no soy homicida, no soy malo, soy bueno, etc)...” (Julio B. J. Maier. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos, pág. 553).*

El Art. 17 de la Constitución, en su Inc. 7) establece: “*En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa, en libre comunicación*”.

En las disposiciones que regulan la declaración del imputado en nuestro Código Procesal Penal, en concordancia con el Art. 17 de la Constitución Nacional, que obliga a la comunicación previa y detallada de la imputación, es donde

debe verse la trascendencia de la audiencia indagatoria, pues, previa a la declaración o al ejercicio efectivo de la defensa material, debe comunicarse al imputado el hecho que se le atribuye, caso contrario, el mismo no tendría de qué defenderse.

Por ello, el Art. 350 del CPP veda al Ministerio Público formular acusación, sin antes haber otorgado oportunidad suficiente al imputado para prestar declaración indagatoria, pues, lo que el sistema cautela es el derecho a la defensa y del debido proceso, pretendiendo que la persecución penal se realice de manera eficaz y para ello, constituye una condición necesaria haber comunicado previa y detalladamente al imputado los hechos que se dirigen en su contra, claro está, en presencia de un abogado defensor, a fin de asegurar enteramente la comprensión por el primero de la situación fáctico-jurídica verificada como motivo de la persecución penal.

En estas condiciones, la decisión de la mayoría del Tribunal de Apelaciones que entendió que la nulidad se justificaba por el hecho de que al imputado solo se le mencionó que se hallaba imputado por los hechos punibles de “estafa y otro” y no por la calificación por la que finalmente se le condenó –apropiación– constituye un error de razonamiento del Tribunal por la errónea interpretación de las normas procesales y constitucionales que hacen a la solución de la cuestión; conduciendo este desacierto jurídico al dictado de una resolución infundada, tipificada como causal de casación en el Art. 478, Inc. 3) del CPP.

En el caso particular en análisis, verificadas las constancias de fs. 155 y sgtes. del cuaderno de investigación fiscal, si bien efectivamente fue comunicado al imputado que se le atribuye el supuesto hecho punible de Estafa y otro, se constata que se le ha comunicado e informado de los elementos de convicción existentes en el cuaderno fiscal. También se advierte que el señor A.C.E.M., no solo aportó sus datos personales, sino que inclusive brindó su versión sobre los “hechos” que se le imputaron, pasando a relatar pormenorizadamente la forma que los mismos acontecieron. Véase fs. 155 y sgtes., ejerciendo activamente su defensa en presencia del Abogado que nombró para que lo asista. Esta circunstancia, demuestra de por sí que el imputado, antes de declarar en la audiencia, ya conocía el sustento fáctico de la imputación, con lo que sus agravios en torno a la violación al derecho a la defensa pierden toda virtualidad, pues, se ha comunicado el núcleo de la imputación –los hechos– que constituye en puridad la condición para la persecución penal eficaz. Conforme pudimos constatar, la

misma hipótesis fáctica también fue objeto de debate en el Juicio Oral y Público y sobre ella versó la sentencia definitiva que fue dictada y que estimó finalmente la condena de cinco años, previa calificación jurídica dentro de tipo penal de Apropiación, empero, como es bien sabido, esta calificación jurídica del hecho solo puede ser definida luego del Juicio Oral y Público, por lo que el encuadre jurídico que de ella se haga hasta el debate solo resulta provisoria.

Por lo expuesto y en atención a las disposiciones legales citadas voto por ANULAR el Acuerdo y Sentencia N° 102, del 28 de diciembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelaciones, en lo Criminal, Primera Sala de la Capital, debiéndose ordenar el REENVÍO de la causa al Tribunal que siga en orden de turno, a los efectos de un nuevo estudio de la cuestiones expuestas en el recurso de apelación especial. Es mi voto.

A su turno, el Dr. NÚÑEZ manifiesta que se adhiere al voto que antecede 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:

SENTENCIA NÚMERO: 634.

Asunción, 2 de Julio de 2012

VISTOS: Los méritos del acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación planteado por la querrela adhesiva en esta causa.

2. HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia N° 102 de fecha 28 de diciembre de 2009, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal de Capital Primera Sala, anulando el mismo y reenviando estos autos a otra Cámara de Apelación, a los efectos pertinentes.

3. IMPONER las costas a la perdidosa.

4. ANOTAR, registrar y notificar.

Firmando los ministros ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, SINDULFO BLANCO y VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ.

Ante mí: Secretaria KARINNA PENONI.

ACUERDO Y SENTENCIA N° 671

Cuestión debatida: *El Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados por la Constitución, por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en cuando a la salud de cualquier ciudadano y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego. Es por ello que ninguna disposición legal o administrativa pueda prohibir el acceso de los ciudadanos a la asistencia médica con pretexto de falta presupuestaria pues los Centros de Salud sean públicos o privados deben atender a los enfermos y en su caso el Estado es quien debe asumir los costos, de lo contrario se estarían contraviniendo los principios fundamentales consagrados por la Carta Magna.*

CONSULTA CONSTITUCIONAL. Principios generales.

El A-quo en uso de las facultades que le confiere el artículo 18 del Código Procesal Civil, y en concordancia con el artículo 582 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 600/1995, consulta a la Corte sobre la constitucionalidad o no de la Resolución N° 1.973/1998 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, para su posterior aplicación o no en el amparo promovido.

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Derecho a la vida y derechos a la salud.

El Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en cuando a la salud de cualquier ciudadano y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego. Es por ello que ninguna disposición legal o administrativa pueda prohibir el acceso de los ciudadanos a la asistencia médica con pretexto de falta presupuestaria pues los Centros de Salud sean públicos o privados deben atender a los enfermos y en su caso el Estado es quien debe asumir los costos, de lo contrario estaríamos contraviniendo los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional.

CONSULTA CONSTITUCIONAL. Principios generales.

Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido

admitida en ocasiones anteriores por la Constitución Nacional, en su Art. 259 establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no incluye entre los mismos la facultad de evacuar consultas constitucionales. Tampoco incluye tal posibilidad el Art. 260, referido a los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. En efecto, el Art. 259 de la Carta Magna, en su única disposición referida a las cuestiones constitucionales, dispone en su numeral 5 el deber y la atribución de *“conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”*. A su vez, en el Art. 260, con respecto a los deberes y atribuciones concretos y exclusivos de la Sala menciona sólo dos: *“1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”* (Voto en disidencia).

CONSULTA CONSTITUCIONAL. Principios generales

De la lectura de las normas constitucionales transcritas no surge que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenga como deber y atribución entender las consultas remitidas por los jueces y tribunales, pues su competencia está limitada a conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos normativos y de resoluciones judiciales contrarios a la Carta Magna, por las vías procesales de la acción y de la excepción. Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional, por lo que, en consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. (Voto en disidencia).

FACULTADES DE LOS JUECES. Principios generales

Los Jueces se encuentran obligados a fundar sus resoluciones en la Constitución Nacional y en las leyes (artículo 256 de la Constitución). Y han de hacerlo, conscientes de que sus fallos estarán sujetos al recurso de revisión. Son las partes litigantes las que, eventualmente, han de objetar la constitucionalidad

dad de las normas aplicadas en la decisión del caso que les ocupa, para lo cual tienen los resortes legales pertinentes. Más allá del hecho decisivo de que la Sala Constitucional carece de atribuciones para evacuar consultas, desde un punto de vista práctico, hacerlo presupondrá un prejuizamiento y un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional. (Voto en disidencia).

CSJ, Sala Constitucional. 05/07/12. “Consulta constitucional en el Juicio: Amparo Constitucional promovido por el Abog. V.D.B.V. en representación de la sra. T.G. de M. c/ I.P.S.” (Ac. y Sent. N°671).

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

CUESTIÓN:

¿Es inconstitucional la Resolución N° 1973/98, dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, la cual dispone la aprobación del “REGLAMENTO PARA HEMODIÁLISIS Y TRANSPLANTE RENAL POR ENFERMEDAD CRÓNICA O ACCIDENTE QUE NO SEA DE TRABAJO?”

A la cuestión planteada el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: 1. La presente consulta ha llegado a conocimiento de esta Corte en virtud de la providencia de fecha 30 de setiembre de 2010, y luego, por la providencia de fecha 05 de octubre del 2010, dictadas por el Juzgado Penal de Garantías N° 11 de Asunción, y por las que se remitieron compulsas de los autos a esta Sala a los efectos previstos en el Art. 582 del CPC.

2. El antecedente de esta consulta constituye la demanda de Amparo Constitucional promovida por la señora Teresa González de Martínez, asegurada del Instituto de Previsión Social, a través de su cónyuge, en contra del I.P.S. en la que solicita al Juzgado dicte la orden para que el I.P.S. provea en forma gratuita e inmediata el tratamiento médico de hemodiálisis que requiere con extrema urgencia, el cual le está siendo negado por el ente previsional por no reunir los requisitos establecidos en la Resolución N° 1.973/98 dictada por el Consejo de Administración. La citada resolución requiere un mínimo de antigüedad de 160 semanas de aportes para poder acceder a la atención de sesiones de diálisis, tratándose del asegurado cotizante, y de 200 semanas, si es familiar del cotizante, y siendo que la recurrente posee 25 meses –equivalente a 100 semanas de aporte–. El A-quo en uso de las facultades que le confiere el Art. 18 del CPC, y en concordancia con el Art. 582 del CPC, modificado por la Ley N° 600/95,

consulta a la Corte sobre la constitucionalidad o no de la Resolución N° 1.973/98 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, para su posterior aplicación o no en el amparo promovido.

3. La Resolución N° 1.973/98 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, dispone: *“Art. 1º. Disponer la aprobación del siguiente “REGLAMENTO PARA HEMODIÁLISIS Y TRANSPLANTE RENAL POR ENFERMEDAD CRÓNICA O ACCIDENTE QUE NO SEA DE TRABAJO”, elaborado por el Departamento de Salud Ocupacional de la Institución, a partir de la fecha de la presente disposición: *El asegurado cotizante debe tener una antigüedad de 160 (ciento sesenta) semanas de aporte para que tenga derecho a sesiones de hemodiálisis ytransplanterenal.*El familiar del cotizante debe tener una antigüedad de 200 (doscientas) semanas de aporte para que tenga derecho a sesiones de hemodiálisis ytransplante renal. *En los casos de readmisión cuando la salida de planilla haya pasado los (2) dos meses, el asegurado deberá efectuarse los exámenespreadmisionalesde vuelta y los cotizantes que tuvieron (4) cuatro años de aporte anterior como mínimo, para obtener de vuelta los beneficios deberá contar con nuevos aportes de (2) dos años. Este beneficio es extensible a los familiares. *Para la provisión de drogas inmunosupresoras y específicas, además detransplanterenal, se tendrá a las mismas exigencias. Art. 2º. Comunicar a quienes corresponda...”*

4. Analizada la consulta remitida y en consideración al objeto de estudio en el caso particular que se circunscribe para esta Corte, a determinar la constitucionalidad o no de la Resolución N° 1.973/98 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social *“REGLAMENTACIÓN DE HEMODIÁLISIS Y TRANSPLANTE RENAL EN ENFERMOS CRÓNICOS Y ACCIDENTES QUE NO SEAN DE TRABAJO”*; primeramente aclaro que en un caso muy similar ya he dejado sentada mi postura al respecto, en la causa “D.C. de R. c/ IPS s/ AMPARO”, N° 1.598/2008, resuelta a través del Acuerdo y Sentencia N° 474 de fecha 11 del mes de octubre del año 2010. No obstante, y volviendo sobre los mismos fundamentos ya vertidos en aquella oportunidad, se observa que los requerimientos que deben cumplirse para la validez de una reglamentación no están dados en la citada Resolución. Es decir, no se cumplen los requisitos formales ni sustanciales establecidos en la Constitución Nacional.

5. Ahora bien, conforme al Art. 137 de la Constitución Nacional *“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 su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado..., en concordancia con el Art. 203 del mismo cuerpo legal: *“... Todo proyecto de ley será presentado con una exposición de motivos...”* y la Resolución, como acto normativo que es, debe seguir este principio cardinal, a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos, quienes deben conocer los fundamentos legales así como las causas que motivan el dictamiento de un acto normativo, debiendo las autoridades competentes establecer las normas legales que le sirven de sustento para el dictamiento de tal o cual acto normativo (en este caso una Resolución), hecho que no se percibe en la Resolución dictada por el Consejo de Administración del IPS, pues carece de fundamentación, en el sentido de que no contiene una explicación de motivos que lo llevaron a tomar tal decisión, así como tampoco existe sustento legal. En ese sentido, observamos que los requerimientos formales que deben cumplirse para la validez en el dictamiento de una reglamentación no están dadas en la Resolución N° 1.973/98 del Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social.

6. Así mismo la Constitución Nacional, establece en su Art. 4° *“DEL DERECHO A LA VIDA. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos”*. En concordancia con el Art. 68, *“DEL DERECHO A LA SALUD. El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. 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”*, y el Art. 69, *“DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado”*.

7. En estas condiciones queda claro que el Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, por

tanto, no solo las instituciones públicas, sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en cuando a la salud de cualquier ciudadano y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego. Es por ello que considero que ninguna disposición legal o administrativa pueda prohibir el acceso de los ciudadanos a la asistencia médica con pretexto de falta presupuestaria, pues los Centros de Salud, sean públicos o privados, deben atender a los enfermos y en su caso el Estado es quien debe asumir los costos, de lo contrario estaríamos contraviniendo los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional.

8. Por lo expuesto, y en coincidencia con la Fiscalía General del Estado, corresponde que se tenga por evacuada la consulta realizada por el Juzgado Penal de Garantías N° 11 de Asunción, concluyendo que la Resolución N° 1.973/98 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social resulta violatorio de los principios consagrados en los Arts. 137, 203, 4°, 68 y 69 de la Constitución Nacional. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: 1) El Juzgado Penal de Garantías N° 11, a cargo del magistrado Miguel Tadeo Fernández A., dispuso remitir estos autos en consulta a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de expedirse con relación a la Resolución N° 1.973/98 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, si la misma es o no constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 582 del CPC, modificado por la Ley N° 600/95.

2) Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido admitida en ocasiones anteriores por esta Sala, me permito realizar las siguientes consideraciones en relación al tema.

2.1) La Constitución Nacional, en cuyo Art. 259 establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no incluye entre los mismos la facultad de evacuar consultas constitucionales. Tampoco incluye tal posibilidad el Art. 260, referido a los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. En efecto, el Art. 259 de la Carta Magna, en su única disposición referida a las cuestiones constitucionales, dispone en su numeral 5 el deber y la atribución de *“conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”*. A su vez, en el Art. 260, con respecto a los deberes y atribuciones concretos y exclusivos de la Sala menciona

sólo dos: “1) *conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución*”. Y agrega que “*el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte*”.

2.2) De la lectura de las normas constitucionales transcritas no surge que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenga como deber y atribución entender las consultas remitidas por los Jueces y Tribunales, pues su competencia está limitada a conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos normativos y de resoluciones judiciales contrarios a la Carta Magna, por las vías procesales de la acción y de la excepción. Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional. En consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

3) Los jueces se encuentran obligados a fundar sus resoluciones en la Constitución Nacional y en las leyes (Art. 256, CN). Y han de hacerlo, conscientes de que sus fallos estarán sujetos al recurso de revisión. Son las partes litigantes las que, eventualmente, han de objetar la constitucionalidad de las normas aplicadas en la decisión del caso que les ocupa, para lo cual tienen los resortes legales pertinentes. Más allá del hecho decisivo de que la Sala Constitucional carece de atribuciones para evacuar consultas, desde un punto de vista práctico, hacerlo presupondrá un prejuzgamiento y un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional.

4) En atención a las consideraciones que anteceden, considero que no corresponde evacuar la consulta realizada por el Juzgado Penal de Garantías N° 11, a cargo del Magistrado Miguel Tadeo Fernández A., en los términos expuestos. Es mi voto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A su turno el doctor BAJAC ALBERTINI manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ, 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:

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

RESUELVE:

TENER por contestada la consulta realizada por el Juzgado Penal de Garantías N° 11 de Asunción y remitir el principal para el pronunciamiento de la resolución que corresponda en derecho.

ANOTAR, registrar y notificar.

FDO.: Doctor VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Presidente, y doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, quien integra la Sala por inhabilitación del doctor ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: HÉCTOR FABIÁN ESCOBAR DÍAZ (Secretario Judicial I).

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 687

Cuestión debatida: *El Tribunal fundamentó la resolución en que el actor no realizó la correcta identificación del inmueble que pretendía usucapir; que tampoco presentó título de dominio de las fincas objetos de litis, ni requirió copia de dichos títulos a la Dirección General de los Registros Públicos, extremos que no fueron enunciados en el escrito de demanda y posteriormente corroborados en el terreno a través de la correspondiente prueba de reconocimiento o inspección judicial; el análisis de las declaraciones de los testigos ofrecidos por la parte actora, dejan dudas sobre los hechos alegados; que la inspección judicial practicada el 18 de noviembre de 2008 carece de valor y que tampoco se demostró en autos que el actor posea por sí mismo la totalidad del terreno, ni que la vivienda de madera le corresponda al actor; o que la casa se encuentre en el lugar indicado.*

USUCAPIÓN. Principios generales.

La usucapión es un modo de adquirir la propiedad de bienes inmuebles en virtud de la posesión, por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones estable-

cidas en la Ley. Son tres los elementos importantes para su procedencia: 1) correcta individualización del inmueble, debidamente mensurado y deslindado, 2) la posesión pacífica e ininterrumpida por 20 años (posesión larga) (*sine possessione praescriptio non procedit*) y 3) que la demanda haya sido promovida contra todos los propietarios del inmueble.

USUCAPIÓN. Legitimación pasiva.

En cuanto a la legitimación pasiva, el Código Civil nada establece a este respecto, de lo que se deduce que se puede usucapir los inmuebles de todo tipo de personas, siempre y cuando las tierras no sean del dominio privado del Estado ni de los entes autónomos del Derecho Público, las cuales no pueden ser adquiridas por usucapión, de conformidad al artículo 1993 del Código Civil.

PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE PRUEBAS. Principios generales.

Es sabido que por el principio de Comunidad de la prueba, o de adquisición de las pruebas, que una vez admitido el medio probatorio ofrecido por las partes, ésta pertenece al proceso, no siendo posible el desistimiento, ni la renuncia de la prueba actuada, pues los medios probatorios pasan a ser de la comunidad de las partes.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 09/07/12. “D.R.M.V. c/ C. C.C. s/ Usucapión” (Ac. y Sent. N° 687)

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excm. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En su defecto, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: TORRES KIRMSER, BAJAC ALBERTINI Y GARAY.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA el Dr. TORRES KIRMSER dijo: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad, alegando que, en rigor, el fallo recurrido no revela la violación de las formas ni de las solemnidades que exigen las leyes para las resoluciones judiciales.

Estudiada la sentencia en revisión no se advierten defectos o vicios que justifiquen la declaración de nulidad en los términos que autorizan los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia, debe declararse desierto el recurso de nulidad interpuesto. Voto, pues, en ese sentido.

ASU TURNO LOS DOCTORES BAJAC ALBERTINI Y GARAY ZUCOLILLO, DIJERON: Que se adhieren al juzgamiento del Ministro preopinante por idénticos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. TORRES KIRMSER dijo: El presente juicio fue promovido por el Sr. Darío Rafael Medina Velázquez contra Centrax Clearing Corporation por usucapión de las Fincas Número 4.529, con Padrón N° 803, y Número 5726, con Padrón N° 2145, ambas del Distrito de Mariscal Estigarribia.

Por S.D. N° 607 de fecha 30 de julio de 2009, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, de la Capital, resolvió: "1) *HACER LUGAR a la presente demanda de conocimiento ordinario sobre usucapión promovida por el Sr. DARÍO RAFAEL MEDINA VELÁZQUEZ contra CENTRAX CLEARING CORPORATION, y en consecuencia DECLARAR operada a favor de la actora la usucapión del inmueble de las Fincas N° 4529 (Padrón N° 803, de Mcal. Estigarribia) y la Finca 5726, con Padrón 2145, de Mcal. Estigarribia, Sexta Zona, Subzona 613, inscripto en la Dirección General de los Registros Públicos en la Sección del Distrito de Chaco; en la misma extensión mencionada en el exordio de esta resolución. EXONERAR de las costas a la parte accionada. ORDENAR la inscripción de esta sentencia en la Dirección General de Registros Públicos ejecutoriada que fuere y a tal efecto LIBRAR correspondiente oficio. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.*" (fs. 169/171).

Por Acuerdo y Sentencia N° 81 de fecha 28 de junio del 2010, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, resolvió: "*DECLARAR desierto el recurso de nulidad. REVOCAR la S.D. N° 607 de fecha 30 de julio de 2009, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. IMPONER las costas de ambas instancias en el orden causado. ANOTAR...*".

Contra la resolución de Segunda Instancia se alzó el Abog. Sergio Daniel Godoy Codas, representante convencional de la parte actora y solicitó la revocación de la misma, manifestando principalmente que el Tribunal la dictó fundado en extremos que superan por completo el ámbito dentro del cual se enmarcaba esta discusión, desentendiéndose largamente de las pruebas arrimadas y marginándolas arbitrariamente para, por último, basarse en una limitada apreciación de los hechos en el sólo interés de articular argumentos endebles e inefica-

ces. Agregó que en el fallo recurrido no se consideraron las pruebas producidas en autos, sino que se arbitró una solución sobre la base de supuestas omisiones en la reunión de las probanzas y que tampoco se consideró la contestación de la fundamentación de la apelación.

Al contestar el traslado, la defensora de pobres, ausentes e incapaces mayores de edad, del Primer Turno, Abog. Luisa Magna Valdez de Fleitas, sostuvo que la acción de usucapión fue desestimada en el Tribunal de Apelaciones por la orfandad de elementos de convicción que haga posible la pertinencia de la acción deducida y que a su criterio no existe la menor duda que el Tribunal inferior aplicó correctamente las normas, doctrinas y jurisprudencias que regulan la materia. Igualmente arguyó que el actor no justificó de modo alguno los extremos alegados, con elementos de convicción que puedan dar mérito para la revocatoria del fallo en revisión, por lo cual solicitó su confirmatoria por falta de pruebas.

El Tribunal fundamentó la resolución en que el actor no realizó la correcta identificación del inmueble que pretendía usucapir, que tampoco presentó título de dominio de las fincas objetos de litis, ni requirió copia de dichos títulos a la Dirección General de los Registros Públicos, extremos que no fueron enunciados en el escrito de demanda y posteriormente corroborados en el terreno a través de la correspondiente prueba de reconocimiento o inspección judicial. Agregó que el análisis de las declaraciones de los testigos ofrecidos por la parte actora, dejan dudas sobre los hechos alegados; que la inspección judicial practicada el 18 de noviembre de 2008 carece de valor y que tampoco se demostró en autos que el actor posea por sí mismo la totalidad del terreno, ni que la vivienda de madera le corresponda al actor, o que la casa se encuentre en el lugar indicado.

Corresponde pues analizar la resolución recurrida y confrontar sus argumentos con las constancias que obran en el expediente con el objeto de verificar si se halla ajustada a derecho. Igualmente, corroborar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley de fondo para la procedencia de la usucapión.

El artículo 1989 del Código Civil Paraguayo dispone: *“El que poseyere ininterrumpidamente un inmueble durante veinte años sin oposición, y sin distinción entre presentes y ausentes, adquiere el dominio de él sin necesidad del título ni de buena fe, la que en este caso se presume. Podrá pedir al juez que así lo declare por sentencia, la que servirá de título de propiedad para su inscripción en el Registro de Inmuebles”*.

La usucapión es un modo de adquirir la propiedad de bienes inmuebles en virtud de la posesión, por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas en la Ley. Son tres los elementos importantes para su procedencia: 1) correcta individualización del inmueble, debidamente mensurado y deslindado, 2) la posesión pacífica e ininterrumpida por 20 años (posesión larga)(*sine possessione praescriptio non procedit*) y 3) que la demanda haya sido promovida contra todos los propietarios del inmueble.

Los inmuebles individualizados como: Fincas N° 4.529 y 5.726, con Padrones N°s 803 y 2.145, respectivamente, ambas del Distrito de Mcal. Estigarribia, Sexta Zona, Subzona 613, no presentan inconvenientes, habida cuenta que se hallan perfectamente identificados, deslindados, y el propietario se encuentra identificado, como puede apreciarse tanto del escrito de demanda (fs. 38/43), del plano de mensura (fs.15) y de la copia de los títulos obrante a fs.126/149 del Expediente.

Al examinar las constancias de autos se advierte que tanto la finca N° 5.726, con Padrón N° 2.145 de Mariscal Estigarribia, como la Finca N° 4.529, con Padrón N° 803, también de Mariscal Estigarribia, se encuentran inscritas como propiedad de Centrex Clearing Corporation (Informes de la Dirección General de los Registros Públicos obrantes a fs. 72 y 79 del Expediente). Por tanto, las tierras en cuestión se encuentran en el comercio y pertenecen a una persona jurídica privada, por lo cual son susceptibles de ser adquiridas por medio de la prescripción.

Asimismo se observa que las copias de los títulos de dominio sí se encuentran agregadas al Expediente, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal. En efecto, si bien es cierto que el actor no agregó el título a su presentación, la Defensora de Pobres, Ausentes e incapaces mayores de edad del Primer Turno lo solicitó a la Dirección General de los Registros Públicos al momento de ofrecer pruebas (fs. 98). A fs. 129 obra el oficio dirigido a la mencionada Dirección, que fue diligenciado en fecha 16 de marzo de 2009 y a fs. 126/149 de autos se encuentra agregada la copia fiel del título de las Fincas N°s 5.726 y 4.529, del Distrito de Mariscal Estigarribia, remitida por la citada Dirección.

Es sabido que por el principio de Comunidad de la prueba, o de adquisición de las pruebas, que una vez admitido el medio probatorio ofrecido por las partes, ésta pertenece al proceso, no siendo posible el desistimiento, ni la renuncia de la prueba actuada, pues los medios probatorios pasan a ser de la comunidad de las partes.

Respecto a la identificación del inmueble –circunstancia también cuestionada por el Ad-quem– es mi parecer que el actor identificó correctamente las Fincas pretendidas, señalando sus números y sus Padrones correspondientes. El hecho de que la Directora General de los Registros Públicos inicialmente no haya podido dar curso a la inscripción de la Litis sobre las fincas que se pretenden usucapir por haberse dado entrada por Mcal. Estigarribia, debiendo haberse dado entrada por Chaco, no implica que el inmueble no fue correctamente identificado. En nuestro sistema catastral, las fincas pueden cambiar de Distrito. Así, en el informe remitido por el Servicio Nacional de Catastro (fs. 127) se lee: “A la Finca 5.726 del Chaco actualmente le corresponde el p. 2.145 de Mcal. Estigarribia, que cancela el p. 5.916 de Villa Hayes por cambio de Distrito. A la Finca 4529 del Chaco actualmente le corresponde el p. 803 de Mcal. Estigarribia, que cancela el p. 4.968 de Villa Hayes por cambio de Distrito”. Es decir, que el actor había identificado cabalmente los inmuebles que pretende usucapir, incluso los Distritos actuales a los cuales pertenecen, pero en la Dirección General de los Registros Públicos aún no se habían actualizado a ese respecto, al momento en que se solicitó la inscripción de la litis.

A mayor abundamiento se menciona que las dimensiones explicitadas en el aludido informe del Servicio Nacional de Catastro, así como las especificadas en la copia de los títulos coinciden cabalmente con las descritas en la mensura/plano geo referenciado de ambas fincas hecho por el topógrafo Eugenio Díaz, agregado a fs. 15 del Expediente, acompañado a la demanda.

Asimismo, los datos del aludido plano geo referenciado coinciden con los plasmados en los demás documentos, como se menciona en el párrafo de arriba, arrimados y agregados en autos. Por otra parte, la Defensora Pública no lo impugnó al contestar la demanda, ni tampoco intentó desvirtuar su valor al momento de producción de pruebas. Por el contrario, solicitó a la Dirección General de los Registros Públicos la copia del título del inmueble objeto de la litis, en donde se pudo constatar la veracidad de las dimensiones consignadas en el plano. Es jurisprudencia de nuestros tribunales que: *“Ambas partes tienen en el proceso el derecho de rendir sus pruebas, sea para justificar los hechos alegados, sea para destruir las afirmaciones de la contraria, pues si bien el onus probandi gravita sobre quien acciona fundado en determinados hechos, ello no priva al otro litigante de la posibilidad de justificar a su vez la inexistencia de los hechos afirmados por el actor. Es lógico desarrollo del derecho de defensa en*

juicio, el que la parte que ha negado el derecho reclamado pueda, a su turno, producir pruebas de hechos que destruyan la pretensión contraria” (Ac. 41, 5 junio 959).

En relación a la legitimación activa para usucapir, el Artículo 1989 transcrito *ut supra* no establece “quiénes” tienen la posibilidad de ejercer el derecho de usucapición, sino que establece: “...*el que poseyere* ...” y a continuación establece los demás requisitos necesarios. El artículo 1925 del Código Civil prescribe: “*Se adquiere la posesión de una cosa, cuando se obtenga el poder físico sobre ella. Pueden adquirir por aprehensión la posesión originaria, quienes hubieren cumplido catorce años, como también toda persona capaz de discernimiento. Dichos extremos no serán necesarios, cuando por actos de terceros se hubiere puesto una cosa bajo el poder de una persona, aunque fuere incapaz*”.

En el escrito de demanda el actor expresó que empezó a poseer las propiedades en cuestión hace más de veinte años. Según los documentos adjuntados al Expediente (constancia de vida y residencia a fs. 6 y copia autenticada de la cédula de identidad a fs. 13), al momento de iniciarse la demanda, el mismo contaba con 42 años, es decir que, según sus dichos, empezó a poseer el inmueble a los 20 años aproximadamente, lo cual le otorga legitimación activa para usucapir.

En cuanto a la legitimación pasiva, el Código Civil nada establece a este respecto, de lo que se deduce que se puede usucapir los inmuebles de todo tipo de personas, siempre y cuando las tierras no sean del dominio privado del Estado ni de los entes autónomos del Derecho Público, las cuales no pueden ser adquiridas por usucapición, de conformidad al artículo 1993 del Código Civil.

Para demostrar la posesión la parte actora ha adjuntado diferentes medios probatorios. Entre ellos: declaraciones testificales, prueba documental (recibos, plano, escrituras públicas, denuncia, misivas dirigidas a él.), acta de reconocimiento judicial, fotografías, etc.

En cuanto a las declaraciones testificales tenemos que a la tercera pregunta hecha a los testigos formulada de la siguiente manera: “*Diga si tiene conocimiento hace cuánto tiempo el Sr. Darío Rafael Medina tiene la posesión de los inmuebles individualizados como Fincas N° 4.529 y Finca N° 5.726 del Distrito de Mariscal Estigarribia*”, el señor Eugenio Ramón Díaz Barrios, dijo “...*hace más de 18 a 20 años aproximadamente, y sabía que tenía propiedad en la zona*” (fs.101), el señor Carlos Damián Gauto Paredes dijo: “...*hace 23 años*

aproximadamente” (fs. 102) y el señor Gustavo Andrés Benítez Medina dijo que “...según los vecinos hace veinte años que atiende esa casa” (fs. 103).

A la cuarta pregunta formulada en los siguientes términos: “Diga si tiene conocimiento de que el Sr. Darío Rafael Medina ha construido su casa y cercado con alambres las Fincas N° 4.529 y Finca N° 5.726 del Distrito de Mariscal Estigarribia y en caso afirmativo cuándo lo hizo”, el señor Eugenio Ramón Díaz Barrios, dijo: “sí tiene conocimiento, cuando realicé la mensura de la propiedad del lindero Este, el Sr. Medina ya tenía un alambrado común con esta propiedad y llegué a su casa para notificar de dicha mensura, hace aproximadamente 8 años” (fs. 101), el señor Carlos Damián Gauto Paredes dijo: “yo cuando le conocí ya estaba construida la casa y con alambres” (fs. 102), el señor Gustavo Andrés Benítez Medina dijo que “Sí. Según gente de la zona dicen que está ahí hace más de veinte años...” (fs. 103) y el señor Edgar Manuel Santacruz Céspedes dijo: “Antes del golpe de Estado, hace veintiuno o veintidós años, por lo que los vecinos de la zona me dijeron, hace rato que está por ahí” (fs. 104).

A la quinta pregunta que consultaba si el actor se comportaba a título de dueño, el señor Eugenio Ramón Díaz Barrios, dijo: “siempre le conocía como propietario, cuando recorría por la zona como profesional, pero me consta cuando realicé la mensura del lindero Este” (fs. 101), el señor Carlos Damián Gauto Paredes dijo: “siempre le conocí se comportó como tal” (fs. 102), el señor Gustavo Andrés Benítez Medina dijo que “si. Cuando yo pasé por la propiedad con su autorización ya tenía construida la casa y el alambrado y él fue quien nos dio la autorización para pasar con la maquinaria para poder trabajar” (fs. 103) y el señor Edgar Manuel Santacruz Céspedes dijo: “la casa está desde que le conozco, los alambrados son viejos y los portones también” (fs. 104).

A la sexta pregunta, sobre los otros hechos que demuestren a su criterio que el Sr. Darío Rafael Medina se comportaba a título de dueño de las Fincas en cuestión: el señor Eugenio Ramón Díaz Barrios, dijo: “cuando me presenté a notificarle de la mensura del lindero Este, se presentó como propietario y me consta porque me pidió un presupuesto para realizar una mensura judicial, mostrándome el plano de su propiedad a tal efecto” (fs. 101), el señor Carlos Damián Gauto Paredes dijo: “tenía animales menores y siempre se pasaba por su propiedad se le pedía permiso por que se presentaba como dueño la propiedad” (fs. 102), el señor Gustavo Andrés Benítez Medina dijo que: “Sí señor; cuando necesitamos acceso para llegar a la propiedad y preguntado a los vecinos

nos dieron el nombre del señor y fue él quien nos dio el permiso para pasar por la propiedad y él nos invitaba a llegar a la casa a tomar agua” (fs. 103) y el señor Edgar Manuel Santacruz Céspedes dijo: *“Sí, normalmente el que te invita a pasar a la casa, te abre el portón, el que recibe el dinero es él, siempre el trato es con él”* (fs. 104).

A la séptima pregunta que averiguaba si en la zona donde se encuentran las Fincas los habitantes consideran como propietario al actor de la presente demanda: el señor Eugenio Ramón Díaz Barrios dijo: *“los linderos a quienes realicé el trabajo manifestaron que siempre fue propietario el Sr. Medina, en especial el administrador de la estancia vecina que es el Sr. de apellido Benítez”* (fs. 101), el señor Carlos Damián Gauto Paredes dijo: *“sí, lo consideraban como dueño”*(fs.102), el señor Gustavo Andrés Benítez Medina dijo que: *“Siempre nos recibí ahí todas las veces que pasábamos por ahí, nos invitaba para quedarnos los fines de semana como es un lugar muy lejano, y también tuvo un caso en que se le iban a invadir la propiedad y él hizo la denuncia en la Fiscalía de Filadelfia, y él fue el que solucionó ese tema...”* (fs. 103) y el señor Edgar Manuel Santacruz Céspedes dijo: *“Lo que dije con anterioridad hace notar que él es el dueño”* (fs. 104).

Cuestionados posteriormente los testigos respecto de si vieron alguna vez a representantes o directores de la firma Centrax Clearing Corporation en las Fincas N° 4.529 y 5.726, todos respondieron que no, nunca (fs. 101/104). Finalmente al consultárseles por la razón de sus dichos, indicó el señor Eugenio Ramón Díaz Barrios que: *“como profesional topógrafo de la zona”* (fs. 101), el señor Carlos Damián Gauto Paredes dijo: *“me consta por haber visto personalmente como comerciante de la zona, comprando ganado”* (fs. 102), el señor Gustavo Andrés Benítez Medina dijo que: *“porque yo me fui para formar un campo por la zona que linda con la propiedad (...), se nos indicó esa picada y nos recibió el Sr. Medina, y siempre nos sirvió de apoyo la casa donde reside, desde ahí conocemos como vecino”* (fs. 103) y el señor Edgar Manuel Santacruz Céspedes dijo: *“suelo visitar la zona por razones comerciales, suelo comprarle productos como queso, ovejas y leche”* (fs. 104).

De la extensa transcripción de estas declaraciones testificales contestes y uniformes se advierte que todas coinciden en que el Sr. Darío Rafael Velázquez posee el inmueble desde hace más de 20 años, que tiene construida allí una casa, tiene cercada con alambres la propiedad, cría animales menores y vende subpro-

ductos como leche y queso, además, que las personas lugareñas tratan como propietario al actor de la demanda, desde que solicitan su permiso para pasar por el mencionado campo, el actor los alberga en su casa, etc. Todos estos constituyen actos posesorios sobre las mencionadas fincas de conformidad al artículo 1933 del Código Civil que dice: “*Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultivo, mensura y deslinde, la percepción de frutos, las construcciones y reparaciones que en ellas se hagan y, en general, su ocupación de cualquier modo que se efectúe*”.

Las declaraciones testificales deben interpretarse en armonía con los restantes elementos probatorios arrimados al proceso, con el fin de concluir a favor de la demostración o no de la tesis sustentada en este litigio. Es jurisprudencia que: “*Las pruebas deben ser examinadas en su conjunto, porque representan el resultado de múltiples elementos de convicción, que es preciso analizar en forma global y obtener una síntesis final.*” (Ac. y Sent. 93, 13 ago. 986, Sala 3).

Otro indicio concluyente sobre la posesión por parte del actor, es que fue él quien hizo la denuncia ante la Fiscalía cuando hubo problemas de invasión en la propiedad (hecho que surge tanto del testimonio obrante a fs. 103, como de la copia de la denuncia obrante a fs. 25/31), lo cual indica que el mismo se comporta como dueño, es decir, tiene el *animus domini*, lo que es ratificado de igual manera con los comprobantes de ingreso de la Municipalidad de Mcal. José Félix Estigarribia, cuyas copias autenticadas obran a fs. 14, donde se acredita que el actor ha abonado el impuesto inmobiliario pendiente de cancelación, sobre los inmuebles en cuestión.

De este modo, la posesión pacífica e ininterrumpida por 20 años se encuentra acreditada. Para la demostración del tiempo requerido en la ley se valoró en especial la deposición de los testigos quienes expresaron que el peticionante habita el inmueble desde hace más de 20 años. La prueba testimonial en la usucapión es de subida importancia, la circunstancia de que los testigos no establecieron con precisión la fecha de la iniciación de la posesión, no puede resultar un obstáculo para que prospere la demanda, si la ocupación de la actora y la existencia de los demás actos posesorios realizados sobre el terreno, se encuentra demostrada.

En materia de usucapión, corresponde mencionar distintas jurisprudencias de nuestros Tribunales: “*Un juicio de usucapión no tiene otra finalidad más que declarar la relación posesoria existente con anterioridad, en razón de que los*

efectos de la posesión son precisamente erga omnes y constituye título causa de la declaración judicial (Corte Suprema de Justicia del Paraguay (CSJ Paraguay), 2001/11/16, (Galeano Vda. de Duarte, Venancia c/ Servín Vda. de Isasi, Juana, Ac. y Sent. N° 874), LLP, 2002-147); *“Cabe hacer lugar a la demanda de usucapión interpuesta cuando la actora ha justificado el ejercicio de la posesión pública, continua e interrumpida del inmueble durante veinte años sin oposición y no consta que tuviere impedimentos para ejercer actos posesorios”* (Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Sala 3. 21/04/2010. C. de Ibarra, Eusebia c/ La sucesión de Orué Vda. de Centurión, Alberta s/ Usucapión (Ac. y Sent. N° 21). La Ley Online. PY/JUR/203/2010); *“Resulta procedente la vía de la usucapión para declarar el derecho de propiedad, toda vez que los medios de pruebas de la posesión sean inequívocas”* (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 3. 02/03/2000. Ramírez de Paredes, Ramona A. c. Vera Figueredo, Máximo (Ac. y Sent. N° 14) LLP 2000, 610 y *“Para usucapir un inmueble es necesario que la posesión sea por el plazo mínimo fijado por la ley (20 años), además de ser pública, pacífica, continua, exclusiva y excluyente. No es posible usucapir un inmueble determinado cuando dentro de ese mismo inmueble existen otros ocupantes”* (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, sala 4, 30/06/1995, Cabrera Cañete, María A. s/ Usucapión c/ Sapena Pastor, Francisco (Ac. y Sent. N° 44), LLP 1995, 756).

Es doctrina que el ordenamiento jurídico lo que trata es de conciliar los intereses individuales con los intereses colectivos, siendo la protección de la seguridad del tráfico lo que subyace al instituto de la usucapión. Es por ello que favorece al tercero que se ha comportado como dueño de la cosa durante cierto tiempo, protegiendo, además a los terceros de buena fe que confiaron en la apariencia de propiedad.

En conclusión, a la vista de las probanzas recién analizadas, llego a la conclusión de que el Acuerdo y Sentencia recurrido no puede mantenerse en pie, entendiéndose la procedencia de la usucapión de las Fincas N°4.529 (Padrón N° 803, de Mcal. Estigarríbia) y la Finca 5.726, con Padrón 2.145, de Mcal. Estigarríbia, Sexta Zona, Subzona 613, dentro de la siguiente delimitación que se encuentra establecida en la copia del título de propiedad. Voto pues en ese sentido.

Las costas deben ser impuestas en el orden causado en las tres instancias, atendiendo que la representación de la demandada fue asumida por el Ministerio de la Defensa Pública. Voto, pues, en tales sentidos.

A SU TURNO EL DR. BAJAC ALBERTINI DIJO: Que se adhiere al voto que antecede por los mismos fundamentos.

ASU TURNO EL SEÑOR MINISTRO CÉSAR ANTONIO GARAY PROSIGUIÓ DICHIENDO: En cualquier Juicio de usucapión la primera cuestión a verificar es si el inmueble se encuentra dentro del comercio, contrariamente a la idea de *res pública*, que es imprescriptible (artículo 1993 del Código Civil). En el *sub examine* no cabe duda del carácter privado del inmueble, extremo corroborado de la revisión de antecedentes dominiales de las Fincas N° 5.726 y N° 4.529, ambas situadas en el Chaco Boreal y a la sazón del Distrito José Félix Estigarribia, actualmente Distrito Filadelfia, propiedad de la firma CENTRAX CLEARING CORPORATION.

La segunda de aquellas es la precisa determinación inmobiliaria, entendiéndose por tal la coincidencia plena entre el testimonio documental y la realidad objetiva, como ser situación, topografía, ubicación, área o superficie, linderos, etc. En el caso, se advierte que el accionante individualizó superficie, medida y linderos de la res litis, acompañando plano de mensura privada realizada por el Topógrafo Eugenio Díaz (fs. 15). Cabe señalar que si bien es cierto no acompañaron –ab initio– títulos de propiedad de los inmuebles en cuestión, no es menos que fueron presentados luego (fs. 130/49), coincidiendo con las descripciones realizadas en la demanda. Por ello, es que esa omisión quedó subsanada.

Salvadas esas dos exigencias, queda por establecer si el accionante ha poseído el inmueble de manera pacífica, pública, ininterrumpida, por el plazo de Ley, ejerciendo actos posesorios a título de dueño (*animus domini*), de conformidad a los presupuestos establecidos en el artículo 1989 del Código Civil.

El actor sostuvo que vivió allí y trabajó en la actividad ganadera, en la zona del Chaco Boreal (Central), señalando que fue así que tomó posesión de la *res litis* que se encontraba abandonada y sin mejoras de ninguna clase, habiéndola poseído por más de 20 años, en forma ininterrumpida, pacífica y a título de dueño. Aseveró que realizó actos posesorios y/o mejoras, procediendo a la instalación de alambrados, edificación de vivienda, construcción de corrales para vacas lecheras, cabras y ovejas, así como gallinero. Arguyó que el *animus domini* quedó evidenciado cuando denunció, ante la Fiscalía en lo Penal con sede en Filadelfia, la existencia de personas que querían apropiarse de la *res litis*. Esgrimió que la antigüedad de la posesión se acreditó con la inspección ocular de las construcciones existentes. La Defensora de Pobres, Ausentes e Incapaces

mayores de edad, de Primer Turno, en representación de la firma accionada, esgrimió que el accionante no determinó con precisión la fracción supuestamente poseída. Alegó que se abonó impuesto inmobiliario al sólo efecto de promover demanda. Respecto a la prueba testifical sostuvo que ninguno de los testimonios eran eficientes para establecer la fecha de inicio de la posesión, ni como y cuando fueron realizadas las mejoras. Aseveró que la prueba de reconocimiento Judicial tampoco señalaba con precisión las mejoras existentes en el inmueble, el tiempo de construcción aproximada, etc.

A fin de demostrar los extremos alegados en la demanda el accionante produjo prueba documental, testifical y de reconocimiento Judicial.

En cuanto a la prueba documental, cabe señalar que el Certificado de Vida y Residencia obrante a fs. 6, no resulta suficiente –por sí mismo– para probar el tiempo de la posesión pues sólo acredita que, en fecha 18 de diciembre del 2007, el accionante estaba residiendo en la res litis. Los comprobantes de pagos por mejoras en concepto de elaboraciones de postes, colocaciones de alambrados (fs. 7/9), no tienen fuerza probatoria pues no fueron reconocidos en Juicio, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 307 del Código Procesal Civil. Aún si hubiesen sido reconocidos, del análisis de dicha documentación se constata que las supuestas mejoras fueron realizadas en el mes de noviembre del 2007, por lo que tampoco son eficientes para demostrar la antigüedad de la posesión. Lo mismo ocurre con el comprobante de fs. 10 el cual, además de no ser reconocido en Juicio, enuncia que la apertura de las picadas se hizo en el año 2007. En cuanto a los documentos obrantes a fs. 11/12, al no ser reconocidos en Juicio, no tienen idoneidad para demostrar lo reclamado, ya que no se hizo mención fehaciente que esos materiales o animales fueron comprados para ser destinados en el inmueble en cuestión, a más que dicha compra fue realizada en los años 2002 y 2003. Ahora bien, son innegables e irrefutables las constataciones de trabajos, mejoras, ingentes laborales en la tierra, grandes inversiones, materiales, caminos, estructuras más valiosas en el lugar por cuenta y cargo del actor.

En relación a la prueba testifical, cabe señalar que a fs. 101 concurre el perito topógrafo Eugenio Ramón Díaz Barrios, declarando que conocía al accionante hacía 18 a 20 años y sabía que tenía propiedad en esa zona. Sostuvo que tuvo conocimiento que el actor construyó su casa y cercado cuando realizó la mensura del accionante: “...*el lindero ya tenía alambrado común... hace aproximadamente 8 años*”. A fs. 102, compareció Carlos Damián Gauto Paredes, co-

merciante de la zona, señalando que conocía al actor hace más de 23 años, esgrimiendo que en aquella época ya estaba construida la casa y con alambres... “... tenía animales menores y siempre se pasaba por su propiedad se le pedía permiso porque se presentaba como dueño la propiedad...”.

El testigo Gustavo Andrés Benítez Medina señaló que conocía al accionante hace cinco años “pero que según los vecinos hace veinte años que atiende la casa” (fs. 103). Leemos en el testimonio de Edgar Manuel Santacruz Céspedes, quien declaró que hacía 7 años aproximadamente tenía conocimiento que el accionante poseía la res litis, señalando que sabía –a través de los vecinos– que aquel poseía la propiedad antes del golpe de Estado (fs. 104). Surge, entonces, que los testimonios demuestran que dichas personas tenían conocimiento de la posesión por muchos años y que al actor –conocido en la Comarca– siempre se le pedía permiso, autorización, etc., para ingresar, pasar, transitar hacia las fincas contiguas, todo lo cual demuestra que ejercía actos y asumía decisiones de propietario.

A fs. 125 se constata el reconocimiento Judicial de la res litis. De esa diligencia se advierte la antigüedad aproximada de las mejoras existentes en el inmueble. Por lo demás, las muestras fotográficas (tan ilustrativas y necesarias) de ellas pueden apreciarse a ojos vistas “las tomas fotográficas del lugar”, que permiten arrimar a la convicción jurídica de cualquier persona mínimamente conocedora de las tareas agropecuarias que los caminos, destronques, edificaciones, tendidos de alambrados, postes, portones, pasturas totalmente implantadas, rosados, despejes, etc., ya tienen sus años cumplidos.

La prueba relevante es la rendida por el Testigo Carlos Damián Gauto Paredes. Cabe rememorar que si bien es cierto que la prueba testifical, en el Juicio de usucapión, sigue siendo relevante, no es menos cierto que esa prueba debe ser corroborada o integrada por evidencias que formen con ella prueba compuesta.

La propiedad privada está garantizada por el artículo 109 de la Constitución Nacional, por lo que los juzgadores deben extremar el análisis de las circunstancias especiales que rodean a cada caso de usucapión que les planteen a fin de constatar que se han salvado todas las observancias para la procedencia de aquella y recién allí sentenciar haciendo o no lugar a la usucapión, con estricta y cabal sujeción a las constancias del caso y la Ley, como en esta Causa.

“Probar –aduce Chiovenda– significa crear el convencimiento del juez so-

bre la existencia o no existencia de los hechos de importancia en el proceso” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Madrid).

Luego añade: “Objeto de la prueba son los hechos no admitidos, y que no sean notorios. Exíjese una prueba rigurosa, en todos los casos, con relación a aquello que constituye la cuestión última en el proceso, esto es, la cuestión en torno a la existencia de una voluntad de ley que garantiza el bien reclamado en juicio. Pero en cuanto a aquella serie de cuestiones procesales y sustantivas que son preliminares de esta última, a menudo se contenta la ley con una prueba menos rigurosa y ello por el distinto efecto que la sentencia va a tener respecto de una y otras” (ibídem).

“Como el juez ha de proveer secundum ius, o, por lo menos, según justicia –arguye Carnelutti– es natural que antes de proveer haya de apreciar, y la demostración le facilita precisamente esa tarea, al exponer las razones y las pruebas que apoyan la demanda” (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, Uteha, 1944).

Prosigue Carnelutti: “Objeto de la prueba es el hecho que debe verificarse y sobre el cual vierte el juicio; objeto del juicio a verificar y objeto del juicio mediante el cual se verifica, son necesariamente idénticos; sólo, en rigor, quien reflexiona que la prueba no es conocimiento, sino reconocimiento, dirá que su objeto inmediato es la afirmación que se trata de verificar, y su objeto mediante el quid afirmado” (ibídem).

“La prueba, en el proceso –aclara Podetti– puede ser considerada bajo distintos aspectos: quién debe probar, qué se debe probar, cómo se debe probar” (*Teoría y Técnica del proceso Civil*, Ediar S.A.).

“Bajo el primer aspecto la ley procesal sólo puede dar normas generales, ya que la carga u obligación de probar es cuestión de hecho que surge de las cuestiones debatidas”. Chiovenda sintetiza en forma magistral los principios que deben orientar esa cuestión.

“Bajo el segundo aspecto las leyes procesales del país exigen se prueben los “hechos conducentes acerca de los cuales no hubiere conformidad entre las partes”. Es decir hace referencia a dos elementos: la falta de conformidad o acuerdo sobre los hechos invocados en el proceso y que esos hechos controvertidos sean conducentes para la resolución del litigio” (ibídem).

“Bajo el tercer aspecto la prueba puede considerarse en general y especialmente. En general, la prueba debe ser pertinente e idónea. Pertinente en el

sentido de encaminarse con carácter exclusivo a demostrar los hechos controvertidos. Idónea en el sentido de ser eficaz para tal fin. En ambos conceptos no resulta siempre fácil determinar “a priori” la prueba impertinente o ineficaz, por lo cual las leyes procesales y la jurisprudencia admiten que el rechazo de esa prueba debe hacerse al sentenciar. No obstante, es posible en ciertas circunstancias ese rechazo sin abrir juicio sobre cuestiones controvertidas, cuando aparece evidente que la prueba es excesiva (número de testigos) o inútil, aunque en este último supuesto cualquier duda debe resolverse en favor de la admisibilidad de la prueba” (ibídem).

“El titular de la inscripción del dominio, aquel que aparece como propietario en los respectivos registros oficiales, es parte primerísima dentro del juicio de usucapión; como que en dicho juicio el actor pretende destruir, mediante su posesión treintañal, los derechos dominiales del propietario titular” (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XV, página 728).

“En otros términos: se emplazara por edictos al titular de la inscripción; y vencido el término de emplazamiento, se le proveerá de defensor ex officio, siguiéndose con éste la causa. Desde luego, la misma forma de citación corresponde para el caso de titular identificado pero con domicilio incierto: situación ésta que nunca ofreció dudas ni provocó divergencias doctrinarias” (ibídem).

“Pues bien, la ley exige que la contienda se sustancie, primariamente, con el titular de la inscripción: y esta exigencia es inexcusable. Pero creemos que no media óbice alguno, al contrario, pensamos que se satisfacen mas acabadamente las finalidades del instituto en examen, si el juicio se traba también con el presunto propietario no inscripto, sea por presentación espontanea del mismo, sea en virtud de emplazamiento peticionado por el actor” (ibídem).

“¿Qué alcance tenía este requisito del pago de los impuestos? Aunque algunos entendieron que se trataba tan solo de tutelar un interés fiscal, creemos, con Salas, que dicho pago se contemplaba con otro alcance: esto es, como medio formal de exteriorización del animus domini. A los fines puramente fiscales, en efecto, para nada hubiera interesado quien y durante qué tiempo había oblado las contribuciones: con que estas se hallaran al día, era bastante” (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XV, páginas 730 y 731).

“Por otro lado, la tesis que exponemos es la que surge del debate parlamentario, según las ya citadas palabras del diputado Benítez” (ibídem).

“Admitida pues esa finalidad, debe concluirse que la falta de presentación de tales cercados impedir dar por cierto el *animus domini* del actor; éste podría

haber demostrado acabadamente el ejercicio del corpus a tenor del artículo 2.384 del Código Civil, y dicha demostración, de acuerdo con los principios generales, habría permitido presumir el animus a su favor; pero con la Ley 14.159, ese sistema se descalabraba” (ibídem).

De acuerdo con la Ley 14.159, los recibos debían agregarse a la demanda, eran recaudo para la introducción de la causa. Reiteramos aquí, entonces, lo que dijéramos antes a propósito del plano: mutatis mutandis, las mismas reglas son aplicables (ibídem).

Al cumplirse los requisitos y exigencias de Ley para la usucapión, el Fallo impugnado será revocado. Las Costas serán impuestas por su orden, atendiendo la representación Legal en Juicio de la Parte accionada, en observancia de los artículos 193 y 205 del Código Procesal Civil. Así voto.

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:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL Y COMERCIAL,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el Recurso de Nulidad interpuesto por la Parte Actora.

REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 81, de fecha 28 de junio del 2010 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas en las tres instancias en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

BAJAC, TORRES Y GARAY, Ministros.

Ante mí: ALEJANDRINO CUEVAS, Secretario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 695

Cuestión debatida: *En el caso, objeto de análisis, no existe disposición normativa o judicial alguna que se encuentre en conflicto con lo preceptuado por la Constitución, mucho menos un agravio concreto y real sufrido por el accionante, lo que persigue el mismo es un reconocimiento de derecho, aunque bastante*

conflictivo, que no puede ser resuelto en esta instancia por no otorgarle la Constitución atribuciones para ello por lo que de hacerlo se estaría incurriendo en una afrenta a los límites y finalidades dispuestos por la propia Ley Fundamental.

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. Admisibilidad y procedencia.

Del análisis de la declaración constitucional de objeción de conciencia deducida surge que no se encuentra disposición normativa o judicial alguna que se encuentre en conflicto con lo preceptuado por la Constitución, mucho menos un agravio concreto y real sufrido por el accionante, lo que persigue el mismo es un reconocimiento de derecho, aunque bastante conflictivo, que no puede ser resuelto en esta instancia por no otorgarle la Constitución atribuciones para ello, por lo que, de hacerlo, se estaría incurriendo en una afrenta a los límites y finalidades dispuestos por la propia Ley Fundamental y, por tanto, la solicitud de reconocimiento de objeción de conciencia realizada, deviene totalmente improcedente.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. Procedimiento.

El artículo 7° de la Ley N° 4.013 del 17.06.2010, establece que la autoridad de aplicación de la misma es el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia al Servicio Militar Obligatorio, con sede en el local de la Defensoría del Pueblo y, entre las funciones otorgadas al mismo se encuentran las de recibir las declaraciones de los objetores y expedir constancias de su presentación a los mismos, por lo que no corresponde que la Corte Suprema de Justicia se expida en el sentido y con el alcance pretendido por el accionante.

CSJ, Sala Constitucional. 09/07/12. “R.A.M.G. s/OBJECCIÓN DE CONCIENCIA” (Ac. y Sent. N° 695).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la solicitud de declaración constitucional de objeción de conciencia planteada?

A la cuestión planteada el doctor FRETES dijo: El Sr. R.A.M.G., por derecho propio y bajo patrocinio de abogada, se presenta a plantear una acción por Objeción de Conciencia a los efectos de no prestar el Servicio Militar Obligatorio amparándose en lo dispuesto por el artículo 37 de la Constitución Nacional.

El citado artículo dispone: *“Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la Ley lo admitan”*.

Manifiesta inicialmente el accionante su discrepancia respecto de la efectividad del servicio militar obligatorio como servicio a la Patria y a los efectos de ejercer el estatus reconocido por la Constitución Nacional solicita su declaración por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

De las constancias de autos surge que el solicitante ha diligenciado su requerimiento por ante la Secretaría Judicial I, encargada de la tramitación de las cuestiones que son de competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Ante tal situación, corresponde primeramente traer a colación lo establecido por nuestra Ley Fundamental respecto de la instancia recurrida, así en su artículo 260 expresa: *“De los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional. Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:*

1) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y

2) Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”.

Disposición concordante con el artículo 11 de la Ley N° 609/95, “Que Organiza la Corte Suprema de Justicia” el cual reza: *“Competencia. Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional los siguientes:*

a) Conocer y resolver la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y,

b) Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a la Constitución”.

Surge con claridad que el articulado precedente encuentra dos pilares que delimitan el campo de acción de la Sala Constitucional, el primero de ellos referente al contraste de actos normativos de cualquier naturaleza con preceptos y garantías de rango constitucional, el segundo por su parte circunscribe tal análisis al campo de las decisiones jurisdiccionales resolviéndose en ambos casos la privación de sus efectos en caso de verificarse una contradicción en su contenido con lo preceptuado por la Constitución. Como se ve, la finalidad única de la Sala Constitucional es la protección de las garantías y preceptos ante cualquier eventual conculcación emergente tanto de normas de inferior jerarquía como fallos judiciales. En atención a ello y en concordancia con lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles en su Libro IV, Título I De la impugnación de la Inconstitucionalidad, Capítulo I “De la Impugnación por Vía de Excepción” y Capítulo II “De la Impugnación por Vía de Acción”, el interesado en activar la maquinaria judicial en esta instancia debe irremediamente encontrar vulnerados sus derechos a los efectos de solicitar que esta Sala analice el acto lesivo a la vista del marco constitucional, vale decir, la Sala Constitucional se encuentra habilitada a enmendar la situación jurídica que haya sido modificada, perjudicada o mermada de manera injusta en detrimento del accionante, mas no puede – ni debe al no contar con el mecanismo legal para ello – crear o reconocer una situación jurídica en beneficio del ciudadano tal y como lo solicita el Sr. M.G., extremo que escapa a su finalidad y función cual es la del Control de Constitucionalidad entendido este como el mecanismo que permite que prevalezcan las disposiciones contenidas en la Constitución, ante los eventuales ataques de los que pueda ser objeto la Ley Suprema.

En el caso suscitado, no se encuentra disposición normativa o judicial alguna que se encuentre en conflicto con lo preceptuado por la Constitución, mucho menos un agravio concreto y real sufrido por el accionante, lo que persigue el mismo es un reconocimiento de derecho, aunque bastante conflictivo, que no puede ser resuelto en esta instancia por no otorgarle la Constitución atribuciones para ello por lo que de hacerlo se estaría incurriendo en una afrenta a los límites y finalidades dispuestos por la propia Ley Fundamental.

En base a lo precedentemente expuesto, considero que la presente solicitud de reconocimiento de objeción de conciencia realizada por el Sr. R.A.M.G deviene totalmente improcedente correspondiendo en consecuencia el rechazo a lo requerido. ES MI VOTO.

A su turno el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Que ADHIERE AL VOTO DEL PREOPINANTE Y AGREGA: Coincido con la conclusión a la que arribó el Ministro preopinante y con los fundamentos esgrimidos por el mismo para resolver la cuestión debatida en el caso en estudio, máxime aún cuando que por LEY N° 4.013 del 17 de junio del 2010 “QUE REGLAMENTA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y ESTABLECE EL SERVICIO SUSTITUTIVO AL MISMO EN BENEFICIO DE LA POBLACIÓN CIVIL”, se estableció expresamente la autoridad competente para el otorgamiento del denominado *certificado de cumplimiento de objeción de conciencia*. -

Según las disposiciones de la normativa ut supra citada es considerado OBJETOR DE CONCIENCIA, aquel ciudadano que, hallándose obligado a prestar el Servicio Militar Obligatorio, se niega a hacerlo por razones éticas o religiosas, declarando su objeción de conciencia contra el mismo *ante la autoridad fijada en la presente Ley*, la cual establecerá la procedencia o no de la misma, a los efectos previstos en la Constitución Nacional y en las leyes vigentes.

En el Art. 7° de la referida ley, se establece claramente: “*Créase como autoridad de aplicación de la presente Ley, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia al Servicio Militar Obligatorio, con sede en el local de la Defensoría del Pueblo...*” y entre las funciones otorgadas al mismo se encuentran las de “...a) recibir las declaraciones de los objetores y expedir constancias de su presentación a los mismos; ...b) comunicar a las Fuerzas Armadas de la Nación las presentaciones recibidas y considerarlas;... c) reglamentar el procedimiento para la entrega de las Declaraciones de Objeción de Conciencia, en cuanto fuere pertinente; d) declarar la procedencia de la Objeción de Conciencia al Servicio Militar Obligatorio formulada por el declarante, conforme a lo dispuesto en la Constitución Nacional y las leyes vigentes... En contra de las resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, es procedente la acción contencioso-administrativa ante el Tribunal de Cuentas”.

Por lo que sin mayor abundamiento en el tema, no corresponde que esta Corte se expida en el sentido y con el alcance pretendido por el accionante, por las razones expuestas. Es mi voto.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: 1) El Sr. R.A.M.G., por sus propios derechos y bajo patrocinio de la Abog. R.H.C. (Mat. N° 9.941), se presentó ante esta Corte, amparado en el Art. 37 de la Constitución Nacional,

a solicitar el reconocimiento del status legal de Objeto de Conciencia peticionando la aplicación positiva de la Carta Magna, que en el mencionado artículo prescribe: *“Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley lo admitan”*. Señala el accionante que “ante la ausencia de una ley reglamentaria el Art. 45 de la Constitución Nacional De los Derechos y Garantías enunciados dice: *“...la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”...con mi postura de objeto de conciencia deseo contribuir a la humanización de la ley y del derecho y aportar al entendimiento de la paz, el diálogo y la vida como valores y metas de una sociedad más justa y fraterna...”*. En su presentación, el accionante sostuvo que ha realizado experiencias de voluntariado a la sociedad civil, tales como presidente del Grupo Juvenil de su barrio (2002 al 2004), ONG SUMANDO, así como en otras entidades como: DEQUENI, APOYO ESCOLAR, CODENI, Municipalidad de Caacupé (Ofic. del Medio Ambiente), Sede SUMANDO Caacupé. Concluye su escrito, refiriéndose a que esta contribución personal se compadece con sus ideales y sus convicciones más profundas acerca de la urgente instauración de la paz y la solidaridad en nuestro país y en el mundo (fs. 4/6).

2) La Fiscal Adjunta, Abog. María Soledad Machuca, se expidió conforme a los términos del Dictamen N° 1522 del 07 de noviembre de 2006, señalando que “el objeto de conciencia ha dado justificaciones razonables que se enmarcan dentro de lo previsto por el Art. 37, en concordancia con el Art. 129, ambos de nuestra Carta Magna, y habiendo alegado además que su contribución personal, en el servicio civil, se compadece con sus ideales y sus convicciones más profundas acerca de la urgente instauración de la paz y la solidaridad en nuestro país y en el mundo, señalando que a la fecha es voluntario de la ONG SUMANDO, DEQUENI, APOYO ESCOLAR, CODENI, Municipalidad de Caacupé (Ofic. del Medio Ambiente), Sede SUMANDO Caacupé”. Concluye su presentación señalando que deviene procedente la presente objeción de conciencia, aclarándose que la pertinente prestación de servicios en beneficio de la población civil, la deberá prestar por el tiempo equivalente a la duración del Servicio Militar Obligatorio (fs. 11/12).

3) Por causas no imputables a esta alta Magistratura, la cuestión sometida a estudio y consideración debió haber sido resuelta hace tiempo, atendiendo a la fecha de presentación del pedido de declaración de Objeto de Conciencia (04/

10/2005) y su trámite corriendo vista a la Fiscalía General del Estado (prov. 07/julio/2006), Dictamen Fiscal (07/11/2006) y providencia de Autos para Sentencia de fecha 12 de marzo de 2009. No habiendo sido así, en la actualidad rige una normativa que regula el instituto de la Objeción de Conciencia, la Ley N° 4.013 de fecha 17 de junio de 2010 “*QUE REGLAMENTA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y ESTABLECE EL SERVICIO SUSTITUTIVO AL MISMO EN BENEFICIO DE LA POBLACIÓN CIVIL*”. Atendiendo a este hecho, en el presente caso es evidente la inexistencia de agravio actual, lo cual significa que la cuestión ha perdido virtualidad.

4) Nos encontramos ante un caso en que se han alterado las circunstancias que lo motivaron. Sobre el punto, la Corte ha sostenido que la sentencia “*debe sujetarse a la situación vigente en el momento en que se dicta. Y como que al presente, por las razones expuestas, los supuestos de hecho se han alterado sustancialmente, cualquier pronunciamiento sería un pronunciamiento en abstracto, lo que es vedado ya que la Corte solamente puede decidir en asuntos de carácter contencioso*” (CSJ, 5 setiembre, 1997, Ac. y Sent. N° 506).

5) En atención a las consideraciones que anteceden, considero que resulta improcedente la solicitud de declaración constitucional de objeción de conciencia formulado por el Sr. R.A.M.G. Es mi voto.

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la solicitud de declaración constitucional de objeción de conciencia formulado por el Sr. R.A.M.G.

ANOTAR, registrar y notificar.

FDO.: Doctor VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Presidente y doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: HÉCTOR FABIÁN ESCOBAR DÍAZ, Secretario Judicial I.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 803

Cuestión debatida: *La Resolución dictada por el Tribunal de mérito que juzgó al procesado G.V.G., es manifiestamente infundada, en virtud a las consideraciones precedentes y con sustento legal en el artículo 256 de la Constitución Nacional, así como los artículos 403, inc. 3) y 478, inc. 3) del Código Procesal Penal, corresponde que el Recurso Extraordinario de Casación sea acogido favorablemente, y en consecuencia debe disponerse la Nulidad de la S.D. N° 69 de fecha 13 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado, y en consecuencia Disponer el reenvío de la presente a otro Tribunal de Sentencia, a los efectos de la realización de un nuevo Juicio Oral y Público, por así corresponder en estricto derecho.*

RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad.

El sistema recursivo dentro del actual sistema procesal se rige principalmente por los principios de taxatividad y debida técnica, con lo cual los fallos deben ser impugnados exclusivamente por los medios y las formas impuestas por el Código Ritual y, en esta tesitura, corresponde efectuar el estudio de la admisibilidad del recurso aducido. El análisis de la procedencia se efectuará posteriormente solo y si el recurso ha sido interpuesto: a) en la forma y término prescritos por la norma; b) si la resolución impugnada da lugar a él (taxatividad objetiva), y; c) si fue deducido por quien tiene capacidad para ello (taxatividad subjetiva).

SENTENCIA. Fundamentación.

Una sentencia judicial *manifiestamente infundada* es una sentencia que presupone una falta de motivación o fundamentación, ausencia de la exposición de los motivos que justifiquen la convicción del Juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinen la aplicación de una norma a ese hecho. No solo consiste en que el Juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la Ley Procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia y la falta de motivación es aquella que reviste tal entidad que priva al fallo de razones suficientes para justificar el dispositivo respecto de cada una de las cuestiones sometidas a consideración del órgano jurisdiccional pertinente.

TIPO PENAL. Elemento objetivo.

El elemento objetivo en el tipo penal establece que se requiere el incumplimiento de una de una resolución judicial que se dictado en un juicio de alimentos o ya sea establecido en un homologación de acuerdos sobre alimentos siempre que sea judicialmente aprobado Y conforme a lo descripto, la norma penal describe dos conductas punibles totalmente independientes, y el aumento de la pena en el artículo 225, inciso 2) no implica que se trata de un agravante, sino más que nada resulta más lesiva al bien jurídico protegido. Es decir, el mismo constituye el tipo legal conforme a lo dispuesto por el Código Penal, como el modelo de conducta con que se describe un hecho penalmente sancionado, a los efectos de su tipificación.

CSJ, Sala Penal. 11/07/2012. "Recurso extraordinario de casación interpuesto por la agente fiscal abog. Luciana Ramos Alfonso en G.V.G. s/ incumplimiento del deber legal alimentario" (Ac. y Sent. N° 803).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de determinar un orden para la exposición de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: BLANCO, BENÍTEZ RIERA y PUCHETA DE CORREA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el doctor BLANCO dijo: La agente fiscal Luciana Ramos Alfonso impugna por vía de la casación el Acuerdo y Sentencia N° 34 de fecha 06 de julio de 2010, dictado por el Tribunal de Apelaciones, Tercera Sala, de la Capital, por la cual se dispuso la absolución del procesado G.V.G....".

En primer término cabe destacar que el sistema recursivo dentro del actual sistema procesal se rige principalmente por los principios de taxatividad y debida técnica, con lo cual los fallos deben ser impugnados exclusivamente por los medios y las formas impuestas por el Código Ritual.

Que, en esa tesitura, corresponde efectuar en primer lugar el estudio de la admisibilidad del recurso aducido. El análisis de la procedencia se efectuará posteriormente solo y si el recurso ha sido interpuesto a) en la forma y término

prescritos por la norma b) si la resolución impugnada da lugar a él (taxatividad objetiva), y; c) si fue deducido por quien tiene capacidad para ello (taxatividad subjetiva).

Al respecto cabe traer a colación lo apuntado por la autora María Cristina Barberá de Riso en su obra “Manual de Casación Penal”: *“El recurso de casación debe ser presentado, bajo las condiciones de tiempo y forma que la ley determina...El término exige que el recurso sea presentado tempestivamente; fuera de esa oportunidad, el recurso es inadmisibile y el fallo queda firme y pasa en autoridad de cosa juzgada...”*.

En efecto, el presente recurso fue interpuesto contra un fallo del Tribunal de Alzada, el escrito fue presentado en el plazo de diez días de notificado el Acuerdo y Sentencia hoy recurrido. El fallo en cuestión posee la virtualidad de poner fin al procedimiento, puesto que confirma la absolución dispuesta por el Tribunal de mérito. Como motivo de su presentación, la representante fiscal incurrió el pedido en el artículo 478 inciso 3º del Código Procesal Penal (CPP), falta de fundamentación de la sentencia y la errónea interpretación en la normativa penal aplicada. La exposición se halla debidamente desarrollada y resulta autosuficiente. Corresponde en consecuencia declarar la admisibilidad del recurso. ES MI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL MINISTRO BLANCO prosiguió diciendo: La Agente Fiscal entre otras cosas manifiesta: “...El tribunal A-quem realizó una mala interpretación del artículo 225 del Código Penal, específicamente, en lo que hace a la configuración de los elementos objetivos del tipo penal. En ese sentido, interpreta el Tribunal de Apelación que para que se configure el hecho punible de incumplimiento de deber legal alimentario “...es necesario que se demuestre que la calidad de vida esencial del objeto del juicio y el incumplimiento de un convenio judicial, circunstancia agravante del tipo base, previsto en el Inc. 1º, del Art. 225 del Código Penal”. Entonces, según la concepción efectuada por el Tribunal A-quem, se tiene que la descripción del tipo penal de incumplimiento del Deber Legal Alimentario (Art. 225 del CP), está dada en su primer inciso en forma de tipo base y en el segundo se describiría un agravante...”.

Prosigue diciendo: “Muy contrariamente a esta interpretación errónea de la ley penal de fondo por parte del A-quem, el tipo penal en cuestión describe dos conductas punibles totalmente independientes y el aumento de la pena en una

de sus formas, no implica que se trate de un agravante, sino nada más que tiene una particularidad que resulta más lesiva al bien jurídico protegido...”. “... Analizada la descripción de cada uno de los incisos del artículo 225 del CP en forma asilada, fácilmente se concluye que contiene una conducta a la que se impone una pena y que no se contempla en ningún caso la conducta del segundo inciso con algún elemento objetivo del primero...”. “...Entonces, los elementos objetivos que se deben probar para configurar la conducta en el primer inciso serían: que el autor tenga el deber legal alimentario (filiación en casi de hijos) y que al incumplir ese deber produjo empeoramiento de las condiciones de vida de los hijos, padres o esposa (en madre, abuelos, amigos o quien sea) evito el resultado...”.

Terminando por solicitar, se haga lugar al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto... y en tal sentido anular el Acuerdo y Sentencia N° 34 y la Sentencia Definitiva N° 69 y en consecuencia se ordene el reenvío de la presente causa a un nuevo Tribunal Sentencia.

Que, en primer lugar debemos precisar el concepto de una sentencia *manifestamente infundada*: esta presupone una falta de motivación o fundamentación, ausencia de la exposición de los motivos que justifiquen la convicción del Juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinen la aplicación de una norma a ese hecho. No solo consiste en que el Juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la Ley Procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia.

Que, en tal sentido, la falta de motivación es aquella que reviste tal entidad que priva al fallo de razones suficientes para justificar el dispositivo respecto de cada una de las cuestiones sometidas a consideración del órgano jurisdiccional pertinente.

En esta tesitura y atendiendo al motivo casatorio invocado, resulta igualmente acertado traer a colación lo dispuesto por el artículo 403 inc. 4° del Código Procesal Penal, el cual, en concordancia con el transcrito artículo 478 inciso 3° del referido cuerpo legal, establece: “*VICIOS DE LA SENTENCIA. Los defectos de la sentencia que habilitan la apelación y la casación, serán los siguientes: inc. 4. “que carezca, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayo-*

ría 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...”.

Es así que, por las consideraciones esbozadas, en el presente caso, podemos determinar con absoluta convencimiento que el Tribunal de Alzada ha inobservado las disposiciones legales que rigen la materia, transgrediendo de esta forma el ordenamiento jurídico vigente, evadiendo su pronunciamiento sobre aspectos específicamente atacados por la parte apelante (Ministerio Público), con lo cual la motivación del fallo equivale a una fundamentación aparente o defectuosa, por lo que resulta palpable la violación del principio procesal de congruencia, por vicios en el dictamamiento de la sentencia de segunda instancia, en cuanto al objeto de lo resuelto, por haber omitido dar las respuestas sobre los agravios vertidos por la parte recurrente.

En estas condiciones, habiendo el Tribunal de Alzada empleado un método de inferencia inadecuado, situación esto hace complejo el control casatorio, dado que el fallo impugnado no proporcione respuesta a las cuestiones planteadas en la interposición de la impugnación especial, así mismo no contiene una exposición lógicamente razonada de los fundamentos que justifican su dispositivo, pudiendo concluirse sin lugar a dudas, que el motivo previsto en el artículo 478 inc. 3º, habilita la casación del Acuerdo y Sentencia (Ac y Sent. N° 34) impugnado, por lo que corresponde ANULAR el referido decisorio.

Ahora bien, el Art. 480 del CPP, al establecer lo procedente en cuanto al trámite y resolución del recurso extraordinario de casación, deriva a la aplicación analógica de las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia. De ahí que, remitidos a las disposiciones que reglan dicho recurso, nos encontramos con dos situaciones: 1) La propiciada por el Art. 473 del CPP, que dice: *“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”*; y, 2) la reglada por el Art. 474 del CPP, que establece: *“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”.

En ese contexto, podemos señalar que se dan los requisitos para optar por la segunda de las propuestas previstas en nuestro Código Ritual. Tal convencimiento me asiste luego de cotejar los antecedentes del caso - Acta del Juicio Oral y Público y con especialidad los fundamentos vertidos por los miembros del Tribunal de Sentencia Colegiado en el cuerpo de la S.D. N° 69 de fecha 11 de marzo de 2009, de donde es posible colegir, sin temor a equívocos, que efectivamente los citados magistrados han incurrido en un *vicio in iudicando*, del simple análisis de los argumentos de la acusación (fs. 20/23), el auto de apertura a juicio (A.I. N° 195 del 28 de marzo de 2008 (fs. 34/35) y la Sentencia Definitiva N° 69 (fs. 46/49), se puede constatar que se da con las exigencias normativas que deriva en la incongruencia de la Sentencia Definitiva, habiendo el Tribunal de mérito caído en los mismos errores que el Órgano de Alzada en las conclusiones arribadas de las cuestiones sometidas a sus respectivas competencias; esta circunstancia descripta, hace infringir al fallo en una deficiencia jurídica análoga a lo que sería una sentencia arbitraria. La omisión del A-quo crea en el procesado un estado de disconformidad continua, por no haber obtenido de la jurisdicción explicaciones razonables y explícitas sobre sus conclusiones arribadas.

Conclusión: la Resolución dictada por el Tribunal de mérito que juzgó al procesado G.V.G.; es manifiestamente infundada, en virtud a las consideraciones precedentes y con sustento legal en el Art. 256 de la Constitución Nacional, así como los Arts. 403 inc. 3) y 478 inc. 3) del Código Procesal Penal, corresponde que el Recurso Extraordinario de Casación sea acogido favorablemente, y en consecuencia debe disponerse la NULIDAD de la S.D. N° 69 de fecha 13 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado, presidido por la jueza Sandra Farias de Fernández, e integrado por las juezas María Luz Martínez y Letizia De Gasperi y, en consecuencia, DISPONER el reenvío de la presente a otro Tribunal de Sentencia, a los efectos de la realización de un nuevo Juicio Oral y Público, por así corresponder en estricto derecho. ES MI VOTO.

A su turno el ministro Benítez Riera manifiesta adherirse al voto del Ministro Blanco.

A su turno la ministra Alicia Pucheta de Correa, dijo: Me adhiero al voto que antecede por sus mismos fundamentos respecto a la declaración de admisi-

bilidad del estudio del Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público.

Respecto al estudio de la procedencia del Recurso Extraordinario me adhiero al voto del Ministro Sindulfo Blanco y a modo de voto complementario agregó:

La Constitución Nacional en su artículo 53 expresa: *DE LOS HIJOS. Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria...*. En concordancia el artículo 13 del citado cuerpo dice: *“DE LA NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR DEUDAS. No se admite la privación de la libertad por deuda, salvo mandato de autoridad judicial competente dictado por incumplimiento de deberes alimentarios o como sustitución de multas o fianzas judiciales”*.

La Constitución Nacional establece expresamente que el incumplimiento del deber legal alimentario constituye una excepción a la no privación de libertad por deudas.

El Código Penal en su artículo 225 describe el tipo base de la siguiente manera: *“Incumplimiento del deber legal alimentario. 1° El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”*.

En este caso, los elementos objetivos describe “El que”, cualquier autor, que incumple el deber legal alimentario (Ej. filiación en caso de hijos), y como resultado produce un empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular.

En tanto en el inciso 2° del 225 del citado cuerpo normativo expresa: *“El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”*.

El elemento objetivo en el tipo penal descripto establece que se requiere el incumplimiento de una de una resolución judicial que se dictado en un juicio de alimentos o ya sea establecido en un homologación de acuerdos sobre alimentos siempre que sea judicialmente aprobado.

Conforme a lo descripto, la norma penal describe dos conductas punibles totalmente independientes, y el aumento de la pena en el art. 225 inc 2) no implica que se trata de un agravante, sino más que nada resulta más lesiva al

bien jurídico protegido. Es decir, el mismo constituye el tipo legal conforme a lo dispuesto en el art. 14 del C.P. Inc. 1) num. 2 que dice: *tipo legal: el modelo de conducta con que se describe un hecho penalmente sancionado, a los efectos de su tipificación...*”.

En la descripción de los hechos el Tribunal de Merito expuso: “...*Que la madre de los menores Sra. F. S. de V. en fecha 16 de diciembre de 2003, inicio una demanda por Asistencia Alimentaria contra el Sr. G.V., padre de los menores citados, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo civil, Comercial, laboral de la Niñez y Adolescencia de J.A. Saldívar demanda promovida en el Juicio “J.E., A., P.M.R. y C.E. V.R. s/ ASISTENCIA ALIMENTARIA”, el Juez actuante dicto el A.I. N° 33 de fecha 19 de marzo de 2.004, que en su parte resolutive dice: FIJAR PROVISORIAMENTE EN CONCEPTO DE PENSIÓN ALIMENTARIA la suma de seis punto cinco (6.5) jornales mínimos para actividades diversas no especificadas, suma que el demandado Sr. G.V.G. deberá depositar en una cuenta abierta en el B.N.F. a nombre del presente juicio a la orden conjunta de este Juzgado y de la Sra. F. S.. Que la citada resolución, el demandado se ha notificado en debida y legal forma; sin que el mismo procediera a dar cumplimiento a lo dispuesto por el Juzgado, demostrando de esta forma su irresponsabilidad y desinterés ante las necesidades de sus menores hijos y a pesar de los esfuerzos de la señora F.R. DE V. (madre de los menores), quien a partir de la separación de cuerpo con su marido G.V., hace aproximadamente más de tres años, la misma ha asumido todas las responsabilidades que acarrea el hecho de tener que educar y criar a 5 (cinco) años sin la más ayuda e interés... Esta Fiscalía requiere al Banco Nacional de Fomento informa que en la Cuenta Judicial N° 60.1.0007567/6, a nombre del Juicio: “J.E., A., P.M.R. y C.E. V.R. s/ ASISTENCIA ALIMENTARIA” y a la orden de la Sra. F. R. de V., desde la apertura hasta la fecha no ha registrado depósito alguno...*”.

En apretada síntesis el Tribunal de Mérito como conclusión arguyó que el Ministerio Público no ha podido demostrar un adecuamiento de la conducta del acusado dentro del art. 225 inc. 1°. Afirma que si bien existe una resolución por la cual fija provisoriamente una determinada suma al cual el acusado debía responder, la misma no es prueba directa y suficiente para acreditar por sí sola, la negación que se haya reducido o deteriorado el nivel de vida de los alimentados.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones expresó que el hecho punible del incumplimiento del deber alimentario resulta ser un delito de resultado, pues

requiere "... y con ello se produjera el empeoramiento...", por tanto, para que el hecho punible se configure es necesario que se demuestre que la calidad de vida de los alimentados se ha deteriorado por la conducta del acusado, siendo esta circunstancia lo esencial del objeto del juicio y el incumplimiento de un convenio judicial, resulta un agravante del tipo base, previsto en el Inc. 1° del art. 225 del Código Penal. Dice que en el caso de autos, la carencia de los medios probatorios producidos por parte del Ministerio Público no ha podido demostrar un adecuamiento de la conducta del acusado al hecho punible de Incumplimiento del deber Alimentario.

De la lectura de los argumentos expuestos por los juzgadores, se denota la errónea aplicación de la Ley Penal Material, en sentido que ambos toman como agravante del tipo base la normativa prevista en el art. 225 inc. 2) del CP, siendo el mismo un tipo penal diferente, donde la conducta requerida se configura ante el incumplimiento del deber alimentario establecido sea en un convenio o resolución judicial.

Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo que se deviene procedente, por lo que corresponde hacer lugar al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Ministerio Público, y en consecuencia Anular el Ac. y Sent. N° 34 del 06 de julio de 2009 y su confirmatoria la S.D. N° 69 del 13 de marzo de 2009, dictado por el Tribunal de Sentencia de la Capital y en consecuencia ordenar el reenvío de la presente causa a otro Tribunal de Sentencia. Es mi voto.

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

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

DECLARAR ADMISIBLE el recurso extraordinario de casación interpuesto por la abogada agente fiscal Luciana Ramos Alfonso, contra el Acuerdo y Sentencia N° 34 de fecha 06 de julio de 2009 dictada por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala de la Capital.

HACER LUGAR el recurso extraordinario de casación interpuesto por la abogada agente fiscal Luciana Ramos Alfonso, contra el Acuerdo y Sentencia N° 34 de fecha 06 de julio de 2009 dictada por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala de la Capital y en consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD de la

sentencia recurrida por los fundamentos expuestos en el exordio del presente fallo.

ANULAR la S.D. N° 69 de fecha 13 de marzo de 2009 dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado Presidido por la jueza Sandra Fariás de Fernández e integrado por las juezas María Luz Martínez y Letizia de Gásperi y, en consecuencia, DISPONER el REENVÍO, de la presente causa conforme al exordio de la presente resolución.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA.

Ante mí: Karina Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 814

Cuestión debatida: *El fallo impugnado, si bien es una sentencia definitiva, proveniente de un tribunal de apelación, no se encuadra dentro del objeto precedentemente transcrito, porque declara la nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia, y dispone el REENVÍO para la realización de un nuevo juicio oral y público. En efecto, el criterio para interpretar cuáles son las resoluciones recurribles ante esta instancia extraordinaria debe ser restringido, pues cuando el legislador indicó los supuestos contenidos en la normativa, quiso que sólo fueran objeto del recurso de casación aquellas resoluciones que el propio legislador definió en el texto. En este caso la resolución contra la que el recurrente dedujo su presentación no es susceptible de ser impugnada por la vía del recurso de casación.*

RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad.

En este contexto, la inadmisibilidad es una sanción procesal que consiste en la *imposibilidad jurídica de que un acto ingrese al proceso, debido a su irregularidad formal, por inobservancia de una expresa disposición legal.*

RECURSO DE CASACIÓN. Admisibilidad.

Los aspectos sobre los que debe recaer el examen de admisibilidad son los siguientes: a) Que la resolución impugnada sea recurrible (impugnabilidad objetiva); b) Que quien interponga el recurso tenga “derecho”, es decir, que el

sujeto esté legitimado para recurrir por tener interés directo en la impugnación y capacidad legal para interponerlo con relación al agravio que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y, c) Que concurran los requisitos formales de modo, lugar y tiempo que deben rodear al acto de interposición del recurso.

RECURSO DE CASACIÓN. Reposición.

El Tribunal de Alzada al ordenar la reposición para la realización de un nuevo juicio, no tuvo por efecto poner fin al procedimiento, al contrario, el procedimiento penal continúa. En este sentido, en el sistema penal vigente la exigencia de un juicio penal oral, público, contradictorio y continuo implica: 1) la interdependencia de todas las reglas que regulan la publicidad de los actos del debate, 2) la intervención personal en él de todos los sujetos que participan en el procedimiento, 3) la oralidad y continuidad de sus actos, 4) la concentración en una audiencia, y 5) la obligación de que la sentencia se funde en los actos del debate y de que sea dictada por los jueces que participan en él. Es por eso que se afirma que el período procesal del juicio oral y público está reglado por la máxima formal que pretende establecer una unidad entre el debate y la sentencia.

RECURSO DE CASACIÓN. Reenvío.

En este contexto, la resolución que dispone el reenvío para la reposición de un nuevo juicio por otro Tribunal, no provoca gravamen irreparable, ya que el Juicio Oral y Público está ensamblado procesalmente dentro de una amplia garantía, conforme las reglas del debido proceso y la defensa en juicio, por lo que la resolución atacada no causa gravamen irreparable al recurrente.

CSJ, Sala Penal. 06/07/12. “Recurso extraordinario de casación interpuesto por los abogados Osvaldo Granada Sallaberry y Luis Alberto Berton Planás en la causa: “R.E.B. de R. s/ estafa y producción de documentos no auténticos” (Ac. y Sent. N° 814).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es admisible el Recurso de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de determinar un orden para la exposición de las opiniones, se

realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA Y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el MINISTRO BLANCO dijo: El recurso extraordinario de casación fue interpuesto por los abogados Osvaldo Sallaberry y Luis Alberto Berton, contra el Acuerdo y Sentencia N° 58 de fecha 08 de noviembre de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación Primera Sala de la Capital.

En este sentido, en la causa penal seguida a R.T., el Tribunal de Sentencia Colegiado integrado por los Jueces Abog. Blanca Irene Gorostiaga como Presidenta Abog. Eva María Witte de Rivas y Abog. Ramón Cabriza, dictaron la S.D. N° 132 de fecha 14 de junio de 2011, resolución mediante la cual resolvió: "...4. *ABSOLVER DE CULPA Y PENA al R.E.B.T. de R.*".

La decisión del inferior fue ANULADA por el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná por medio del Acuerdo y Sentencia N° 58 de fecha 08 de noviembre de 2011, disponiendo: *ordenando el REENVÍO para la realización de un nuevo juicio.*

En este sentido, el recurrente impugna por la vía en estudio la resolución recaída en segunda instancia.

En primer lugar es facultad de esta Sala Penal pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso planteado, a fin de determinar si procede el estudio del fondo de la cuestión sometida a consideración.

A tal efecto, deben ser analizadas las disposiciones contenidas en los artículos 477, 478, 480 y 468 del Código Procesal Penal, los cuales consagran las condiciones genéricas de interposición del recurso de casación, estableciendo expresamente la conminación de inadmisibilidad, la que se hará efectiva cuando el acto se cumpla en violación a los requisitos formales o a su contenido. En este contexto, la inadmisibilidad es una sanción procesal que consiste en la *imposibilidad jurídica de que un acto ingrese al proceso, debido a su irregularidad formal, por inobservancia de una expresa disposición legal.*

Los aspectos sobre los que debe recaer el examen de admisibilidad son los siguientes: a) Que la resolución impugnada sea recurrible (impugnabilidad objetiva); b) Que quien interponga el recurso tenga "derecho", es decir, que el sujeto esté legitimado para recurrir por tener interés directo en la impugnación y capacidad legal para interponerlo con relación al agravio que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y, c) Que concurren los requisitos forma-

les de modo, lugar y tiempo que deben rodear al acto de interposición del recurso.

Con relación a la IMPUGNABILIDAD OBJETIVA, el Art. 477 del Código Procesal Penal establece: *“Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las Sentencias Definitivas del Tribunal de Apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena”*. De esta forma el artículo citado delimita el objeto del recurso de casación.

En cuanto a los motivos que la hacen procedente los mismos son individualizados, con absoluta claridad por el Art. 478 del Código Ritual citado. Al respecto el Prof. Raúl W. Abalos, en su obra *“Derecho Procesal Penal. Tomo III”* señala: *“Estos motivos de casación previstos en la ley procesal penal son taxativos y revisten el carácter de condiciones necesarias para poner en movimiento el juicio de casación, no admitiéndose otros motivos que no sean éstos”*.

El fallo impugnado, si bien es una sentencia definitiva, proveniente de un tribunal de apelación, no se encuadra dentro del objeto precedentemente transcrito, porque declara la nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia, y dispone el REENVÍO para la realización de un nuevo juicio oral y público. En efecto, el criterio para interpretar cuáles son las resoluciones recurribles ante esta instancia extraordinaria debe ser restringido, pues cuando el legislador indicó los supuestos contenidos en la normativa citada (Art. 477) quiso que sólo fueran objeto del recurso de casación aquellas resoluciones que el propio legislador definió en el texto. En este caso la resolución contra la que el recurrente dedujo su presentación no es susceptible de ser impugnada por la vía del recurso de casación.

El Tribunal de Alzada, al ordenar la reposición para la realización de un nuevo juicio, no tuvo por efecto poner fin al procedimiento, al contrario, el procedimiento penal continúa. En este sentido, en el sistema penal vigente la exigencia de un juicio penal oral, público, contradictorio y continuo implica: 1) la interdependencia de todas las reglas que regulan la publicidad de los actos del debate, 2) la intervención personal en él de todos los sujetos que participan en el procedimiento, 3) la oralidad y continuidad de sus actos, 4) la concentración en una audiencia, y 5) la obligación de que la sentencia se funde en los actos del debate y de que sea dictada por los jueces que participan en él. Es por eso que se afirma que el período procesal del juicio oral y público está reglado por la

máxima formal que pretende establecer una unidad entre el debate y la sentencia.

Por otra parte, el derecho a recurrir –a través del empleo de los diferentes remedios judiciales– no es un derecho sin condiciones, ya que tiene el límite del agravio (artículo 449, primer párrafo). Si el sujeto que quiere recurrir no ha sufrido ningún agravio, no se le reconoce este derecho, porque el mismo no constituye un simple mecanismo disponible, sino un mecanismo destinado a dar satisfacción a un interés real y legítimo.

En este contexto, la resolución que dispone el reenvío para la reposición de un nuevo juicio por otro Tribunal, no provoca gravamen irreparable, ya que el Juicio Oral y Público está ensamblado procesalmente dentro de una amplia garantía, conforme las reglas del debido proceso y la defensa en juicio, por lo que la resolución atacada no causa gravamen irreparable al recurrente.

En conclusión: El fallo cuestionado es objetivamente no impugnabile por vía de la casación, en razón de no cumplir con la requisitoria del Art. 477 del Código de Formas, en consecuencia, el recurso impetrado debe ser rechazado por su notoria inadmisibilidad. **ES MI VOTO.**

A su turno, los doctores PUCHETA DE CORREA y BENÍTEZ RIERA, manifestaron adherirse al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

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

Y VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL,

RESUELVE:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Abog. Osvaldo Granada Sallaberry y el Abog. Luis Alberto Berton, contra el Acuerdo y Sentencia N° 58 de fecha 08 de noviembre de 2011, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Primera Sala de la Capital.

REMITIR estos autos al Juzgado competente.

ANOTAR, notificar y registrar.

MINISTROS: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA.

Ante mí: Karina Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial

ACUERDO Y SENTENCIA N° 876

Cuestión debatida: *Del análisis de la excepción de inconstitucionalidad interpuesta surge que el requisito no observado por la excepciónante, elemento habilitante que no puede ser desconocido ni pasado por alto en el control de constitucionalidad de las leyes, ello debido a la notable trascendencia que deviene, en caso de ser positivo, del resultado de la excepción. Siendo la consecuencia una sentencia que eventualmente haga lugar a un planteamiento constitucional, el efecto inmediato de tal pronunciamiento es la no ejecución de una orden emanada nada más y nada menos que de uno de los poderes del Estado, esto es, una desobediencia autorizada judicialmente a desconocer sobre una persona o personas una disposición que ha recorrido todos los canales legales para su vigencia al tiempo de ser dictada en virtud de la soberanía de un Estado.*

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia.

En prosecución del estudio y analizando las pretensiones de la accionante canalizadas por la presente acción es dable concluir que las mismas no reúnen los requisitos exigidos por la ley para enervar la validez de la disposición que ataca, ello se da en base a la falta de expresión detallada del agravio concreto que le acarrea a la excepciónante la aplicación del texto impugnado siendo que aquella se centra más bien en una apreciación respecto del encuadre de los mismos en el marco constitucional. En este sentido, la Sala Constitucional ha especificado siempre en situaciones similares lo imprescindible de señalar la obligación de la existencia un nexo efectivo entre el agravio y la garantía constitucional a invocarse, en el caso particular ese nexo no se encuentra detallado ni constatado en el escrito de oposición de la excepción.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Agravios.

Entendiendo que por un lado en atención a las líneas precedentes no puede entenderse lógicamente como agravio el hecho concurrir a un juicio con todas garantías señaladas tanto en ordenamientos legales nacionales como internacionales y por otro, la ausencia de exposición de otros agravios potenciales al momento de la oposición de la defensa no queda más que entender que la finalidad de la misma es el sólo beneficio de la ley.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Agravios.

Para que se dé curso a la excepción de inconstitucionalidad interpuesta, debe existir una justificación más que suficiente que el solo entender del excep-

cionante de que el artículo 461 de la Ley N° 1.286/1998 contradice otra disposición de mayor rango, sin importar que cause o no un agravio y es que produzca daño, no un daño general, hipotético, ni siquiera en perjuicio de otra persona o de la propia ley, sino un daño al que solicita su cese. Tal perjuicio por eso debe ser fundado y probado, de lo contrario tendrá siempre mayor peso la vigencia de una ley que la mera alegación de desconformidad, de un menoscabo o inclusive su referencia hecha en defensa de otros.

CSJ, Sala Constitucional. 24/07/12. “Excepción de inconstitucionalidad en el juicio: R.E.B.R. y otro s/ estafa y lesión de confianza” (Ac. y Sent. N°876).

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la excepción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el doctor FRETES dijo: El abogado Rodrigo Galeano Delgadillo por la defensa técnica de la Sra. Graciela Luz Marina Ortega en la causa caratulada “R.E.B.R. y OTRO s/ ESTAFA Y LESIÓN DE CONFIANZA” tramitada ante el Juzgado Penal de Garantías N° 9, plantea excepción de inconstitucionalidad contra el in fine del artículo 461 de la Ley N° 1.286/98 alegando la conculcación de disposiciones constitucionales.

El artículo en cuestión dispone: “Resoluciones apelables... No será recurrible el auto de apertura a juicio”.

Manifiesta el excepcionante que su parte en el curso del proceso ut supra mencionado interpuso un Recurso de Apelación General contra el A. I. N° 216 de fecha 18 de marzo de 2009 dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 9. Agrega que corrido el traslado que manda la ley, el representante del Ministerio Público, Rubén Villalba Ibarra, por medio del Requerimiento Fiscal N° 110 de fecha 27 de mayo de 2009, contesta solicitando el rechazo del recurso motivando su pretensión en lo establecido por el artículo parcialmente trasuntado. Posteriormente señala que la aplicación de la última parte del artículo atacado vulnera la garantía del reexamen o de la doble instancia consagrada en el artículo 8, Inc. 2), lit. “h” de la Convención Americana de Derechos Humanos y consecuentemente ello implica también la conculcación del artículo 137 de la Constitución. Expone que tal circunstancia torna también violatoria del artículo

constitucional N° 16 que establece el derecho a la defensa, de la igualdad antes las leyes previstas en sus artículos 46 y 47. Finalmente termina solicitando que uno de los ministros que integran esta Sala aplique lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley N° 609/1995.

En el análisis de la cuestión suscitada inicialmente podemos mencionar que de las disposiciones que rigen y guardan relación con la excepción de inconstitucionalidad, esto es, de la Constitución Nacional en su artículo 132, del Código de Procedimientos Civiles en su artículo 538 y siguientes; y su complementación en la Ley N° 609/1995 “Que Organiza la Corte Suprema de Justicia” artículos 11, 12 y 13, emergen los requisitos para la viabilidad de este tipo de defensas los cuales pueden ser resumidos en los siguientes: a) la individualización del acto normativo de autoridad, aquel de carácter general o particular, señalado como contrario a disposiciones constitucionales; b) la especificación del precepto de rango constitucional que se entienda como vulnerado, y c) en lo que hace a la fundamentación de la pretensión, la demostración suficiente y eficiente de agravios que irán a constituirse en el eje central de la justificación de la inaplicabilidad.

En el caso en cuestión es precisamente éste el requisito no observado por la excepcionante, elemento habilitante que no puede ser desconocido ni pasado por alto en el control de constitucionalidad de las leyes, ello debido a la notable trascendencia que deviene, en caso de ser positivo, del resultado de la excepción. Siendo la consecuencia una sentencia que eventualmente haga lugar a un planteamiento constitucional, el efecto inmediato de tal pronunciamiento es la no ejecución de una orden emanada nada más y nada menos que de uno de los poderes del Estado, esto es, una desobediencia autorizada Judicialmente a desconocer sobre una persona o personas una disposición que ha recorrido todos los canales legales para su vigencia al tiempo de ser dictada en virtud de la soberanía de un Estado.

En prosecución del estudio y analizando las pretensiones de la accionante canalizadas por la presente acción es dable concluir que las mismas no reúnen los requisitos exigidos por la ley para enervar la validez de la disposición que ataca, ello se da en base a la falta de expresión detallada del agravio concreto que le acarrea a la excepcionante la aplicación del texto impugnado siendo que aquella se centra más bien en una apreciación respecto del encuadre de los mismos en el marco constitucional. En este sentido, esta Sala ha especificado

siempre en situaciones similares lo imprescindible de señalar la obligación de la existencia un nexo efectivo entre el agravio y la garantía constitucional a invocarse, en el caso particular ese nexo no se encuentra detallado ni constatado en el escrito de oposición de la excepción.

En doctrina, Néstor Pedro Sagües en “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, pág. 488, *mutatis mutandi* expone que: “Sabido es, dentro de la Economía del recurso extraordinario, que no se lo destina para resolver consultas, ni para discutir “cuestiones abstractas” sino para impugnar decisiones que produzcan agravios atendibles. En resumen, la inexistencia de agravios cancela la competencia de la Corte Suprema, a los fines del recurso extraordinario y agrega “no cualquier agravio o perjuicio, conviene advertirlo, es reparable por medio del recurso extraordinario. El “agravio atendible” por esta vía excluye la consideración de ciertos perjuicios, como los inciertos, los derivados de la propia conducta del recurrente, o los ajenos al promotor del recurso”. Ya a nivel nacional cabe aquí traer a colación lo expresado por el Dr. Casco Pagano en su obra Código Procesal Civil Comentado y Concordado cuando en referencia a la declaración en abstracto y el interés legítimo de este tipo de acciones nos dice: “...Debe existir un interés en obtener la declaración por parte del afectado, de modo a tutelar efectivamente un derecho violado. Siendo así, no se consigue la declaración en abstracto de la inconstitucionalidad, vale decir, en el solo beneficio de la Ley, sin un concreto y legítimo interés en su declaración”.

La Corte Suprema de Justicia no se ha mostrado renuente a la adopción del pensamiento jurídico en cuestión, habiéndose pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido señalado, así: “La acción de inconstitucionalidad no puede tener por finalidad una decisión en abstracto, ni puede ser promovida por terceros que aleguen intereses ajenos” y agrega “el titular del derecho lesionado debe demostrar de manera fehaciente su legitimación para la promoción de la acción de inconstitucionalidad, y su interés debe surgir de manera sala y constituye un requisito habilitante necesario la demostración del gravamen o perjuicio que afecta a ese interés, pues de otro modo no existiría una relación directa que amerite el estudio de la cuestión introductoria con la acción” (Ac. y Sent. N° 91, 14/03/2005).

En esta misma idea se ha pronunciado aún más específicamente al manifestar que: “La impugnación por la vía de la constitucionalidad de una norma

debe plantearse haciendo análisis y aportando argumentaciones consistentes en relación con la afectación o lesión directa, concreta o visible derivada de la aplicación de la misma, ya que por medio de esta vía legal y de efecto concreto se intenta depurar el ordenamiento jurídico, logrando la ecuanimidad y el equilibrio en el impacto de la aplicación de las normas a la sociedad” (Ac. y Sent. 836, 22/09/2005).

Como se ve, esta Sala ha sostenido ya la importancia de la identificación, dimensionamiento y comprobación de un agravio, concreto, real y cierto a afectos de la viabilidad de la inconstitucionalidad pretendida, no siendo eficientes las alegaciones sobre posibilidades, por más ciertas que sean, de sufrirlos. En el caso particular, de las alegaciones expuestas por el excepcionante surge que el mismo denuncia constantemente la contradicción del artículo 461 de la Ley N° 1.286/98 como conculcadora de varias disposiciones, inclusive de un Convenio internacional aprobado por ley de la Nación. Ello plantea, en atención a las exigencias regentes para la defensa intentada, la siguiente situación: si manifiesta el excepcionante que la disposición que declara irrecurrible el auto de elevación a juicio oral es inconstitucional, forzosamente ello se debe a que le causa –o cuanto menos debería– algún agravio, obviando por un momento la ausencia en autos de la comprobación por su parte de tal extremo, debemos asumir en consecuencia que el agravio radica en la elevación misma de la causa a juicio. Con ello se deduce con claridad que en realidad lo que se presenta solapadamente como agravante es propiamente el juicio oral, situación que plantea toda la incógnita en atención a la construcción legal y doctrinaria del proceso el cual se encuentra rodeado de garantías y prerrogativas en beneficio del eventual acusado, de hecho, todas las garantías procesales que se mencionan en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual es citada por el excepcionante, encuentran un campo de acción mayor y más nítido en esta etapa, planteándose como un escenario en donde los principios regentes de inmediación, publicidad, oralidad, concentración y continuidad operan en beneficio de todos y contribuyen al esclarecimiento de los sucesos atribuidos al acusado.

Ahora bien, entendiendo que por un lado en atención a las líneas precedentes no puede entenderse lógicamente como agravio el hecho concurrir a un juicio con todas garantías señaladas tanto en ordenamientos legales nacionales como internacionales y por otro, la ausencia de exposición de otros agravios potencia-

les al momento de la oposición de la defensa no queda más que entender que la finalidad de la misma es el sólo beneficio de la ley. Esto es, que el artículo 461 de la Ley N° 1.286/98 es inconstitucional única y exclusivamente porque a entender del excepcionante contradice otra disposición de mayor rango, sin importar que cause o no un agravio. Si bien parecería coherente una respuesta positiva a tal planteamiento, jurídicamente resulta lo contrario, ello por el efecto mismo que tiene una declaración de inconstitucionalidad cual es la inaplicabilidad de una norma que, vigente para el resto de la población, no lo estará ya para una persona. Para que ello suceda debe existir una justificación más que suficiente y es que produzca daño, no un daño general, hipotético, ni siquiera en perjuicio de otra persona o de la propia ley, sino un daño al que solicita su cese. Tal perjuicio por eso debe ser fundado y probado, de lo contrario tendrá siempre mayor peso la vigencia de una ley que la mera alegación de disconformidad, de un menoscabo o inclusive su referencia hecha en defensa de otros.

En conclusión, como lo he mantenido en fallos anteriores y sostengo, los agravios forzosamente debieron emerger trasluciendo a la luz de las garantías o preceptos que se denuncian como violentados, este requisito sine qua non ha sido obviado y en este sentido y luego de la lectura de los términos de la defensa entiendo que la excepcionante no ha enhebrado adecuadamente una fehaciente exhibición de aquellos incurriendo sus argumentaciones en lo que señala Sa-güés en la obra citada como “Perjuicios inciertos, es decir, los que acrecen de entidad real actual”. En consecuencia, el criterio sostenido en reiteradas ocasiones por esta Sala, ante una circunstancia como la señalada siempre ha sido que la pretensión contenida en la pretensión resulta apuntada a un pronunciamiento en abstracto de la inconstitucionalidad, a más de planteada en el solo beneficio de la ley, extremo cuya resolución le está vedada a esta Sala, decidiendo así la suerte de las peticiones presentadas con tal contexto.

Finalmente respecto a la solicitud del excepcionante de la invocación por parte de algún miembro de esta Sala del artículo 16 de la Ley N° 609/95 “Que Organiza la Corte Suprema de Justicia”, en mi caso particular la considero tan innecesaria como improcedente.

En base a lo precedentemente expuesto, a las disposiciones legales citadas y en concordancia con el parecer del Ministerio Público por medio de su Dictamen N° 1.588 de fecha 29 de octubre de 2009, considero que la presente excepción no puede prosperar ante la ausencia de uno de los requisitos esenciales para su viabilidad. ES MI VOTO.

A su turno la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: La Excepción de Inconstitucionalidad promovida por los profesionales abogados Rodrigo R. Galeano Delgadillo y Enrique Zacarías Michelagnoli, en representación de la Sra. Graciela Luz Marina Ortega, contra la última parte del Art. 461 del Código Procesal Penal que establece: “No será recurrible el auto de apertura de juicio...”. Pretenden la inaplicabilidad de dicha norma en razón que el Agente Fiscal, al contestar el traslado del Recurso de Apelación –interpuesto por los accionantes– contra el A.I. N° 216 por el cual la jueza interviniente dispuso el juzgamiento de la causa en juicio oral y público, solicitó al Tribunal de Apelación la declaración de inadmisibilidad del Recurso por expresa disposición del Art. 461 in-fine del CPP, el cual dispone que el auto de apertura es irrecurrible.

Como puede verificarse en las compulsas del expediente judicial: “R.E.B.R. y G.L.M.O. de B. s/ Estafa y Lesión de Confianza”, tramitado por antela Juez Penal de Garantías N° 9, Abog. María Gricelda Caballero, el abogado de la defensa recurrió el Auto Interlocutorio por el cual se ordena la apertura del Juicio Oral y Público y, una vez contestado el traslado por el Fiscal, este último solicitó la aplicación del Art. 461 in-fine del Código Procesal Penal, por el cual se declara irrecurrible el Auto de Apertura a Juicio Oral; instalándose de esa manera el conflicto, oportunamente promovida por los recurrentes, teniendo en consideración las disposiciones del Art. 545 del Código Procesal Civil, aplicable al procedimiento penal, pues en éste último, la sustanciación de los Recursos se realiza ante el mismo juez que dictó la resolución para luego elevarlo al Tribunal de Apelaciones; siendo el momento oportuno la notificación de la contestación y la orden de remisión al Tribunal.

A los efectos de precisar el objeto de estudio, corresponde señalar que en la Excepción de Inconstitucionalidad interpuesta, pretende que el Tribunal de Apelaciones, al momento del estudio de la admisibilidad del Recurso de Apelación interpuesto contra el Auto de Apertura a Juicio Oral, no se le apliquen las disposiciones del Art. 461 in-fine del CPP que declara la irrecurribilidad de la resolución apelada.

Comparto la posición de los ministros preopinantes, en el sentido que la presente Excepción de Inconstitucionalidad no puede prosperar, sin embargo, a lo ya señalado agregó cuanto sigue:

Como ya se señalara, la vía de impugnación escogida resulta improcedente por el hecho de dirigir para lograr la inaplicabilidad del Art. 461 in fine del CPP

y, de esa manera, conseguir que el Tribunal de Apelaciones estudie el Recurso de Apelación interpuesto contra el Auto de Apertura a Juicio, el cual, al final, es una resolución que de ningún punto de vista puede causar algún menoscabo, en razón que dicha decisión no hace otra cosa que decretar la preclusión de la etapa intermedia y habilitar la instancia del juicio oral, que según el sistema de enjuiciamiento adoptado por la República del Paraguay, es la etapa donde el acusado cuenta con las más amplias garantías y prerrogativas para ejercer su defensa, razón por la cual esta decisión no puede causar agravios.

Agregamos a lo señalado que en inteligencia de esta Magistratura, la Excepción de Inconstitucionalidad promovida debe ser rechazada porque el Control de Constitucionalidad, establecida por la vía de la Excepción, exige que el instrumento normativo sea violatorio de alguna norma, derecho, garantía, obligación o principio consagrado por la Constitución. En el caso de autos, los recurrentes alegan que el Art. 461 del CPP es inconstitucional, pues cercena la posibilidad de la revisión, en segunda instancia, de las decisiones de los jueces (consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos) agregan que igualmente atenta contra el orden de prelación estatuido en el Art. 137 de la Constitución Nacional; sin embargo, sus alegaciones se encuentran huérfanas de fundamentación, cuando que la disposición normativa atacada (Art. 416 CPP) no altera ni se opone a la supremacía constitucional declarada en el Art. 137, sino más bien, evita dilaciones innecesarias del procedimiento estableciendo la irrecurribilidad de una resolución que no causa agravios, como se explicara precedentemente, y con ello lo que realmente acontece es que la norma omite la aplicación del convenio al suprimir la segunda instancia, por razones lógico-jurídicas que responden al Sistema de enjuiciamiento adoptado justamente a propósito de salvaguardar el derecho de defensa de las personas.

Por tanto, voto por el rechazo de la presente Excepción de Inconstitucionalidad, interpuesta por los profesionales abogados Rodrigo R. Galeano Delgadillo y Enrique Zacarías Michelagnoli, en representación de la Sra. Graciela Luz Marina Ortega, por improcedente. Es mi voto.

A su turno el doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, doctor FRETES, 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:

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la excepción de inconstitucionalidad promovida.

ANOTAR, registrar y notificar.

FDO.: Doctor VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Presidente, y doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: HÉCTOR FABIÁN ESCOBAR DÍAZ, Secretario Judicial I.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.135

Cuestión debatida: *Se analiza en el caso de Recurso de Casación si la resolución recurrida fue correctamente fundada o si fue realizada de modo aparente.*

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Fundamentación.

Cuando cualquiera de las partes, impetra la intervención del órgano jurisdiccional, está ejerciendo un derecho y por lo tanto reclama la tutela judicial efectiva de quien administra justicia, 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 de fundamentación y atentatorio contra la exigencia constitucional de la debida fundamentación.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Fundamentación.

El decisorio impugnado está afectado de un vicio formal denominado incongruencia omisiva, cuya esencia estriba en la vulneración, por parte del Tribunal de Apelaciones del deber del adecuado atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan alegado oportuna y temporáneamente, dándoles respuestas jurídicas, positivas o negativas, a los puntos controvertidos.

SENTENCIA. Vicios de la Sentencia. Fundamentación. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Las omisiones aludidas no solo suponen un quiebre de principios procesales sino que una trasgresión de mayor radio en tanto proyecta sus efectos a categoría de indefensión de quien –hallándose bajo la salvaguarda jurisdiccional y decisoria de un órgano judicial e independientemente del rol que ejerce en el proceso– espera convencido que aquel emita una resolución razonada atinen-

te a los extremos planteados, como reflejo o manifestación, a su vez, de otro derecho fundamental, esto es el de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses por el mecanismo de la doble instancia llamado a controlar la legalidad de una Sentencia Definitiva primaria.

RECURSO DE CASACIÓN. Procedencia. SENTENCIA.

No se advierte que la sentencia sea manifiestamente infundada. Si bien es cierto, el Tribunal de Apelación no respondió a todas las cuestiones formuladas por el impugnante, pero si respondió a los agravios principales que se refieren al hecho punible juzgado. Entre las cuestiones a las cuales no han respondido, son cuestiones que no hacen al fondo de la causa. (Voto disidencia minoría).

RECURSO DE CASACIÓN. Procedencia. SENTENCIA.

En conclusión, Si bien la casación deducida es admisible para su estudio, conforme al Art. 477 del CPP del pedido, ni de las constancias de autos no se percibe que la resolución sea manifiestamente infundada, es decir, no se encuadran a las disposiciones del Art. 478 del mismo cuerpo legal. (Voto disidencia minoría).

CSJ, Sala Penal. 21/08/12. “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Abog. Amelio Sisco Godoy, en la causa: “Ministerio Público c/ C.I. B. M. s/ Sup. hecho punible contra el estado civil, el matrimonio y la familia (Incumplimiento del deber legal alimentario)” (Ac. y Sent. N° 1.135).

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

CUESTIONES:

¿Es admisible o no el estudio del recurso impetrado?

En su caso, ¿procede o no el recurso extraordinario de casación?

Realizado el sorteo de Ley para establecer el orden de votación pertinente, se tiene el siguiente resultado: BLANCO, PUCHETA DE CORREA y BENÍTEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. SINDULFO BLANCO dijo: El recurso escrito fue depositado, en representación del condenado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra un fallo definitivo de un Tribunal de Apelaciones que puso término al procedimiento (art. 477 CPP). Por otro lado, el plazo previsto en el Art. 468 del Código Procesal Penal no comenzó

a correr porque el fallo confirmatorio de la condena no fue notificado como ordena el Art. 153, último párrafo, en concordancia con las normas previstas en los artículos 154, 155 y 156 del Código Ritual. Como motivo fue invocado el numeral 3 del art. 478 del CPP, que se refiere a la manifiesta falta de fundamentación. El casacionista pretende la nulidad de la Sentencia de Alzada y el reenvío a otro Tribunal.

Dicho de otra manera, se identificó la resolución objeto del recurso. Además fue invocado y fundado el motivo (derecho de impugnación objetiva). Y el sujeto condenado, tiene interés y capacidad para recurrir, aunque lo hizo mediante representante convencional (derecho de impugnación subjetiva). Por consiguiente, es viable el estudio del recurso planteado. Así voto.

A su turno los Ministros, doctores ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, manifestaron adherirse al voto que antecede, por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. SINDULFO BLANCO prosiguió diciendo: El Tribunal de Apelaciones no realizó en forma el control jurisdiccional o de legalidad. Las explicaciones brindadas, no responden a los puntos cuestionados o agravios de la Apelación Especial, conforme dispone el Art. 456 del Código Procesal Penal, sólo se limitó a realizar un análisis mecánico de la sentencia impugnada. Esto significa que no está fundada la Sentencia, o es arbitraria. La exigencia de la motivación hace a la validez de la Sentencia (De la Rúa, “La Casación”, pág. 105 y sgtes.). El Dictamen N° 314 del 15 de marzo de 2010 de la Fiscal Adjunta (Fs. 214/219) coincide en la existencia de vicios (resolución citrapetita, pasible de casación). En síntesis, el Tribunal de Alzada trasgredió el principio de congruencia al no responder a los requerimientos expuestos por el apelante contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Luego, proceden la Casación, y la petición coincidente (defensa y fiscalía), para el reenvío de la causa a otro Tribunal de Apelaciones con el fin de resolver la Apelación Especial. Es mi voto.

A su turno, la DRA. ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA dijo: Luego de un cabal análisis de los autos traídos a despacho y a la vista del razonamiento discernido por quien me antecede en la emisión del voto, debo expresar que si bien he de arribar a una conclusión coincidente con la que sugiere en el sentido de descalificar el Acuerdo y Sentencia recurrido, expondré, a título de voto complementario, algunas consideraciones que refuerzan positivamente tal aserto.

Examinando el Acuerdo y Sentencia impugnado en el contexto integral de su advenimiento, surge que, efectivamente, el mismo padece de vicios de procedimiento en la actividad juzgadora alegada, en razón de haber omitido expedirse acerca de todos los puntos de la Sentencia Definitiva del A-quo, que han sido puestos en crisis por la defensa al tiempo de implementar contra ella la Apelación Especial, en la que precisamente, gran parte de los agravios vertidos se centralizaban sobre la legalidad de los elementos probatorios viabilizada por el Tribunal de Sentencia; sobre la contradicción en las reglas de la sana crítica; validez de las pruebas documentales, etc.

Precisamente, tal como lo ilustran los autos, el Tribunal de Apelaciones, emisor del fallo impugnado, debía ceñir su actividad jurisdiccional exclusivamente a los puntos cuestionados del pronunciamiento recaído en la instancia originaria, toda vez que su competencia funcional esta limitada a los ítems de la resolución a que se refieren las impugnaciones, por así exigirlo el principio reconocido a través del aforismo “*tantum devolutum quantum appellatum*” (solo hay devolución de lo que ha sido apelado), que se encuentra expresamente consagrado en el Art. 456 del CPP en el contexto de las normas generales que rigen los recursos.

Lo afirmado precedentemente es una cuestión obvia, puesto que si a los fines de la impugnación, a las partes se le otorga el derecho, por un lado, para recurrir y por otro, se le exige fundar el recurso expresando en forma concreta y separada cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende (Art. 468 del CPP), como condición de viabilidad, es precisamente para que el órgano de alzada reclamado, como deber y obligación legal correlativo, lo tenga en cuenta y resuelva la contienda jurídica en función a las propuestas de las partes que constituyen la materia del debate y la medida de su competencia; de ahí que cuando cualquiera de las partes, impetra la intervención del órgano jurisdiccional, está ejerciendo un derecho y por lo tanto reclama la tutela judicial efectiva de quien administra justicia, 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 de fundamentación y atentatorio contra la exigencia constitucional de la debida fundamentación.

Como bien lo señala Bidart Campos: “*El derecho a la jurisdicción no se satisface ni se agota con el mero acceso a un juez, ni con la secuela del debido*

proceso, sino que exige culminar con una sentencia (válida) que se resuelva “todas” las pretensiones y “todas” las cuestiones de hecho y de derecho incluidas en la causa. Dejar de resolver una cuestión de orden constitucional es amputar el meollo de la causa y de la sentencia. No es resolver todo. El residuo no juzgado deja sin jurisdicción al justiciable pretensor. (“El Derecho, Jurisprudencia General”, Tomo 128, pág. 221 y sgtes.).

En el caso de autos, el Tribunal de Apelaciones no ha hecho ni la más mínima alusión, ni mucho menos considerar razonadamente los planteos o argumentos oportunamente introducidos, a título de agravios, por la parte recurrente que precisamente, determina la extensión y el límite de su competencia en el ejercicio de su jurisdicción, que a más de ser un índice revelador, elocuente de la desaprensiva atención que el Tribunal de Apelaciones ha brindado a los puntos de la resolución impugnada, la omisión, de gravedad institucional contaminante del fallo, permite afirmar que ha rehuido a su primaria labor de selección, interpretación y elaboración de los elementos fácticos y jurídicos que el caso traído a su consideración exigía y en ese contexto, al fundar su decisión, debía hacerlo en atención a los agravios desgranados por el apelante y a la contestación de la parte adversa, todo ello a la luz de las normas cuya aplicación han sido controvertidas, de tal modo que las partes estén en condiciones de poder verificar la correcta aplicación de la normatividad en vigor aplicable al caso y la exposición de un razonamiento lógico debía constituir su acabada y palmaria demostración.

En las condiciones apuntadas, el decisorio impugnado está afectado de un vicio formal denominado “incongruencia omisiva”, cuya esencia estriba en la vulneración, por parte del Tribunal de Apelaciones del deber del adecuado atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan alegado oportuna y temporáneamente, dándoles respuestas jurídicas, positivas o negativas, a los puntos controvertidos.

El fallo en examen, reitero, se abstiene en absoluto de honrar tal exigencia, pues omite todo análisis a las materias sustanciales sobre lo que ha versado el Recurso de Apelación Especial.

Ante casos similares, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha reprobado con la sanción nulificatoria a las resoluciones judiciales incursas en las anomalías descritas, entre las que se puede citar: el *Acuerdo y Sentencia N° 1870 de fecha 28 de diciembre de 2004*, en el expediente: “Gladys Zunilda Villal-

ba y Carlos Raúl González Villalba s/ Producción de Documentos no Auténticos en Villarrica”; *Acuerdo y Sentencia N° 235 de fecha 18 de abril de 2005* en el expediente “Hugo Javier Pera s/ Hecho Punible c/ el Patrimonio – Estafa y Lesión de Confianza, contra la Prueba Documental y Producción de Documento no Auténtico en Caraguatay”; *Acuerdo y Sentencia N° 596 de fecha 26 de julio de 2005* en el Expediente: “Juan Carlos Suárez Aguilera s/ Posesión y Tráfico de Estupefacientes”, y el *Acuerdo y Sentencia N° 639 de fecha 4 de Agosto de 2005*, en el expediente: Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el Defensor Público Abog. Cesar Ramón Báez en la causa: Ministerio Público c/ Mariano Benítez y otros s/ Homicidio en Aguapety”, *Acuerdo y Sentencia N° 1.865 de fecha 20 de diciembre de 2005*, emitido en el expediente: “Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Abog. Violeta González en los autos: Alfredo David Kravetz s/ Robo con Resultado de Muerte”.

Desde esa perspectiva, el casacionista ante el Tribunal de Apelaciones formuló los siguientes agravios: 1. Intervención del Abogado Hans Otto Kroeger; 2. Recusación de la Jueza Carmen Teresa Barrios; 3. Falta de enunciación del hecho objeto del juicio; 4. Vicios de la Sentencia por falta de fundamentación de la sentencia.

En respuesta a los agravios formulados el Tribunal de Apelaciones de manera aislada expresó: “*Se aprecia con claridad que el fallo dictado cumple con todos los requisitos que la ley adjetiva impone en los artículos 396, 397 y 398 que hacen a la deliberación, a las normas que se deben seguir de la competencia y reprochabilidad del acusado y finalmente lo atinente al último eslabón como es la punibilidad...*”. Prosigue diciendo: “*De esta forma en modo alguno se observa la inobservancia de los preceptos legales que a un correcto juzgamiento, siendo también suficientemente honrado lo requerido por el Art. 125 del digesto penal mencionado....*”.

Conforme al relato formulado, puede afirmarse que el Tribunal de Apelación emitió un fallo que resulta ser manifiestamente infundado, en tanto se basa en meras afirmaciones, vagas e imprecisas que por lo general no contienen un análisis lógico de los agravios formulados por el recurrente. La total carencia de dichas exigencias hace que lo decidido por el A-quem, sea demostrativo de una escasa laboriosidad en la actividad jurisdiccional ejercida.

En definitiva, las omisiones aludidas no solo suponen un quiebre de principios procesales sino que una trasgresión de mayor radio en tanto proyecta sus

efectos a categoría de indefensión de quien –hallándose bajo la salvaguarda jurisdiccional y decisoria de un órgano judicial e independientemente del rol que ejerce en el proceso– espera convencido que aquel emita una resolución razonada atinente a los extremos planteados, como reflejo o manifestación, a su vez, de otro derecho fundamental, esto es el de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses por el mecanismo de la doble instancia llamado a controlar la legalidad de una Sentencia Definitiva primaria.

Por las razones expuestas, corresponde anular íntegramente, por manifiestamente infundado, el Acuerdo y Sentencia N° 61 de fecha 25 de setiembre de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, se perfila como notoriamente desconectado de los cánones procedimentales de rigor y carente del debido sustento normativo, contrariando el deber, dimanante de un sistema republicano, de arribar a conclusiones que se encuentran fundadas en la Constitución y la Ley, tal como lo requiere el Art. 256- segundo párrafo- de la Constitución Nacional en concordancia con el Art. 125 del Código Procesal Penal que lo reglamenta. En consecuencia, de conformidad al Art. 473 del CPP, debe reenviarse la causa al Tribunal de Apelaciones de la misma Circunscripción Judicial que sigue en orden de turno a los efectos que resuelva el recurso de apelación especial planteado por la parte querellante, conforme a derecho. Voto en el sentido y con los alcances expuestos.

A su vez el Ministro Dr. LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, dijo: Se presenta el Abogado Defensor Amelio Sisco en representación del condenado C.I.B.M. a plantear recurso de casación contra el Acuerdo y Sentencia N° 61 de fecha 25 de setiembre de 2008 dictada por el Tribunal de Apelación en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná. El casacionista invocó como causal el Art. 478 numeral 3 del C.P.P. “cuando la sentencia o el auto sean manifiestamente infundados”.

El impugnante alega que el Tribunal de Alzada ha evitado analizar en concreto cualquiera de las cuestiones formuladas en la apelación, entre ellas no analizó los siguientes agravios: 1) Denegatoria injustificada de intervención del consultor técnico Hans Otto Kruger; 2) Denegatoria de la recusación contra la jueza Carmen Barrios; 3) Falta de enunciación circunstanciada del hecho objeto del juicio; 4) Ausencia de adecuada fundamentación; 5) Inobservancia de las reglas para la deliberación de la sentencia; 6) Condena sin contarse con hechos

concretos; en base a apreciaciones subjetivas, presunciones y afirmaciones vacías.... *Solicita se declare la nulidad del Acuerdo y Sentencia cuestionado y se reenvíe a nuevo Tribunal de Apelación* (fs. 184/187).

Al respecto, es conveniente en este momento tratar de delimitar la expresión “*manifiestamente infundada*”, y en ese sentido decimos: “... *Se halla inmotivado el auto cuando carece de los elementos de hecho y de derecho en que se basa la solución acordada*” (Lino Enrique Palacio, “Los Recursos en el Proceso Penal”, Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 112). Creemos que una sentencia definitiva o auto interlocutorio no está fundada cuando acaece sobre ella los vicios de fundamentación aparente, fundamentación incompleta, fundamentación arbitraria o de error en la congruencia que debe existir entre lo que se tiene por probado y el derecho aplicable al caso.

En su obra: “*El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino*”, Fernando de la Rúa, señaló: “...*La falta de motivación, se ha dicho también, no puede consistir, simplemente en que el juzgador no consigne por escrito las razones que lo determinan a declarar una concreta voluntad de la ley material que aplica, sino también en no razonar sobre los elementos introducidos en el proceso, de acuerdo con el sistema impuesto por la ley procesal, esto es, en no dar razones suficientes para legitimar la parte resolutive de la sentencia...*”.

Analizando los argumentos del fallo cuestionado, no se advierte que la sentencia sea manifiestamente infundada. Si bien es cierto, el Tribunal de Apelación no respondió a todas las cuestiones formuladas por el impugnante, pero sí respondió a los agravios principales que se refieren al hecho punible juzgado. Entre las cuestiones a las cuales no han respondido, son cuestiones que no hacen al fondo de la causa, entre ellas la denegatoria injustificada de intervención del consultor técnico Han Otto Kruger y la denegatoria de la recusación contra la Jueza Carmen Barrios.

Con relación a estas cuestiones, la denegatoria obedece a una resolución emanada del Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 270 de fecha 30 de junio de 2008, en la cual se ha resuelto: “*Suspender preventivamente en el ejercicio de la profesión de abogado al Sr. Hans Otto Kroeger; interin se sustancia el sumario administrativo instruido en la Superintendencia General de Justicia*” (fs. 11/12, cuadernillo de recusación planteada por el Abog. Hans Otto contra la jueza Abog. Carmen Barrios).

La recusación ha sido resuelta por los Miembros restantes del Tribunal de Sentencia en la cual resolvieron: NO HACER LUGAR a la recusación planteada

contra la Jueza Carmen Barrios, mediante el A.I. N° 115 de fecha 5 de mayo de 2008, fs. 5/6, resolución que ha quedado firme, al no plantearse recurso alguno contra dicho fallo.

En cuanto a los demás planteamientos, los de Alzada han expuesto: “...se aprecia con claridad que el fallo dictado cumple con todos los requisitos que la ley adjetiva impone en los arts. 396, 397 y 398 que hacen a la deliberación, a las normas que se deben seguir para la determinación de la competencia, la existencia de los hechos reputados punibles, la participación y reprochabilidad del acusado y finalmente lo atinente al último eslabón como la punibilidad, de ahí surge como consecuencia última de todo ese proceso valorativo racional, la imposición de la sanción condenatoria precisa para el justiciable C.I.B.M. conforme lo manda el Art. 402 del CPP...”.

Prosigue manifestando el Tribunal: “...Analizando detenidamente todas las cuestiones que se ha propuesto el Tribunal de Mérito considerar, decimos que ese proceso interactivo tanto en cuanto hace a la existencia del hecho típico, a la reprochabilidad y a la calificación de la conducta típica y antijurídica se ha efectuado conforme a los principios de razonabilidad, logicidad objetividad en fiel respeto igualmente al principio de congruencia. La valoración de las pruebas que ha realizado el Tribunal, se apiada de los criterios de la sana crítica...”.

En conclusión, si bien la casación deducida es admisible para su estudio, conforme al Art. 477 del CPP del pedido, ni de las constancias de autos no se percibe que la resolución sea manifiestamente infundada, es decir, no se encuadran a las disposiciones del Art. 478 del mismo cuerpo legal. Por ende, soy del criterio, que no existe otra alternativa sino la de RECHAZAR el recurso extraordinario interpuesto. ES MI VOTO.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL.

RESUELVE:

DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación presentado en autos.

HACER LUGAR, al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la defensa del Sr. C.I.B.M.; y, en consecuencia, ORDENAR el reenvío de estos autos al Tribunal de Apelaciones de la misma Circunscripción Judicial, con el

fin de resolver la Apelación Especial; conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANOTAR, notificar y registrar.

MINISTROS: SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA

Ante mí: Karina Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 1.164

Cuestión debatida: *Se nos plantea un caso en el que en las instancias ordinarias sediscutió el hecho de si le asistía razón al trabajador a tomar la determinación de retirarse con causa justificada de su empleo y desi dicha decisión la tomó dentro del plazo legal que tenía parahacerlo. Además se menciona durante el transcurso del debate el "Mobbing" y que a criterio delmiembro disidente del Tribunal del Alzada claramente es lo que seaprecia en este caso concreto.*

CONTRATO DE TRABAJO. Retiro Voluntario. Mobbing

El Acoso Laboral o Mobbing es aquel acoso psicológico o presión laboral a que es sometido un trabajador, en forma premeditada y sistemática, cuyo objetivo es su dimisión voluntaria y desequilibrio psicológico por medio de actos de denigración y ataques a su dignidad.

CONTRATO DE TRABAJO. Retiro Voluntario. Mobbing.

Estamos ante una pluralidad de actos que en la secuencia en que se producen conculcan la dignidad del trabajador y con ello atacan el núcleo esencial del resto de los derechos de la persona, ya sean de naturaleza laboral o no. Uno de sus objetivos esenciales es el deshacerse de un trabajador forzando su abandono voluntario sin que se llegue al despido, por el consabido coste económico que le acarrearía.

CONTRATO DE TRABAJO. Retiro Voluntario. Mobbing. MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

Debido a la falta de previsión normativa expresa sobre el Mobbing en nuestra legislación, nos resta únicamente formar a este respecto, un criterio jurisprudencial basado en nuestro derecho positivo y en la interpretación conforme

a la sana crítica de los jueces del trabajo en los casos concretos, subrayando la característica principal para su determinación, cual es “el supuesto de situaciones/daños continuados”.

CONTRATO DE TRABAJO. Retiro Voluntario. Mobbing. Empleador. MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

Al no existir todavía una regulación específica sobre el “Acoso psicológico en el trabajo”, es posible dar un encuadre jurídico de la figura en los siguientes términos: Constitución Nacional. Las disposiciones establecidas en los artículos 4° ...; 9°...; 45 “...;86...”, Código del Trabajo, Ley 213/93. El empleador tiene respecto de sus subordinados un deber específico, no solo de no dañar, sino de proteger y de prevenir cualquier tipo de daño. Este deber de previsión y seguridad está contenido en el Art. 273 del C.T. –considerado el Mobbing como un riesgo psicosocial–. Además de los artículos 9° ...61 ...62 inc. k).

CONTRATO DE TRABAJO. Retiro Voluntario. Mobbing. MAGISTRADO. Facultades del magistrado.

La normativa citada hace más que posible que este fenómeno de violencia laboral no quede impune, aun con la conciencia de que la previsión legislativa aún no es expresa al respecto.

CSJ, Sala Constitucional. 23/08/12. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “G. R.L. M. c/ B. S. SAECA s/ retiro justificado y cobro de guaraníes” (Ac. y Sent. N° 1.164).

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 NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: Se presenta ante esta Sala Constitucional el Sr. GABRIEL RUIZ LÓPEZ MOREIRA, por sus propios derechos y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra el ACUERDO Y SENTENCIA N° 2 DE FECHA 5 DE FEBRERO DE 2007, dictado por el Tribunal de Apelación del Trabajo, Primera Sala, de esta capital.

1. La resolución ut supra citada resolvió: “*REVOCAR, con costas, el interlocutorio apelado... REVOCAR la sentencia apelada y, en consecuencia desestimar la demanda...*”.

2. Alega el accionante, que la misma deviene absolutamente contraria a la Constitución Nacional, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Derecho Internacional del Trabajo, al Código del Trabajo, a los principios generales del derecho laboral y a la jurisprudencia; además de socavar sus más elementales derechos..

3. Resulta que en los autos principales se presentó el trabajador señor GABRIEL RUIZ LÓPEZ MOREIRA, a promover demanda por retiro justificado y cobro de guaraníes, contra el BANCO SUDAMERIS PARAGUAY SAECA. Esta última contestó la demanda, negó lo alegado por el actor y opuso excepción de prescripción contra la acción para reclamar los rubros de indemnización por retiro con causa y falta de preaviso.

3.1. En Primera Instancia se resolvió HACER LUGAR a la demanda instaurada por el empleado y la parte demandada fue condenada a abonar al actor la suma de G. 131.809.699. Asimismo el juzgado dispuso RECHAZAR la excepción de prescripción opuesta por el BANCO SUDAMERIS PARAGUAY SAECA.

3.2. En Segunda Instancia, se resolvió REVOCAR la sentencia apelada, y por tanto DESESTIMAR la demanda, además de REVOCAR el auto interlocutorio por el cual se rechazó la excepción de prescripción opuesta por el Banco.

3.3. Analizado el caso, se revela la situación de un trabajador sin estabilidad especial, es decir, con menos de 10 años de antigüedad, que decide retirarse con causa, basado en el Art. 84 inc. n) del Código del Trabajo: *“Son causas justificadas determinación del contrato por voluntad unilateral del trabajador, las siguientes:...n) Toda alteración unilateral del contrato de trabajo de parte del empleador no aceptada por el trabajador, así como las violaciones graves del reglamento interno de trabajo cometidas por aquél”* y por el menoscabo del que fuera objeto según sus manifestaciones, por el Banco demandado. Estas circunstancias las denunció en el Telegrama Colacionado (fs. 13), en el cual el trabajador expuso: *“Antemodificación unilateral de condiciones de mi contrato de trabajo desde fecha 24/11/03 y el menoscabo del que he sido objeto por parte del Banco. A partir del día de la fecha retiro me con causa justificada...”*. Por su parte, la entidad bancaria empleadora, por un lado negó la situación descripta por el subordinado y que fuera el motivo de su supuesto retiro con causa; y por el otro sostuvo que el plazo que tenía el señor GABRIEL RUIZ LÓPEZ MOREIRA, para retirarse con causa estaba prescripto, ya que lo hizo mucho tiempo después de que ocurriera *“... la causa que dio motivo a la terminación...”*, que exige la norma (Art. 400 inc. c) del CT).

4. Se nos plantea un caso en el que en las instancias ordinarias se discutió el hecho de si le asistía razón al trabajador a tomar la determinación de retirarse con causa justificada de su empleo y de si dicha decisión la tomó dentro del plazo legal que tenía para hacerlo. Además se menciona durante el transcurso del debate la “PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO” o “MOBBING” y que a criterio del miembro disidente del Tribunal del Alzada claramente es lo que se aprecia en este caso concreto.

5. La parte accionante –el trabajador señor GABRIEL RUIZ LOPEZ MOREIRA– señaló: “...*Se ha demostrado acabadamente que mis condiciones de trabajo se modificaron unilateralmente y arbitrariamente. Que de ser un apoderado del Banco, con uso defirma, con rango de apoderado de la institución, encargado de unaimportante cartera corporativa y principal responsable de la captaciónde clientes provenientes de la administración pública... se me comisionó al Departamento de Marketing... se me prometió permanentemente que sería reasignado a un área más acorde con mis conocimientos, al tiempo que se me hacía víctima de un acoso progresivo... jamás se me asignó una sola tarea... yse me remitió a unmodesto escritorio en el medio del pasillo. Y ello cuando con anterioridad a ello tenía una oficina privada en el mismo piso que lade los gerentes de la entidad... con posterioridad se me fueronsacando otras funciones y atribuciones hasta llegar al punto final, mieliminación de la lista de carácter público de apoderados de laentidad...*”. El BANCO SUDAMERIS PARAGUAY SAECA, negó absolutamente la situación descrita por el empleado, aparte de señalar que la acción que tenía el trabajador para retirarse con causa, se hallaba prescripta, pues lo hizo luego de casi un año después de que se produjera la supuesta alteración del contrato de trabajo argüida por su parte como motivo de su retiro.

6. Entiendo que en este caso asistió razón al señor GABRIEL RUIZ LÓPEZ MOREIRA, al tomar la decisión de retirarse con causa de su puesto de trabajo, y que la misma se encontró dentro del plazo legal que tenía para hacerlo. Además en la ocasión se evidencia la arbitrariedad del fallo del tribunal de alzada, al apartarse de las constancias del expediente, obviando situaciones fácticas determinantes para la configuración de la situación descrita por la parte actora, concluyendo luego en una decisión irrazonable. Argumentaré mi afirmación.

7. Pues bien, efectivamente en este caso, se produjeron a más de la alteración unilateral del contrato de trabajo del empleado bancario, las situaciones de

menoscabo a los que aludía el mismo y que lo llevaron al retiro de su puesto de trabajo. Podemos confirmar que en el juicio de referencia se dan un cúmulo de hechos y actitudes que pueden ser considerados como de hostigamiento hacia el trabajador.

8. Nos encontramos ante la configuración de una figura –el denominado ACOSO PSICOLÓGICO EN EL TRABAJO– que si bien no es para nada nuevo, pues los fenómenos de violencia laboral siempre existieron, lo que indudablemente es actual, en su tratamiento y exposición en nuestros tribunales del trabajo.

8.1. El ACOSO LABORAL O MOBBING es aquel acoso psicológico o presión laboral a que es sometido un trabajador, en forma premeditada y sistemática, cuyo objetivo es su dimisión voluntaria y desequilibrio psicológico por medio de actos de denigración y ataques a su dignidad. A través del tiempo, la doctrina así como la jurisprudencia comparada han ido adicionando elementos a su definición, y podemos mencionar algunas a modo ejemplificativo: a) La clásica definición de *Heinz Leymann*^[1] “*Situación en la que una persona ejerce unaviolencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrentey durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personasen el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación,perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esapersona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo*”, b) La perteneciente a *Marie France Irigoyen*^[2] “... cualquiermanifestación de una conducta abusiva y especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o denigrar el clima de trabajo...”. c) Por último es importante la inclusión realizada en el Diccionario de la Real Academia Española, y que lo define como “*Práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente*”.

8.2. Es así que, estamos ante una pluralidad de actos que en la secuencia en que se producen conculcan la dignidad del trabajador y con ello atacan el núcleo esencial del resto de los derechos de la persona, ya sean de naturaleza laboral o no. Uno de sus objetivos esenciales es el deshacerse de un trabajador forzando su abandono voluntario sin que se llegue al despido, por el consabido coste económico que le acarrearía.

8.3. Tengo el convencimiento de que en el caso de autos nos encontramos en presencia de este fenómeno. Durante todo el transcurso del proceso el representante del BANCO SUDAMERIS PARAGUAY SAECA mantuvo la tesis de que las modificaciones en las condiciones de trabajo del señor GABRIEL RUIZLÓPEZ MOREIRA, no constituían ningún tipo de menoscabo, ni de agravio hacia el empleado, que los cambios de departamentos, oficinas, pisos o funciones son eventualidades que son normales en el desempeño de un empleado durante su vida laboral, y que esos cambios no pueden ser considerados como una injuria hacia el trabajador, ya que es una potestad que le asiste al empleador, en virtud a su facultad de dirección. Además de que el tiempo que tenía el trabajador para expresar su disconformidad con la nueva situación estaba ampliamente prescripto. Parcialmente es verdad lo que sostiene la empleadora.

8.4. Revisemos algunos hechos de la causa: a) Traslado al Departamento de Marketing; b) El cambio de piso y de oficina; c) Encontrarse a las órdenes de un empleado de menor jerarquía; d) Incapacidad para el cargo; e) Su nombre ya no figuraba en la lista de apoderados del Banco. Los citados son los hechos fundamentales que fueron analizados y valorados por los juzgadores inferiores al momento de expedirse en el caso de autos. Es verdad que el empleador puede realizar cambios generales en el contrato de trabajo, en algunas ocasiones sin necesidad del consentimiento del trabajador –afirmación del banco–, sin embargo, no es menos cierto que esta potestad es limitada y no puede ser usada arbitrariamente, comenzando por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (Art. 86 CN), además de que debe ser ejercida dentro de los marcos de razonabilidad de la medida y de funcionalidad. Ahora bien, el gran límite que reconoce el ejercicio del *ius variandi*, consiste en que su aplicación no cause menoscabo al trabajador, que no solo puede ser económico, sino que también está referido a cuestiones morales y sociales.

8.5. En un apartado especial merece ser tratado el tema del cómputo de los plazos para el ejercicio de la acción en el caso de autos, a saber: EL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCIÓN. Es que en el fenómeno del acoso psicológico en el trabajo estamos ante una continuidad en la acción, y el problema principal surge en establecer el “*dies a quo*”, a partir de cuando corre el plazo para la reclamación. En la doctrina comparada, a modo ejemplificativo se consideró sobre el tema: “... *Por el contrario, en los supuestos de daño continuado, como es el “mobbing” al producirse día a día generándose un agravamiento paulatinosin*

solución de continuidad como consecuencia de un hecho inicial, nos encontramos con que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo, lo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer que el plazo de prescripción no empieza a correr en el supuesto de daños continuados hasta que no cesen los efectos lesivos. (De aquí podemos concluir, conforme con la jurisprudencia existente que, en el plazo de prescripción no comenzará a correr sino a partir del día en que dicha situación continuada deje de producirse, quedando interrumpida por los periodos de baja, por enfermedad común profesional o por accidente laboral, que la o el trabajador haya precisado derivados de la situación de "mobbing". (S. TS23.01.98 y S. TSJ de Aragón, Contencioso-Administrativo, 24.02.01)...". Debido a la falta de previsión normativa expresa sobre el Mobbing en nuestra legislación, nos resta únicamente formar a este respecto un criterio jurisprudencial basado en nuestro derecho positivo y en la interpretación conforme a la sana crítica de los jueces del trabajo en los casos concretos, subrayando la característica principal para su determinación, cual es "el supuesto de situaciones/daños continuados". En el caso de autos coincido con el miembro disidente en su postura sobre que la acción del trabajador señor GABRIEL RUIZ LÓPEZ MOREIRA, para su retiro justificado se encontraba dentro del plazo de ley, pues el mismo hace referencia específica a un último acto –no figuraba en la lista de apoderados de la institución– que nos sirve de referencia como último evento de un actuar continuado de más de un año de situaciones de menoscabo relatados por el mismo y de que fuera víctima. Por lo que el plazo que tiene todo trabajador para denunciar prácticas que den lugar al acoso laboral, deberán ser contados desde el último acto que las constituyan.

9. Finalmente, y al no existir todavía una regulación específica sobre el "Acoso psicológico en el trabajo", es posible dar un encuadre jurídico de la figura en los siguientes términos:

9.1. Constitución Nacional. Las disposiciones establecidas en los artículos 4º "...toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica"; 9º "...Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad..."; 45º "...La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía..."; 86º "... Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas...".

9.2. Código del Trabajo. Ley 213/93. El empleador tiene respecto de sus subordinados un deber específico, no solo de no dañar, sino de proteger y de prevenir cualquier tipo de daño. Este deber de previsión y seguridad está contenido en el Art. 273 del CT –considerado el mobbing como un riesgo psicosocial–. Además de los artículos 9º: “*El trabajo... exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, y se efectuará en condiciones que aseguren la vida, la salud...*”; 61 “*El contrato de trabajo debe ser cumplido de buena fe y obliga no solo a lo que esté formalmente expresado en él, sino a todas las consecuencias derivadas de mismo o que emanen de la naturaleza jurídica de la relación que por ley correspondan a ella*”; 62 inc. k) *guardar la debida consideración hacia los trabajadores, respetando su dignidad humana y absteniéndose de maltratarlos de palabra o de hecho; y 1) “adoptar ... medidas... adecuadas... para crear y mantener las mejores condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, previniendo en lo posible los riesgos profesionales”.*

9.3. La normativa citada hace más que posible que este fenómeno de violencia laboral no quede impune, aun con la conciencia de que la previsión legislativa aún no es expresa al respecto.

10. En conclusión, en este caso, opino que el accionante Señor GABRIEL RUIZ LÓPEZ MOREIRA –actor en el juicio principal– fue víctima de un reiterado menoscabo en su puesto de trabajo, evidenciado en el actuar ilícito de la empleadora y que se mantuvo en el tiempo, forzándolo a retirarse del mismo con justa causa.

11. Por las razones expuestas opino que en el caso analizado, corresponde HACER LUGAR A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD deducida por el señor GABRIEL RUIZ LÓPEZ MOREIRA, por tanto declarar la nulidad del ACUERDO Y SENTENCIA N° 2 DE FECHA 5 DE FEBRERO DE 2007, dictado por el Tribunal de Apelación del Trabajo, Primera Sala, de esta capital. Consecuentemente, los autos deberán ser remitidos al Tribunal que le sigue en orden de turno para su nuevo juzgamiento, en virtud al Art. 560 del CPC. Asimismo, las costas en esta instancia serán impuestas en el orden causado, en vista a la novedad de los temas tratados en el caso en estudio y a la escasa jurisprudencia existente sobre la cuestión. Voto en ese sentido.

A su turno, la doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Del análisis de la resolución objeto de la acción, del escrito presentado y de las constancias del expediente de origen, surge que el procedimiento ha sido correctamente llevado y que no se han violado las normas que reglamentan el debido proceso.

El estudio de las pruebas y del valor que las instancias inferiores concedieron a las mismas no está permitido en la acción de inconstitucionalidad.

El accionante, en desacuerdo con la interpretación de las normas y la valoración de las pruebas que hacen los juzgadores, busca la apertura de una nueva instancia y un nuevo análisis de los hechos, lo que no corresponde porque la acción de inconstitucionalidad es una acción autónoma y no constituye una instancia más de revisión de los procesos.

Dentro de la acción de inconstitucionalidad podemos disentir con lo dispuesto por los magistrados de instancia, pero ese disenso no nos autoriza a modificar la resolución, si no se advierte la inconstitucionalidad de la misma.

La discrepancia con el criterio de los juzgadores no es fundamento para una acción de inconstitucionalidad, porque esta acción es una vía reservada en exclusividad para el control de la observancia de los preceptos constitucionales y, eventualmente, para hacer efectiva la supremacía de la Constitución Nacional en caso de transgresiones.

Por lo manifestado precedentemente considero que la acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada, con costas al actor. ES MI VOTO.

A su turno, el doctor FRETES manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ, 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:

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

RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 2 de fecha 5 de febrero de 2007, dictado por el Tribunal de Apelación del Trabajo, Primera Sala, de esta capital.

IMPONER las costas en esta instancia en el orden causado.

REMITIR estos autos al Tribunal que le sigue en orden de turno para su nuevo juzgamiento, en virtud al Art. 560 del CPC.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: Doctor VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Presidente, y doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: HÉCTOR FABIÁN ESCOBAR DÍAZ, Secretario Judicial I.

ACUERDO Y SENTENCIA N°1.182

Cuestión debatida: *Se analiza la procedencia de la Filiación: estado de hijo y si se reúnen los requisitos.*

FILIACIÓN. Prueba de la Filiación. Legitimación. Posesión de estado.

A la luz de la Jurisprudencia sana y la mejor Doctrina señaladas, emerge y resplandece el conocimiento jurídico que para la configuración de la posesión de estado no es necesaria la demostración de todos los presupuestos enumerados en el Artículo 235 del Código Civil.

FILIACIÓN. Prueba de la Filiación. Legitimación. Posesión de estado.

La prueba de posesión de estado se encuentra engarzada con la de filiación, puesto que la acreditación de la conducta del presunto padre antes, durante y después del nacimiento del hijo/a, resulta necesaria para probar tanto la filiación como la posesión de estado.

FILIACION. Prueba de la Filiación. Legitimación. Posesión de estado.

En este punto cabe señalar que no resulta necesario que la posesión de estado sea continua e ininterrumpida. Así, la Jurisprudencia tiene establecido: “No es necesario que la posesión de estado de hijo extramatrimonial haya sido constante e ininterrumpida; basta su existencia de manera indudable, durante una época de vida del padre”.

FILIACIÓN. Prueba de la Filiación. Legitimación. Posesión de estado.

Anteriormente la confesión resultaba “reina de las pruebas”, pero con la promulgación del Código Procesal Civil, Artículo 302, dicha prueba perdió preeminencia debiendo ser apreciada por el Juzgador juntamente con las demás probanzas, con sujeción y observancia al Principio de Sana Crítica.

FILIACIÓN. Prueba de la Filiación. Legitimación. Posesión de estado.

La redacción de nuestro Código Civil vigente, sin embargo, responde a criterios menos rigurosos, que permiten una valoración más amplia de los hechos para determinar la existencia de la posesión de estado. El Art. 235 del Código de Fondo. No se exige que todos los hechos enunciados se reúnan para el concurso de la posesión de estado.

FILIACIÓN. Prueba de la Filiación. Legitimación. Posesión de estado.

Estos cambios permiten que se sostenga la postura que establece que no es necesario el concurso de todos los elementos citados en la norma y que cabe la interpretación de los hechos al criterio del órgano jurisdiccional, que deberá sopesar la forma en que se produjeron y la situación de cada caso particular, sin desconocer el concepto dentro del cual se enmarca o enmarcó la relación, para así determinar si se produjo la posesión de estado.

FILIACIÓN. Prueba de la Filiación. Legitimación. Posesión de estado.

No está de más destacar igualmente que, si bien es necesario que el nombre, la fama o el trato hayan sido estables y continuos, no se requiere que hayan sido permanentes durante todo el tiempo en que el peticionante y la persona cuya filiación pretende hayan coexistido.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 27/08/12. “M. C. B. C/ sucesión de P. M. Y/O herederos S/Proceso de Conocimiento Ordinario: Filiación Extramatrimonial” (Ac. y Sent. N° 1.182).

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia recurrida?

En su caso, ¿se halla ajustada a Derecho?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, CÉSAR ANTONIO GARAY y RAÚL TORRES KIRMSER.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI, dijo: La representante de la actora desistió expresamente del recurso de nulidad interpuesto contra ambas resoluciones, por lo que corresponde tenerla por desistida. Por otro lado la adversa no interpuso el recurso en cuestión, sin embargo del estudio de oficio de las resoluciones recurridas no se desprenden vicios o defectos de índole formal que provoquen su nulidad en los términos de los artículos 113 y 420 del Código Procesal Civil. ES MI VOTO.

A su turno los señores ministros CÉSAR ANTONIO GARAY y RAUL TO-

RRES KIRMSER manifestaron: Que se adhieren al voto del Ministro Preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI dijo: M. C. B. promueve demanda por filiación extramatrimonial contra la sucesión de P.M.M., alegando que la misma es fruto de la relación sentimental entre su madre P.B. y P.M. (causante), quien, conforme aquella manifestara, siempre la ha tratado como hija, ya que desde el parto se hizo responsable económicamente de los gastos concernientes a ella, cumpliendo así con sus obligaciones de padre, y ante la sociedad de Santiago Misiones y entre sus amigos la presentaba como hija.

Por S.D.Nº 256 de fecha 7 de agosto de 2007 (fs. 240/241) el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de la Circunscripción Judicial de Misiones resolvió: “NO HACER LUGAR, a la presente demanda que por reconocimiento de filiación extramatrimonial promueve el abog. Alcidez Corazón Martínez en representación de la señora C.B. contra la sucesión de P.M.M. y/o herederos, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. ANOTAR, registrar, notificar...”.

Apelada la sentencia de Primera Instancia, previa sustanciación de los recursos, el Tribunal de Apelación de la Circunscripción Judicial de Misiones, por Acuerdo y Sentencia Nº 020 de fecha 26 de mayo de 2.008, con disidencia de uno de sus Miembros, resolvió entre otras cosas revocar la sentencia, fundamentando que: “a.- ...de la valoración de cada una de las pruebas y en su conjunto en base a la sana crítica permite llegar a la conclusión de que ha quedado fehacientemente acreditada la posesión de estado por parte de la actora..., 1) la posesión inequívoca que surge de la certidumbre de la positiva expresión de voluntad libremente manifestada por el Sr. P. M. de ser el padre manifestada ante la partera que intervino en el nacimiento, y en la postrimería de su vida a una empleada suya 2) la posesión continua: que resulta de una serie de actos exteriorizados por el Sr. P. M. desde el nacimiento de la niña, hasta su muerte, consistente en la asistencia económica para la subsistencia, lo cual se halla debidamente acreditado. 3) Posesión pública, en el sentido de que deben conocerla las personas vinculadas al padre o a la madre, o parentesco;... En efecto, tal como se ha expresado, los testigos de conocimiento de los hechos que precedieron y rodearon tanto la relación de Don P. y Doña P., como del nacimiento de M. son precisamente personas allegadas a Don P. y Doña P., como Doña R.

hermana de Don P.; A. C. A., ahijado y A. C. A., empleada de Don P., quienes testimoniaron que este último, trataba públicamente como hija a M.C., quien acompañaba a su padre en reuniones públicas como carreras de caballos y en las romerías. Por otra parte, las atenciones brindadas por Don P. a M.C. denotan que han sido de buena fe, lo cual revela que no puede existir dudas algunas de que es su hija.

Por Acuerdo y Sentencia N° 035 de fecha 21 de julio de 2008, se resolvió: “HACER LUGAR al presente recurso de aclaratoria deducido por la parte actora, declarando que la revocatoria dictada por éste Tribunal en la resolución individualizada precedentemente conlleva la procedencia de la demanda, en el sentido de que M.C.B., es hija extramatrimonial del causante, Sr. P.M., ordenando la inscripción de la presente resolución en el Registro del Estado Civil de las Personas, remitiéndose el pertinente oficio”.

La representante convencional de la parte actora desistió del recurso de apelación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 35 de fecha 21 de julio de 2.008, correspondiendo por tanto tenerla por desistida del referido recurso. Por otro lado la misma expresó agravios en contra del Acuerdo y Sentencia N° 20 de fecha 26 de mayo de 2.008 los cuales se encuentran contenidos en el escrito de fs. 290/291 de autos, y exponen los fundamentos que ameritarían a su criterio la revocación parcial del mismo. Arguye que el Ad-quem no tuvo por confesa a tenor del pliego de posiciones obrante en autos a la heredera co-demanda C.A. Vda. de M. a pesar de haber sido solicitado; el Juzgado señaló audiencia a la misma para que comparezca a absolver posiciones en fecha 11 de agosto de 2006, y no compareció justificando su ausencia conforme certificado médico, ante dicha situación fue fijada nueva audiencia para el 28 de setiembre de 2006, sin embargo la misma no volvió a comparecer no constando en autos otros motivos de fuerza mayor para que no lo haga. Manifestó igualmente que el sobre nunca fue abierto y la demandada no cumplió con lo establecido en la ley de forma, en consecuencia, fictamente las posiciones fueron dirigidas a la misma, por lo que dicha prueba refuerza a las otras, habiéndose por tanto demostrado el nexo biológico y los demás elementos esenciales que componen la posesión de estado.

La representante convencional de la parte demandada, contestó el traslado que le fuera corrido argumentando a fs. 295/296 que la recurrente alega preceptos legales que no hacen al caso, ya que si bien se ha fijado nueva fecha para que

la absolvente comparezca ante el inferior, la demandante no procedió a notificar y menos urgir dicha diligencia, no fue labrada el acta correspondiente por lo que no fue solicitado se haga efectivo el apercibimiento, por el contrario la accionante se limitó a solicitar el cierre del período probatorio.

Los agravios vertidos por la representante convencional de la parte demandada en contra de la resolución apelada se encuentran contenidos en el escrito de fs. 297/301 de autos, y exponen los fundamentos que ameritarían –a criterio de la recurrente– la revocación del Acuerdo y Sentencia N° 020 de fecha 26 de mayo de 2008 y que giran en torno a los siguientes puntos: 1. En primer lugar debe darse estricto cumplimiento al Art. 234 del Código Civil. La demandante hubiera realizado su reclamo en algún momento de sus 46 años y no esperar a que el presunto padre falleciera tratando de sorprender la buena fe de los demandados. 2. El Ad-quem al fundamentar su resolución valoró únicamente las pruebas ofrecidas por la parte actora, consistentes en las testificales con interés manifiesto, no teniendo en cuenta que los testigos ofrecidos por su parte vecinos del difunto, y sin interés más que demostrar la verdad real, en forma conteste y uniforme han declarado y por ende probado de la nula existencia de la posesión de estado. La actora no demostró por ningún medio probatorio el trato que la misma haya tenido con el causante a pesar de ser vecina de su supuesto progenitor, la misma manifestó que el Señor Pablo nunca le acompañó ni suscribió documento alguno en su representación en instituciones educacionales, no fue invitado y menos asistido a su acto de matrimonio, no sabe en que centro asistencial estuvo internado. 3. El causante dejó un testamento en el que declaró tener tres hijos lo que demuestra que la actora nunca fue considerada como hija. 4. Todas las supuestas atenciones son inventos de la parte actora no existiendo instrumento alguno que justifique tal extremo, 5. En relación a los instrumentos privados presentados en autos el Ad-quem le ha dado valor probatorio, especialmente al recibo expedido por la supuesta partera, queriendo convencer de que se ha escrito en el año 1956, en primer lugar nadie expedía recibo por trabajo alguno de esa índole, nadie conservaba tanto tiempo este tipo de documento y, por último, ¿no sería razonable que dicho instrumento lo tuviera el que abonó, es decir Don P.? Termina solicitando sean revocadas las resoluciones en estudio.

La representante convencional de la parte actora contestó el traslado de los agravios que le fueran corridos conforme escrito obrante a fs. 303/307 alegando

que el Tribunal actuó conforme a derecho, estudiando y valorando las pruebas aportadas por su parte como ser las testificales y las documentales. El Ad-quem, en base a las pruebas rendidas, tuvo por acreditada la posesión de estado y, en consecuencia, revocó la sentencia dictada por el inferior. Alegó que con las pruebas ofrecidas y diligencias fue probado el nexo biológico entre las partes, las relaciones íntimas existentes, las relaciones sexuales de los progenitores en la época de la concepción de M. C., cuyo reconocimiento se demanda. El Ad-quem consideró suficiente el hecho de la cohabitación unida a la presunciones resultantes de las testificales a fin de establecer los hechos y demás circunstancias que rodean a la relación íntima, y sumado a esto y otros elementos de prueba aportados, fue formando un conjunto de presunciones que tiene por probado el hecho de la paternidad y la posesión de estado. Estos hechos obligan a la doctrina y a la jurisprudencia de nuestros tribunales a no exigir una prueba directa y completa para demostrarlo, bastando ciertas presunciones, resultante de testimonios, pruebas instrumentales, confesiones, que demuestren la relación sentimental y la posesión de estado entre las partes. Termina solicitando sea confirmada la presente resolución.

A fojas 311 obra el Dictamen Fiscal N° 303 de fecha 6 de abril de 2.009 en el que el Agente Fiscal interviniente recomienda: *“que corresponde la pronunciaci3n sobre la confesi3n t3cita...”*. Por otra parte a fs.312 rola el Dictamen N° 304 de fecha 6 de abril de 2009 aconsejando la confirmaci3n del Acuerdo y Sentencia N° 20 de fecha 26 de mayo de 2008.

Primeramente, en relaci3n a los agravios vertidos por la actora en relaci3n a tener por confesa a la co-demandada C. A. Vda. de M., considero que al no haberse realizado los tr3mites pertinentes a los efectos de que la misma sea tenida por confesa ante la instancia respectiva, la etapa procesal se encuentra preclusa, por otro lado, ya el Ad-quem, en relaci3n a la confesoria de los demandados, expres3 que: “En cuanto a la confesoria de los herederos declarados en autos, las mismas no aportan elementos de juicio de relevancia, ya que la mayor3a de las posiciones versan sobre hechos no personales de los absolventes”. Asimismo y conforme la limitaci3n establecida en el Art3culo 403 del C3digo Procesal Civil respecto a lo que fue objeto de revocaci3n o modificaci3n de la sentencia de primera instancia por el Ad-quem, esta Magistratura se encuentra imposibilitada de realizar el an3lisis sobre ello.

En el caso en estudio el temma decidendum radica en determinar si fueron acreditados los extremos expresamente exigidos en la ley de fondo en relaci3n

a la acción de filiación, de manera que una vez analizados cada uno de ellos poder determinar la procedencia o no de la presente demanda.

El presente juicio se halla subsumido en lo dispuesto en el artículo 234 del Código Civil Paraguayo, que establece: *“Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de sus padres...”*. Por otra parte el artículo 235 del citado cuerpo legal dice: *“La posesión de estado de hijo se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco, como ser: a) que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo; b) que aquélla le haya dispensado el trato de hijo, y éste a su vez lo haya tratado como padre o madre; y c) que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad”*.

Al analizar el primero de los artículos tenemos que: 1. La acción de filiación es imprescriptible e irrenunciable. 2. Se admiten todo tipo de pruebas. 3. Si no hay posesión de estado, el derecho a reclamar sólo puede ser ejercida en vida de sus padres. En el siguiente artículo se establecen los presupuestos para que se configure la posesión de estado, que resumiendo son: “nombre, trato y fama”. Sobre el punto debo aclarar que, si bien para la doctrina y vastas jurisprudencias ya no son exigibles para probar la posesión de estado que se den conjuntamente los tres clásicos elementos; sí es requerida, prueba acabada, y que no deje dudas, de que a la accionante se le haya dispensado el trato de hija y ésta a su vez lo haya tratado como padre, atento a que dicho elemento es considerado fundamental para el esclarecimiento en este tipo de juicios.

Ahora bien al realizar el análisis detenido de las constancias obrantes en autos y conforme a la disposición legal transcripta y comentada surge cuanto sigue: 1. Nombre: En autos no existe documental alguna que acredite que la accionante haya utilizado en momento alguno el apellido del Señor P. M.. Sobre ello en su absolucón de posiciones obrante a fs. 194 la accionante al responder la décima sexta posición en la que se le refería que la misma en todas las ocasiones que le cupo dar sus datos personales siempre utilizó el apellido B. y nunca el apellido de su supuesto padre, dijo: *“Sí”...*; afirmando así que nunca lo utilizó. 2. Trato: En la Confesoria al habérsele dirigido las posiciones correspondientes afirmó que: a) en vida visitaba al señor P., b) que tenía trato familiar con el

mismo, c) que no tuvo trato familiar, con los hijos del señor P. M. M., a pesar de ser vecinos. Sin embargo llama la atención a esta Magistratura que al serle dirigida la sexta y séptima posición manifestó que no visitó al señor P. M. M. cuando estuvo enfermo y desconocía el Centro Asistencial en que fue intervenido quirúrgicamente, aclarando que: “*que es por sus escasos recursos económicos*”, igualmente en la décima tercera posición en relación a que el señor P. M. no asistió ni fue invitado a su acto de matrimonio la misma dijo que: “*Sí*”. Los testigos propuestos por la actora manifestaron que la accionante sí asistió al Centro de Salud, contradiciendo lo que la misma había declarado en su absolución. En relación a que su madrina es la hermana del supuesto padre, tampoco existe en autos ninguna fe de bautismo que acredite tal extremo. Los testigos coincidieron en que el señor Pablo la llevaba a las carreras y romerías, y se ocupaba de la misma económicamente, sin embargo si realmente hubo el trato de padre e hija surge la siguiente interrogante: ¿Por qué recién en fecha 16 de julio de 2002, a meses de fallecer el supuesto padre (14 de abril de 2.002) se reclama la paternidad, siendo que existía ese trato de padre e hija? Es por ello que, si bien los testigos propuestos por la accionante fueron coincidentes en este punto, del análisis de la declaración de la misma y los testigos propuestos no son convincentes para concluir que existió este elemento esencial. Por último en relación al inciso c) fama, según los testigos propuestos por la actora la misma acompañaba al señor Pablo a las corridas de caballos y romerías, y que la sociedad de Santiago, Misiones, sabía que eran padre e hija; sobre ello no existe otra prueba que no sean sus declaraciones, por lo que considero que la misma debió ser reforzada por otra prueba, como ser tomas fotográficas, más aún teniendo presente que luego de 46 años, opino, que es un tiempo más que prudencial para que se den una serie de pruebas que comprobaran la pretensión de la accionante, vivían en la misma ciudad, eran vecinos, y reiterando según sus propias manifestaciones siempre fue tratada como hija por el causante P. M.

Otras de la pruebas fundamentales ofrecida por la parte demandada es la Escritura Pública N° 5 de fecha 17 de febrero de 1990 pasada ante el escribano público Jorge Hernán Zayas Creydt por la que el señor P. M. otorga testamento a favor de sus hijos: H.H.M.A., B.M.C.M. de R. y M.E.M.A., y su esposa: Doña C.A. de M. (fs. 16/18). Como se advierte de la lectura de la misma, expresamente el señor P. M. mencionó a sus tres hijos y esposa, sin embargo, no hizo alusión a la accionante M. C.

Así las cosas de las constancias obrantes en autos y conforme a las disposiciones legales, considero que no fue acreditada la posesión de estado entre M. C. y el señor P. M. para que prospere la presente acción, correspondiendo por tanto revocar el Acuerdo y Sentencia N° 020 de fecha 26 de mayo de 2008, como así también su aclaratoria Acuerdo y Sentencia N° 035 de fecha 21 de julio de 2008 por ser parte integrante del primero. En cuanto a las costas, conforme el Art. 192 del CPC, corresponde imponerlas a la perdidosa. Es mi voto.

A su turno el señor ministro César Antonio Garay dijo: El caso plantea una demanda de reconocimiento de filiación extramatrimonial formulada por M.C.B. con posterioridad al fallecimiento de su presunto padre, P.M.

El artículo 234 del Código Civil establece: *“Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido durante la vida de sus padres...”*

De la redacción del citado artículo se tiene que los hijos que no tengan posesión de estado pueden intentar la acción en vida de sus padres. Por lo que pueden ejercerla –después del fallecimiento– quienes cumplan con ese presupuesto.

El artículo 235 del mismo cuerpo legal enumera los presupuestos en que se configura la posesión de estado, al decir: *“La posesión de estado de hijo se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco, como ser: a) que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo; b) que aquélla le haya dispensado el trato de hijo, y éste a su vez lo haya tratado como padre o madre, y c) que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad”*.

Busso, citando a Planiol-Ripert, ilustra: *“La posesión de estado consiste en el goce y ejercicio de hecho, del título, las prerrogativas y las cargas, que son inherentes a un estado de familia determinado”* (“Código Civil Anotado”, Tomo II B, Ediar Soc. Anón. Editores, Bs. As., 1958, pág. 733).

En cuanto a los elementos de la posesión de estado, la pregunta que surge es si resulta necesario que estén los requerimientos al mismo tiempo –nomen, tractatus y fama...– o si por el contrario basta con solo uno de ellos para que la posesión quede acreditada.

Busso se encarga del tema y comenta: *“La evolución de la doctrina permitió luego considerar demostrada la filiación, aún a falta de uno de los requisitos, con*

tal que se hallase probado el tractatus, que llegó a ser el elemento central” (ibídem, pág. 733).

“*Nuestra Doctrina y jurisprudencia son casi unánimes en el sentido de que el requisito clásico de la presencia de los tres elementos nombrados representa un marco demasiado rígido que no tiene porque ser exigido por el Juez en la apreciación de los hechos constitutivos de la posesión de estado del hijo natural*” (ibídem, pág. 734). Esta convicción jurídica es sostenida por Lafaille, Planiol y Ripert, Couture, entre otros tratadistas, citados por el mencionado autor.

“Para tener por acreditada la posesión de estado no se requiere la concurrencia de los tres elementos clásicos; siendo bastante para su demostración, hechos susceptibles de determinar la convicción del juez” (CNCiv., Sala E, noviembre 10, 1961. ED, 3-352).

“La posesión de estado del hijo extramatrimonial –que no es más que el reconocimiento de la paternidad mediante actos públicos, claros e inequívocos– no requiere la acreditación conjunta de los requisitos clásicos del nomen, tractus y fama, pues todo debe quedar librado a la soberana apreciación judicial” (CNCiv., Sala D, mayo 28, 1965. ED, 11-622).

A la luz de la Jurisprudencia y sana como mejor Doctrina señaladas, emerge y resplandece el conocimiento jurídico que para la configuración de la posesión de estado no es necesaria la demostración de todos los presupuestos enumerados en el artículo 235 del Código Civil.

En base a estas puntualizaciones, analizaremos si en el sub lite se encuentran acreditados algunos de dichos elementos. No sin antes mencionar que la prueba de posesión de estado se encuentra engarzada con la de filiación, puesto que la acreditación de la conducta del presunto padre antes, durante y después del nacimiento del hijo/a, resulta necesaria para probar tanto la filiación como la posesión de estado.

En cuanto al primer presupuesto –el nombre– de la revisión de constancias del Juicio resulta incuestionable que la actora M.C.B. usaba el apellido de su madre P. B. Extremo corroborado a través del Certificado de Nacimiento expedido por la Dirección General de Registro del Estado Civil (fs. 6). Surge entonces que el primero de los citados requisitos no se encuentra acreditado.

En relación al trato de hija conferido por el supuesto padre se advierte que –al tiempo de promover demanda– la actora presentó prueba documental (fs. 1/

5). La Nota de fs. 1 refiere a recibo expedido en fecha 5 de enero de 1956, por medio del cual se instrumentó el pago que hizo P.M. a la partera D.G. por el alumbramiento de P.B. Dicho documento no fue impugnado por la demandada al tiempo de la contestación de la demanda, en la forma establecida en el artículo 307 Código Procesal Civil. Es más, al prestar declaración testifical, D.G. confirmó que en su carácter de partera atendió a P. B. para dar a luz a M.C.B. y que los gastos del parto fueron solventados por P.M., quien contrató a su hermana y a ella para tal menester. Si bien sostuvo que su hermana firmó por ella la referida Nota, ello era atendible habida cuenta que conforme quedó corroborado en ocasión de la audiencia testifical no sabía firmar, circunstancia que requirió la firma a ruego (fs. 207).

De la Nota de fs. 2, suscrita por P.M., se verifica que entre éste y P.B. existía relación que comprometía a aquel a otorgar sumas de dinero, por lo menos durante los primeros años del nacimiento de M.C. Esa Nota tampoco fue desvirtuada por la demandada, en los términos del Artículo 307 del Código Procesal Civil.

De las Notas de fs. 3 a 5, firmadas por C.A., también se constata que P.M. pasaba dinero a P.B. (“para M.”). Esas Notas fueron reconocidas por Custodio Amarilla al tiempo de prestar declaración testifical. El hecho que el testigo haya señalado que no redactó la Nota no resta valor probatorio al documento, dado que ha reconocido su firma y la veracidad de dicho documento (fs. 210).

En relación a las declaraciones testificales, las más relevantes resultan las rendidas por C.A., 73 años, ahijado de P.M. (f. 210) quien ha reconocido los documentos acompañados con la demanda, R.M. de R., 81 años, hermana de P.M. quien reconoció expresamente la paternidad de su hermano respecto de la actora y demás detalles expresados en la demanda, sobre todo que la llevaba públicamente cuando era chica (fs. 214); que le asistía económicamente y J.B.F., 77 años, prima de P.M., quien en la pregunta 11 confirmó la filiación, quiénes fueron las parteras contratadas y la madrina (fs. 209). Estas declaraciones tienen suficiente fuerza probatoria por ser prestadas por personas que conocían cercanamente a P.M. y contaban con la edad suficiente para ser testigos presenciales de los hechos sometidos a demostraciones y probanzas.

Dichos testimonios corroboran los extremos afirmados por la actora en cuanto a que P.M. mantuvo relaciones (sentimentales, etc.) con P.B. y que como consecuencia de aquellas en fecha 4 de enero de 1956 nació M.C., inscripta

con el apellido de su madre. Asimismo, quedó acreditado que durante los años 1956 a 1958, P.M. se hizo cargo de gastos de parto de P.B., y de remedios para M.C. Que la madrina de la actora sea la hermana de P.M. corrobora aún más que existía relación de parentesco y el trato de hija que éste le daba, quedando acreditado que para algunos integrantes de la familia de P.M., M.C. era su hija. En este punto cabe señalar que no resulta necesario que la posesión de estado sea continua e ininterrumpida. Así la Jurisprudencia tiene establecida: “*No es necesario que la posesión de estado de hijo extramatrimonial haya sido constante e ininterrumpida; basta su existencia de manera indudable, durante una época de vida del padre*” (CNCiv., Sala D, Mayo 28, 1965. ED, 11-621).

Si bien la demandada interpuso Incidente de tacha de testigos contra las declaraciones de fs. 209, 210, 214, no fue resuelto al tiempo de dictar Resolución en Primera Instancia, omisión que fue consentida por la adversa al no haber cuestionado tal omisión.

Por el contrario, de las testificales ofrecidas por la Parte demandada no surge convicción acerca de la veracidad de los hechos alegados dado que los testigos propuestos no contaban con edad suficiente para acreditar que los hechos llegaron a sus conocimientos por vía de sus sentidos, al punto que en algunos casos ni siquiera declararon sus edades. Así tenemos a I.V.P., 60 años, quien dijo que no vio ni escuchó los sucesos pero –a la sazón– sólo tenía 6 años (fs. 222); R. S. S., 60 años, quien refirió: “...*creo que volvió en el año 1956*”, es decir, cuando tenía 9 años; además en su aclaratoria dijo: “...*yo trabajé con mi papá para el padre de P.M. aproximadamente en el año 1952*”, o sea que trabajó a los seis años (fs. 223). B.G., 71, declaró contra todo lo afirmado en la demanda (fs. 219); E.C. Vda. de A., 51 años, relató situaciones cuando todavía tenía 2 años (fs. 220); B.I.G.C., refirió circunstancias ocurridas cuando contaba 5 años (fs. 221); J.G. también declaró sucesos que empezaron cuando tenía 2 años (fs. 224). P.R. no declaró la edad, además que todo lo declarado es en base a “haber escuchado”, lo cual conlleva que es de oídas (fs. 225); F.G.L., con C.I. N° 1.234.817 no declaró la edad (fs. 226); F.G.L., C.I. N° 422.165, no declaró su edad, está repetido y firma como I.M. (fs. 227).

La prueba confesoria de la actora, más que exactitud discurre con explicaciones ambiguas en sus respuestas. En efecto, conforme a la Posición tercera se preguntó: “Confiese que la Absolvente como es verdad, no tenía trato familiar en vida con el señor P.M.”; respondió: “sí”; Posición sexta: “Confiese como es

verdad que cuando P.M.M. estuvo enfermo no realizó visita alguna al mismo”; respondió: “sí”; Posición séptima: “Confiese como es verdad que, desconoce el Centro Asistencial, en que fue intervenido Quirúrgicamente, el señor P. M. y mucho menos quiénes fueron los médicos intervinientes”; respondió “sí”; Posición novena: “Confiese como es verdad que esta espera obedece al hecho de que nunca fue considerada como hija por el señor P.M.”; respondió “sí”; Posición décimo primera: “Confiese como es verdad que desconoce las debilidades o preferencias del señor P.M., pues nunca tuvo trato de familiar con el mismo”; dijo: “sí”.

Pero cotejando el cúmulo de pruebas ofrecidas por la actora, impropio y poco razonable que a través de aquella confesoria se desmeriten todos los hechos alegados y probados en Juicio. Razón por la cual podría asumirse que cayó en confusión, no constituyendo dicha prueba –por lo demás– determinante.

Anteriormente la confesión resultaba “reina de las pruebas”, pero con la promulgación del Código Procesal Civil, artículo 302, dicha prueba perdió preeminencia debiendo ser apreciada por el Juzgador juntamente con las demás probanzas, con sujeción y observancia al Principio de Sana Crítica.

En cuanto a la confesoria de H.M. (fs. 185) no resulta convincente dado que se abstuvo de formular declaraciones respecto a circunstancias que no podría desconocer al igual que su hermana B.M.C.M. (fs. 187); igualmente M.E.M. (fs. 189), debilitando la posición jurídica de ellos, decisivamente.

Finalmente, no podemos obviar la postura asumida por el agente fiscal de transición Civil, Comercial, Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Fiscalía Regional de Misiones, quien a través del Dictamen N° 304, con fecha 6 de abril del 2009 (fs. 312), recomendó la confirmación del Fallo, sustentado en que la posesión de estado fue demostrada con todos los elementos de convicción ofrecidos por la actora que no fueron analizados debidamente por el A-quo. Esta aseveración del Ministerio Público interviniente confirma aún más los argumentos para hacer viable la demanda.

Del sólido material probatorio analizado surge convicción y certidumbre que existió verdadero trato paterno por P.M. a su hija M.C.B. demostrado por la inequívoca posesión de estado, razón por la cual corresponde en estricto Derecho confirmar la resolución que hizo lugar a la acción. En cuanto a las Costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Procesal Civil, dado que la cuestión requirió

labor de interpretación y que existe opinión en disidencia tanto en esta instancia como en la de revisión. Así voto.

Opinión del ministro Torres Kirmser: Es materia de discusión en esta instancia si la demandante, M.C.B., ha gozado de la posesión de estado de hija de P.M., quien falleció sin reconocerla en los registros como hija.

Para determinar la posesión de estado, es conveniente realizar una breve reseña histórica y de legislación comparada, para poder precisar cuáles son los elementos y requisitos de la posesión de estado de hijo en nuestro derecho positivo vigente.

En este sentido, ya el célebre Dalmacio Vélez Sársfield, en nota al Código Civil derogado o Código de Vélez –fuente del nuestro Código vigente–, destacaba: “Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título [...] La posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes”.

De lo transcrito surge que el trato y la fama del que goce quien pretenda demostrar la filiación son fundamentales. La parte final pareciera indicar, además, que dicho trato y fama deben ser continuos o en palabras del autor “de todos los días, de todos los instantes”.

En la legislación comparada, tenemos el ejemplo del Código Civil Italiano de 1942, que sirvió de fuente al Anteproyecto del Código Civil Paraguayo, así como al Código Civil vigente. El mentado Código, en su Art. 237, establece: “En todo caso deben concurrir los siguientes hechos: que la persona haya siempre usado el apellido del padre que ella pretende tener; que el padre la haya tratado como hijo y haya proveído en esta calidad al mantenimiento, educación y habitación de la misma; que haya sido constantemente considerada como tal en sus relaciones sociales; que ella haya sido reconocida en esa calidad por la familia”. Como fácilmente puede notarse, los criterios para establecer la existencia de la posesión de estado son extremadamente rígidos en la redacción de esta norma, ya que se exige el uso constante y en todo momento del apellido, más haber

proveído para la crianza y educación del hijo, más un reconocimiento también constante de la calidad de hijo por parte de la sociedad y el reconocimiento por parte de la familia.

Este criterio rígido parece haber tenido su influencia, asimismo, en el Anteproyecto de nuestro Código Civil; sin embargo, con atenuaciones que no escapan a la vista del lector diligente, ya que en el Art. 321 del Anteproyecto se lee: “La posesión del estado de hijo legítimo se acreditará por un conjunto de hechos connotativos de la filiación o el parentesco en su caso. Tendrán ese valor: 1º) El uso ininterrumpido por parte del recurrente, del apellido de la persona de quien alega ser hijo; 2º) El trato que los indicados como padre y madre le hubieren prodigado en calidad de hijo, proveyendo en tal carácter a su educación, alimentación, vestido, alojamiento y colocación; 3º) La fama de haberle dado a conocer en sociedad, como hijo legítimo; 4º) La aceptación de esa calidad en la familia de los padres”. Las diferencias, como se dijo, son palpables, ya que no se establece que necesariamente concurren todos los hechos, y se ha excluido el adverbio “constantemente”, por ejemplo, al hacer referencia a la fama –presente en el articulado italiano–. A pesar de estas diferencias, De Gásperi se mantuvo dentro de una línea rígida, por llamarla de una manera que denota la poca flexibilidad otorgada al órgano jurisdiccional en la valoración de los hechos. Y el autor explica la razón de tal rigurosidad en la nota al mismo artículo: “Para evitar que por vía de la libre interpretación se la desfigure en el foro, como más de un ejemplo se ha dado entre nosotros”.

La redacción de nuestro Código Civil vigente, sin embargo, responde a criterios menos rigurosos, que permiten una valoración más amplia de los hechos para determinar la existencia de la posesión de estado. El Art. 235 del Código de Fondo establece: “La posesión de estado de hijo se establece por la existencia de hechos que indican las relaciones de filiación o parentesco, como ser: a) que se haya usado el apellido de la persona de quien se pretende ser hijo; b) que aquélla le haya dispensado el trato de hijo, y éste a su vez lo haya tratado como padre o madre; y c) que haya sido considerado como tal por la familia o la sociedad”. Los cambios no son pocos. En primer lugar el empleo de la expresión “como ser”, que denota claramente que la enunciación es ejemplar y que carece de carácter taxativo. No se exige que todos los hechos enunciados se reúnan para el concurso de la posesión de estado, en este particular vale destacar el empleo de la conjunción disyuntiva “o” en la redacción del inciso c), lo que

permite razonar que debía ser tratado como hijo por la familia o por la sociedad, sin necesidad de haber sido considerado así por ambos grupos, en cuyo caso debería haberse operado la conjunción conjuntiva “y”.

Estos cambios permiten que se sostenga la postura que establece que no es necesario el concurso de todos los elementos citados en la norma y que cabe la interpretación de los hechos al criterio del órgano jurisdiccional, que deberá sopesar la forma en que se produjeron y la situación de cada caso particular, sin desconocer el concepto dentro del cual se enmarca o enmarcó la relación, para así determinar si se produjo la posesión de estado.

No está de más destacar igualmente que, si bien es necesario que el nombre, la fama o el trato hayan sido estables y continuos, no se requiere que hayan sido permanentes durante todo el tiempo en que el peticionante y la persona cuya filiación pretende hayan coexistido. En este sentido: “La jurisprudencia ha establecido en cuanto a la posesión de estado, para acreditar la filiación natural, que en la ‘filiación extramatrimonial no es necesario que la posesión de estado haya sido constante e ininterrumpida, bastando su existencia de manera indudable, durante una época en la vida del padre, debiendo ser la prueba apreciada con criterio estricto’ ” (*Derecho Civil I: Personas*. Oscar E. Ochoa G., Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2006. Págs. 288, 289). La norma comentada es el Art. 214 del Código Civil Venezolano: “La posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer. Los principales entre estos hechos son: Que la persona haya usado el apellido de quien pretende tener por padre o madre; Que éstos le hayan dispensado el trato de hijo, y él, a su vez, los haya tratado como padre y madre; Que haya sido reconocido como hijo de tales personas por la familia o la sociedad”).

Con estas pautas en mente, corresponde iniciar el estudio del caso planteado. En primer lugar, si bien el uso del *nomen* no fue probado en autos –en el escrito de demanda no se mencionó en ningún momento el empleo del apellido paterno–, no pueden dejar de destacarse los testimonios rendidos en autos, que demuestran que P.M. providenció al mantenimiento económico de la demandante durante un tiempo considerable desde su nacimiento, que habría reconocido que la accionante era su hija, que familiares de P.M. reconocían a la demandante como hija del mismo y que sostienen la existencia de la relación afectiva

entre P.M. y la madre de C.B., pruebas que son idóneas para la configuración del *tractatus* y la *fama* o reconocimiento como hija por parte de la familia.

En este sentido, D.G. relató haber participado en el parto de la demandante y que actuó como partera, junto a su madre, en el alumbramiento. Destacó, además, que la contratación de sus servicios fue realizada por P.M. (f. 207). También debe destacarse el testimonio de J.B.F., prima hermana de P. M. –hecho no controvertido en autos–, quien expresó que la relación entre M. y la madre de la accionante existió, afirmó que C.B. nació como fruto de esa relación y que P.M. providenció para la satisfacción de los gastos de la misma (f. 209). La declaración testifical de Á.C.A. fue coincidente a las anteriores, en el sentido de confirmar la relación entre P.M. y la madre de la accionante y que P.M. le dispensaba los cuidados propios de un padre a una hija. No puede dejarse de lado que según las testificales de J.B.F. y R.M. de R., Á.C.A. tenía una relación muy cercana con la familia M., lo que justifica plenamente el conocimiento de los hechos sobre los cuales declaró (f. 210). De todas las testificales rendidas, la más importante tal vez sea la declaración de R.M. de R., hermana del supuesto padre –hecho no controvertido en autos–, y que afirmó la existencia de la relación entre su hermano y la madre de la demandante, el trato recíproco de padre e hija y otras cuestiones muy importantes, tales como confirmar el hecho de que las parteras fueron contratadas por su hermano y la posterior asistencia económica para la crianza de C.B. (f. 214). También relevante, para formar la convicción del juzgador, resulta la declaración testifical de A. C. de A., quien desempeñaba labores domésticas para la familia M. –hecho no controvertido– y que afirmó que P.M., cuando fue consultado sobre su relación con C.B., respondía diciendo que era su hija (f. 215).

Cabe agregar, respecto de las testificales de J.B.F. y R.M. de R., que las mismas no se hallan incursas entre los testigos excluidos por el Art. 315 del Código Procesal Civil. La redacción del artículo es clara: “No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea recta de las partes”. Las palabras “consanguíneo” y “afines” son empleadas como dos sustantivos unidos por la conjunción disyuntiva “o”, a los cuales se ha pospuesto la proposición subordinada adjetiva “en línea recta de las partes”, lo que hace que el conjunto entero sea modificado. En otras palabras, solamente los consanguíneos en línea recta –padres, hijos, etc.– y los afines en línea recta –suegros, yernos, etc.– son excluidos por la norma en cuestión. Esta interpretación es, además, concordando

te con lo dispuesto por el Art. 328 del Código Procesal Civil, que funda una de las preguntas del interrogatorio preliminar en la posibilidad de que un pariente de las partes declare como testigo en la causa –inc. b)–.

Además, el Art. 234 del Código Civil expresamente establece que en la investigación de paternidad o maternidad son admisibles todas las pruebas aptas para probar los hechos, por lo que no rigen las mismas reglas para la impugnación de los testimonios, ya que son justamente los parientes y amigos quienes se hallan en una situación inmejorable para conocer y transmitir el conocimiento de dichos hechos al órgano jurisdiccional. ¿De qué otra manera podría probarse con mejor eficacia que la familia consideraba como hija a la accionante sino con el testimonio de miembros de dicha familia?

Siguiendo con el análisis de las declaraciones testificales rendidas en autos, las obrantes en fs. 219 a226 de autos –ofrecidas por la parte demandada– no aportaron elementos que desacrediten la verosimilitud y pertinencia de las antes indicadas. Si bien declaran que no tenían conocimiento de la relación de P.M. con la madre de la accionante, ni de que este haya dispensado el trato de una hija a C.B., esto no desvirtúa que tal trato haya existido en el pasado, como se encuentra probado en autos.

Tampoco afecta a la posesión de estado el hecho de que P.M. no haya hecho referencia a C.B. en su testamento. Como ya fue apuntado, el *tractatus* y la *fama* no requieren una existencia ininterrumpida, sino tan solo que hayan existido por un tiempo razonable y que se hayan manifestado en actos precisos y adecuados para establecer la posesión de estado. En este sentido: “Para que exista posesión de estado no es necesario que concurren [...] los elementos clásicos del *nomen, tractatus et fama*; importa un reconocimiento de hecho que sirve como medio de prueba de la filiación, a diferencia del reconocimiento formal, que constituye su título, y resulta del trato dado al pretendiente, con respecto al cual el causante cumplió con los deberes que impone la paternidad mediante una serie de actos que por su repetición e importancia –que no es lo mismo que continuidad e ininterrupción– no permitan dudar de la filiación invocada, aunque, por su misma naturaleza, no se puede exigir que esta posesión de estado tenga iguales caracteres de publicidad y amplitud de la legítima [...] Por su carácter de reconocimiento tácito, la posesión de estado produce efectos *erga omnes* [...] como consecuencia de ese mismo carácter, es irrevocable, por lo que no es necesario que sea constante e ininterrumpido, bastando que

haya existido de manera indudable durante alguna época de la vida del padre, ni desaparecen sus efectos por el hecho de que éste, en su testamento, haya negado la existencia de hijos naturales” (A.E. Salas. *Código Civil y Leyes Complementarias Anotados*. Vol. I. 2ª edición actualizada. Ediciones Depalma. Bs. As. Año 1999. Pág. 177). Esta postura cobra aún más fuerza a partir del hecho de que según la declaración testifical de R. M. de R., la relación entre padre –P.M.– e hija –C.B.– habría sufrido un enfriamiento como consecuencia del matrimonio de P.M. con otra mujer, que no habría aceptado esa relación (f. 214).

Por último, las aparentes contradicciones en que incurrió la accionante al momento de absolver posiciones deben ser evaluadas conjuntamente con sus demás declaraciones contenidas en los escritos y demás actuaciones realizadas en autos, así como con las demás pruebas producidas. A pesar de que en su respuesta se limite a expresar “sí” y pueda ser interpretada como una afirmación a la proposición de la posición, en el sentido de “sí, confieso”, no puede negarse que es una respuesta lacónica y ambigua, que enfrentada a las demás probanzas de autos y analizada dentro del contexto de la pretensión de la actora y lo por ella expresado en estos autos carece de sentido. Esta postura es conforme con lo dispuesto por el Art. 302 del Código Procesal Civil: “La confesión judicial expresa o ficta, y la extrajudicial, serán apreciadas por el juez juntamente con las demás pruebas, y de acuerdo con los principios de la sana crítica”. A la vista de estos principios, corresponde analizar la novena posición y la respuesta de la actora: “Confiese la Absolvente, como es verdad que, esta espera, obedece al hecho de que nunca, fue considerada como hija, por el Señor P.M.”; “A la Novena dijo: Sí” (pliego f. 192, absolución de posiciones, f. 194). En el contexto de autos y a la luz de la norma citada, parece más coherente, según la sana crítica, interpretar la respuesta en el sentido de que nunca fue reconocida formalmente como hija y que por ello debió plantear la acción de filiación a la muerte de P.M. y no lo contrario, ya que según las probanzas de autos podemos afirmar que por lo menos hasta su casamiento P.M. y C.B. tuvieron un trato de padre a hija y que esta relación era vista de tal manera por la familia –testificales de J.B.F. y R. M. de R., fs. 209 y 214–.

Por todo lo expuesto, considero que en estos autos la actora ha demostrado la posesión del estado de hija de P.M. y la relación que existió entre este y la madre de C.B., lo que hace verosímil el vínculo biológico invocado.

Dado que la resolución de la presente causa requirió una extensa labor de interpretación jurisdiccional, considero que las costas deben ser impuestas en

JURISPRUDENCIA

el orden causado en las tres instancias, en virtud de lo establecido por el Art. 193 del Código Procesal Civil.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando S.S.E.E., todo por Ante mí de que 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

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDA a la representante de la Parte actora del Recurso de Nulidad interpuesto.

CONFIRMAR los Acuerdos y Sentencias Número 20 y Número 35, en fecha 26 de mayo del 2008 y 21 de julio del 2.008, respectivamente, dictados por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y Penal de la Circunscripción Judicial de Misiones, por los fundamentos esgrimidos en el exordio.

IMPONER las Costas en las tres Instancias en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.

BAJAC, TORRES Y GARAY, Ministros.

Ante mí: ALEJANDRINO CUEVAS, Secretario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

AUTO INTERLOCUTORIO N° 347

RECUSACIÓN. Naturaleza.

Partiendo de la base que la composición de Juzgados y Tribunales es de orden público, la interpretación y alcance las causas de excusación y recusación deben ser examinadas con un criterio más restrictivo que extensivo.

RECUSACIÓN. Causas. MAGISTRADO.

La norma invocada (art.20, inc. e) CPC) se hace mención a tribunales, lo cual ha sido interpretado en diversos fallos como órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, dejando fuera de dicha acepción, otros órganos juzgadores pero no jurisdiccionales, como lo son el Tribunal de Ética Judicial, la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, y el propio Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, ya que dichos órganos no revisten el carácter de jurisdicción judicial, sino administrativa, desde que trata cuestiones que hacen al estudio del desempeño en el cargo y alguna eventual sanción, igualmente de carácter administrativo, o moral, pero no jurisdiccional.

RECUSACIÓN. Causas. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado.

No corresponde a las partes, invocar su propia denuncia como causa dentro del Art. 20 inc. e), más aún cuando la misma posterior a que el expediente radicara en dicho juzgado, ello sin perjuicio que el magistrado, si se sintiera afectado por dicho hecho, convenga en apartarse del caso, pero con otras causas previstas en la ley, tales como las mencionadas en el Art. 20 inc. j) o Art. 21 del CPC, pero ello debe surgir del fuero íntimo del magistrado, y no ser invocado por las partes.

Tapel Civ. y Com. Segunda Sala. 06/06/12. “L.F.C.C. C/ J.J.M.A. S/ Indemnización por Daño Moral” (A.I.N°347).

VISTA: la recusación con causa formulada por el Sr. J.J.M.A., por derechos y bajo patrocinio de abogado, contra la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, y

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DE LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA. Del escrito donde el recurrente deduce la causal alegada (F. 843/844), señala: “...En fecha 12 de marzo de 2012, presenté formal denuncia contra la jueza Nilse Ortiz Aquino de Silva ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados...”, también expresa en otro punto, “...Que ante la sospechosa actitud de V.S. que se niega reiteradamente a excusarse de mi persona, a pesar de existir numerosas y reiteradas causales para ello, no he tenido otra opción que exponer ante el JURADO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL, a través de formales denuncias, las arbitrariedades, injusticias y malos tratos de que soy víctima ante su juzgado...” (sic).

En razón de que por A.I. N° 293 de fecha 4 de mayo de 2012, se dio por decaído el derecho a la jueza recusada de presentar su informe en estos autos, no puede tratarse ante esta situación.

De acuerdo a lo expuesto, si bien es cierto que hay opiniones jurisprudenciales que por atribuir carácter administrativo (sic) a denuncias conforme a la sede en que han sido efectuadas, ello no implica que el criterio sea unánime, pues hay otros que consideran que el solo hecho de la denuncia puede generar un resentimiento o animadversión en la persona contra la cual se ha dirigido y por tanto, a fin de garantizar la transparencia de la imparcialidad del juzgador hacen procedente la recusación que, por tener una base razonable, hace procedente la recusación y en consecuencia corresponde disponer que la tramitación del presente expediente pase a ser atendida por el Juzgado de Igual Clase y Fuero de Turno siguiente.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN: Que la recusación se funda en lo dispuesto en el Art. 20 Inc. e) afirmando que habiendo el recusante denunciado a la jueza ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, conforme a la copia del escrito de denuncia que acompaña.

La jueza recusada, si bien preparó su informe, el mismo no ha sido puesto

ante el tribunal dentro del plazo de tres días señalado en el Art. 34, razón por la cual por medio del A.I. N° 293 de fecha 4 de mayo de 2012, dio por decaído dicho derecho, por lo que corresponde seguidamente avocarse al estudio de la procedencia o no de la recusación, dada la invocación de la existencia de una causal.

De la revisión de autos se tiene que el expediente radicó en el Juzgado de la jueza recusada, Quinto turno, por recusación sin causa formulada por el actor contra la jueza del Cuarto turno, en fecha 7 de marzo de 2012, firmándose en la misma fecha la providencia de hágase saber el juez, fs. 801 vto. El recusante formuló su denuncia ante el Jurado de Enjuiciamiento en fecha 12 de marzo de 2012, según ello que obra a fs. 815, es decir, con posterioridad a que el expediente radicara en el Juzgado de la A-quo, y la misma aceptara entender en el juicio, y habiendo sido notificada de la providencia respectiva, el 19 de marzo de 2012, formuló su recusación en fecha 20 de marzo de 2012.

La norma invocada por el recusante, Art. 20 inc. e) del CPC, señala como causal el hecho de ser o haber sido, denunciante o acusador, o denunciado o acusado ante los tribunales”.

Partiendo de la base que la composición de juzgados y tribunales es de orden público, la interpretación y alcance las causas de excusación y recusación deben ser examinadas con un criterio más restrictivo que extensivo.

En ese sentido, la norma invocada se hace mención a tribunales, lo cual ha sido interpretado, en diversos fallos como órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, dejando fuera de dicha acepción, otros órganos juzgadores pero no jurisdiccionales, como lo son el tribunal de Ética Judicial, la Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, y el propio Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, ya que dichos órganos no revisten el carácter de jurisdicción judicial, sino administrativa, desde que trata cuestiones que hacen al estudio del desempeño en el cargo y alguna eventual sanción, igualmente de carácter administrativo, o moral, pero no jurisdiccional.

Por ende, no corresponde a las partes, invocar su propia denuncia como causa dentro del Art. 20 inc. e), más aún cuando la misma es posterior a que el expediente radicara en dicho juzgado, ello sin perjuicio que el magistrado, si se sintiera afectado por dicho hecho, convenga en apartarse del caso, pero con otras causales previstas en la ley, tales como las mencionadas en el Art. 20 inc. j) o Art. 21 del CPC, pero ello debe surgir del fuero íntimo del magistrado, y no ser invocado por las partes.

Cabe señalar que esta misma tesis ha sido adoptada por la CSJ en el A.I. N° 1220 de fecha 31 de agosto de 2010, en los autos B.C.P. c/ CONAVE CNV s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y OBLIGACIÓN DE HACER ESCRITURA PÚBLICA, al hacer lugar a la impugnación contra la separación de los miembros de este Tribunal, formulada por los miembros del Tribunal de la misma clase, Tercera Sala.

En estas condiciones, la recusación formulada deviene improcedente y debe ser rechazada.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO RAÚL GÓMEZ FRUTOS. Que adhiere a la opinión del Dr. Paredes Bordón en el mismo sentido.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Segunda Sala,

RESUELVE:

NO HACER LUGAR a la recusación con expresión de causa en autos individualizados planteada por J.J.M.A., por derecho propio y bajo patrocinio de abogado contra la jueza NILSE ORTIZ DE SILVA, Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Quinto Turno, devolviendo el expediente al Juzgado de origen, con noticia al Juzgado subrogante.

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

Magistrados: Juan Carlos Paredes Bordón, Ma. Sol Zuccolillo de Vouga y Raúl Gómez Frutos.

ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 404

Cuestión debatida: *Se estudia la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios solicitada por los padres de un hijo fallecido en ejercicio de sus funciones.*

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa.

Los padres, si reclaman la indemnización al quien presumen responsable de la pérdida por fallecimiento del hijo, lo hacen no en calidad de herederos forzosos del hijo fallecido sino en calidad de damnificados directos; es decir, acuden a la justicia en reclamo de un derecho propio, por lo que la sentencia

declaratoria de herederos resulta innecesaria, salvo que se reclame un derecho patrimonial del mismo, por ejemplo la transmisión de un bien registrado a nombre del hijo muerto, lo cual no es el caso.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

El hecho que no se haya acompañado la libreta de familia o certificado de matrimonio de los padres, tampoco afecta a la calidad de damnificados directo puesto que si los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, son iguales, Ley 204/93, contrario sensu, el padre extramatrimonial, en principio tendría la misma acción directa, sujeta en cuanto al alcance del resarcimiento al grado de relación efectiva existente con el fallecido, pero no sería posible estudiar en la excepción previa, sino al tratar el fondo del asunto.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Los Arts. invocados por excepcionante, 1835 y 1865 del CC, otorga acción al damnificado directo, en el presente caso, como los padres a reclamar el perjuicio director, que dicen les causó la muerte del hijo, su calidad de damnificado directo se justifica con el certificado de nacimiento del mismo, presentado a fs. 9 de autos, que no fue desconocido ni redargüido por la excepcionante, por lo que la decisión de la A-quo de rechazar la excepción se ajusta a derecho y debe ser confirmada

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Es irrelevante en esta clase de juicios la vocación hereditaria, pues el hecho o acontecimiento sin dudas puede causar daño, pero está supeditado a probarlo y a posteriori debe ser resarcido a las personas que la Ley establece independientemente a ser o no herederos.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

En caso específico tenemos el certificado de nacimiento obrante en autos donde consta el nombre del padre y de la madre, documento que constituye un instrumento público, que no fue redargüido de falso por las partes sino todo lo contrario, reafirmando la legitimación para promover esta demanda, haciendo que el argumento sustentado por el apelante de que no se acreditó el vínculo matrimonial, deviene improcedente a los efectos solicitados.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

El acto que ocasiona un ilícito civil, abre las puertas al perjudicado para solicitar el resarcimiento que este acto ocasionó. El ilícito civil parte de la idea de la compensación de manera que se restaure, de cierta manera, el equilibrio quebrado por el hecho dañoso. El daño es la fuente de la responsabilidad civil. Es sinónimo de perjuicio. Como sabemos el ilícito civil reunir tres requisitos para ser considerado como tal: la antijuricidad, culpabilidad y el daño. Este último es el único requisito que no puede estar ausente cuando se pretende un resarcimiento en el ámbito civil.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Se vislumbra que tanto el daño sufrido por la persona perjudicada como el daño que experimentan sus padres, esposa hijos, es igual de directo y resarcible, ya que los mismos no son terceros respecto del hecho dañoso pues sufren un perjuicio personal a causa del mismo, siempre y cuando se haya producido el deceso del perjudicado.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Si la víctima continua con vida es el único interesado directo para pretender el resarcimiento por los daños. Sin embargo si la víctima falleció, sus familiares resultan directamente afectados por el hecho y cuentan con la facultad de reclamar el resarcimiento a ese efecto.

LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa. DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual.

Cuando el hijo es fruto de un matrimonio civil válido, para la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil de las Personas basta que lo haga por cualquiera de los cónyuges debido, precisamente por la existencia de vínculo matrimonial. Hay, ipso jure, reconocimiento ficto para aquel cónyuge que no participó en el acto de inscripción.

TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 19/06/12 “H. G. M. A. y otros c/ V. E. M. M. s/ indemnización de daños y perjuicios por respons. extracontractual” (A. I. N° 404).

VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1091 de fecha 16 de julio de 2010, y

CONSIDERANDO:

Que por el referido Auto Interlocutorio la A-quo resolvió rechazar, con costas, la excepción de falta de acción manifiesta interpuesta por la parte demandada contra el progreso de la presente acción.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO JUAN CARLOS PAREDES BORDÓN: LA NULIDAD. El recurso no fue fundado por el recurrente y no advirtiendo el Tribunal violación de forma o solemnidades establecidas en la ley, que justifican una aplicación de oficio de las disposiciones de los Arts. 113 y 404 del CPC, corresponde declarar desierto este recurso.

LA APELACIÓN. Como se tiene dicho, el auto apelado rechazó la excepción de falta de acción opuesta por los demandados. Al fundar su recurso, la representante de la parte demandada señala que la A-quo ha errado al considerar irrelevante la ausencia de la libreta de familia, que no fue acompañada y del certificado de matrimonio de los demandantes y que así mismo no se ha presentado la sentencia declaratoria de herederos, ya que el supuesto hijo de los mismos, por cuya muerte vienen a formular la presente demanda de indemnización de daños ya contaba con edad suficiente como para poder dejado descendiente, que podrían excluir como herederos a los actores, padre del mismo fundado en dichos hechos, y en base a los Arts. 1.835 y 1.863 in fine del CC, que da acción solo al damnificado directo o a sus herederos forzosos, condición acreditada, solicita la revocación del autos apelado.

Analizadas las constancias de autos se advierte que los actores, Héctor Martínez y Alcira Rodríguez, por medio de su representante convencional, promueven demanda ordinaria de indemnización de daños y perjuicios (daño emergente, chance, lucro cesante y daño moral) contra el Sr. Víctor Elías Mendoza, derivados del hecho ilícito de homicidio en el cual resulta víctima fatal el hijo de los actores, de nombre Iván Andrés Martínez.

La parte demandada interpuso, antes de contestar la demanda, como excepción de previo y especial pronunciamiento la falta de acción manifiesta de los actores, fundado en que los mismos, si bien manifestaron que el fallecido era hijo matrimonial de los mismos no acompañaron la libreta de familia ni el certificado de matrimonio que así lo acredite y tampoco sentencia judicial que atribuya la calidad de herederos de los mismos con relación al fallecido, documentos necesarios para ejercer la presente acción, ya que los artículos citados del CC 1835 y 1865, solo confieren acción al damnificado directo, y en caso de fallecimiento de éste a los herederos forzosos.

Sostiene que siendo el fallecido una persona de 17 años, bien podría tener descendencia lo que excluiría a los padres como herederos forzosos.

No se han desvirtuado, sin embargo, el hecho de que el fallecido era hijo de los actores. Independientemente a que un hijo revista la calidad de matrimonial o extramatrimonial, es indudable que el fallecimiento del hijo, crea un perjuicio en sus progenitores, ya sea que puede ser de índole patrimonial, o extrapatrimonial, es decir, referirse a un daño emergente, un lucro cesante o simplemente el daño moral, resultante del sufrimiento, angustia y dolor que acarrea la pérdida de un hijo.

Siendo así, los padres, si reclaman la indemnización al quien presumen responsable de la pérdida por fallecimiento del hijo, lo hacen no en calidad de herederos forzosos del hijo fallecido sino en calidad de damnificados directos; es decir, acuden a la justicia en reclamo de un derecho propio, por lo que la sentencia declaratoria de herederos resulta innecesaria, salvo que se reclame un derecho patrimonial del mismo, por ejemplo la transmisión de un bien registrado a nombre del hijo muerto, lo cual no es el caso.

El hecho que no se haya acompañado la libreta de familia o certificado de matrimonio de los padres, tampoco afecta a la calidad de damnificados directo puesto que si los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, son iguales, Ley 204/93, contrario sensu, el padre extramatrimonial, en principio tendría la misma acción directa, sujeta en cuanto al alcance del resarcimiento al grado de relación efectiva existente con el fallecido, pero no sería posible estudiar en la excepción previa, sino al tratar el fondo del asunto.

Los Arts. invocados por excepcionante, 1835 y 1865 del CC, otorgan acción al damnificado directo, en el presente caso, como los padres a reclamar el perjuicio director, que dicen les causó la muerte del hijo, su calidad de damnificado directo se justifica con el certificado de nacimiento del mismo, presentado a fs. 9 de autos, que no fue desconocido ni redargüido por la excepcionante, por lo que la decisión de la A-quo de rechazar la excepción se ajusta a derecho y debe ser confirmada, incluyendo la condenación en costas, por aplicación de la teoría objetiva del Art. 192 del CPC, a las que deberán sumarse las de esta instancia.

OPINIÓN DEL MAGISTRADO LINNEO YNSFRÁN SALDÍVAR: LA NULIDAD: Me adhiero a la opinión del preopinante por los mismos fundamentos.

RECURSO DE APELACIÓN: La resolución recurrida desestimó la excepción de falta de acción opuesta como el previo y especial pronunciamiento por

considerarla improcedente conforme a las fundamentaciones esgrimidas en el exordio del fallo (ver fs. 90/91).

El apelante en el escrito de fundamentación (fs. 95/96) basa sus agravios básicamente en el hecho que los actores al promover la demanda de indemnización de daños y perjuicios invocaron la calidad de padres matrimoniales de I.A.M.R., y no justificaron esta condición pues no arrimaron al proceso documentos que avalen tal condición. Asimismo no han acreditado el derecho hereditario con respecto al citado. La otra parte al contestar el traslado (fs. 97/105) solicita que declare desierto este recurso y a su vez manifiesta que la resolución dictada por el inferior se ajusta a derecho y las argumentaciones por el apelante carecen de sustento jurídico porque el hecho de que estén o no casados no les hace merecedores de falta de acción para promover la demanda por la indemnización de daño por la muerte de su hijo. Asimismo, es irrelevante en esta clase de juicios la vocación hereditaria, pues el hecho o acontecimiento sin dudas puede causar daño, pero está supeditado a probarlo y a posteriori debe ser resarcido a las personas que la Ley establece independientemente a ser o no herederos. Por estos motivos entre otros, solicita la confirmación del fallo.

Es conveniente puntualizar las dos cuestiones que se estudian en el fallo y son motivo de agravio para el apelante. En primer término el hecho de calidad de padres y a quien corresponde el derecho de reclamar daño derivados de un hecho ilícito. Al respecto, el Art. 35 de nuestro CC dispone que el nacimiento y la muerte de las personas se prueban con los certificados expedidos por el Registro Civil de las Personas. Probado por este medio ser ascendiente las personas que tienen legitimación para reclamar son el padre, la madre obviando la ley el requisito de que deben estar unidos en matrimonio pues la distinción entre hijo matrimoniales y extramatrimoniales fue derogada de nuestra legislación. En caso específico tenemos el certificado de nacimiento obrante en autos donde consta el nombre del padre y de la madre, documento que constituye un instrumento público, que no fue redargüido de falso por las partes sino todo lo contrario, reafirmando la legitimación para promover esta demanda, haciendo que el argumento sustentado por el apelante de que no se acreditó el vínculo matrimonial, deviene improcedente a los efectos solicitados.

Referente al tema de a quien corresponda el derecho a reclamar daños derivados de un ilícito civil, nos ilustra el Código Civil disponiendo que es resarcible el daño que ocasione cualquier hecho que vulnere algún aspecto relevante,

el daño es tratado con gran amplitud en nuestro ordenamiento, este abarca todo menoscabo, lesión en los derechos como también todo incumplimiento de las partes surgido de una obligación contractual. Evidentemente no es lo mismo un daño originado de una responsabilidad contractual donde ambas partes tienen derechos y obligaciones y se someten a las reglas establecidas en el contrato, como ninguna relación jurídica entre las partes. Esto último es aplicable a este juicio y que fue motivo que originó la promoción de esta demanda y la consecuente resolución apelada y estudiada en Alzada.

El acto que ocasiona un ilícito civil, abre las puertas al perjudicado para solicitar el resarcimiento que este acto ocasionó. El ilícito civil parte de la idea de la compensación de manera que se restaure, de cierta manera, el equilibrio quebrado por el hecho dañoso. El daño es la fuente de la responsabilidad civil. Es sinónimo de perjuicio. Como sabemos el ilícito civil reúne tres requisitos para ser considerado como tal: la antijuricidad, culpabilidad y el daño. Este último es el único requisito que no puede estar ausente cuando se pretende un resarcimiento en el ámbito civil.

Ahora bien, indicar el daño ocasionado por un hecho ilícito, nuestro ordenamiento considera que primeramente se debe determinar a la persona que se le va a atribuir la culpa. La culpa supone la desviación de un estándar exigible en una determinada situación. Volviendo al tema del daño, cabe distinguir este el daño directo y el indirecto. El daño directo es el perjuicio que ocasiona el acto ilícito a persona determinada. El indirecto son los daños sufridos por terceras personas mediante un hecho que ha ocasionado un perjuicio a la víctima. Nuestro ordenamiento ha eliminado la figura del daño indirecto por considerarla muy amplia y vaga. El Art. 1840 del CC así lo demuestra. Asimismo en este se vislumbra que tanto el daño sufrido por la persona perjudicada como el daño que experimentan sus padres, esposa hijos, es igual de directo y resarcible, ya que los mismos no son terceros respecto del hecho dañoso pues sufren un perjuicio personal a causa del mismo, siempre y cuando se haya producido el deceso del perjudicado. Es fundamental hacer esta distinción, pues si la víctima continúa con vida es el único interesado directo para pretender el resarcimiento por los daños. Sin embargo si la víctima falleció, sus familiares resultan directamente afectados por el hecho y cuentan con la facultad de reclamar el resarcimiento a ese efecto.

Hechas estas consideraciones, nos abocamos al estudio del fallo cuestionado. Esta demanda fue promovida por los Sres. H.G.M.A. y A.R.D.M. como dam-

nificados directo por el accidente que tuvo como resultado la muerte de su hijo I. A.M.R., el vínculo de parentesco quedó corroborado en este proceso como lo mencionamos anteriormente. La demanda la promueven contra la persona que consideran responsable de este hecho, el Sr. V.E.M.M. De esto inferimos que los actores tienen la legitimación activa suficiente para iniciar este proceso, pues conforme lo manifestamos son damnificados directo del hecho dañoso acontecido, independientemente de las probanzas que se rindan en autos y de la procedencia o no de esta acción, la legitimación activa y pasiva se encuentran correctamente delimitadas, por lo que la procedencia de la excepción de falta de acción opuesta como de previo y especial pronunciamiento no puede tener una acogida favorable, tal como lo dispuso el inferior y obviamente la resolución dictada en primera instancia se encuentra ajustada a derecho, debiendo ser confirmada in totum. En base a las consideraciones expuestas me adhiero al voto del preopinante, Juan Carlos Paredes. ES MI VOTO.

OPINIÓN EN DISIDENCIA PARCIAL DEL MAGISTRADO GERARDO BÁEZ MAIOLA. Como se tiene ya referido, el interlocutorio no hizo lugar, con costas, a la excepción de falta de acción manifiesta por el accionante (fs. 90/91).

De constancias procesales pertinentes, H.G.M.A. y A.R. de M. manifestando ser cónyuges y padres del I. A.M.R., fallecido, demandan a V.E.M. (FS. 47/60) resarcimiento en concepto de daños emergente y moral por la suma de Gs. 597.299.084. En demostración del vínculo matrimonial ofrecen la libreta de familia, el certificado de nacimiento del fallecido y el acta de defunción.

La parte accionada plantea la excepción de falta de acción manifiesta en base a que "...*la falta de presentación de documentos que avalen que el fallecido I.A.M.R.hacen procedente la excepción de falta de acción manifiesta...*"(sic).

Al evacuar traslado, la actora pide rechazo de la defensa opuesta sosteniendo que los actores "...*tienen acción, están legitimados y ésta evidente, ostensible y manifiesto por el solo vínculo de la paternidad.*"(sic) y por ello, califica a la defensa planteada como "...*Discusión estéril porque efectivamente I. A. M. R.es hijo de los demandantes y fruto del matrimonio de los mismos. Se acompañó el certificado de nacimiento y si bien extrañamente no se haya agregado a estos autos copia de la libreta de familia mencionada en la demanda, reitero, el hecho de que sea hijo matrimonial o extramatrimonial no presenta ninguna relevancia jurídica... que de las constancias de autos se tiene con el certificado de nacimiento de I. A.M.R.(OBRANTE A FS. 9) ya es suficiente para acreditar que el Sr.*

H.G.M.A.Q. es el padre y que A.R.D.M. es la madre; además, este vínculo de paternidad no fue desacreditado ni cuestionado por el excepcionante y en el caso de autos se reclama la indemnización de carácter personal, padres de la víctima presuntamente perjudicados por la pérdida de la vida de su hijo... Que en lo que respecta al hecho de no obrar en autos el certificado de matrimonio que acredite el posible vínculo matrimonial entre los actores es totalmente irrelevante para esta acción, pues de admitir una cuestión como la planteada daría lugar a sustentar una distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico... ”(sic).

Cuando el hijo es fruto de un matrimonio civil válido, para la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil de las Personas basta que lo haga por cualquiera de los cónyuges debido, precisamente por la existencia de vínculo matrimonial. Hay, ipso jure, reconocimiento ficto para aquel cónyuge que no participó en el acto de inscripción.

En el caso, la inscripción del nacido en fecha 14 de mayo de 1990, I.A.M.R. la efectuó H.G.M.A. en fecha 18 de junio de 1990 quien atribuyó la maternidad a A.R.L.

Ocurre que la calidad de hijo matrimonial debe ser demostrada, tal como reconoce la propia actora cuando en la demanda ha mencionado que acompañaba a su presentación la libreta de familia. Sin embargo, lo cierto es que dicho documento no obra en el expediente, motivando así la interposición de la excepción de falta de acción manifiesta.

En estas condiciones, queda en claro que para atribuir calidad de hijo matrimonial cuando el reconocimiento hizo solo el padre, con lo cual, al no arrimarse el certificado de matrimonio o la libreta de familia, quedó sin demostración la capacidad activa a A.R.L., contrariamente a lo que en alzada afirma su representante convencional, afirmando que la omisión de la prueba por falta de presentación es irrelevante.

En materia procesal civil, el juzgador no puede suplir las omisiones en incurridas por las partes porque lo que está en juego es el interés particular de percibir sumas de dinero en concepto de indemnización por daños. Es un interés patrimonial.

De acuerdo a todo lo expuesto, surge con suficiente claridad que la sentencia en recurso tiene que ser confirmada en cuanto ha rechazado la falta de acción manifiesta respecto al actor H.G.M.A. y revocarla, por ser procedente la

excepción en cuanto a la demandante A.R.L. por falta de demostración de su matrimonio con el actor para así acreditarse como madre legítima de quien dice ser su hijo A.M.R.

En cuanto a las costas, resultado a medias indica que las mismas tiene que aplicada equitativamente (art. 203, inc. c, CPC), disponiendo que sean en el orden causado.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas en ambas instancias a la perdidosa, el A.I. N° 1.091 de fecha 16 de junio de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Primer Turno.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y Linneo Ynsfrán Saldívar.

ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 52

Cuestión debatida: *Procedencia de la impugnación de un examen de paternidad por ADN.*

PRUEBA. Prueba de A.D.N.

La representante de la parte actora presenta las pruebas y ofrece como perito al Dr. Gustavo Díaz Gill a fin de realizar la prueba de ADN, la cual no ha sido objetada por la parte demandada según sus manifestaciones que se encuentran a f. 47.

PRUEBA. Prueba de A.D.N.

Teniendo en cuenta la naturaleza del juicio y lo estipulado el art. 234 CPC. La mencionada prueba constituye de suma importancia y más aún tratándose de cuestiones técnicas en la que se requiere una especialización, como este caso el análisis de Paternidad por ADN, el cual informó que la probabilidad de paternidad constituía el 99.999% (fs.80), cuyo informe tampoco ha sido impugnado por el demandado en su oportunidad.

PRUEBA. Prueba de A.D.N. Principio de Preclusión.

Por aplicación del principio de preclusión respecto a actuaciones procesales el no pronunciamiento en su debido momento, de la parte demandada y haber aceptado al perito ofrecido por la actora así como el informe del mismo, estas etapas quedaron firmes y el A-quo resolvió conforme a derecho teniendo en cuenta las pruebas ofrecidas y el informe pericial emitido.

TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 19/06/12. “L.S. C/R. C. C. s/reconocimiento de filiación” (Ac. y Sent. N° 52).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resulto que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTION, EL DR. BÁEZ MAIOLA DIJO: Los recurrentes desisten expresamente de nulidad invocando el art. 407 del CPC. Y al no advertirse vicios que obliguen la declaración de oficio, corresponde tener por desistido el recurso siguiendo instrucción del art. 49 CPC.

A SUS TURNOS LOS DRES. PAREDES BORDÓN Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL DR. BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICHIENDO: La S.D. N° 974 de fecha 13 de diciembre de 2010, fs. 94 al 96, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Cuarto Turno resuelve: “HACER LUGAR la presente demanda ordinaria que por reconocimiento de filiación promueve el Sr. L. S.contra el Sr. R.C.C. y, en consecuencia, declarar que el accionante Sr. L.S., nacido el 27 de junio de 1958 en la ciudad de Luque, es hijo de R.C.C., por lo motivos expuestos en el considerando de la presente resolución. IMPONER las costas a la parte demandada. ANOTAR...”.

La parte apelante en su escrito de expresión de agravios manifiesta a fs. 105 al 109 que se siente agraviada debido que “...el A-quo solamente tomó como base para fundamentar su decisión el Informe Pericial realizado por el Laboratorio “DÍAZ GILL”, como prueba única. Que si bien es verdad que la Prueba de

A.D.N. es este tipo de proceso, es fundamental y pieza clave para dilucidar la cuestión controvertida, el A-quo debió simplemente aferrarse a esa única prueba para resolver el pleito...” (sic), además la misma, mencionó que debido a las circunstancias particulares que se presentaron en el juicio el A quo no ordenó la realización de otra prueba pericial a los efectos de obtener un criterio más acertado para la solución de este conflicto, teniendo en cuenta el “... art. 383 CPC” (sic).

Por su parte, la actora menciona en su escrito fs. 110/111, que no ha encontrado un solo argumento que pueda motivar la revocatoria de la resolución atacada. Pone de resalto lo estipulado en el art. 360 CPC: “La fuerza probatoria del dictamen pericial será apreciada por el Juez, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas o elementos de convicción que la causa ofrezca” (sic).

Por su parte, la actora menciona en su escrito fs. 110/111, que no ha encontrado un solo argumento que pueda motivar la revocatoria de la resolución atacada. Pone de resalto lo estipulado en el art. 360 CPC: “La fuerza probatoria dictamen pericial será apreciada por el Juez, teniendo en consideración la competencia de los peritos, la conformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funden y las demás pruebas o elementos de convicción que la causa ofrezca” (sic).

En cuanto a la fiscal interviniente, María Belén Prieto de Ocampo, f. 112, dictamina lo siguiente: “...la resolución recurrida se encuentra ajustada a derecho, como bien lo señala la prueba de ADN en este tipo de juicios resulta fundamental, en el presente caso el laboratorio Diaz Gill fue designada por A.I. N° 373 del 12 de abril de 2010 como perito único, designación aceptada expresamente por el demandado (fs.47) dicho laboratorio concluyó que la probabilidad relativa de paternidad es de 99.999%, dicho informe no fue impugnado por el demandado, en consecuencia los argumentos expuestos por el apelante para desmeritar dicha prueba resultan improcedentes...” (sic).

Revisadas constancias procesales surge que a f. 43 la representante de la parte actora presenta las pruebas y ofrece como perito al Dr. Gustavo Díaz Gill a fin de realizar la prueba de ADN, la cual no ha sido objetada por la parte demandada según sus manifestaciones que se encuentran a f. 47, que dice: “...esta Representación No se niega en la designación, como perito único, del Dr. Gustavo A. Díaz Gill para que el mismo efectúe la prueba de ADN” (sic).

El art. 345 CPC es bastante claro al respecto en relación a: “Caso de adhesión o de oposición. Si la otra parte adhiere a la prueba deberá: a) manifestar su conformidad con el perito propuesto por la contraria, o proponer otros puntos que deban constituir también objeto de prueba, si conviniere a su derecho, y objetar la procedencia de los mencionados por quien la ofreció. En este caso se correrá traslado a la contraparte por tres días, para que se pronuncie sobre los puntos propuestos, y en su caso, manifieste conformidad con el perito ofrecido por la adversa. Si se opondrá, al contestar el traslado expondrá sus razones de su oposición. (sic). Es decir que al no existir oposición de la parte de la demandada como lo fue en este caso, solamente corresponde designar perito único como lo establece el art. 348 CPC.

Además teniendo en cuenta la naturaleza del juicio y lo estipulado el art. 234 CPC. La mencionada prueba constituye de suma importancia y más aún tratándose de cuestiones técnicas en la que se requiere una especialización, como este caso el análisis de Paternidad por ADN, el cual informó que la probabilidad de paternidad constituía el 99.999% (fs. 80), cuyo informe tampoco ha sido impugnado por el demandado en su oportunidad.

De todo lo mencionado y por aplicación del principio de preclusión respecto a actuaciones procesales el no pronunciamiento en su debido momento, de la parte demandada y haber aceptado al perito ofrecido por la actora así como el informe del mismo, estas etapas quedaron firmes y el A quo resolvió conforme a derecho teniendo en cuenta las pruebas ofrecidas y el informe pericial emitido por el Dr. Díaz Gill, quien concluyó que la probabilidad de paternidad era de 99,999%. En síntesis, L.S. es hijo de R.C.C. y por lo tanto corresponde confirmar la Sentencia, ya que la misma se ha realizado conforme a derecho.

A SUS TURNOS LOS DRES. PAREDES BORDÓN Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifestaron adherir al voto precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR la S.D. N° 974 bis del 13 de diciembre de 2010.

COSTAS a la recurrente.
ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y Ma. Sol Zuccolillo de Vouga.
ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 55

DERECHO DE MARCAS. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

Si bien en este juicio resulta aplicable la normativa procesal civil, no por eso puede desconocer que por su particularidad, asunto marcario, están siempre presentes los principios de territorialidad y especialidad. Por el primero, la protección al propietario de su marca se circunscribe al país en que ella está registrada como también respecto a marcas registradas en el extranjero. Pero ocurre que el presente caso, el propietario de una marca paraguaya no tiene facultades contra terceros que la usen en otro país o impedir su registro en un tercer país y pretender obtener derechos en el Paraguay.

DERECHO DE MARCAS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Respecto al segundo principio de especialidad, la protección de una marca comprender sólo los productos o servicios registrados o sus similares, con fundamento en que el *derecho de marca es un derecho de excluir* y no un derecho de propiedad sobre la palabra en sí, salvo excepciones respecto a ciertas marcas mundialmente conocidas.

DERECHO DE MARCAS. Marcas notorias. Presunciones.

En cuanto al efecto de la rebeldía, art. 69 CPC como reconocimiento de verdad que alega la actora, solamente constituye presunción de verdad, razón por la que subsiste la obligación del onus probando (art. 249 CPC) y en este sentido, la parte actora no demostró que la marca era notoria para ser aplicable su nulidad conforme a la materia.

Tapel Civ. y Com. Segunda Sala. 21/06/12. “G. G. E. CO. LTD. C/ R. S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas” (Ac. y Sent. N° 55).

PREVIO: estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resulto que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: El recurrente no fundamenta el recurso y dado que no advierten vicios por inobservancia de forma, solemnidades, indefensión procesal alguna de las partes o estructuración ideológica insuficiente que ameritan la sanción de nulidad de oficio, corresponde declararlo desierto en atención a lo dispuesto en el art. 419 CPC.

ASUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS PAREDES BORDÓN Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICRIENDO: La sentencia recurrida (fs. 267 al 275) resolvió: "1. RECHAZAR, con costas, la presente por nulidad del Registro N° 277.518 de la marca "G." Clase 11 del Registro de la Propiedad Industrial, promovió la firma G. G. CO.L. contra la firma R.S.A., por improcedente. 2- ANOTAR..."(sic).

El apelante sostiene que la misma debe ser revocada en todas sus partes debido a que sus fundamentos son contrarios a bases sentada en materia de marcas, tanto en doctrina como en jurisprudencia, además de haber considerado parcialmente elementos importantes y omitiendo otros, con lo cual el fundamento de la sentencia es deficiente.

Agrega también que la parte demandada no presentó defensa alguna, dando lugar así a una *confessio ficta* y en cuanto a prueba, el A quo no tuvo en cuenta que el documento presentado en juicio, como prueba, "...es un ACTA DE DECLARACIÓN JURADA ANTE ESCRIBANO DEBIDAMENTE ACREDITADO Y CUMPLIDO CON Y CADA UNO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY PARA QUE LA MISMA SEA VÁLIDA COMO INSTRUMENTO PÚBLICO..."(sic).

G.G.E. Co. Ltd., con domicilio real en 25 R. Nan Road, F., G., China, demanda de nulidad de Registro de Marcas contra R.S.A. empresa paraguaya, respecto a la marca "G.". Con Registro N° 277.518 sin autorización alguna a fs. 204 a 209 y si bien la parte actora manifiesta que la demandada es una compañía filial

que posee en Paraguay probanza documental de f. 5, sin embargo el mismo no es suficiente debido a que en la solicitud figura como Ordenante: R. y Beneficiario: Casa Matriz o Casa Central (Z.) y por tanto demuestra que es una filial de la demandante, en cuyo caso se necesita de autorización. En cuanto a los demás documentos presentados como prueba, redactados en varios (idiomas inglés, árabe, chino, etc.) no cuentan las respectivas traducciones, no pueden ser consideradas como pruebas decisivas, de acuerdo a lo que prescribe el art. 105 CPC.

Es para resaltar que el instrumento, cuya copia simple obra a f. 291, en su último párrafo dice textualmente: *“G. G.G. Ltd. Tiene... la declaración de iniciar procedimientos legales de derechos de violaciones de las leyes y reglamentos de G. sitios Web de acuerdo con el equipo de información de protección de la seguridad del sistema de People’s Republic de China”* y *“derecho de propiedad intelectual”* (sic), lo cual da a entender que no se extiende a otros países.

Si bien en este juicio resulta aplicable la normativa procesal civil, no por eso puede desconocer que por su particularidad, asunto marcario, están siempre presentes los principios de territorialidad y especialidad. Por el primero, la protección al propietario de su marca se circunscribe al país en que ella está registrada como también respecto a marcas registradas en el extranjero. Pero ocurre que el presente caso, el propietario de una marca paraguaya no tiene facultades contra terceros que la usen en otro país o impedir su registro en un tercer país y pretender obtener derechos en el Paraguay.

Respecto al segundo principio de especialidad, la protección de una marca comprender sólo los productos o servicios registrados o sus similares, con fundamento en que el *derecho de marca es un derecho de excluir* y no un derecho de propiedad sobre la palabra en sí, salvo excepciones respecto a ciertas marcas mundialmente conocidas.

El autor de “Derecho Paraguayo de Marcas”, Carmelo Módica, refiriéndose a otros autores, dice: *“...Para poder reclamar la protección de una marca notoria, es preciso tener en cuenta sus alcances. Algunos autores consideran que se trata de una cuestión compleja, destacando incluso que deben distinguirse las causas de la notoriedad de las características propias de esa condición... Esto significa, por ejemplo, que en Paraguay una marca de cigarrillos es notoria cuando resulta ampliamente conocida entre los fumadores de nuestro medio; una marca de perfumes, entre las damas; una marca de pintura entre los profesionales del ramo, etc. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha*

establecido criterios para determinar la condición notoria de una marca, que consideramos válidos para nuestro derecho son los siguientes: a) la extensión de su conocimiento en el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para la cual fue concedida; b) la intensidad y ámbito de difusión o promoción y mercadeo de los productos que distingue la marca. El criterio esencial de marca notoria es que sea muy conocida. Hasta hace algún tiempo que discutía en la doctrina donde debía darse ese conocimiento amplio. ¿Bastaba con que existiera en su país de origen y en otro más?. A lo cual aclara con lo dispuesto a la Ley de Marcas, ya que la misma establece que la marca tiene que ser conocida en el Paraguay y concretamente en el ámbito de los potenciales consumidores de los productos que distingue o usuarios de los servicios que protege para que pueda admitirse su notoriedad, ya que en nuestro país es donde debe valer su condición notoria. Para dicha prueba rige de la doctrina marcaria el aforismo que afirma que "...la notoriedad de la marca no requiere prueba, por lo que si resulta necesario hacerlo, entonces tal notoriedad no existe" (Ac. y Sent. N° 1659 del 26 de setiembre de 2004- Sala Comercial y Civil de la Corte Suprema de Justicia" (sic).

Otros puntos a señalar son el art. 215 CPC, que condiciona la formalidad del escrito inicial de demanda y el art. 235 del citado cuerpo legal, referido a la contestación en el sentido de que el accionado debe reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos, la autenticidad de los documentos presentados que se atribuyen entre otras cosas. Ante el silencio o respuestas evasivas o la negativa general "...podrá, estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos..." (sic).

En cuanto al efecto de la rebeldía, art. 69 CPC, como reconocimiento de verdad que alega la actora, solamente constituye presunción de verdad, razón por la que subsiste la obligación del onus probando (art. 249 CPC) y en este sentido, la parte actora no demostró que la marca era notoria para ser aplicable su nulidad conforme a la materia.

Entonces, a tenor de lo expuesto, corresponde confirmar in totum la resolución en recurso con imposición de costas a la recurrente en atención a lo dispuesto en los arts. 192 y 203 inc. a) CPC.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS PAREDES BORDÓN y ZUCCO-LILLO GARAY DE VOUGA manifiestan que adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

JURISPRUDENCIA

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR, con costas la S.D. N° 309 de fecha 24 de mayo de 2011.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y Ma. Sol Zuccolillo de Vouga.

ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 59

EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONERÍA. Procedencia de la excepción de falta de personería.

Si se cuestiona la validez de la representación, la única forma posible es por medio de la excepción de falta de personería, circunstancia que no se da en autos y no por desglose de escrito.

MANDATO. Revocación del mandato. Sustitución del mandato.

Si el mandato o poder fue otorgado siguiendo las instrucciones de la Carta Orgánica o Estatuto y de las Leyes pertinentes el cambio de las personas físicas que necesariamente intervinieron como Órgano en el acto, no influye obrando en forma retroactiva y mucho menos con efecto revocatorio. Mientras no haya sobrevenido revocación expresa del órgano, el acto permanece firme y no por revocación ficta como pretende el recurrente.

TRIBUNAL DEL CUENTAS. Ejecución de sentencia.

De conformidad al art. 275 del Código Aduanero (Ley N° 2.422/04) la liquidación queda aceptada cuando no se impugna dentro del plazo de diez días de ser notificada y al respecto ocurre que la impugnación hecha por la firma demandada es de fecha 10 de enero de 2011 según informe remitido por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala (f. 144); es decir, fue hecha ya fuera del plazo de diez días.

Este plazo tiene doble función: 1ª. Poner al deudor en mora; 2ª. Dar oportunidad al deudor para interponer recursos administrativos pertinentes. Es por eso que cualquier impugnación o demanda en lo contencioso-administrativo hecha con posterioridad al plazo vencido no puede afectar al carácter de título ejecutivo adquirido por las contraliquidaciones.

TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 27/06/12. “D. N. D. A. c/ I. S. T. S.R.L. T. S.A. S/ Ejec. de Resoluciones Judiciales.”.(Ac. y Sent.Nº 59).

PREVIO: estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resulto que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: GERARDO BÁEZ MAIOLA, BASILICIO GARCÍA, EUSEBIO MELGAREJO CORONEL.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: El recurrente pasa directamente a fundar la apelación, y al no encontrar vicios que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde declarar desierto el recurso según tiene establecido el art. 419 CPC.

ASUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BASILICIO GARCIA Y EUSEBIO MELGAREJO votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICHIENDO. Por la S.D. N° 285 de fecha 11 de mayo de 2011 se resolvió: *“HACER LUGAR con costas, a la EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DEL TÍTULO planteada por la firma T. S. A., por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución; DISPONER el levantamiento del embargo ejecutivo trabado sobre bienes del demandado, librando los correspondientes oficios; ANOTAR...”* (sic).

El apelante manifiesta que *“...el A-quo no consideró ni tuvo en cuenta el objeto de la litis que está siendo debatida ante el Tribunal de Cuentas Segunda Sala, ya que como lo explicaré detalladamente, el juicio contencioso administrativo no guarda relación con el TÍTULO EJECUTIVO que fuera ejecutado por esta vía como lo manda la ley”*. *“La acción contenciosa promovida ante el Tribunal de cuentas, contra la providencia de fecha 10 de enero de 2011, no afecta en*

lo más mínimo al juicio iniciado por mi parte para el cobro de tributos adeudados, puesto que la contraliquidación ha quedado firme y ejecutoriada, al no existir ninguna oposición en plazo legal, ni pago por parte de la firma, por lo que la hipotética revocación de la providencia del Director Nacional en nada afectaría a la ejecutividad de la contraliquidación ejecutada por esta vía y de la deuda pendiente...” (sic). A lo dicho agrega que el A-quo fundamenta su resolución en una premisa falsa al afirmar que la contraliquidación presentada en autos no se encuentra firme.

La representante del demandado, solicita en primer lugar el desglose del escrito de expresión de agravios debido a que la personería del Abog. F.Q.A. se basa en poder otorgado por entonces Director J.C.S., quien ya no se desempeña en tal función. Esta objeción no resulta admisible por dos razones: a) si se cuestiona la validez de la representación, la única forma posible es por medio de la excepción de falta de personería, circunstancia que no se da en autos y no por desglose de escrito; b) si el mandato o poder fue otorgado siguiendo las instrucciones de la Carta Orgánica o Estatuto y de las Leyes pertinentes el cambio de las personas físicas que necesariamente intervinieron como Órgano en el acto, no influye obrando en forma retroactiva y mucho menos con efecto revocatorio. En efecto, la estabilidad de los actos jurídicos tiene su razón en la seguridad jurídica y en consecuencia, en el *sub examine* mientras no haya sobrevenido revocación expresa del órgano, el acto permanece firme y no por revocación ficta como pretende el recurrente. Al respecto, Enrique Sayagués Laso, en su obra “Tratado de Derecho Administrativo” (4^a Edic., Montevideo, Rca. Oriental del Uruguay, 1974), expresamente dice: “...*Las personas jurídicas expresan su voluntad por intermedio de sus órganos. Éstos integran la entidad colectiva, son parte de la misma, sin la cual aquella no podría accionar y aun mismo no se concebiría. No cabe hablar de mandato ni de representación, lo cual supone dos sujetos de derecho frente a frente: mandante y mandatario o, representante y representado, siendo que en realidad existe una sola persona y la cuestión es puramente de organización interna de ésta...*”.

Resuelto el primer argumento del recurrente, de los agravios contra la sentencia recurrida surge que la ejecución de autos se basa en las contraliquidaciones de fs. 10 al 16 concebidas como títulos ejecutivos. Respecto a las mismas, la firma demandada fue notificada el 10 de diciembre de 2010 (f. 9) y que de conformidad al art. 275 del Código Aduanero (Ley N° 2.422/04) la liquidación

queda aceptada cuando no se impugna dentro del plazo de diez días de ser notificada y al respecto ocurre que la impugnación hecha por la firma demandada es de fecha 10 de enero de 2011 según informe remitido por el Tribunal de Cuentas Segunda Sala (f. 144); es decir, fue hecha ya fuera del plazo de diez días.

Este plazo tiene doble función: 1ª. Poner al deudor en mora; 2ª. Dar oportunidad al deudor para interponer recursos administrativos pertinentes. Es por eso que cualquier impugnación o demanda en lo contencioso-administrativo hecha con posterioridad al plazo vencido no puede afectar al carácter de título ejecutivo adquirido por las contraliquidaciones.

Entonces, en estas condiciones, corresponde revocar la sentencia recurrida, con costas a la perdedora de conformidad al art. 203 inc. b) CPC.

ASUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BASILICIO GARCÍA Y EUSEBIO MELGAREJO manifestaron que adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

REVOCAR, con costas, la S.D. N° 285 de fecha 11 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, 8° Turno.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Ma. Sol Zuccolillo de Vouga y Eusebio Melgarejo Coronel.

ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 76

MATRIMONIO. Nulidad de matrimonio. DIVORCIO. Prueba en el juicio de divorcio.

La accionante sostiene que la no consumación del matrimonio ha sido por impotencia manifiesta y reconocida expresamente por el esposo, razón por la

que el allanamiento tiene efecto de confesión espontánea (artículo 276 y sgtes. CPC), prueba admitida en el presente juicio por ser de nulidad de matrimonio y no de divorcio, juicio éste en el que no está permitida por disposición expresa la prueba confesoria.

COSTAS. Costas en el allanamiento.

En cuanto a las costas, si bien hay allanamiento de parte del accionado, no obstante no puede negarse que ha sido único responsable de la causal de nulidad y, por tanto, obligando con su actitud la promoción del juicio, razón por la que debe el accionado cargar con las costas en las dos instancias.

TApel Civ. y Com. Segunda Sala. 13/07/12. “G. O. R. C/ D. G. S. S/ nulidad de matrimonio” (Ac. y Sent. N°76).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO: Por S.D. N° 218 de fecha 18 de abril de 2008 se resolvió: “1º. HACER EFECTIVO el apercibimiento decretado por providencia de fecha 18 de mayo de 2007, y en consecuencia, tenerlo por confeso al señor D. G. S. en los términos del pliego de posiciones obrante a fs. 27 de autos; 2º. NO HACER LUGAR a la demanda promovida por la señora G.O.R. contra D.G.S.sobre nulidad de matrimonio por los fundamentos expuestos en esta resolución; IMPONER LAS COSTAS en el orden causado. ANOTAR...”.

El recurrente fundamenta este recurso manifestando que la decisión del A quo es injusta, debido a que no tomó en cuenta lo que quedó demostrado con la prueba pericial más el desinterés del demandado durante todo el proceso.

Al notar que estos agravios pueden resolverse por medio de la apelación, y al no encontrar vicios que ameriten la declaración de nulidad de oficio, corresponde desestimar este recurso.

A SUS TURNOS, LOS DRES. BÁEZ MAIOLA Y PAREDES BORDÓN votaron en el mismo sentido.

ALA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA PROSIGUIÓ DICIENDO: El recurrente repite al fundamentar este recurso, que el inferior restó valor probatorio a las pruebas aportadas por su parte.

Por su parte el demandado contesta formulando allanamiento total a las pretensiones de la actora.

En su Dictamen Fiscal N° 164 de fecha 3 de marzo de 2009, la Agente Fiscal sugirió: *“Habiéndose allanado el demandado a los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la accionante, corresponde que V.V.E.E. dicten resolución haciendo lugar al recurso interpuesto, ordenando la revocación de la S.D. N° 218 de fecha 18 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Luque, y en consecuencia hacer lugar a la demanda que por nulidad de matrimonio promoviera la Sra. J.O.R.”* (sic).

De constancias de autos tenemos que a f. 33 de autos obra el diagnóstico ginecológico de la actora, indicando la existencia de himen. A más de ello, existe allanamiento formulado por el demandado, en segunda instancia (f. 56). También debe tenerse en cuenta la absolució de posiciones –prueba admitida en juicios ordinarios–, que fue diligenciada en el presente juicio a fs. 28 y 29 de autos donde consta la confesión ficta del demandado y, por último, a fs. 63 obra la resolución dictada por la Santa Sede en Roma de la Iglesia Católica “CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM”, en la cual se declara Nulo el matrimonio por no consumación.

Siendo así, con las pruebas diligencias por la parte actora, el allanamiento del demandado y el dictamen fiscal, no queda más que revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la nulidad de matrimonio, al haberse acreditado la causal invocada en la demanda.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas a la parte perdedora en ambas instancias dado que el allanamiento del demandado no fue oportuno.

A SU TURNO, EL DR. BÁEZ MAIOLA DIJO: Ya se tiene transcripta la parte resolutive de la sentencia en revisió que denegó la anulació del matrimonio solicitada por la esposa, G.O.R. El vínculo matrimonial ha sido demostrado fehacientemente.

Afirma la parte actora que luego de la celebració del matrimonio, esa misma noche los cónyuges se retiraron a su domicilio y una vez en el lugar el esposo *“...con excusas de sentirse muy cansado, haber bebido demás deseaba ir a dormir en su casa con su padre y al propio tiempo le manifestó no sentía ganas*

de estar íntimamente con ella, que estaba confundido, terminó retirándose de la casa de su esposa y nunca más regresó. Nuestra instituyendo afirma categóricamente que el matrimonio nunca se consumó, por lo tanto, su matrimonio es nulo, por la no consumación, por la impotencia absoluta que probablemente padece el mismo y por la incapacidad de asumir su esposo las responsabilidades fundamentales del matrimonio, razón por la cual la abandonó en la misma noche de su boda sin la más mínima consideración. Que nuestra mandante agotó los medios adecuados para conversar con su esposo para pedirle explicación y salvar su matrimonio, pero no obtuvo resultado favorable. De la fecha del hecho, transcurrió casi un año y el demandado no regresó con su esposa, por lo que recurre a los estrados judiciales con el objeto de solicitar la nulidad de su matrimonio, ofreciendo como prueba fundamental se le practique un examen médico-ginecológico para constatarse no hubo contacto sexual con su esposo antes y mucho menos después del matrimonio, la misma afirma que conserva el himen intacto y para demostrar dicho extremo, solicitamos que el Juzgado ordene el examen médico-ginecológico sea practicado en el Policlínico Rigoberto Caballero y para dicha diligencia ordene la constitución del Actuario para labrar el Acta... (sic)... (sic. f. 9).

En demostración de que la voluntad de la actora es determinar toda vinculación con el esposo ha ofrecido que también ha empezado con el divorcio religioso, afirmando que tal tramitación fue admitida en dicha sede por Decreto N° 630 dictado el 4 de octubre de 2006, razón por la que el Tribunal solicitó al Arzobispado de Asunción la remisión del expediente citado, oficio que fue contestado en los términos del documento de f. 60 en donde respecto a la remisión ha dicho *"Este Tribunal es del criterio que las actuaciones en el ámbito eclesiástico, solamente son válidas en el mismo y no pueden servir de cabeza de proceso en otro ámbito diferente...*(sic).

El accionado D.G.S. no ha contestado la demanda y por dicha razón se ha declarado su rebeldía por A.I. N° 249 del 29 de marzo de 2007 (f.15). Pero no así en esta alzada, en donde se ha allanado expresamente *"...reconociendo las causales invocadas por la señora G.O.R. en este juicio...* (sic). En efecto, V.R., presidente del Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de Asunción en contestación de oficio que le dirigiera este Tribunal, diciendo: 1. Que en el Tribunal *"...ante todo, es un tribunal de conciencia..."*(sic). 2. *Que en el proceso de nulidad matrimonial canónico, lo que se persigue es tener una certeza moral en base a lo probado*

y alegado de la nulidad del sacramento del matrimonio... (sic). 3. *“...Que es un derecho originario de la Iglesia, tener su propia Ley de fondo y de forma, autonomía e independiente ...* (sic). 4. *“Este Tribunal es del criterio que las actuaciones en el ámbito eclesiástico, solamente son válidas en el mismo...”* (sic).

De acuerdo a cuanto se ha expuesto, la accionante sostiene que la no consumación del matrimonio ha sido por impotencia manifiesta y reconocida expresamente por el esposo, razón por la que el allanamiento tiene efecto de confesión espontánea (artículo 276 y sgtes. CPC), prueba admitida en el presente juicio por ser de nulidad de matrimonio y no de divorcio, juicio éste en el que no está permitida por disposición expresa la prueba confesoria.

En consecuencia, de todo lo expuesto y fundamentado, la sentencia tiene que ser revocada, criterio que también sostiene el Ministerio Público. En cuanto a las costas, si bien hay allanamiento de parte del accionado, no obstante no puede negarse que ha sido único responsable de la causal de nulidad y por tanto obligando con su actitud la promoción del juicio, razón por la que debe el accionado cargar con las costas en las dos instancias. Así también voto.

A SU TURNO EL DR. PAREDES BORDÓN manifiesta que adhiere a los votos precedente por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

DESISTIMAR el recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 218 del 18 de abril de 2008, y hacer lugar a la nulidad de matrimonio, conforme se tiene explicitado en el exordio de la presente resolución.

COSTAS a la perdidosa en ambas instancias.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y Ma. Sol Zuccolillo de Vouga.

ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 84

PRESTAR ALIMENTOS. Por parentesco.

El Art. 256 del CC señala que la obligación de prestar alimentos nace del parentesco y comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo necesario para la asistencia en las enfermedades; agrega el Art. 257 del CC, quien solicita alimentos debe probar, salvo disposición en contrario de la ley, que se halla en imposibilidad de proporcionárselos. Es decir, que no puede obtener por sí mismo lo necesario para cubrir sus necesidades.

PRESTAR ALIMENTOS. Por parentesco. Prueba.

Sin embargo, del cúmulo de pruebas presentadas, si bien se acredita la existencia de las enfermedades y las necesidades médicas, no se expresa en dicho diagnósticos una indicación de reposo absoluto, o de no realizar trabajo alguno; por ende, no se cumple con la exigencia del Art. 257, necesaria cuando se trata de alimentos entre mayores, dado que cuando se refiere a menores, la acreditación no existe.

PRESTAR ALIMENTOS. Por parentesco. Prueba.

Tratándose de personas mayores, es imprescindible, despejar toda duda sobre la imposibilidad absoluta de subvenir a sus propias necesidades y ello debe surgir, ya que se alega la existencia de enfermedades, de una certificación igualmente médica que aparte de diagnosticar la enfermedad, indique el reposo, o prohibida la actividad laboral.

PRESTAR ALIMENTOS. Por parentesco. Prueba.

El hecho de que el demandado no haya contestado la demanda, sólo crea la presunción sobre los hechos alegados que no consten en instrumentos públicos y por ello, hubiese sido oportuno la producción de alguna prueba conducente a la demostración del requisito faltante, es decir la imposibilidad de conseguir medios para subsistir, por sus propios recursos.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 17/07/12. “Compulsas del Expte.: “E. M. DE LL. G. C/B.A. R.C. B. S/ Prestacion de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 84).

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDÓN, BÁEZ MAIOLA, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: LA NULIDAD. Si bien el recurrente solo interpuso el recurso de apelación, de acuerdo al Art. 405 del CPC, el recurso de nulidad se encuentra insito en el de apelación, por lo que corresponde analizar los agravios referidos a la nulidad expuestos por el recurrente.

Esencialmente el vicio de nulidad apuntado se refiere al decaimiento decretado por A.I. N° 507, por el cual se le dio por decaído el derecho a contestar la demanda, dejándolo en indefensión. Señala que el presente debe ser tramitado como un juicio ordinario, y con los plazos incidentales, conforme al Art. 146 del CPC, como lo hizo la Jueza.

Ocurre, sin embargo, que esta cuestión ha precluido puesto que este Tribunal por medio del A.I. N° 463 de fecha 14 de julio de 2009 declaró mal concedido los recursos, por lo que por aplicación del Art. 103 del CPC, ha pasado en autoridad de cosa juzgada procesal.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA Y BÁEZ MAIOLA votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN PROSIGUIÓ DICIENDO: LA APELACION. Por la sentencia recurrida, S.D. N° 744 de fecha 15 de setiembre de 2009, la A-quo, en lo esencial RESOLVIO: HACER LUGAR, con costas el juicio que por Asistencia Alimentaria promueve la Sra. ELVIRA M. DE LL. G. contra el Sr. B.M.C.B.. FIJAR la asistencia alimenticia en TRES MILLONES QUINIENTOS MIL (Gs. 3.500.000) el cual deberá ser abonada mensualmente por mensualidades adelantadas desde la iniciación de la demanda. ORDENAR la apertura de una Cuenta Judicial en el Banco Nacional de Fomento a nombre del presente juicio a la orden de la Señora E.M.D.Ll.G., quien podrá retirar los haberes con la sola presentación de su cédula de identidad. Líbrese oficio al efecto.

Contra esta decisión, la parte demandada recurre por vía de apelación; pero en su escrito presentado, a más de agraviarse de la decisión, señala en lo sustancial que la actora no ha demostrado estar físicamente impedida, inmovi-

lizada, en silla de ruedas o absolutamente impedida de trabajar para sostenerse. Sostiene que muy probablemente la Jueza más que nada se ha impresionado por los diagnósticos médicos. Culmina solicitando la revocación de la sentencia.

Al contestar el traslado, la parte actora manifiesta que bien sabe que al no contestarse la demanda, implica que podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y en cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos según el caso y por ello la A-quo resolvió no abrir la causa a prueba. En segundo término, sostiene que los alimentos entre los cónyuges no es un simple capricho sino resulta de un imperativo legal y también de quien lo necesita. Concluye expresando que la enfermedad que padece y que su esposo siempre tomó como burla, menoscabo y términos discriminatorios. Culmina solicitando se declaren desiertos los recursos o en su defecto, se confirme la sentencia recurrida.

En autos se trata de una demanda promovida por la esposa peticionando que su cónyuge le preste alimentos de manera urgente, alegando que el demandado abandonó el domicilio conyugal, que desde su unión con el mismo, se ha dedicado exclusivamente al cuidado del hogar y sus hijos, además de realizar algunas tareas encomendadas por su esposo y que luego del abandono se ha visto obligada a vender joyas y pertenencias; además padece en constante reposo y imposibilitada de trabajar. Adjunta a su demanda varios certificados médicos a tal efecto demostrativo.

El Art. 256 del CC señala que la obligación de prestar alimentos nace del parentesco y comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo necesario para la asistencia en las enfermedades; agrega el Art. 257 del CC, quien solicita alimentos debe probar, salvo disposición en contrario de la ley, que se halla en imposibilidad de proporcionárselos. Es decir, que no puede obtener por sí mismo lo necesario para cubrir sus necesidades.

Entre las personas obligadas a prestar alimentos se tiene en primer término a los cónyuges, art. 258 del CC.

De las instrumentales presentadas por la actora, se deduce que el demandado se halla unido con la misma en matrimonio, aunque de hecho se encuentren separados conforme a la denuncia por violencia doméstica, promovida igualmente por la actora contra el demandado; así también, que efectivamente la misma adolece de varias enfermedades, descritas en el diagnóstico de fs. 5, así como de medicamentos conforme a la prescripción de fs. 6.

En cuanto al caudal económico, se tiene que lo acreditado con los instrumentos privados y públicos, se refiere a la propiedad de vehículos, así como el nivel de gastos que emerge de los extractos bancarios de uso de tarjetas de crédito y señala además, que el demandado es jubilado de la administración pública, Ministerio de Hacienda.

Sin embargo, del cúmulo de pruebas presentadas, si bien se acredita la existencia de las enfermedades y las necesidades médicas, no se expresa en dichos diagnósticos una indicación de reposo absoluto, o de no realizar trabajo alguno; por ende, no se cumple con la exigencia del Art. 257, necesaria cuando se trata de alimentos entre mayores, dado que cuando se refiere a menores, la acreditación no existe.

Pero tratándose de personas mayores, es imprescindible despejar toda duda sobre la imposibilidad absoluta de subvenir a sus propias necesidades y ello debe surgir, ya que se alega la existencia de enfermedades, de una certificación igualmente médica que aparte de diagnosticar la enfermedad, indique el reposo, o prohibida la actividad laboral.

El hecho de que el demandado no haya contestado la demanda, sólo crea la presunción sobre los hechos alegados que no consten en instrumentos públicos y por ello, hubiese sido oportuno la producción de alguna prueba conducente a la demostración del requisito faltante, es decir, la imposibilidad de conseguir medios para subsistir por sus propios recursos.

Por la razón expuesta, incumplimiento de la exigencia del Art. 257 del CC, voto por revocar la sentencia. En cuanto a las costas y teniendo en consideración que la actora, en verdad se siente con derecho a litigar, voto por imponerlas por su orden. Es mi voto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS ZUCCOLILLO GARAY DE VUUGA Y BÁEZ MAIOLA manifiestan que adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: Por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala,

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 744 de fecha 15 de setiembre de de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Décimo Turno.

IMPONER COSTAS, en el orden causado.
ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.
Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y Ma. Sol Zuccolillo de Vouga.
ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 88

HIPOTECA. Ejecución de hipoteca. CONTRATO. Reserva.

Como la demandada, suscribió íntegramente dicha escritura, sin formular reserva alguna, no puede alegar ser simplemente un tercero en dicha operación, por ende, al aceptar el redescuento de su deuda a favor del CONAVI, con todas las cláusulas pactadas, aceptó la competencia de los tribunales de Asunción, para el caso que el litigio involucre al CONAVI. Por ende, el rechazo de la excepción de incompetencia de jurisdicción, se halla ajustado a derecho y debe ser confirmado.

HIPOTECA. Hipoteca Abierta o flotante.

Del texto de la escritura, no se observa que se hayan suscrito pagares hipotecarios, sobre cada una de las cuotas. Ya que si bien se menciona el fraccionamiento de la deuda y su pago en cuotas, no se consigna que se firme pagares por dichas cuotas. Nos encontramos entonces en el marco del Art. 2359 del CCP, hipoteca abierta o flotante, y no dentro del marco del Art. 2371 del mismo CCP.

JUICIO EJECUTIVO. Título ejecutivo.

Por ende siendo la escritura, un instrumento público, el mismo constituye un título hábil, Art. 439 y 448 del CPC, y el rechazo de la excepción debe ser confirmada.

TApel. Civ. y Com. Segunda Sala. 25/07/12. “Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI) C/ G. N. P.DE O. s/ Ejecución Hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 88).

PREVIO: estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los señores Miembros en el siguiente orden: BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN, ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO: Si bien el recurrente manifiesta desistir del recurso de nulidad y dado que tampoco se advierten vicios que ameriten la sanción de la nulidad de recurso, debe ser declarado desierto en atención a lo dispuesto en el artículo 419 del CPC.

A SUS TURNOS, LOS MAGISTRADOS PAREDES BORDÓN Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA PROSIGUIÓ DICHIENDO: La sentencia objeto de recurso (f. 50), al no hacer lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción, inhabilidad de título y de prescripción causa agravio al accionado en los términos del escrito de fs. 66/69 manifestando tres puntos importantes: 1) la competencia es una cuestión de orden público y por lo que su prórroga se da en caso excepcionales. CONAVI al aceptar la cesión del crédito hipotecario, acepta igualmente la competencia territorial establecida en el contrato de hipoteca, es decir, los Juzgados de Encarnación. 2) Inhabilidad de título: Se remite a fs. 15, donde se lee en la escritura pública: *“...debiendo en tales casos la prestataria, suscribir pagarés por los montos y vencimientos corresponde”, es decir para ejecutarse la hipoteca debió de adjuntarse los correspondientes pagarés, cosa que no ha ocurrido en autos*” (sic). 3) Prescripción: *“Para ejecutar la hipoteca, necesariamente debió de ser presentado los pagarés suscriptos al momento de la constitución de dicho derecho real, cosa que la adversa no ha adjuntado, ello al solo efecto de intentar sostener una acción ya prescripta, conforme se reseñara en el presente memorial*” (sic).

Siguiendo instrucción del art. 231 CPC, corresponde primeramente tratar el asunto relativo a la incompetencia y al respecto, de constancias de autos en la Décima Octava Cláusula de la Escritura Pública, f. 17 vta. dice: *“Para todos los efectos legales de este contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios de la ciudad de Encarnación*” (sic). Así también nuestro ordenamiento civil de fondo otorga amplia libertad de concertación al decir el art. 715: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma, y deben ser cumplidas de*

buena fe. Ellas obligan a lo que este expresado, y a las consecuencias virtualmente comprendidas”.

Ahora bien, estos derechos particulares tienen siempre como condición sine qua non que *“Los derechos deben ser ejercidos de buena Fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que causa, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contraiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente”* (art. 372).

También hay que tener presente que CONAVI no es el Estado Paraguayo ni aun representante, papel ejercido por la Procuraduría General del Estado. Es una entidad autárquica con personería jurídica, creada por Ley N° 118/90 y debiendo a ello sujeto de derecho privado, razón por la que resulta obligatoria la Cláusula Décima Octava: *“Para todos los efectos legales de este contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios de la Ciudad de Encarnación y constituyen domicilio legal en el lugar indicado al principio de esta escritura, debiendo la Prestataria notificar por escrito cualquier cambio ulterior; pues si así no lo hiciera, las notificaciones hechas en el mismo surtirán todos los efectos legales como si se hubiesen practicado personalmente”*(sic) y por ello corresponde revocar la S.D. N° 857 de fecha 30 de diciembre de 2009, por resultar procedente la excepción de incompetencia territorial, con costas a la perdidosa.

Al considerar que si debe hacerse lugar a la excepción de incompetencia, con costas para la perdidosa de acuerdo al art. 200 CPC y teniendo en cuenta el art. 231 CPC, mencionado anteriormente, no corresponde hablar de las excepciones planteadas. Así también voto.

A SU TURNO, EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: (LAAPELACIÓN) Manifiesta que disiente a las conclusiones a la que arriba el preopinante.

En efecto, se presenta en autos, representante por medio, el Consejo nacional de la Vivienda, (CONAVI) a promover ejecución hipotecaria contra la Sra. G.N.P.F., por la suma Gs. 128.057.044, fundado su reclamación en la Escritura pública N° 296 de fecha 15 de agosto de 1997, pasada por ante la escribana María Celeste González.

De acuerdo a la copia obrante a fs. 9, y que no fue impugnada por la demandada, de la mencionada escritura, en dicha ocasión por medio del mencionado instrumento, se documentaron los siguientes actos jurídicos: a) transferencia de un Departamento, propiedad horizontal, Unidad Funcional N° 7 Piso 2, ubicado en el conjunto habitacional ITALIA 1, vendedor Salvador Constantino Di Módica, compradora G.N.P. b) Préstamo con garantía hipotecaria abierta, entre la sociedad A. S.A. AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA, y G.N.P.F., por un importe de hasta 17.500.0000 de guaraníes y c) Cesión DEL CRÉDITO HIPOTECARIO, por parte de AMÉRICA S.A. DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA a favor del Consejo Nacional de la Vivienda, (CONAVI), en un porcentaje del 80%.

Dado que todas la operaciones, fueron instrumentadas en el mismo acto jurídico, sus firmantes no puede alegar el desconocimiento de ninguna de sus cláusulas, o sea invocar solo las partes que le convienen y pretenden ignorar las que no.

En ese sentido, si bien el la constitución de la hipoteca por parte de la demandada con la empresa AMÉRICA DE AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA, se pactó la competencia de los tribunales de Encarnación, en el momento de la cesión del crédito a favor del CONAVI, se pactó la competencia de los tribunales de Asunción.

Como la demandada, G.N.P., suscribió íntegramente dicha escritura, sin formular reserva alguna, no puede alegar ser simplemente un tercero en dicha operación, por ende, al aceptar el redescuento de su deuda a favor del CONAVI, con todas las cláusulas pactadas, aceptó la competencia de los tribunales de Asunción, para el caso que el litigio involucre al CONAVI. Por ende, el rechazo de la excepción de incompetencia de jurisdicción, se halla ajustado a derecho y debe ser confirmado.

En cuanto a los pagarés que según la accionada debieron firmarse, en cumplimiento de la cláusula QUINTA del contrato hipotecario, de la lectura de dicha cláusula, surge que la firma de los pagarés se debería hacer a fin de garantizar otras obligaciones, que no sean las originadas en la escritura, que pudiese llegar a tener la deudora con el acreedor original.

Del texto de la escritura no se observa que se hayan suscrito pagarés hipotecarios, sobre cada una de las cuotas. Ya que si bien se menciona el fraccionamiento de la deuda y su pago en cuotas, no se consigna que se firme pagarés por dichas cuotas.

JURISPRUDENCIA

Nos encontramos entonces en el marco del Art. 2359 del CCP, hipoteca abierta o flotante, y no dentro del marco del Art. 2371 del mismo CCP.

Por ende, siendo la escritura, un instrumento público, el mismo constituye un título hábil, Art. 439 y 448 del CPC, y el rechazo de la excepción debe ser confirmada.

Y por último, se alega la prescripción de la acción, fundándose la misma en los pagarés, pero ocurre que en autos no existe pagare alguno que se ejecute, por lo que esta defensa, resulta notoriamente improcedente, tal como lo declaro el A-quo, debiendo confirmarse el rechazo de la excepción.

En estas condiciones, debe conformarse también la decisión de llevar adelante la ejecución. Con costas a la parte perdidosa.

A SUS TURNOS LA MAGISTRADA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto del Dr. Juan Carlos Paredes Bordón por sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

CONFIRMAR S.D. N° 857 de fecha 30 de diciembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Undécimo Turno.

IMPONER COSTAS, a la perdidosa.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y Ma. Sol Zuccolillo de Vouga.

ANTE MÍ: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 93

Cuestión debatida: *La sentencia recurrida hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte ejecutada y no llegó adelante la presente ejecución, por considerar que los documentos acompañados para la ejecución no son suficientes ya que sólo se han arrimado el estado de cuentas y el contrato de tarjeta de crédito firmado por el demandado, pero no los cupones donde consten la firma del usuario por la utilización de la tarjeta de crédito.*

JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETAS DE CRÉDITO.

El título ejecutivo debe integrarse entonces con el contrato de tarjeta de crédito y el resumen de cuenta que consigna el monto adeudado.

JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETAS DE CRÉDITO.

Si bien es verdad que existen fallos de nuestros Tribunales que se pronuncien sobre la necesidad de acompañar los cupones para reclamar obligaciones derivadas del uso de tarjetas de crédito, no podemos desconocer que en la actualidad la implementación de nuevos procedimientos para operar con tarjetas de crédito, tales como la extracción de los cajeros automáticos o las compras vía Internet, en los que ya no se requiere que el usuario suscriba cupón alguno para la realización de la transacción, hace imperiosa la revisión de dicho criterio en el sentido de excluir el requisito de la presentación de cupones, siendo suficiente que se acompañe el contrato de solicitud de la tarjeta y extracto o resumen mensual que consigna las operaciones realizadas por el usuario.

JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETAS DE CRÉDITO.

Los negocios de índole comercial requieren agilidad, rapidez y seguridad. Esta necesidad dio origen a la obligación del trámite ejecutivo y por tanto, con interpretación favorable cuando un crédito cumple las simples formalidades de vencimiento, suma líquida y nexa entre acreedor y deudor, porque los derechos tienen que ser ejercidos de buena fe.

JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETAS DE CRÉDITO.

Para el cobro de las deudas originadas por el uso de la tarjeta de crédito, la entidad emisora, debe acompañar, a los efectos de constituir el título a ejecutar,

la solicitud de tarjeta, el resumen de los gastos, donde consta la utilización, el comprobante de haber recibido el usuario el plástico que le permite realizar las compras, así como la intimación para el pago de la deuda, estos requisitos los considero básicos a los efectos del reclamo por vía de la preparación de la acción ejecutiva, no así la presentación de los cupones, dado que como señala la preopinante, y es criterio que viene sustentando este tribunal, existen hoy día operaciones realizadas por los usuarios de la tarjeta, donde no se suscribe ningún cupón o comprobante de uso de la tarjeta.

JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETAS DE CRÉDITO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

Si bien no consta que los adicionales hayan suscrito el contrato con la emisora, surge la aceptación de los mismos, y su sujeción a sus cláusulas por el hecho de haber recibido las tarjetas plásticas, ello por aplicación del Art. 674 del CC, que expresa que el consentimiento se presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida.

JUICIO EJECUTIVO. Diligencias preparatorias. Título ejecutivo. TARJETAS DE CRÉDITO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

En el caso de la lectura de la cláusula referida, del hecho que los adicionales han recibido sus respectivas tarjetas, hecho no negado, surge la responsabilidad del adicional es igualmente solidaria para con el emisor, del mismo modo como lo es el del titular hacia los adicionales.

TApel. Segunda Sala. 26/07/12. “B. I. P. S. A. c/ A. A. A. F. y otros s/ Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo” (Ac. y Sent. N° 93).

PREVIO: estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ¿ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resulto que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BÁEZ MAIOLA, PAREDES BORDÓN.

AL PRIMERA CUESTIÓN, LA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO: No ha sido sostenido el recurso de nulidad de alzada y tampoco advierte el Tribunal la existencia de vicios o irregularidades en el procedimiento que pudie-

ran ameritar una declaración de oficio en tal sentido, por lo que corresponde declararlo desierto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS BÁEZ MAIOLA Y PAREDES BORDÓN votaron en el igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, LA ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA PROSIGUIÓ DICIENDO: La sentencia recurrida hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la parte ejecutada y no llegó adelante la presente ejecución, por considerar que los documentos acompañados para la ejecución no son suficientes ya que sólo se han arrimado el estado de cuentas y el contrato de tarjeta de crédito firmado por el demandado, pero no los cupones donde consten la firma del usuario por la utilización de la tarjeta de crédito.

De acuerdo a su forma y términos se está en presencia de un verdadero contrato de adhesión forzosa y por tanto con posibilidad de tener condiciones leoninas. No obstante, esta es una cuestión jurídicamente extraña a la potestad del juzgador por cuanto le está vedado considerar la equidad de la norma, como también lo es el acuerdo de partes de convenir que determinada obligación sea de tramitación ejecutiva.

Este criterio, tendiente a facilitar el cobro de obligaciones originadas en tarjetas de crédito ya ha sido expuesto en otros casos resueltos por esta Sala (v.gr. D.C.P. c/ F. S. Y OTROS s/ COBRO DE GS.), coincidiendo con el Máximo Tribunal de la República, que en fallo de la Sala Civil (Ac. y Sent. N° 2.649 del 24/10/02) ha sentado la postura que para la procedencia de la acción de reconocimiento de un crédito por su uso de tarjeta de crédito, la presentación de cupones es innecesaria.

A los efectos de dicho reclamo el título ejecutivo debe integrarse entonces con el contrato de tarjeta de crédito y el resumen de cuenta que consigna el monto adeudado, documentos que obran a fs. 13/22 de autos.

Si bien es verdad que existen fallos de nuestros Tribunales que se pronuncian sobre la necesidad de acompañar los cupones para reclamar obligaciones derivadas del uso de tarjetas de crédito, no podemos desconocer que en la actualidad la implementación de nuevos procedimientos para operar con tarjetas de crédito, tales como la extracción de los cajeros automáticos o las compras vía Internet, en los que ya no se requiere que el usuario suscriba cupón alguno para la realización de la transacción, hace imperiosa la revisión de dicho criterio en el sentido de excluir el requisito de la presentación de cupones, siendo suficiente

que se acompañe el contrato de solicitud de la tarjeta y extracto o resumen mensual que consigna las operaciones realizadas por el usuario.

Hay que tener presente que los negocios de índole comercial requieren agilidad, rapidez y seguridad. Esta necesidad dio origen a la obligación del trámite ejecutivo y por tanto, con interpretación favorable cuando un crédito cumple las simples formalidades de vencimiento, suma líquida y nexos entre acreedor y deudor, porque los derechos tienen que ser ejercidos de buena fe.

En atención a las consideraciones voto por la revocación de la sentencia en alzada, con imposición de costas a la parte perdedora.

A SU TURNO EL MAGISTRADO BÁEZ MAIOLA DIJO. Dado que nuestra jurisprudencia no ha sido siempre uniforme en cuanto a la naturaleza misma de la tarjeta de crédito; en efecto, una parte de aquella la ha ligado al contrato bancario de cuenta corriente; otra, a un contrato comercial e inclusive ha sido interpretada como un contrato sui generis.

Lo mismo ha ocurrido tras tal procedimiento para cobro; unos están por el procedimiento ordinario y otros por el ejecutivo. Debido a ello, ab initio, en forma constante lo primero que tomó en cuenta fue el contrato y en él nunca faltó la cláusula muy favorable para la parte acreedora, que siempre hizo constar que no le era imprescindible hacer llegar los resúmenes y los cupones al deudor y ahora, como bien lo señala la Honorable preopinante, con la actual tecnología para operar con tarjetas de créditos y débitos, con más razón se impone la posición de reconocer como procedente la acción ejecutiva para reclamar el pago de la deuda.

A SU TURNO EL MAGISTRADO PAREDES BORDÓN DIJO: (LA APELACIÓN) por medio de la presente demanda, la actora, I. demanda el cobro de sumas de dinero originadas en la utilización de una tarjeta de crédito. El reclamo va dirigido contra tres personas, A.A.A.F., F.S.A.V. y M.J.F. de A., el primero de ellos, usuario titular, y los segundos usuarios adicionales.

En realidad esta Sala ha venido sosteniendo que efectivamente para el cobro de las deudas originadas por el uso de la tarjeta de crédito, la entidad emisora debe acompañar, a los efectos de constituir el título a ejecutar, la solicitud de tarjeta, el resumen de los gastos, donde consta la utilización, el comprobante de haber recibido el usuario el plástico que le permite realizar las compras, así como la intimación para el pago de la deuda, estos requisitos los considero básicos a los efectos del reclamo por vía de la preparación de la acción

ejecutiva, no así la presentación de los cupones, dado que como señala la preopinante, y es criterio que viene sustentando este tribunal, existen hoy día operaciones realizadas por los usuarios de la tarjeta, donde no se suscribe ningún cupón o comprobante de uso de la tarjeta.

El presente caso presenta la particular característica que el usuario titular de la tarjeta, A.A.A.F., no se ha opuesto a la ejecución y, sin embargo, los usuarios adicionales del mismo, F.S.A.V., y M.J.F.D.A., se oponen a la ejecución, interponiendo la excepción de inhabilidad de título, señalando en primera instancia que los mismos no han suscrito el contrato de emisión de la tarjeta.

Ocorre, sin embargo, que los mismos han recibido el plástico, según los comprobantes de fs. 16/18 de autos.

La pregunta que surge es, si bien el usuario titular es responsable solidariamente de la utilización de la tarjeta por parte de sus adicionales, son estos recíprocamente solidarios de los gastos efectuados por el titular.

Como no existe ley alguna que regule el instituto, las relaciones entre las partes se rigen por los términos de los contratos.

En este caso, si bien no consta que los adicionales hayan suscrito el contrato con la emisora, surge la aceptación de los mismos, y su sujeción a sus cláusulas por el hecho de haber recibido las tarjetas plásticas, ello por aplicación del Art. 674 del CC, que expresa que el consentimiento se presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida.

Entre las cláusulas del contrato de emisión, la N° 17 establece una solidaridad expresa entre el usuario titular, sus adicionales y avales. Los Arts. 508, 509 y 510 del CC, al referirse a las obligaciones solidarias, entre las características se señala que la misma no queda excluida por el hecho que la obligación singular de cada deudor sea diferente, y además que la solidaridad debe estar expresa en el documento.

En el caso de la lectura de la cláusula referida, del hecho que los adicionales han recibido sus respectivas tarjetas, hecho no negado, surge la responsabilidad del adicional es igualmente solidaria para con el emisor, del mismo modo como lo es el del titular hacia los adicionales.

Con la consideración señalada, reitero me adhiero al voto que me precede, de revocar la sentencia, rechazar la excepción y llevar adelante la ejecución.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

VISTO: por mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala.

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

REVOCAR, con costas, la S.D. N° 757 de fecha 9 de noviembre de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, 8° Turno.

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

Magistrados: Gerardo Báez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordón y Ma. Sol Zuccolillo de Vouga.

Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete, Actuaria Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 379

Cuestión debatida: *Primeramente se analiza las cuestiones formales de la Sentencia recurrida y luego se trata de establecer la procedencia de una demanda de fijación de honorarios extrajudiciales aparentemente producidos en sede administrativa.*

JUICIO SUMARIO. EXCEPCIONES DILATORIAS. EXCEPCIONES PERENTORIAS.

En los juicios sumarios las partes deben oponer todas sus defensas conjuntamente y de una sola vez, conforme lo manda el precitado art. 683. Luego, el inciso g) del mismo artículo establece que las excepciones dilatorias han de resolverse con carácter previo. De esto podríamos entender que las únicas defensas previas admisibles para ser tratadas en tal carácter, serían las defensas dilatorias; en tanto que las perentorias solo podrían plantearse como defensas de fondo.

JUICIO SUMARIO. EXCEPCIONES DILATORIAS. EXCEPCIONES PERENTORIAS.

La norma no prevé la excepción previa extintiva del derecho, y nadie puede ignorar la norma ni darse un procedimiento distinto de lo que la ley procesal prevé –art. 104 del Cód. Proc. Civ.–, se debe entender que el mentado llamamiento de autos se refería a toda la causa y no solo a la excepción.

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL.

La parte afectada por el llamamiento, que había ofrecido prueba, no cuestionó ni impugnó este proveído de ninguna forma, con lo cual, bien o mal, quedó consentido el procedimiento irregular que le precedía, esto es, la falta de apertura de la causa a prueba o la declaración de puro derecho con el consiguiente traslado por su orden para meritar la causa.

RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

Al no haber empleado ninguno de estos medios que el derecho procesal pone a su disposición, teniendo oportunidad para hacerlo, cualquier vicio o deficiencia procesal quedan consentidos y subsanados, y ya no pueden fundar una nulidad en esta instancia

SENTENCIA. Requisitos de la Sentencia. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales.

Hemos de examinar una circunstancia de la cual no se han agraviado las partes, pero que hace a los requisitos formales del fallo. Sabido es que las pretensiones contenidas en juicios y decididas por el órgano jurisdiccional en pronunciamiento definitivo han de tomar la forma de sentencias. El hecho de que se trate de una regulación de honorarios judiciales, no cambia esta exigencia, dado que los honorarios aquí reclamados son de naturaleza extrajudicial y su posible justiprecio configura un juicio autónomo, no una pretensión accesoria a otro juicio principal.

SENTENCIA. Requisitos de la Sentencia. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales.

La resolución impugnada, aún cuando no tiene la estructura clásica de una sentencia, contiene la enunciación de las partes, el relato de los hechos, el derecho aplicado, la fundamentación de la subsunción, y finalmente el decisorio respecto de las pretensiones. Por lo tanto, el hecho de que el fallo tenga la forma externa de un auto interlocutorio, no lo invalida, ya que al contener igualmente los elementos esenciales de una sentencia, no habría razón de perjuicio para anularlo.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa y pasiva.

En la demanda de honorarios extrajudiciales el juzgador está obligado a controlar la legitimación activa y pasiva. Es decir, debe establecer si el peticio-

nante es titular de un interés protegible debido a la prestación efectiva y cierta del servicio profesional que alega, y también si el demandado es el obligado a satisfacer su remuneración.

REGULACIÓN DE HONORARIOS. Regulación de honorarios extrajudiciales. Regulación de abogados. LEGITIMACIÓN PROCESAL. Legitimación activa y pasiva.

Existe una sustancial diferencia entre la asesoría y la asistencia legal en conflictos, ya subrayada por la propia Ley de Honorarios Profesionales. En efecto, dicha ley trae disposiciones diferenciadas para uno –art. 73– y otro supuesto –arts. 1, 21 y 64–.

Tapel. Civ. y Com. Tercera Sala. 08/06/13. “F. E. O. c/Audidores DGGC y otros s/Regulación de honorarios” (A.I. N° 379).

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Javier Alejandro Cáceres Britos contra el A.I. N° 1.534 de fecha 11 de octubre de 2.011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de la Capital, y,

CONSIDERANDO:

Que por el referido auto interlocutorio N° 1.534 de fecha 11 de octubre de 2011 el *a-quo* resolvió: “I) RECHAZAR la excepción de prescripción opuesta por el Abog. Jorge Gómez buongermini en representación de la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay (ESSAP). II) REGULAR los honorarios profesionales del Abogado Fidelino Echeverri Ortiz, como abogado en su doble carácter, de procurador y patrocinante, dejándolos establecidos en la suma de Guaraníes ciento setenta y un millones (G. 171.000.000) y más la suma de Guaraníes diez y siete millones cien mil (G. 17.100.000) en concepto de impuesto al valor agregado (I.V.A.) por los trabajos realizados en el juicio administrativo caratulado: “AUDITORES D.G.G.C. S/ INFORMES C/ ESSAP S.A.”. III) ANOTAR.... (sic) fs. 60 vlto.

En cuanto al recurso de NULIDAD: El Abog. Javier Alejandro Cáceres Britos expresó los agravios de este recurso a tenor del escrito presentado a fs. 69/71 en el cual manifiesta cuanto sigue. Alega que el inferior ha dictado resolución en abierta contraposición a las normas que rigen el proceso, manifiesta que el *a quo* no realizó la apertura de la causa a prueba, ni tampoco ha declarado la cuestión de puro derecho que justifique el dictado de la resolución sin más

trámite en contraposición a las leyes procesales y lo dispuesto en el art. 30 de la ley 1376/88. Manifiesta que se ha violado el contradictorio que rige a todo sistema procesal, exponiéndolo como el derecho a la Defensa en Juicio.

La parte recurrida contesta los agravios expresados por el recurrente a tenor del escrito de fs. 72/73, manifestando que el presente recurso debe ser declarado desierto. Arguye que los fundamentos de recurrente no son más expresiones de desacuerdo que una crítica razonada de la sentencia. En contrapartida a ello, manifiesta además para el caso de que el tribunal no lo considere así, que la determinación de honorarios se limita a ello. Esgrime que será en otro estadio procesal en el cual se opondan las defensas que señala el apelante. Concluye que en autos sencillamente se ha llegado a determinar un *quantum*, y que será el ejercicio de este derecho cuantificado el que dará la oportunidad de defensa en el estadio procesal adecuado.

La recurrente alega como fundamento de la nulidad la omisión de las etapas esenciales del juicio de regulación de honorarios extrajudiciales.

En primer lugar ha de decirse que el procedimiento de regulación de honorarios extrajudiciales tiene una regulación somera en la Ley N° 1.376/88, en el art. 30. Sin embargo, es obvio que esta regulación es solo primaria, pues muchas de las posibles contingencias por las que un proceso, aun siendo sumario, podría atravesar, no se encuentran previstas en tal articulado. Es por ello que necesariamente debemos recurrir al Cód. Proc. Civ. como fuente de aplicación supletoria. Y aquí hemos de recordar que el art. 683 concordante con el 102 del citado cuerpo legal estatuye que cuando no se establece un procedimiento concreto para una determinada pretensión, ha de aplicarse aquél que más se ajuste a la naturaleza de la pretensión. Como la regulación de honorarios es una materia que a lo largo de la ley especial recibe siempre un tratamiento sumario, es obvio que es ese procedimiento descrito por el Cód. Proc. Civ. sumario el que ha de ser aplicable supletoria y complementariamente. Dicho esto, pasaremos a examinar los hechos.

Examinados estos autos se advierte que por providencia de fecha 29 de marzo de 2011 se dispuso el traslado de la demanda incoada a la parte demandada (fs. 34), la cual se notificó en fecha 24 de mayo de 2011 (fs. 37).

La demandada se presenta a oponer excepción de prescripción y contesta subsidiariamente el traslado de la acción (fs. 55/57), la nota de subsidiariedad con la que se plantea la excepción, nos indica que el excepcionante la propuso

con carácter previo. De dicho escrito se corre traslado a la actora, quien lo contesta a fs. 58/59. Luego, el juzgado llama autos para resolver. Esta actuación debe ser entendida en el contexto del procedimiento sumario que enmarca la pretensión. En los juicios sumarios las partes deben oponer todas sus defensas conjuntamente y de una sola vez, conforme lo manda el precitado art. 683. Luego, el inciso g) del mismo artículo establece que las excepciones dilatorias han de resolverse con carácter previo. De esto podríamos entender que las únicas defensas previas admisibles para ser tratadas en tal carácter, serían las defensas dilatorias; en tanto que las perentorias solo podrían plantearse como defensas de fondo.

Si bien en este caso no estamos propiamente ante excepciones dilatorias, sino ante excepciones perentorias, pues tanto la prescripción como la falta de legitimación –que no es otra cosa lo que arguye la demandada en su contestación de la demanda de fs. 55/57– son defensas que tienden a aniquilar la pretensión, y por ende, claramente perentorias; si bien ello es así, es innegable que el juez, al llamar autos para resolver, estaba aludiendo a la defensa que, aún siendo perentoria, se propuso como previa.

Siendo que no está previsto que las excepciones sustanciales sean tratadas como previas, debemos preguntarnos qué implica la providencia de fecha 22 de junio de 2.011, que llama autos para resolver; si se trata del llamado de autos para la excepción de prescripción o si se trata del llamado de autos para resolver toda la pretensión del juicio. La interpretación que se haga de la decisión contenida en dicho proveído debe ser primeramente congruente con el mandato normativo de la ley. Y luego hay que considerar la actuación tanto antecedente como subsiguiente de los sujetos procesales, a saber, las partes y el juez.

Así, se ve que la parte demandada no solo opuso la excepción perentoria, sino también contestó la demanda. Y el juzgador luego de llamar autos procedió a resolver en su totalidad la pretensión accionada. Si a ello le sumamos la circunstancia, mucho más categórica, de que la norma no prevé la excepción previa extintiva del derecho, y nadie puede ignorar la norma ni darse un procedimiento distinto de lo que la ley procesal prevé –art. 104 del Cód. Proc. Civ.–, se debe entender que el mentado llamamiento de autos se refería a toda la causa y no solo a la excepción.

Luego debemos recordar que la providencia que llama autos para resolver se notifica de modo ficto automático, ya que no está comprendida en la enume-

ración del art. 133 ni en otras normas procesales especiales relativas al punto o a los juicios sumarios. Así pues, dicho proveído se anotició a la hoy recurrente en fecha 23 e junio de 2011. La parte afectada por el llamamiento, que había ofrecido prueba, no cuestionó ni impugnó este proveído de ninguna forma, con lo cual, bien o mal, quedó consentido el procedimiento irregular que le precedía, esto es, la falta de apertura de la causa a prueba o la declaración de puro derecho con el consiguiente traslado por su orden para merituar la causa. Si a alguna de las partes cabía la duda respecto del verdadero sentido de la providencia de fecha 22 de junio de 2011, también tenía a mano los resortes procesales para esclarecerlo. Al no haber empleado ninguno de estos medios que el derecho procesal pone a su disposición, teniendo oportunidad para hacerlo, cualquier vicio o deficiencia procesal quedan consentidos y subsanados, y ya no pueden fundar una nulidad en esta instancia.

En segundo lugar hemos de examinar una circunstancia de la cual no se han agraviado las partes, pero que hace a los requisitos formales del fallo. Sabido es que las pretensiones contendidas en juicios y decididas por el órgano jurisdiccional en pronunciamiento definitivo han de tomar la forma de sentencias. El hecho de que se trate de una regulación de honorarios judiciales, no cambia esta exigencia, dado que los honorarios aquí reclamados son de naturaleza extrajudicial y su posible justiprecio configura un juicio autónomo, no una pretensión accesoria a otro juicio principal. Empero aquí el juzgado se ha expedido por vía de auto interlocutorio. Ahora bien, este defecto formal solo podría fundar una nulidad si en la resolución en cuestión no se dan todos los elementos necesarios para un pronunciamiento definitorio, conformado con el art. 159 del Cód. Proc. Civ. En ese sentido podemos ver que la resolución impugnada, aún cuando no tiene la estructura clásica de una sentencia, contiene la enunciación de las partes, el relato de los hechos, el derecho aplicado, la fundamentación de la subsunción, y finalmente el decisorio respecto de las pretensiones. Por lo tanto, el hecho de que el fallo tenga la forma externa de un auto interlocutorio, no lo invalida, ya que al contener igualmente los elementos esenciales de una sentencia, no habría razón de perjuicio para anularlo.

No existiendo otros vicios o defectos que autoricen a una declaración oficiosa, el recurso debe ser desestimado.

A su turno los Dres. Neri Villalba y el Dr. Martínez Prieto votan que...//...
APELACIÓN: El Abog. Javier Cáceres Britos fundamenta el recurso de

apelación manifestando que los abogados o auxiliares de justicia no pueden pedir ni ejecutar honorarios contra los entes públicos a que representaron en base a la Ley N° 2.796/05. Aclara que si puede justipreciar los honorarios pero no así su reclamo contra la ESSAP S.A. por la prohibición expresa de la citada ley. Arguye que si bien el art. 30 de la Ley 1378 expresa que solamente procederá la regulación judicial cuando no mediare acuerdo, en el presente caso sí ha existido un acuerdo contractual. Agrega que las actuaciones del actor fueron hasta el 2 de septiembre de 2008, y por ello hasta esa fecha debe ser analizada su labor. Manifiesta que la base de la regulación fue hecha sobre una liquidación pro forma que fue modificada con posterioridad. Arguye que en fecha 18 de agosto del 2009 se dictó la resolución N° 176 de la Subsecretaría de Estado de Tributación por el cual se determina la obligación fiscal de ESSAP S.A., cuya suma ascendía a G. 96.493.156. Concluye que el porcentaje del 5% debe ser aplicado sobre la suma antes indicada, y el justiprecio debería quedar en la suma de G. 4.824.657.

La parte recurrida, contesta los agravios del apelante manifestando que en autos lo único que determina la resolución del inferior es el *quantum* de los honorarios ha ser ejercidos por su parte y que cualquier otra defensa se deberá discutir en el estadio procesal oportuno.

Se trata de establecer la procedencia de una demanda de fijación de honorarios extrajudiciales aparentemente producidos en sede administrativa.

De principio ha de decirse que en la demanda de honorarios extrajudiciales el juzgador está obligado a controlar la legitimación activa y pasiva. Es decir, debe establecer si el peticionante es titular de un interés protegible debido a la prestación efectiva y cierta del servicio profesional que alega, y también si el demandado es el obligado a satisfacer su remuneración.

En este caso, por diversas circunstancias procesales, la prueba que había ofrecido la parte demandada en cuanto a sus alegaciones y objeciones, incluida la legitimación activa y pasiva para esta acción, no fue ni admitida ni producida. No obstante, de una atenta lectura de las alegaciones de las partes se pueden extraer suficientes elementos fácticos para dilucidar la cuestión.

En efecto, del escrito de contestación de la demanda se desprende que la parte demandada no niega la realización misma de los trabajos que darían lugar a la compensación pecuniaria. Al propio tiempo la accionada alega la circunstancia de la existencia de una relación contractual entre actora y deman-

dada, por la cual la primera se habría obligado a prestar servicios jurídicos a cambio de una compensación mensual y presenta una copia del mismo. De este documento se dio traslado a la contraria –actora-, quien no lo desconoció, con lo cual se tiene por admitido el hecho de la contratación así como el contenido del contrato, en virtud de lo que dispone el art. 307 del Cód. Proc. Civ.

Así pues, la configuración de hechos de este conflicto se resume en la existencia de una relación contractual entre las partes con pacto de remuneración de honorarios y la realización de los trabajos.

Ahora bien, al leer atentamente el contrato aportado por la parte demandada, se observa que éste solo alude a prestación de servicios en concepto de asesoría jurídica; nada se dice ahí sobre la procura o el patrocinio en asuntos controvertidos, cualquiera sea su sede, judicial o administrativa. Sabido es que existe una sustancial diferencia entre la asesoría y la asistencia legal en conflictos, ya subrayada por la propia Ley de Honorarios Profesionales. En efecto, dicha ley trae disposiciones diferenciadas para uno –art. 73– y otro supuesto –arts. 1, 21 y 64–.

Por otro lado es también sabido que las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas conforme con los parámetros de los arts. 708 y sgtes. del Cód. Civ. Y en este marco adquiere especial relevancia el art. 710 que prescribe: “*Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar*”. En este caso los servicios pactados no son ni tan siquiera genéricos, según las reglas de la citada ley de honorarios. De modo que se puede afirmar con solvencia que los servicios que fueron prestados por el Sr. Fidelino Etcheverry Ortiz a favor de Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay S.A. (ESSAP S.A.) no se encontraban cubiertos por el contrato invocado por la demandada.

Como solo la legitimación fue objeto de debate en la instancia inferior, y allí no se hicieron críticas ni objeciones al modo de cálculo de los honorarios la litis quedó trabada de esta guisa, la cual ya no puede ser modificada en esta instancia. Por lo demás, los parámetros reguladores se encuentran dentro de los márgenes dados por los arts. 32 y 64 de la ley ya aludida, no cabe sino confirmar el fallo.

Las costas se deben aplicar a la parte perdedora, conforme lo mandan los arts. 192 y 203 del Cód. Proc. Civ.

A su turno los Dres. Neri Villalba y el Dr. Martínez Prieto votan que...

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,
RESUELVE:
DECLARAR desierto el recurso de nulidad.
CONFIRMAR el auto recurrido.
IMPONER costas a la perdidosa, en ambas instancias.
ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de
Justicia.
Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Ma. Mercedes Buongermini, Neri
Villalba F.
Ante mí: Pablo Costantini, Actuaría Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 448

Cuestión debatida: *Se trata de establecer la procedencia de una excepción de falta de acción o legitimación pasiva en una demanda de cumplimiento de contrato.*

PERSONAS. Personas Jurídicas.

Respecto de las personas jurídicas rige el sistema de tipicidad y taxatividad: no hay otras personas jurídicas que las enunciadas expresamente en la ley. Ello surge con claridad del art. 91 del Cód. Civ. que contiene la enumeración pertinente. Y luego existen leyes especiales que atribuyen este carácter a determinadas instituciones.

ESTADO. Personalidad Jurídica.

Los órganos no pueden considerarse sujetos de derecho. No tienen personalidad jurídica. Forman la persona a la que pertenecen –Estado–, por una relación de identidad. No hay duplicidad de sujetos entre el órgano y el Estado.

ESTADO. Personalidad Jurídica. AUTARQUÍA. ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA.

La administración autárquica es la que realiza el Estado a través de uno o varios órganos dotados de personalidad jurídica. Tal es la estructura del órgano en esta clase de Administración, también llamada “administración descentralizada.”

ESTADO. Personalidad Jurídica. ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA.

La posibilidad de actuar en virtud de la ley y en ejercicio de las funciones que ésta le confiere no puede implicar la escisión del Estado en otras tantas personas jurídicas de derecho público.

ESTADO. Personalidad Jurídica. PODER EJECUTIVO. Ministerio de Justicia y Trabajo.

De tal modo que el citado Ministerio no queda incluido en el inciso d) del art. 91 del Código Civil. Tampoco la citada ley le atribuye expresamente la calidad de persona jurídica, como ocurre con otras leyes orgánicas de entes específicos. Es decir, en suma, nos hallamos ante un ente que carece de personalidad jurídica.

ESTADO. Personalidad Jurídica. PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República.

El Procurador General de la República es quién debe defender los intereses patrimoniales del Estado, es decir, entre otras cosas, debe asumir su defensa en todo tipo de pretensiones que tengan un contenido patrimonial. Siendo el Estado una única persona jurídica, inescindible en su personalidad, la intervención del Procurador en el juicio se hace ineludible.

ESTADO. Personalidad Jurídica. PODER EJECUTIVO. Procuraduría General de la República.

Si se trata del Estado, así como lo hemos visto y explicado supra, el órgano de representación patrimonial es la Procuraduría. Si no se trata del Estado, sino de una entidad autónoma, autárquica o descentralizada, con personería jurídica, entonces tendrá sus propios órganos de representación, sin que sea dable hablar de cogestión o de subordinación.

ESTADO. Personalidad Jurídica. PODER EJECUTIVO. Ministerio de Justicia y Trabajo. RECURSO DE NULIDAD. Procedencia del recurso de nulidad.

El fallo a dictarse no puede declarar el derecho a favor ni en contra de un órgano que carece de personalidad y resulta imposible dictar una sentencia en contra de quien no es persona física o jurídica. De ello surge de forma manifiesta el vicio de que adolece la resolución y todo el proceso llevado contra el Ministerio de Justicia y Trabajo, que contraviene substancialmente a las reglas del Derecho Procesal, y provoca una nulidad estructural que debe ser pronunciada de oficio.

TApel. Civ. y Com. Tercera Sala. 29/06/12. “S. D. L. d W. K. C. c/ Ministerio de Justicia y Trabajo y Otros s/ Cumplimiento de Contrato/ Cobro de Guaraníes Ordinario (A.I. N°448).

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Carlos Martínez Díaz por la parte actora, y la Abog. Nancy Amarilla Guirland por la parte demandada, contra el A.I. N° 2.064 de fecha 28 de diciembre de 2.010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital, y,

CONSIDERANDO:

Que por el referido Auto Interlocutorio N° 2.064 de fecha 28 de diciembre de 2.010 el a quo resolvió: “I) RECHAZAR, con costas, las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción opuestas por el Ministerio de justicia y Trabajo y la Procuraduría General de la Republica en representación del Estado Paraguayo. HACER LUGAR, con costas, a la excepción de falta de acción pasiva opuesto por el Ministerio de justicia y Trabajo y la Procuraduría General de la Republica en representación del Estado Paraguayo. ANOTAR...”. (sic) fs. 186.

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: Los recurrentes no han fundamentado el recurso de nulidad, no obstante, este Tribunal está obligado al examen oficioso, para determinar si en la resolución existen vicios o defectos que no sean convalidables.

El Art. 404 del Cód. Proc. Civ. *“CASOS EN QUE PROCEDE. El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de la forma o solemnidades que prescriben las leyes”*.

Primeramente hemos de decir, como ya se ha hecho en ocasiones anteriores, que la participación en un litigio como sujeto procesal autónomo requiere de una persona –física o jurídica- con personalidad y capacidad de derecho suficiente para ser titular autónomo de derechos y obligaciones. Tratándose de personas físicas, le es inherente esta capacidad, ya que nuestro derecho ha desterrado las incapacidades generales de derecho respecto de los seres humanos, quienes por disposición constitucional y de diversos tratados internacionales de derechos humanos, son considerados per se personas y sujetos de derecho.

No ocurre lo mismo con las personas jurídicas, las cuales tienen una personalidad artificial, creada por una ficción de la ley y de atribución expresa. Esto implica que respecto de las personas jurídicas rige el sistema de tipicidad y taxatividad: no hay otras personas jurídicas que las enunciadas expresamente

en la ley. Ello surge con claridad del art. 91 del Cód. Civ. que contiene la enumeración pertinente. Y luego existen leyes especiales que atribuyen este carácter a determinadas instituciones, como por ejemplo el Estatuto de las Comunidades Indígenas.

La primera pregunta que surge, pues, es si la parte demandada está compuesta por sujetos de derecho. El Estado Paraguayo es, sin duda, una persona jurídica. Así lo establece el art. 91, inc. a) del Cód. Civ. Ahora bien, en cuanto al Ministerio de Justicia y Trabajo, la cuestión merece un cuidadoso examen.

El art. 242 de la Constitución dispone que los ministros son los jefes de la administración de sus respectivas carteras y la gestionan bajo la dirección del Presidente de la República. Ergo, los ministerios son, salvo que su ley de creación u orgánica diga expresamente lo contrario, solo órganos del Estado central, pero no personas jurídicas. Esta conclusión se ve reforzada por la forma en que fue otorgado el poder que presenta el abogado para estar en juicio por la parte demandada. Allí se lee que el Ministro obra en representación del Estado para designar procurador judicial. Si el Ministerio fuera persona jurídica el Ministro debería obrar por éste y no por el Estado.

Es obvio que tratándose de una demanda promovida contra el Ministerio de Justicia y Trabajo no estamos ante una persona de existencia jurídica. El art. 92 del Cód. Civ. no menciona a los ministerios, solo al Estado central “a) El Estado [...]; d) los entes autónomos, autárquicos y los de economía mixta y demás entes de Derecho Público que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse...”.

En cuanto al Estado, la Constitución Nacional estatuye, en su artículo 1º, su carácter unitario, lo que se complementa con la disposición contenida en el artículo 3º, que establece el ejercicio del gobierno por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ahora bien, la independencia de la cual habla dicho artículo es una independencia funcional, que no afecta al carácter unitario de la personalidad del Estado. Esto es, la división de poderes no conlleva una análoga división o fragmentación de la personalidad del Estado. No de otro modo puede entenderse el art. 91 del Cod. Civ., que fuera modificado por la ley 388/94, al enumerar como persona jurídica al Estado, en su inciso a). Esto es, no enumera a los poderes del Estado por separado, confiriendo a cada uno de ellos personalidad autónoma; luego, en su inciso d) se refiere a los entes autónomos y a los autárquicos, como dotados de personalidad jurídica. Aquí es donde mayores

problemas interpretativos se plantean, dado que no se distingue al Estado de los entes autárquicos, autónomos y de economía mixta –en los que no se encuadra el caso que nos ocupa–. La doctrina también está conteste con esta interpretación: “Los órganos no pueden considerarse sujetos de derecho. No tienen personalidad jurídica. Forman la persona a la que pertenecen –Estado–, por una relación de identidad. No hay duplicidad de sujetos entre el órgano y el Estado. La actuación procesal de los órganos, ya en calidad de “parte”, ya en calidad de “autoridad administrativa”, según se trate de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo, respectivamente es una actuación del Estado o de la persona pública de que se trate”. (Dromi, Roberto; Derecho Administrativo, pág. 137, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001).

Esta división de poderes no debe ser entendida como escisión del Estado en otras tantas personalidades análogas. Es por ello que renombrados doctrinarios modernos prefieren abandonar la expresión “división de poderes”, para aludir a la “división de funciones”, sentando la postura que el poder es único e indivisible. Más allá de ello, está claro que tal división no perjudica a la esencia unitaria del Estado. Así, siendo que “la personalidad jurídica del Estado es “constitucional”, “única” y “pública” (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, pág. 135, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001). En suma, “la aplicación de distintos aspectos de un mismo ordenamiento jurídico no quiere decir que la personalidad del actuante se divida o multiplique en razón de aquellos. Las que se multiplican son las competencias del Estado, las actividades de diversa índole que despliega, pero no su personalidad. El Estado, como sujeto de derecho, como persona jurídica, es siempre uno, aunque sus relaciones sean diversas. Lo mismo ocurre con la persona física, que tiene una única personalidad, pero diversidad regulatoria: civil, comercial, laboral, administrativa, penal, etc., por lo que un mismo sujeto se adjetiva de mayor, menor, soltero, casado, comerciante, empleado, contribuyente, administrado, usuario, imputado, preso, etc.” (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, pág. 136, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001). En el mismo sentido se pronuncia Marienhoff: “La personalidad de la Administración Pública, considerada como uno de los órganos esenciales del Estado, vale decir, como integrante del “Poder Ejecutivo”, la Administración carece de personalidad; en ese ámbito, la personalidad no le incumbe a la Administración, ni a alguno de los otros dos “poderes” (Legislativo y Judicial) sino al Estado. La personalidad de la “Administración” va sub-

sumida en la del “Estado”. Trátase de la Administración centralizada o general. (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 360, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000).

En cuanto a la cuestión de una posible autonomía o una autarquía en el sentido del inc. d) del artículo 91 del Cód. Civ., debemos primeramente establecer qué se entiende por autonomía y por autarquía en el Derecho Administrativo. Así se ha dicho que: “La administración autárquica es la que realiza el Estado a través de uno o varios órganos dotados de personalidad jurídica. Tal es la estructura del órgano en esta clase de Administración, también llamada “administración descentralizada”.

Trátase de una administración “indirecta” del Estado, ya que no es directamente el Estado, sino el órgano que así se crea –“entidad autárquica”, en la especie– quien desarrolla la actividad y cumple o satisface los respectivos “fines públicos”; para esto la entidad autárquica dispone de libertad funcional, de “autarquía” en suma, sin perjuicio del “control” que sobre dicho organismo “descentralizado” ejerciten las autoridades superiores de la Administración “centralizada”, o sea del órgano Ejecutivo del Estado (“control de tutela” o “control administrativo”). Administración indirecta y Administración autárquica, dice con acierto Zanobini, pueden considerarse sinónimos” (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 126, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000). Se entiende pues que existe una identificación –a los efectos de la aplicación de esta norma– entre entidad autárquica y determinación de las personas de derecho con autarquía. “La administración meramente descentralizada (descentralización burocrática) carece asimismo de personalidad: se trata de simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la Administración general, pero que no se separan orgánicamente de ésta: la separación es meramente funcional; más aún, desde este punto de vista trátase de una separación “relativa”. (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 361, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000).

Surge así espontáneamente la pregunta acerca de la responsabilidad –contractual o extracontractual– en cabeza de las reparticiones aisladas de estos poderes. Vale decir, si sostenemos que la personalidad del Estado es única, se plantea la cuestión de cómo podrían surgir obligaciones para Ministerios, como el aquí demandado, por ejemplo. En este sentido, el ejercicio de las funciones de cada órgano impone, lógicamente, la necesidad de otorgar a cada uno de ellos la

facultad de realizar actos conforme a sus potestades administrativas y a las disposiciones de la Ley N° 81/92. Así ha podido decir Dromi que “Cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) puede celebrar contratos administrativos. Los órganos estatales intervinientes pueden corresponder a la Administración central o a entes descentralizados. Pero también celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal” (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, pág. 361, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001). El único requisito es que, formal y objetivamente, quien lo celebre aparezca como autorizado o permitido por los reglamentos internos del órgano: “Conformado el Estado como una unidad compuesta de población, territorio, orden, poder y fin, es innegable su calidad de sujeto con personalidad política y jurídica, con realidad accidental por sobre la realidad sustancial individual. La personalidad jurídica del Estado reconoce como sustrato una personalidad preexistente producto de la realidad social. El Estado, en ejercicio de su poder, crea el ordenamiento jurídico positivo y establece un orden normativo que otorga al ser político estatal el carácter de persona jurídica. Ella actúa y se desenvuelve en el orden existencial por medio de una estructura de órganos, representados por personas físicas (agentes), cuyos actos y hechos se imputan y atribuyen al Estado (persona pública mayor) o a sus entes descentralizados, entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, etc. (personas públicas menores)”. (Dromi, Roberto; Derecho Administrativo, pág. 135, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001). “La imputación al ente de los actos de los agentes tiene lugar toda vez que lo hagan en ejercicio de la función, con o sin competencia” (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, pág. 137, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001).

De esta manera, los diferentes órganos del Estado pueden realizar los actos autorizados por la ley. Empero, la siguiente cuestión que nos debemos plantear es si surge en dichos órganos, en forma individual, responsabilidad por tales actos. La posibilidad de actuar en virtud de la ley y en ejercicio de las funciones que ésta le confiere no puede implicar la escisión del Estado en otras tantas personas jurídicas de derecho público. Ello, además de contradecir el espíritu de los artículos 1° y 3° de la Constitución Nacional, crearía personas jurídicas que tendrían la peculiar característica de una personalidad que podría llamarse intermitente: Una personalidad que sería distinta para cada contrato celebra-

do, diferente de un contrato a otro, con matices diversos para las distintas personas que con el Estado contraten. Ello es jurídicamente inconcebible. Autorizada doctrina apoya los resultados prácticos de estas conclusiones: “La responsabilidad del Estado es, en suma, una consecuencia jurídica obligada de su personalidad. Los actos que se le atribuyen son los que realizan los llamados órganos individuales (agentes del Estado), que expresan su voluntad como voluntad estatal. Tales órganos integran la estructura de la persona, formando parte de ella, pues el órgano vale tanto como el instrumento mediante el cual se desenvuelve el sujeto de derecho” (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, pág. 138, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001). “Los órganos que integran la Administración guardan entre sí una relación piramidal: convergen hacia una autoridad con quien se enlazan los demás órganos del sistema. Los órganos no están dotados de personalidad jurídica propia e independiente de la personalidad jurídica estatal. Por el contrario, esos órganos se agrupan respecto de otros, se enlazan y unifican para la acción en situación de dependencia y subordinación, manteniendo entre sí una estricta relación jerárquica con diversos grados y niveles, pero siempre respetando las instrucciones y directivas que imparte el órgano superior, generalmente el jefe de Estado. El ejemplo típico es el ministerio”. (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”, pág. 590, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001).

De esta manera, las conclusiones de Marienhoff no pueden sino compartirse: “La administración meramente descentralizada (descentralización burocrática) carece asimismo de personalidad: se trata de simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la Administración general, pero que no se separan orgánicamente de ésta: la separación es meramente funcional; más aún, desde este punto de vista trátase de una separación “relativa” (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 361, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000).

La ley de creación del Ministerio de Justicia y Trabajo, N° 15 del año 1948 en ninguna parte de su articulado –bastante breve, por cierto– lo define como ente autónomo o autárquico. Tampoco se añade mucho más con los Decretos Reglamentarios, el Decreto N° 12.402/01, que es meramente orgánico, de ordenación, y asignación de deberes y facultades a las distintas reparticiones del Ministerio. De tal modo que el citado Ministerio no queda incluido en el inciso d) del art. 91 del Código Civil. Tampoco la citada ley le atribuye expresamente

la calidad de persona jurídica, como ocurre con otras leyes orgánicas de entes específicos. Es decir, en suma, nos hallamos ante un ente que carece de personalidad jurídica.

Sentado el hecho de la personalidad unitaria del Estado, y la consiguiente imposibilidad de promover demanda contra las divisiones de los poderes u órganos que lo integran, corresponde determinar cuál es la vía que se tiene para que los particulares o, en general, las personas reclamen judicialmente los derechos que puedan derivar de las funciones y actuaciones de los órganos del Estado, y, por ende, quién debe o está llamado a contradecir la correspondiente demanda. Y la respuesta nos la brinda la propia Constitución Nacional, en su artículo 246: la Procuraduría General de la República. En efecto, son sus deberes y atribuciones defender y representar, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República. No tan solo los intereses del Poder Ejecutivo; sino los intereses patrimoniales de la República del Paraguay, constituida en Estado unitario a tenor del artículo 1 de la Constitución Nacional. Es así como el Procurador General de la República es quién debe defender los intereses patrimoniales del Estado, es decir, entre otras cosas, debe asumir su defensa en todo tipo de pretensiones que tengan un contenido patrimonial. Siendo el Estado una única persona jurídica, inescindible en su personalidad, la intervención del Procurador en el juicio se hace ineludible.

Como ya se dijera supra, toda relación procesal requiere de ciertos elementos esenciales para su válida configuración. Así, se precisa de partes litigantes, capaces de hecho y de derecho, de un objeto y de una causa petendi. Por tanto, debemos analizar la existencia de los requisitos esenciales para que exista una litis trabada de conformidad con las exigencias del debido proceso. Para ello, las partes actora y demandada deben tener personalidad jurídica y la consiguiente capacidad para actuar en juicio, es decir, la legitimatio ad processum referida, no a la representación, sino al “ser persona” de los sujetos procesales, esencial a la validez del juicio. Se plantea entonces la existencia del requisito de la personalidad jurídica en la demandada, esto es, Ministerio de Justicia y Trabajo.

Del relato que antecede surge que el Ministerio de Justicia y Trabajo no pudo haber actuado en calidad de parte, ya que la demanda fue promovida contra quien no tiene personalidad para estar en juicio.

No caben tampoco aquí los argumentos de la actora, de que no existe prohibición legal para demandar a un Ministerio, desde que se sabe que en el

Derecho Administrativo no rige el principio de libertad por el cual está permitido todo lo que no está prohibido. Muy por el contrario, rigen las exigencias de la legalidad, la competencia y la atribución específica, según las cuales lo que no está permitido, sencillamente no puede hacerse. Tampoco es válido el argumento de que no existe subordinación ni traspaso de asesorías jurídicas u otras reparticiones públicas a la Procuraduría General de la República, ya que, por una parte la representación de ésta es de orden constitucional y opera su eficacia inmediatamente con la vigencia de la norma, derogando a toda otra norma anterior o inferior en rango. La falta de una norma reglamentaria infraconstitucional, alegada por la actora, que dé mandato a la Procuraduría indicando cómo coordinar sus actividades con las otras asesorías jurídicas del Estado es tan inocua cuanto errada. La Procuraduría tiene el monopolio de la representación del Estado Central en asuntos patrimoniales contenidos. Solo los entes que son tales, separados y distintos del estado central pueden tener otras representaciones. De modo que todas las teorías de un “vínculo cogestionario” o de “subordinación” de otras asesorías o representaciones carecen de fundamento legal y de aplicabilidad. Si se trata del Estado, así como lo hemos visto y explicado supra, el órgano de representación patrimonial es la Procuraduría. Si no se trata del Estado, sino de una entidad autónoma, autárquica o descentralizada, con personería jurídica, entonces tendrá sus propios órganos de representación, sin que sea dable hablar de cogestión o de subordinación.

En el presente litigio una de las partes –la accionada– no cumple con los requisitos que deben existir previamente a la relación procesal, que es la capacidad para estar en juicio como sujeto de derechos. En efecto, el fallo a dictarse no puede declarar el derecho a favor ni en contra de un órgano que carece de personalidad según ya lo explicáramos supra, y resulta imposible dictar una sentencia en contra de quien no es persona física o jurídica. De ello surge de forma manifiesta el vicio de que adolece la resolución y todo el proceso llevado contra el Ministerio de Justicia y Trabajo, que contraviene substancialmente a las reglas del Derecho Procesal, y provoca una nulidad estructural que debe ser pronunciada de oficio.

Ahora bien, la nulidad es meramente parcial, ya que afecta subjetivamente a una sola demandada pero no a las demás, que sí son personas jurídicas, y pueden ser válidamente partes de un proceso y ser sometidos a una eventual sentencia.

En cuanto a la aplicación del art. 406, se hace imposible dictar nuevamente decisorio sustancial respecto del Ministerio de Justicia y Trabajo, sin caer en idéntico vicio al aquí señalado; por lo cual la nulidad se limitará a ser declarada y tendrá efectos puramente invalidantes o extintivos.

Los costes de la nulidad han de ser soportados por quien la causó, esto es por la demandante que entabló la acción con las deficiencias ya señaladas y pretendió prevalecerse del vicio procesal.

A continuación se analizará el recurso de apelación.

APELACIÓN: De dicho auto recurren ambas partes, tanto actor como demandado. Del escrito de expresión de agravios de fs. 205/206, recurre la parte actora contra la segunda parte de la resolución en la que dispone Hacer lugar a la excepción de falta de acción. La misma argumenta su excepción en base a las siguientes consideraciones. Manifiesta que la demanda fue dirigida desde el inicio contra el Ministerio de Justicia y Trabajo y contra el Estado Paraguayo. Argumenta que la tesis de la Procuraduría General del Estado es insuficiente desde que la demanda fue dirigida contra el Estado que el mismo procurador representa. Agrega con relación a la legitimación del Ministerio antedicho, que no existe ninguna disposición legal que establezca que dicho Ministerio no pueda intervenir en el juicio. Concluye que la Procuraduría no se circunscribe a ninguna reglamentación que le señale como ha de comportarse, sino que la misma se limita a coordinar actividades y relacionarse con las demás asesorías estatales conjunta o supletoriamente a fin de uniformar criterios, acciones y defensas que le competan a los órganos estatales.

De los agravios expuestos contesta la Procuradora Delegada Nancy Amarilla Guirland a tenor del escrito de fs. 216/218 en el cual manifiesta que en el presente juicio se pretende el cumplimiento de un contrato firmado por personas que no tienen la capacidad jurídica suficiente para obligar al Ministerio de Justicia y Trabajo cuya capacidad recae sobre el Ministro de de turno. Manifiesta además con respecto a la personalidad jurídica del Ministerio, transcribiendo el texto constitucional –art. 246-, que el estado como persona de derecho, dada su personalidad unitaria, refrenda la imposibilidad de los órganos que la integran de ser parte en un juicio, concluyendo que la representación del Estado Paraguayo le corresponde únicamente a la Procuraduría General de la República.

Por su parte, del escrito de fundamentación de recurso de fs. 207/208, presentado por la Procuraduría General de la República, de lo escueto de sus ar-

gumentos, se puede inferir que el mismo solicita la exoneración de costas en esta instancia, tanto en la excepción de incompetencia como en la de prescripción, en atención a que su parte presenta su conformidad con la cláusula contractual que dispone la prórroga de jurisdicción, y la aplicación del plazo decenal en la prescripción.

De dichos fundamentos contesta el abogado Carlos Martínez Díaz a fs. 211, quien en un breve escrito manifiesta que la Procuraduría General del Estado manifiesta que se allana a lo resuelto por el juzgado inferior, y que por tales argumentos entiende que no existen agravios de la resolución recurrida, por lo cual solicita se declaren desierto los recursos interpuestos por la parte demandada.

Se trata de establecer la procedencia de una excepción de falta de acción o legitimación pasiva en una demanda de cumplimiento de contrato. Las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción han sido rechazadas, y no se han formulado agravios a su respecto por la parte accionada, de modo que ya no pueden ser abordadas por este Tribunal. Solo *obiter*, cabe decir en cuanto a ello que la presente acción tendría por sustrato una relación entre un comerciante y un sujeto no comerciante, por el reclamo del pago de la provisión de cosas muebles, entendidas como mercaderías; este tipo de vinculación está prevista en el art. 663 inc. e) del Cód. Civ., con un plazo de prescripción distinto del decenal, de solo dos años, los que, según la fecha de promoción de la demandada, habrían ya transcurrido, y a tenor de lo cual se podría deducir que la acción se halla ya prescripta. El hecho de que el ámbito sea administrativo no cambia la estructura básica del contrato, ni sus efectos obligacionales, incluida la prescripción liberatoria y su plazo; lo administrativo rige solo en cuanto al procedimiento de concertación contractual y de ciertos efectos de fiscalización de cumplimiento, mas no en cuanto a las consecuencias normales o comunes del contrato. Lo contrario supondría afirmar que el Estado se encuentra en peor posición como deudor que un deudor cualquiera, lo cual es evidentemente impropio. No obstante esta observación, es sabido que la defensa prescripcional no puede ser declarada de oficio, sino que debe ser sustentada por la parte a quien beneficia. De modo que en nada puede tomarse en cuenta en la resolución actual de esta litis.

Ahora bien, la falta de acción pasiva se ha propuesto en la instancia inferior negando la relación sustancial invocada por la actora. En efecto, el Estado ha

argüido que los documentos suscritos no emanan de la autoridad competente y que el proceso de adquisición de bienes involucrado en la demanda no ha sido autorizado por la máxima autoridad del órgano ministerial. Igualmente se aduce que la actora no presenta copia de contrato alguno.

En primer lugar ha de señalarse que el argumento empleado por la juzgadora inferior para hacer lugar a la excepción de falta de acción, cual es la inexistencia de personalidad jurídica en el Ministerio de Justicia y Trabajo, no ha sido propuesto por la parte accionada y además se encuentra desajustado a derecho. En efecto, la falta de capacidad de derecho en la actora o la demandada no hace a la *legitimatío ad causam* sino a la *legitimatío ad processum*. Es decir, impide válidamente establecer una relación procesal y dictar sentencia contra lo que no es persona de derecho –física o jurídica-, anulando eventualmente el proceso, como ya se indicara *supra* con argumentos que se pueden hacer extensivos aquí para evitar repeticiones, pero ello nada indica respecto de las relaciones sustanciales invocadas. Máxime si se considera que si bien una de las partes demandadas no tiene capacidad procesal, existe otra parte demandada, el Estado Paraguayo, que sí es plenamente capaz de derecho, como también se tiene dicho más arriba. La circunstancia de que el Estado Paraguayo ha sido parte demandada en este juicio se desprende de numerosas circunstancias: el escrito mismo de demanda, donde a fs. la actora menciona expresamente al estado como demandado; la providencia de fecha 3 de octubre 2006 (fs. 140) por la que el juzgado tiene por iniciado el juicio de cumplimiento de contrato contra el Ministerio de Justicia y Trabajo, y el Estado Paraguayo ; la intervención de la Procuraduría General de la República que invoca la representación Constitucional y solicita tener por opuestas las excepciones y oportunamente hacer lugar a las deducidas por su parte; la providencia de fecha 30 noviembre 2006 (fs. 161) por la que el juzgado reconoce personería y tiene por opuestas las excepciones “en los términos del escrito que antecede”, esto es, del escrito presentado por la Procuraduría. En estas condiciones no se puede dudar que no solo se entabló demanda contra el Estado, sino que el juzgado admitió la traba de la litis con el mismo. Resulta incongruente, pues, concluir luego que el Estado no ha sido demandado. Tampoco resulta pertinente establecer que uno de los demandados carece de legitimación pasiva por extensión de la falta de personería de la otra comparte, respecto de la cual también se propuso la demanda. En otros términos, no porque el Ministerio de Justicia y Trabajo no sea persona de derecho, con

capacidad para estar en juicio, se puede seguir de ello que el Estado no está legitimado pasivamente para ser demandado, cuando efectivamente se ha deducido la demanda también en su contra.

Evacuado ese punto y desechado el argumento de la inferior, se deben pasar a estudiar los argumentos de la accionada. En primer término debe establecerse cuál es en concreto la relación sustancial que se invoca como fundamento de esta acción. Y del escrito pertinente parece surgir de una relación de contrato de suministro, no de facturas conformadas, las cuales aparentemente se presentan al solo efecto probatorio de los hechos en la relación y no como sustrato vinculatorio de la pretensión incoada. De modo que se debe entender que la base de la demanda tiene una índole contractual y no un título comercial como las facturas.

También ha de decirse que la actora ha presentado diversas instrumentales con el escrito de demanda, algunas de las cuales consisten en contratos de suministro, como las obrantes a fs. 119/123,124/129,130/135. En esta instancia la demandada ya no aduce la ausencia de la documentación contractual, pero alega que los documentos no fueron debidamente autorizados por quienes tenían autoridad para hacerlo y que las supuestas notas de remisión de mercaderías no se encuentran firmadas por personas que cumplan funciones en el área de auditoría. Aquí debemos decir que en cuanto al contrato de fs. 119/123, el mismo se halla redactado en hoja membretada del Ministerio de Justicia y Trabajo, y en su encabezado se lee que lo suscribe el Sr. Lic. Arcadio Cabrera en su carácter de Director General de Administración y Finanzas. Se ve también una firma al pie del mismo y el sello del la Dirección Gral. de Administración y Finanzas del Ministerio de Justicia y Trabajo. Cabe señalar aquí que el Estado no ha negado la representatividad que tendría este agente estatal, ni en su competencia específica ni en su identidad como funcionario, para suscribir contratos como el de marras, sino que se ha limitado a argüir de forma genérica que los documentos no han sido debidamente autorizados por quienes tenían autoridad para hacerlo. Luego se ve que en las documentales de fs. 124/129, que también obran en hoja con membrete del Ministerio de Justicia y Trabajo y aparentan ser contratos de suministros, existe una firma sin sello. Empero, en el encabezado de estos instrumentos, que también obran con membrete del Ministerio de Justicia y Trabajo, se advierte que una persona, denominada Lic. Pablo Vargas, invoca la representación del órgano, en su carácter de Director

General de Administración y Finanzas interino. Tampoco se ha negado aquí ni la competencia ni la identidad de funcionario de quien aparece suscribiendo ni, por ende, la representatividad que invoca. La falta de sello debajo de la firma que aparece en los dos últimos documentos no empece a su posible eficacia, dado que en el encabezado se ha aclarado la representatividad de los firmantes. Una interpretación o conclusión contraria importaría un rigorismo extático y solemne que sobrepasaría los límites de lo formal para incurrir en exigencias ritualistas no previstas en la ley.

La norma orgánica del Ministerio de Justicia y Trabajo, Dto. N° 12.403/01, por su parte, establece en su art. 4° que la Dirección General de Administración y Finanzas, cuyas reparticiones se enuncian en el art. 19 y sus funciones, establecidas en el art. 20, son compatibles con las calidades invocadas en las documentales que analizamos.

El argumento del Estado, centrado en la falta de conformación de las facturas o de la recepción de las mercaderías no hace, en puridad, relación con una falta de acción—cuando menos no en un juicio ordinario—, sino más bien aludiría a una *exceptio non adimpleti contractus*, que no puede ser propuesta ni estudiada como previa.

Todo lo apuntado nos lleva a concluir que no existe una falta de acción manifiesta en el Estado Paraguayo respecto de la pretensión contractual de la actora, lo cual no implica tampoco decir que la demanda sea automáticamente procedente. Aquí debe recordarse el distingo entre legitimación—activa o pasiva— y los requisitos de procedencia de una acción, que depende de numerosas circunstancias, entre ellas la existencia de probanzas suficientes y de improcedencia de defensas de fondo que pudieran plantearse o considerarse.

A su turno los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández manifiestan que se adhieren al voto de la magistrada preopinante.

En cuanto a las costas, en atención a la forma de solución de los recursos, y al vencimiento recíproco de ambas partes, corresponde imponer las costas proporcionalmente en 70% a la parte demandada como perdedora, y 30% restante a la parte actora, conforme con los art. 195 y 203 del Cod. Proc. Civ.

Por tanto, en cuanto al mérito de las cuestiones debatidas, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Tercera Sala de la Capital,

RESUELVE:

ANULAR PARCIALMENTE la resolución recurrida, en cuanto da participación al Ministerio de Justicia y Trabajo como sujeto procesal en estos autos y

hace lugar a la excepción de falta de acción opuesta a su respecto, en base a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

REVOCAR parcialmente el A.I. N° 2.064 de fecha 28 de diciembre de 2010, en cuanto hace lugar a la excepción de falta de acción propuesta por el Estado Paraguayo como de previo y especial pronunciamiento, y rechazarla en base a los argumentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas a la parte actora en 30%, y en 70% a la parte demandada, en ambas instancias.

ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia Magistrados: Ma. Mercedes Buonghermini, Neri Villalba, Arnaldo Martínez Prieto.

Ante mí: Pablo Constatini, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 464

Cuestión debatida: *Se discute aquí la procedencia de la medida cautelar de embargo preventivo obtenida por el actor en primera instancia. Respecto de ella, es objeto puntual de agravios la falta de cumplimiento de sus presupuestos genéricos de procedencia.*

MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela.

La caución juratoria, por la que el solicitante de la medida cautelar manifiesta que se hace responsable de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera ocasionar para el caso de que haya sido trabada sin derecho, es una mera declaración que no importa una seguridad en relación con la eventual efectivización de dicha responsabilidad, dado que ella ya existe y obliga al peticionante desde antes de tal manifestación.

MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela. Requisitos para la viabilidad de medidas cautelares.

La caución juratoria ha desaparecido como garantía contracautelar de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la afirmación que el solicitante de la medida hace de que se hará responsable de los daños y perjuicios que esta pueda ocasionar, no agrega nada nuevo a la responsabilidad que ya existe de por sí, por el mero hecho de solicitar la medida y ciertamente tampoco añade una seguridad de cumplimiento de esta responsabilidad.

MEDIDAS CAUTELARES. Contracautela. Medidas cautelares de carácter real.

El tipo de garantía permitida y pedida en el Cód. Proc. Civ., tal y como se ha establecido *supra*, está regulada en el art. 698 que habla de fianza de un tercero, prenda, hipoteca u otra seguridad equivalente

TApel. Tercera Sala. 06/07/12. “N.V.Y c/J.E.C. s/ indemnización de daños y perjuicios” (A.I.N°464).

VISTOS: Los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Sr. J.E.C.S., por derecho y bajo patrocinio de abogado, contra el A.I. N°121 de fecha 05 de octubre de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Villa Hayes

Que por el referido auto interlocutorio la *a quo* resolvió: “1. Decretar embargo preventivo sobre bienes suficientes del demandado, hasta cubrir la suma de Gs. 500.00.000 (Guaraníes Quinientos millones mil), por los conceptos individualizados en el escrito de demanda, y más la de Gs. 50.000.000 (Guaraníes Cincuenta millones) fijados provisoriamente para cubrir gastos de justicia. y previa formalización de la contracautela fijada por el Juzgado, consistente en la aceptación de responsabilidad y fianza personal del accionante y/o tercero, por igual monto reclamado en autos, se libraré el mandamiento de embargo preventivo, comisionando su diligenciamiento a un Oficial de Justicia, conforme los fundamentos y alcances establecidos en el exordio de la presente resolución. 2.- Anotar...”. (sic.) (fs. 91).

En cuanto al recurso de:

NULIDAD: El recurrente desistió expresamente del recurso de nulidad por él interpuesto; y dado que no se advierten en el auto recurrido, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el recurso debe tenerse por desistido.

APELACIÓN: El Abog. Alcides B. Mercado, en representación del Sr. JUAN ERNESTO CASTELLANO, se agravia de la resolución de la inferior en el escrito obrante a fs. 152/155 de autos. Manifiesta que la *a quo* no analizó de una manera exhaustiva los presupuestos que la ley y la doctrina exigen para la concesión de la medida cautelar. Expresa que no se acredita la verosimilitud del derecho que justifique el excesivo monto solicitado por la adversa, sino que solamente responde a una simple manifestación del actor de haber perdido

cuantiosos animales, que depende exclusivamente de un proceso penal en donde se ha verificado el supuesto hecho punible de abigeato. Sostiene que en el proceso civil se reclaman los daños y perjuicios derivados de la pérdida de los 70 animales vacunos investigados por el supuesto hecho punible de abigeato, pero en dicha investigación solo un animal es de propiedad del actor. Arguye que el derecho en expectativa no puede ser superior al valor de un animal, que puede oscilar en una suma de G. 2.000.000. Aduce que la base del derecho invocado no esta justificada, la cual debe ser incuestionablemente el expediente penal y no simples manifestaciones del actor. Indica que la inferior fundamentó la urgencia de la adopción de la medida en una simple jurisprudencia, estableciendo al respecto la complejidad del caso sometido a estudio. Manifiesta que el monto de G. 500.000.000 reclamado resulta exorbitante frente al exiguo monto de contracautela presentado por el actor, consistente en un título de propiedad sobre un inmueble cuyo valor no supera la suma de G. 3.500.000. Por último solicita se dicte resolución revocando en todas sus partes el auto recurrido, y en consecuencia, levantar la medida cautelar decretada, con costas.

Corrido el traslado, el Abog. Aldo Eduardo León, contesta en los términos del escrito obrante a fs. 157/159 de autos. Manifiesta que el demandado en forma voluntaria y a sabiendas se introdujo en la estancia donde estaban los animales vacunos de su mandante y procedió a arrearlos y llevarlos a su establecimiento, para posteriormente faenar algunos y remarcar otros. Expresa que la resolución recurrida solo trata de asegurar la reparación de un daño ocasionado injustificadamente por el autor de un hecho delictivo como el abigeato. Sostiene que el monto embargado guarda directa relación con el precio de los animales así como con los daños sufridos por su parte. Arguye que el requisito de la verosimilitud se halla plenamente justificado, tanto por los testigos como por la acusación formulada por el fiscal especial de abigeato. Aduce que existe una real necesidad de asegurar los efectos de una sentencia futura, dado que el demandado, según la fiscalía, es una persona que no tiene ninguna consideración por la cosa ajena. Indica que su parte ha demostrado solvencia y efectuado contracautela, sobre sus propios bienes. Por último solicita se dicte resolución confirmando el auto recurrido, con costas.

Se discute aquí la procedencia de la medida cautelar de embargo preventivo obtenida por el actor en primera instancia. Respecto de ella, es objeto puntual de agravios la falta de cumplimiento de sus presupuestos genéricos de procedencia.

Es sabido que las medidas cautelares deben reunir los presupuestos genéricos establecidos en el art. 693 del Cód. Proc. Civ. —de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela suficiente—. Amén de ello deben cumplir las exigencias específicas de la medida concreta en cuestión y deben ser congruentes con el objeto de la demanda que también se intenta.

Hemos de examinar estos presupuestos.

Analizaremos primero el cumplimiento del requisito genérico de verosimilitud del derecho previsto en el código de rito.

La verosimilitud del derecho esgrimido, debe ser, al decir de Palacio, “...de tal forma que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho...” (Palacio, Lino E., T. VIII, pág. 32, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 3ª reimp.). Sabido es que tal exigencia no presupone la existencia de un derecho reconocido o firme, sino tan solo de una aparente viabilidad que lleve a la convicción del juzgador, a *priori*, de que el peticionante podría obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

En este orden de ideas, para el decreto de embargo preventivo, lo que debe exigirse del actor es la “justificación de la posibilidad de un derecho” y no “la existencia incontestable” de ese derecho, solo posible luego de agotarse el trámite respectivo. La verificación debe ser *prime facie*. Es decir, no puede exigirse una prueba total y acabada, ya que ello sería desvirtuar el instituto precautorio y adelantar el juicio a dictarse después del contradictorio pertinente. De allí que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria de manera que proporcione la verosimilitud del derecho, que en ciertas circunstancias pueda presumirse que exista y que por último, pueda admitirse su existencia ante la afirmación del actor, avalada por una buena contracautela. (Podetti, J. Ramiro. 1956. Tratado de las Medidas Cautelares, 1ª ed. Buenos Aires: EDIAR).

Antes que nada debemos apuntar que este Tribunal ha venido sosteniendo en numerosos fallos anteriores la tesis que las medidas cautelares de embargo son, en principio, improcedentes en juicios ordinarios de declaración de certeza de una obligación, precisamente porque esa certeza no está aún establecida.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, en el caso de marras se dan supuestos excepcionales que deben ser considerados, sin que ello implique pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, en base exclusivamente a las documentales agregadas.

Así, de un análisis de las constancias de autos notamos que a fs. 28/34 obra el acta de allanamiento del inmueble denominado “Riacho”, propiedad del demandado Sr. Juan Ernesto Castellano.

El procedimiento de allanamiento fue llevado a cabo por el asistente fiscal Erasmo Rodríguez de la Unidad Penal Antiabigeato N° 1 del Ministerio Público, por expresa comisión del agente fiscal Oscar Javier Talavera, en cumplimiento de lo dispuesto por el A.I. N° 56 de fecha 06 de octubre de 2010 dictado por el juez de Paz de la Ciudad de Villa Hayes en el marco de la cusa N° 1.361/2010 “Supuesto Hecho Punible contra la Propiedad-Abigeato c/ Innominado”.

En la mencionada acta consta la declaración testifical del Sr. H. E.S. –capataz de la estancia “Riacho”–, quien al ser interrogado sobre si tiene conocimiento de la sustracción de los animales vacunos de propiedad del Sr. R. C. –codenunciante en la causa penal– manifestó que “...hace aproximadamente 22 días atrás un sábado no me acuerdo la fecha vino mi patrón el Sr. J. E. C. y el Administrador de la estancia Sr. J. J. en horas de la tarde-noche 19:00 Horas y al otro día me ordeno a mi y a mi hermano W. J. S. para que nos preparemos con los caballos y siendo aproximadamente las 08:00 Horas nos dirigimos hacia el establecimiento “Primeraí” junto al Sr. A. I. (capataz de dicho establecimiento) y al llegar en el lugar...” (sic.). Expresó que “...el Sr. Castellano nos ordena que los acompañemos sin decirnos donde, nos dirigimos hasta llegar a donde esta el Sr. L. F.o, encargado del retiro, y donde se encontraban los animales del Sr. R. C....” (sic.). Declaró que “...acto seguido nos dirigimos hacia los animales y se procedió a retirar aproximadamente 20 animales vacunos que el Sr. C. nos ordenó retirar del lugar diciendo que eran de su propiedad...” (sic.). Indicó que “...Dichos animales vacunos fueron depositados en el establecimiento “Riacho”, en el retiro a cargo de mi hermano W. S. Al día siguiente lunes, en presencia del Sr. J. E. C., el Administrador Sr. J. J. procedimos a “contramarcas” dichos animales...” (sic.). Aclaró que “...aproximadamente ingresé hace dos meses y se me entregó varios animales con marcas diferentes...” (sic.).

Igualmente, en el acta de allanamiento consta la declaración testifical del Sr. W. S. –empleado de la estancia “Riacho”– a quien se le preguntó si tiene conocimiento de los animales vacunos que fueron sustraídos de la propiedad arrendada por el Sr. R. C.–codenunciante en la causa penal– y de la propiedad del Sr. J. M. S. –codenunciante en la causa penal–. Manifestó que “... hace aproximadamente 22 días atrás viene mi patrón y el Administrador Señor J. J.

un día sábado en horas de la noche y al día siguiente me comunicó mi hermano que debíamos preparar los caballos para acompañar a estos, a lo que cumplí, luego nos dirigimos hasta el establecimiento “Primera I”, junto al capataz el Sr. A. I...” (sic.). Expresó que “...nos ordena el Sr. C a dirigirnos hacia el retiro a cargo del Sr. L. F., donde estaban los animales del Sr. C., ya en el lugar procede el Administrador con el Sr. Castellano a separar una cantidad de 20 animales, y nos ordenó que lo llevemos hasta el establecimiento “Riacho”...” (sic.). Aclaró que “...existen en la propiedad otros animales con otras marcas cuyo origen desconozco...” (sic.).

Se debe volver a recordar que el análisis de la verosimilitud del derecho invocado debe hacerse sobre la base de los elementos aportados en el pedido inicial.

Así, del examen de las instrumentales acompañadas junto con el escrito de demanda, específicamente del acta de allanamiento, podemos constatar que los Sres. H. E. S. y W. S., empleados de la estancia de propiedad del Sr. J.E. C., han reconocido su participación, conjuntamente con otras personas -entre las cuales se concentraba el demandado en estos autos-, en la sustracción de los animales vacunos de propiedad de los Sres. R. C., J. M.. S. y N. V. Y., todos codenunciantes en la causa penal.

Ante estas circunstancias, es evidente que estamos ante una confesión expresa. En cuanto a ella, debemos decir que cuando es prestada sin reservas, constituye plena prueba, que obviamente excede al mero acreditamiento de la verosimilitud del derecho, lo cual justifica sobradamente el otorgamiento del embargo preventivo. En palabras de Podetti: “...El aludido tipo de confesión puede asimismo invocarse como fundamento de una petición de embargo preventivo si se ha prestado ante un juez distinto del que interviene en el proceso, siempre que en el juicio respectivo sea parte el solicitante de la medida...” (Podetti, J. Ramiro. 1956. Tratado de las Medidas Cautelares, 1ª ed. Buenos Aires: EDIAR. pág. 178).

Considerando lo expuesto, se podría decir que la existencia del ilícito se encuentra cabalmente acreditada. Igualmente, la apariencia de responsabilidad en cabeza del demandado ha sido acreditada. Estas circunstancias –en sí consideradas– son suficientes para otorgar la medida; puesto que ellas sustentan, *prima facie*, la verosimilitud del derecho del actor.

Analizaremos, ahora, el cumplimiento del segundo requisito genérico de peligro en la demora.

En cuanto a este requisito, el peligro debe ser objetivo, es decir, no un simple temor del solicitante sino derivado de hechos que puedan ser apreciados aún por terceros.

En el caso de autos, el peligro se encuentra justificado, ya que todo juicio ordinario es de larga duración y en su curso se pueden tornar ilusorias las pretensiones de la actora.

Debemos pues, determinar la suma por la cual ha de trabarse el embargo preventivo.

En cuanto al objeto inmediato de la medida específica solicitada, esto es, del embargo, debe guardar relación con las pretensiones deducidas y respecto de los cuales hay verosimilitud. Pasaremos a estudiar el punto.

En estos autos el demandante Sr. N.V.Y. ha solicitado embargo preventivo sobre bienes suficientes del demandado Sr. J.E.C. hasta cubrir la suma reclamada, la cual asciende a G. 500.000.000. El fundamento de su pretensión se centra en la sustracción, por parte del accionado, de 70 animales vacunos de su propiedad.

Aquí, es importante aclarar dos cuestiones fundamentales.

En primer lugar, corresponde hacer algunas consideraciones respecto de los reclamos del Sr. V.Y. en el rubro de daño emergente.

En este sentido, podemos constatar que en su escrito de promoción de la demanda reclama en concepto de daño emergente la suma de G. 210.000.000, considerando el valor de 70 animales vacunos a un precio de G. 3.000.000 cada animal.

Así, de las declaraciones testificales de los Sres. H.E.S. y W.S., las cuales constan en el acta de allanamiento de la estancia "Riacho", se observa que los mismos han reconocido la sustracción de 20 animales vacunos de propiedad de los Sres. R.C., J. M.S. y N.V.Y. No obstante ello, se debe destacar que en dichas declaraciones, ambos han reconocido la existencia, en la propiedad del Sr. Juan E.V.C., de animales con marcas diferentes. Esta circunstancia permite presumir que entre los animales con marca diferente existentes en la propiedad del demandado, se habrían podido encontrar otros animales vacunos de propiedad del Sr. V.Y. cuya sustracción no fue reconocida por los Sres. S. En esta tesitura, para la cuantificación del monto del embargo preventivo deberá tenerse en cuenta el valor de los 70 animales vacunos de propiedad del Sr. N.V.Y., presumiblemente sustraídos.

En segundo lugar, debemos referirnos a los reclamos en los rubros de lucro cesante, daño moral y pérdida de chance.

Así, del escrito de promoción de la demanda se observa que el accionante reclama en concepto de lucro cesante la suma de G. 30.000.000, de daño moral la suma de G. 180.000.000 y de pérdida de chance la suma de G. 80.000.000. El demandante solicita la inclusión de los mencionados rubros en el monto por el cual se deberá trabar el embargo preventivo. Respecto de ello debemos decir que, como en la mayoría de los procesos ordinarios derivados de un ilícito, los mencionados rubros deberán ser debatidos, acreditados y demostrados en el período pertinente de pruebas. Las pruebas documentales aportadas junto con el relatorio de hechos del demandante no constituyen presupuesto suficiente como para justificar la verosimilitud del derecho del actor respecto de dichos rubros. En efecto, se requiere de mejor investigación y prueba para poder advertir los argumentos presentados por el actor. En esta inteligencia, los montos reclamados por el Sr. N. V. Y. en concepto de lucro cesante, daño moral y pérdida de chance, deberán ser excluidos de la cuantificación del monto por el cual se deberá trabar el embargo.

En consecuencia, la cuantificación del monto del embargo preventivo debe hacerse teniendo en cuenta el valor de 70 animales vacunos.

Así, conforme lo expresado *supra*, el embargo debe guardar relación con las pretensiones deducidas, respecto de las cuales hay verosimilitud. De esta manera, corresponde considerar, para establecer el monto del embargo, el valor de 70 animales vacunos a un precio de G. 3.000.000 cada animal. Ello asciende a la suma de G. 210.000.000. Esta es la medida dineraria en la que debe ser trabado el embargo.

Por último, debemos analizar el cumplimiento del tercer requisito genérico, es decir, la contracautela.

Es sabido que la contracautela es un requisito de las medidas cautelares, cuya finalidad está dirigida a proteger al afectado por la medida, respecto de la posible insolvencia del peticionante, a la hora de hacer efectiva su responsabilidad civil, de daños y perjuicios, si la medida cautelar ha sido solicitada sin derecho.

Entonces, la contracautela es, por su naturaleza jurídica, una garantía. Las garantías pueden ser de dos especies: reales o personales. La garantía real consiste esencialmente en la afectación de una cosa al cumplimiento de una

obligación, como la prenda, la hipoteca. La garantía personal es la seguridad de cumplimiento que presta un tercero no deudor de la obligación, quien se compromete a cumplir en defecto del deudor principal, como es el caso de la fianza, el aval. Quien solicita la medida cautelar tiene la posibilidad de escoger y ofrecer cualquiera de estas especies, y el juez es el encargado de determinar si la garantía es suficiente, vgr., si los bienes ofrecidos alcanzarán a cubrir las responsabilidades que se deriven de la medida cautelar; o bien, juzgará si el tercero avalista o fiador es suficientemente abonado, para lo cual el propio proponente debe arrimar las constancias de su solvencia. En suma, el juez no impone la especie -la cual es escogida por el peticionante de la medida- solo juzga sobre su suficiencia, atendiendo a las responsabilidades patrimoniales que la medida cautelar pueda generar.

De las constancias de la resolución recurrida notamos que la inferior pese a haber condicionado la concesión del embargo al otorgamiento de fianza “del accionante y/o tercero”, luego admitió tácitamente como contracautela la fianza personal del propio accionante.

Primeramente debemos destacar que la garantía así establecida tiene la naturaleza de una caución juratoria. Ello se colige de la nota obrante a fs. 98 de autos, en virtud de la cual el Sr. V.Y. se hace responsable de los daños y perjuicios que el embargo preventivo pudiere ocasionar en caso de que lo hubiera solicitado sin derecho. Igualmente, es importante aclarar que la fotocopia autenticada de la escritura pública N° 296 de fecha 16 de diciembre de 2002 en virtud de la cual el Sr. V.Y. acredita su propiedad sobre un inmueble, de ninguna manera constituye una garantía real. En efecto, la misma fue agregada a estos autos con la única finalidad de acreditar la solvencia del actor.

En este sentido, corresponde analizar la suficiencia de la contracautela otorgada por el demandante.

Así, es importante decir que la caución juratoria, por la que el solicitante de la medida cautelar manifiesta que se hace responsable de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera ocasionar para el caso de que haya sido trabada sin derecho, es una mera declaración que no importa una seguridad en relación con la eventual efectivización de dicha responsabilidad, dado que ella ya existe y obliga al peticionante desde antes de tal manifestación.

Por otra parte, la caución juratoria ha desaparecido como garantía contracautelar de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la afirmación que el soli-

citante de la medida hace de que se hará responsable de los daños y perjuicios que esta pueda ocasionar, no agrega nada nuevo a la responsabilidad que ya existe de por sí, por el mero hecho de solicitar la medida y ciertamente tampoco añade una seguridad de cumplimiento de esta responsabilidad.

El tipo de garantía permitida y pedida en el Cód. Proc. Civ., tal y como se ha establecido *supra*, está regulada en el art. 698 que habla de fianza de un tercero, prenda, hipoteca u otra seguridad equivalente.

En consecuencia, la contracautela ofrecida y rendida en autos resulta insuficiente. Por tanto, corresponde emplazar a la actora a prestar contracautela suficiente en el término de quince días procesales, so pena de levantar la medida cautelar en caso de no cumplir con la garantía.

En conclusión, considerando las manifestaciones vertidas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación, y en consecuencia, modificar el auto recurrido en el sentido de decretar embargo preventivo sobre bienes suficientes del demandado, hasta cubrir la suma de G. 210.000.000, emplazando a la actora a que preste contracautela suficiente en el término de quince días procesales, so pena de levantar la medida cautelar en caso de incumplimiento.

En cuanto a las costas, existen en esta alzada vencimientos recíprocos, dados por la admisión parcial de las pretensiones tanto de la parte recurrente como de la parte recurrida, en la solución finalmente arribada. Al respecto debemos decir que el recurrente pretendía el levantamiento de la medida cautelar decretada y el recurrido su confirmación, mientras que la solución arribada es un intermedio entre ambas pretensiones. Por ende, y examinados los montos pretendidos y obtenidos, de conformidad con los arts. 195 y 203 del Cód. Proc. Civ., las costas deben imponerse en un en un 50% para cada parte.

Por lo tanto, el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala,
RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad interpuesto.

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación, y en consecuencia, MODIFICAR el auto recurrido en el sentido de decretar embargo preventivo sobre bienes suficientes del demandado, hasta cubrir la suma de GUARANÍES DOSCIENTOS DIEZ MILLONES (G. 210.000.000), emplazando a la actora a que preste garantía suficiente en concepto de contracautela, en el término de quince días procesales, bajo apercibimiento de levantar la medida cautelar en caso de incumplimiento.

IMPONER las costas en una 50% a cada parte.

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

Magistrados: Ma. Mercedes Buonghermini, Arnaldo Martínez, Neri Villalba.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 44

Cuestión debatida: *Se trata de esclarecer la procedencia de una acción puramente declarativa de extinción de una deuda –o mejor dicho de su coercibilidad– por prescripción.*

ACCIÓN. Prescripción de la acción administrativa.

La acción es, por regla, improcedente, cuando existen otros tipos de acciones que ejercitar o cuando el demandante no tiene un interés legítimamente en la declaración. Solo pueden ser declaradas relaciones jurídicas concretas, actuales, no sin embargo hechos o elementos aislados de una pretensión, ej.: cuestiones previas. Un hecho determinado solo puede ser objeto de una acción declarativa si se trata de la declaración de falsedad o de autenticidad de un documento.

ACCIÓN. Prescripción de la acción administrativa. CRÉDITOS POR SERVICIOS PÚBLICOS.

Se pretende la declaración de prescripción de un crédito, vale decir si se ha producido o no un hecho extintivo de una relación jurídica. Como se ha visto esto es materia específica de una acción declarativa: si una relación obligacional existe o se ha extinguido. En cuanto al interés, es obvio que el actor en este caso tiene un interés tutelable de determinar si debe o no a la Essap por los créditos relativos al servicio público de provisión de agua potable y de desagüe cloacal.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. SERVICIOS PÚBLICOS. Regulación.

Para determinar apropiadamente el plazo a ser aplicado para el cómputo de la prescripción se debe establecer primeramente la naturaleza jurídica de la obligación cuya prescripción se pretende y la de la relación entre las partes. Se

ha de precisar, pues, la naturaleza de la relación jurídica de la Essap con los usuarios, así como de obligación nacida de dicha relación.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. SERVICIOS PÚBLICOS. Regulación.

La deuda de servicios públicos proveídos por entidades estatales monopólicas no constituye un tributo. Los precios de servicios no son impuestos, tasas ni mucho menos contribuciones puesto que ellos implican la prestación efectiva de un servicio contractual y por consiguiente facultativo. Los impuestos no se vinculan para nada con ningún tipo de beneficio concreto y específico, pues son obligatorios *ex lege*; las tasas son retribuciones por servicios obligatorios.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. SERVICIOS PÚBLICOS. Regulación.

Tratándose de servicios, cuya contratación es solamente facultativa, no nos hallamos ante una obligación nacida de la ley, sino de la voluntad de las partes que convienen en contratar el servicio de suministro.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. SERVICIOS PÚBLICOS. Regulación.

La obligación del pago del servicio de agua no es tributo, no se le pueden aplicar los plazos prescripcionales vigentes para ese tipo de obligaciones (prescripción lustral).

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. TASA. Naturaleza.

El pago que debe realizarse en concepto de alcantarillado constituye una tasa, pues, tal como lo expusiéramos al referirnos *supra* a los tributos, no constituye un servicio facultativo, pues se encuentra de por medio el interés público y el servicio en sí mismo no es optativo para el titular de inmuebles.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. TASA. Naturaleza. SERVICIOS PÚBLICOS. Regulación.

La diferente naturaleza de estas prestaciones hace que el plazo prescripcional aplicable a su cumplimiento coactivo sea también diferente.

TASAS. PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones.

Las tasas, al ser tributos, está regidas por la prescripción lustral conforme con la Ley orgánica Municipal.

PRESCRIPCIÓN. Plazos para la prescripción. Extinción de las obligaciones. SERVICIOS PÚBLICOS. Regulación.

Al darse la relación obligacional entre comerciantes sobre un bien proveído, es el plazo de prescripción que rige a esta acreencia es el de tres años (art. 663 CC).

TApel. Civ, y Com. Tercera Sala. 28/06/12. C.M. S.A. c/ Essap s/ Prescripción. (Ac. y Sent. N° 44).

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

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, ¿SE DICTÓ CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: BUONGERMINI P., MARTÍNEZ PRIETO y VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI P., dijo: A fs. 81/83, el Abog. Emigdio Loreiro Argüello presenta su escrito de expresión de agravios, y en cuanto al recurso de nulidad manifiesta que, si bien no existen vicios procedimentales en el juicio, el inferior ha sustentado la resolución en su sola voluntad y no en las disposiciones legales vigentes. Arguye que se ha privado a su mandante de la posibilidad de eximirse de una supuesta deuda impaga que la adversa no ha reclamado. Finalmente solicita que en virtud de los fundamentos expuestos se revoque la sentencia dictada por el *a quo*.

A fs. 85/86 el Abg. Jorge Gómez Buongermini contesta el traslado corréndole y manifiesta que el apelante no ha hecho una crítica razonada del fallo recurrido ni ha expresado los motivos que lo tornan injusto o viciado. Aduce que el propio apelante ha reconocido expresamente que no existen en la resolución vicios de procedimiento. Sostiene que la resolución se halla fundada con arreglo a derecho y por ello solicita que se declare desierto el recurso de nulidad.

El art. 404 del Cód. Proc. Civ. establece: *“El recurso de nulidad se da contra las resoluciones dictadas con violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes”*.

Como bien lo dice el recurrente, su agravio se centra, no en defectos de procedimiento, sino en lo que él define, como una “mala aplicación de la norma”. Igualmente improcedentes son los agravios respecto de la falta de fundamenta-

ción, que solo opera una nulidad cuando es tal, es decir, cuando no se ha realizado ningún razonamiento basado en una norma de derecho vigente. Tal situación claramente no se da en autos, ya que la inferior ha explicado los argumentos de su decisorio y ha enunciado las normas que consideraba aplicables. El propio recurrente también corrobora esto cuando afirma que el fallo “adolesce de una mala aplicación de una norma que no corresponde para el caso”. Como se ve, el escrito es en este punto ciertamente contradictorio. Luego, tampoco se dan los supuestos de sentencia arbitraria por omisión de decisión sobre cuestiones propuestas, ni sobre otras no propuestas, ni mucho menos existen hechos que ha sido dados por probados sin sustento fáctico, ya que la cuestión se basa, en rigor, en una pura interpretación de la ley.

Por lo demás, dado que no se advierten en la resolución recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, el citado recurso debe ser desestimado.

A sus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votaban en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 528 de fecha 19 de agosto de 2011 el *a quo* resolvió: “1) NO HACER LUGAR, con costas, a la acción de prescripción promovida por la firma C.M. S.A. contra la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay (ESSAP), por los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes. 2) ANOTAR...” (sic) (fs.73).

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 81/83. Manifiesta que el inferior ha aplicado normas de fondo que no corresponden al caso, pues a la factura emitida por la entonces CORPOSANA le son aplicables las disposiciones contenidas en el Código Civil referentes a títulos de crédito. Arguye que se le debe aplicar el plazo de prescripción establecido en el art. 164 de la Ley 125/91 por tratarse la misma de una tasa. Considera que el *a quo* ha dictado un fallo que no se ajusta a derecho y por lo tanto solicita se revoque la sentencia dictada por el mismo.

La parte contraria contesta el memorial en los términos del escrito de fs. 85/86. Manifiesta que las prescripciones especiales deben ser de interpretación y aplicación restrictiva, y en el caso de existir dudas acerca de si la prescripción se ha cumplido o no debe estarse por la subsistencia del derecho y el plazo de prescripción más amplio. Señala que la interpretación y aplicación de la normativa legal por el inferior se encuentra ajustada a derecho y por lo tanto solicita se confirme el fallo dictado por el mismo.

Se trata de esclarecer la procedencia de una acción puramente declarativa de extinción de una deuda –o mejor dicho de su coercibilidad– por prescripción. La deuda, documentada según las facturas de fs. 13/18 se habría generado en la provisión del servicio de agua potable y alcantarillado, frente a la Essap S.A., institución que configura una sociedad anónima estatal.

Antes de iniciar el análisis, y ante las manifestaciones vertidas respecto de la existencia y pertinencia de la acción declarativa, debemos recordar que la acción meramente declarativa está consagrada en el art. 99 del Cód. Proc. Civ. Puede ser objeto de una acción meramente declarativa –aparte de la declaración sobre la autenticidad o falsedad de un documento, que aquí no es debatida ni considerada– solo la determinación de la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Por relación jurídica se entiende una determinada relación, regulada por el derecho, de una persona respecto de otra persona o de una persona respecto de una cosa (BGHZ 22, 43, 47; Zöller/Greger, ZPO 21ra. Ed. §256 Rdn. 3), conforme con la jurisprudencia constante del sistema jurídico que es fuente de nuestra norma procesal civil, es decir el § 256 del ZPO (Zivilprozessordnung).

Con la acción meramente declarativa quien la incoa pretende establecer judicialmente si existe para él un determinado derecho o relación jurídica. Es obvio que la acción declarativa puede tener también una forma negativa: la inexistencia de una relación jurídica.

La acción es, por regla, improcedente, cuando existen otros tipos de acciones que ejercitar o cuando el demandante no tiene un interés legítimamente en la declaración. Solo pueden ser declaradas relaciones jurídicas concretas, actuales, no sin embargo hechos o elementos aislados de una pretensión, ej.: cuestiones previas. Un hecho determinado solo puede ser objeto de una acción declarativa si se trata de la declaración de falsedad o de autenticidad de un documento.

Condición necesaria para incoar una acción declarativa es la existencia de un interés jurídicamente tutelable del accionante. Éste está dado si el derecho o la situación jurídica del demandante es amenazada por un peligro actual o existe inseguridad a su respecto y la sentencia es adecuada para eliminar estas circunstancias. No existe, por el contrario, un interés jurídicamente tutelable si el actor puede obtener el mismo resultado por otra vía con más facilidad o cuando la acción declarativa no es idónea para eliminar el conflicto en forma

definitiva. El interés jurídicamente tutelable es un elemento de procedencia de la acción que tiene la finalidad de distinguir entre relaciones jurídicas que son susceptibles de ser objeto de una acción declarativa, y las que no lo son, ya sea porque no precisan declaración o pueden obtener el resultado deseado más fácilmente por otra vía.

En autos se pretende la declaración de prescripción de un crédito, vale decir si se ha producido o no un hecho extintivo de una relación jurídica. Como se ha visto esto es materia específica de una acción declarativa: si una relación obligacional existe o se ha extinguido. En cuanto al interés, es obvio que el actor en este caso tiene un interés tutelable de determinar si debe o no a la Essap por los créditos relativos al servicio público de provisión de agua potable y de desagüe cloacal.

En primer lugar debemos mencionar que el actor en su escrito de expresión de agravios manifiesta que el plazo que debe regir para el cómputo de la prescripción es el de cuatro años -establecido para instrumentos endosables o al portador-, pues sostiene que la factura emitida por la ESSAP se rige por las disposiciones referentes a títulos de crédito del Código Civil. De principio ha de decirse que las facturas agregadas a estos autos y por las cuales se documenta la deuda de la actora en modo alguno constituyen títulos de crédito, ni son documentos endosables o al portador. Ni tan siquiera puede decirse que sean facturas conformadas. De modo que el plazo prescripcional de cuatro años que rige para este tipo de títulos no se aplica al caso.

Para determinar apropiadamente el plazo a ser aplicado para el cómputo de la prescripción se debe establecer primeramente la naturaleza jurídica de la obligación cuya prescripción se pretende y la de la relación entre las partes. Se ha de precisar, pues, la naturaleza de la relación jurídica de la Essap con los usuarios, así como de obligación nacida de dicha relación.

Ya hemos dicho en anteriores fallos que la deuda de servicios públicos proveídos por entidades estatales monopólicas no constituye un tributo. Los precios de servicios no son impuestos, tasas ni mucho menos contribuciones puesto que ellos implican la prestación efectiva de un servicio contractual y por consiguiente facultativo. Los impuestos no se vinculan para nada con ningún tipo de beneficio concreto y específico, pues son obligatorios *ex lege*; las tasas son retribuciones por servicios obligatorios. He ahí la diferencia.

En el caso de impuestos, tasas y contribuciones estamos frente a deudas de pago legalmente obligatorio, en las que se encuentra de por medio el interés

público en la percepción de las rentas del Estado y en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de sus habitantes, que nacen justamente del poder público y a las cuales se hallan ellos compelidos. Pero tratándose de servicios, cuya contratación es solamente facultativa, no nos hallamos ante una obligación nacida de la ley, sino de la voluntad de las partes que convienen en contratar el servicio de suministro.

Esta distinción no es ciertamente nuestra. Se ha dicho ya que “la *tasa* es la retribución que se paga por los servicios que son legalmente *obligatorios*, prestados por la Administración; por ejemplo, alumbrado, barrido y limpieza. En estos casos, la relación que une al *usuario* con quien presta el servicio, es *reglamentaria*”. Mientras tanto, “el *precio* es la retribución que por la prestación de un servicio de uso *facultativo*; por ejemplo, transporte, teléfono, percibe el prestador.” (Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”. 9ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001. Pág. 723).

En idéntico sentido Marienhoff expresa: “Tasa es la retribución correspondiente a los servicios públicos cuya utilización es legalmente *obligatoria* para el administrado. En cambio, precio es la retribución correspondiente a los servicios *uti singuli* de utilización *facultativa* para el usuario; por ejemplo: ferrocarriles, teléfonos, gas, energía eléctrica, etc. A su vez, el impuesto se satisface sin relación a servicio alguno” (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”. 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993. Tomo II, pág. 138).

Esto es categóricamente señalado por la doctrina administrativista: “El servicio público puede tener usuarios indeterminados, según que la utilidad que él reporte sea genérica, para la población en general, o puede tener usuarios *determinados*, que reciben una utilidad concreta o particular, porque se benefician individualmente con la prestación (...) El segundo caso comprende los servicios públicos *uti singuli* (vgr. teléfono, energía eléctrica, transporte, gas, agua corriente, etc.”. En estos servicios, obviamente, la prestación del servicio se realiza sobre base contractual (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”. 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993. Tomo II, pág. 54). Y, lógicamente, al ser contractual la prestación del servicio, su uso es meramente facultativo (Marienhoff, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”. 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993. Tomo II, pág. 171).

La jurisprudencia es idéntica: “En lo que hace al tema de la titularidad del servicio de gas, debe tenerse presente que se trata de una obligación personal.

En efecto, no existe motivo ni norma alguna que establezca que se trata de una de las llamadas obligaciones “*propter rem (...)*” (CNFedContAdm, Sala IV, 20/7/95, en: Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”. 9ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001. Pág. 723). Desde luego, establecido esto, es lógico que la obligación no se determina –en cuanto a su sujeto pasivo– por ser el poseedor o el propietario del inmueble servido con luz o agua, criterio básico de la obligación *rei cohaerens* (Messineo, Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. 1ª ed., EJEA, Buenos Aires, 1979. Tomo IV, pág. 43).

Se desprende, pues, claramente que la obligación del pago del servicio de agua no es tributo, no se le pueden aplicar los plazos prescripcionales vigentes para ese tipo de obligaciones.

Aquí debemos hacer una digresión, pues en las facturas pertinentes (fs.13/18 de autos), no negadas por la demandada, se advierte que el cobro se hace por “agua y servicios varios”. Se entiende que la provisión de agua potable comprende tanto una cosa material –el agua- como también un servicio conexo: la distribución de agua al usuario.

En cuanto a la deuda derivada del alcantarillado, la definición de su naturaleza es más compleja. En efecto, la Ley 06/92 ha establecido esta obligación a cargo de los propietarios de lotes urbanos por cuyo frente pase un colector de Alcantarillado Sanitario que administra el ente competente –anteriormente Corposana y actualmente Essap– conforme con el Art. 7 de la mentada ley el cual reza: “Declárase obligatoria, la construcción de las obras sanitarias interiores para evacuar las aguas residuales, así como su conexión con el colector público, en todo edificio de propiedad particular, municipal o del Estado, por cuyo frente pase un colector de Alcantarillado Sanitario, a partir de la fecha de la habilitación de dicho colector. Establécese un plazo máximo de 6 meses para la realización efectiva de la conexión cloacal”. La obligatoriedad de la toma de este servicio se ve corroborada por el articulado todo de la ley que comentamos y especialmente por el Art. 6: “Las Municipalidades exigirán, para la aprobación de los fraccionamientos o loteamientos destinados a urbanización, la aprobación por CORPOSANA de los respectivos proyectos de la red de Alcantarillado Sanitario y del Cálculo hidráulico correspondiente.”; y el Art. 33: “CORPOSANA podrá inspeccionar las instalaciones domiciliarias internas de las propiedades beneficiadas por el Sistema de Alcantarillado Sanitario, en interés de la salud y del eficiente funcionamiento del servicio público para verificar el cum-

plimiento de las normas legales y reglamentarias pertinentes. En caso de negativa del usuario a admitir la inspección, CORPOSANA podrá solicitar al Juez de la Jurisdicción, la orden judicial para proceder a la inspección requerida”. Teniendo en cuenta lo expuesto, es posible determinar que el pago que debe realizarse en concepto de alcantarillado constituye una tasa, pues, tal como lo expusiéramos al referirnos *supra* a los tributos, no constituye un servicio facultativo, pues se encuentra de por medio el interés público y el servicio en sí mismo no es optativo para el titular de inmuebles.

Así pues, se entiende que en cuanto a la provisión de agua, estamos frente a una prestación que puede calificarse como mercancía en la acepción amplia de este término dentro del derecho civil y comercial. El hecho de que la prestataria lo denomine servicio no puede ser susceptible de cambiar su naturaleza. En cuanto al alcantarillado, estamos frente a una tasa. La diferente naturaleza de estas prestaciones hace que el plazo prescripcional aplicable a su cumplimiento coactivo sea también diferente.

Las tasas, al ser tributos, está regidas por la prescripción lustral conforme con la Ley orgánica Municipal.

En cuanto a la provisión de agua, estamos frente a una prestación de servicio con provisión de un bien, el agua, que puede calificarse como mercancía en la acepción amplia de este término dentro del derecho civil y comercial. El hecho de que la prestataria lo denomine servicio no puede ser susceptible de cambiar su naturaleza. Así las cosas, debemos establecer si a esta deuda de precio de servicio qué norma de prescripción le rige. El art. 662 inc. b) del Cód. Civ. dispone que prescriben a los tres años las acciones para reclamar el precio de las mercaderías vendidas y el art. 663 inc. e) del mismo cuerpo legal estatuye que prescriben a los dos años las obligaciones de los comerciantes para reclamar el precio de las mercaderías a quienes no lo fueran. Con ello queda claro que el art. 662 se aplica para negocios jurídicos entre comerciantes y el art. 663 para negocios jurídicos entre un comerciante y un consumidor final.

Es evidente que la Essap, al constituirse en sociedad anónima es, por definición de la ley, un sujeto comerciante. Así lo dispone el art. 959 del Cód. Civ. Es también evidente que a la par que le rigen las normas del derecho civil y comercial, también se halla sometido a ciertas normas del derecho público, habida cuenta su naturaleza estatal. Ahora bien, la parte actora en este juicio es asimismo una sociedad anónima, luego se trata también de un sujeto comerciante.

Por lo tanto, al darse la relación obligacional entre comerciantes sobre un bien proveído, es el plazo de prescripción que rige al esta acreencia es el de tres años.

En ambos tipos de obligaciones –pago de precio y pago de tributo– aplicando el plazo de 3 años, porque ambas partes son comerciantes y 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible -según lo dispuesto en el art. 635 del Código Civil- se puede advertir que ambos se hallan prescritos. En virtud de todo lo expuesto se ve que la acción declarativa de prescripción de deuda es procedente. Corresponde, pues, revocar la sentencia apelada, y hacer lugar a la demanda declarativa de prescripción liberatoria entablada por C. M. S.A. contra la Essap.

Las costas deben ser impuestas en ambas instancias a la demandada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 203 inc. “b” del Cód. Proc. Civ.

Asus turnos los Dres. Martínez Prieto y Villalba Fernández, manifestaron que votaban en igual sentido.

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

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala,

RESUELVE:

DESESTIMAR el recurso de nulidad.

REVOCAR la resolución apelada y, en consecuencia, HACER LUGAR a la acción declarativa de prescripción liberatoria promovida por C.M. S.A. contra ESSAP respecto de las obligaciones de la firma C.M. S.A. conforme se expresa en el exordio de la presente resolución.

IMPONER las costas a la demandada en ambas instancias.

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

Magistrados: Ma. Mercedes Buongermini, Neri Villalba, Arnaldo Martinez Prieto.

Ante mí: Pablo Constantini, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 231

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Plazo.

El plazo de la caducidad comienza a computarse a partir de la fecha de concesión de los recursos interpuestos.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Plazo.

“Si la sentencia ha sido recurrida por algunas de las partes y no se han elevado los autos al superior, a este corresponde pronunciarse sobre la incidencia y el plazo se cuenta desde cuando se concedió el recurso, sin que obste la circunstancia de que ambas partes sean culpables de esa situación”.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Plazo.

“El acto que determina la apertura de la segunda instancia o de las instancias extraordinarias, es la resolución que concede el recurso.”

TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 24/05/12. “Instituto De Previsión Social (I.P.S.) c/ Transporte San José S.A. s/ acción ejecutiva” (A.I. N° 231).

VISTOS: Estos autos, y el informe del Actuario de fs. 301, y

CONSIDERANDO:

Que, de las constancias de autos y del informe del Actuario surge que por providencia de fecha 28 de septiembre de 2010 (fs. 293) se han concedido los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Fritz Werner Schubeius Del Puerto, representante convencional de la firma demandada TRANSPORTE SAN JOSÉ S.A., contra la S.D. N° 316 de fecha 04 de mayo de 2010 (fs. 282) dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, y que el expediente fue elevado a este Tribunal recién en fecha 30 de marzo de 2012, conforme consta en el cargo obrante a fs. 300 de autos.

Observa este Tribunal que, efectivamente, por el proveído de fecha 28 de septiembre de 2010 fueron concedidos dichos recursos, sin que el apelante inste el curso del procedimiento para que los autos principales sean remitidos al Tribunal, habiendo transcurrido con exceso el plazo previsto en el Art. 172 del CPC para que se opere la caducidad de instancia.

Que, es criterio de este Tribunal que el plazo de la caducidad comienza a computarse a partir de la fecha de concesión de los recursos interpuestos, al respecto podemos señalar lo expuesto por el jurisconsulto argentino HUGO

ALSINA en su libro “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil”, T. 4, 2ª edición, en los siguientes términos: *“Si la sentencia ha sido recurrida por algunas de las partes y no se han elevado los autos al superior, a este corresponde pronunciarse sobre la incidencia y el plazo se cuenta desde cuando se concedió el recurso, sin que obste la circunstancia de que ambas partes sean culpables de esa situación”*. Así mismo el procesalista LINO E. PALACIOS expresa que: *“El acto que determina la apertura de la segunda instancia o de las instancias extraordinarias, es la resolución que concede el recurso”*. (Der. Proc. Civ. Tomo IV, pag. 220/221).

En estas condiciones y conforme al Art. 174 del Código Procesal Civil que preceptúa: *“La caducidad se opera de derecho, por el transcurso del tiempo y la inactividad de las partes. No podrá cubrirse con diligencias o actos procesales con posterioridad al vencimiento del plazo, ni por acuerdo de las partes”*, corresponde dictar resolución declarando la caducidad de instancia de los recursos interpuestos por el Abog. Fritz Werner Schubeius Del Puerto, contra la S.D. N° 316 de fecha 04 de mayo de 2010.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;
RESUELVE:

DECLARAR OPERADA la caducidad de instancia de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Abog. Fritz Werner Schubeius Del Puerto, representante convencional de la firma demandada Transporte San José S.A., contra la S.D. N° 316 de fecha 04 de mayo de 2010, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANOTAR, registrar, notificar por cédula y remitir un ejemplar a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrados: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo Coronel, Basilio García.

ANTE MÍ: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 243

PRUEBA. Hechos nuevos.

El concepto de hecho nuevo mencionado por el Código de Forma trata de la incorporación al proceso de nuevos datos fácticos, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión. De allí que el hecho nuevo o hechos nuevos invocables en la Alzada, aparte de que deben relacionarse con la cuestión controvertida y ser conducentes, en ningún caso pueden importar la transformación de la pretensión, ni mucho menos la interposición de una pretensión nueva, pues ello significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad que es ajena a nuestra legislación.

PRUEBA. Hechos nuevos.

El hecho que se pretende probar para incorporar al proceso nuevos datos fácticos, no altera ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión y se relaciona con la cuestión controvertida, es conducente y no importa la transformación de la pretensión, ni una pretensión nueva, porque la prueba que se pretende producir fue ofrecida en la instancia inferior, se señala concretamente lo pretendido, explica la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas y es susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes y útil como factor de decisión.

PRUEBA. Prueba de ADN.

Corresponde hacer lugar al pedido de exhumación del cadáver del señor M.J.D.E.S. a los efectos de realizar la prueba biológica, pues los reparos opuestos por los padres del fallecido solo se fundaron en la convicción de no revestir la condición de padre biológico del mismo, sin que pueda inferirse la existencia de un impedimento válido, además la exhumación a fin de realizar una prueba biológica no menoscaba la memoria del difunto como sí sufriría el derecho a la identidad del hijo si por la frustración de dicha prueba no pudiera acceder a la verdad sobre su realidad filiatoria.

TApel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 28/05/12. “J.A.D.R.D. s/ Desconocimiento de filiación” (A.I. N° 243).

VISTO: El pedido de apertura de la causa a prueba solicitado por el abogado Blas Valentín Rivas Martínez, representante convencional de la señora S.N.R.D.; y

CONSIDERANDO:

El recurrente solicita al Tribunal la apertura de la causa a prueba, a los efectos de la realización de un nuevo estudio de ADN en otro laboratorio y con material biológico del fallecido, señor M.J.D.S., fundando su petición en que la prueba de ADN realizada en autos, fue hecha con muestra de los abuelos paternos y en el hecho de que ha tenido conocimiento que el Laboratorio DÍAZ GILL, no goza de buena reputación, pues en otro juicio, que menciona y solicita se traiga a la vista, se ha equivocado, admitiendo posteriormente el laboratorio su error.

De este pedido, el Tribunal por proveído de fecha 18 de marzo de 2.011, fs. 148 vlto., corrió traslado a la adversa por todo el término de ley.

Posteriormente, el representante convencional de la parte actora, abogado Miguel Angel Brítez Pereira, se presenta a fs. 150/153, a controvertir los argumentos expuestos por su contendiente, oponiéndose a la apertura de la causa a prueba en esta instancia, pues el apelante no alegó ningún hecho nuevo conducente al pleito, con lo que se establece claramente el incumplimiento legal para sustentar el pedido de apertura a prueba en esta instancia.

Asimismo de dicho pedido se corrió traslado a la Representante del Ministerio Público, quien por Dictamen N° 1.521 de fecha 24 de junio de 2011, de fs. 154, consideró pertinente se ordene la apertura de la causa a prueba, y en consecuencia se traiga a la vista el expediente solicitado a los efectos de verificar la existencia de hechos nuevos y se ordene la realización del ADN con material biológico del causante M.J.D.S. y a ese fin proceda a la exhumación del cadáver; a fin de garantizar el derecho a la identidad del niño J.A.D.R.D., derecho fundamental de todo ser humano.

Entrando al estudio de lo pretendido, cabe mencionar que el concepto de hecho nuevo mencionado por el Código de Forma trata de la incorporación al proceso de nuevos datos fácticos, sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión. De allí que el hecho nuevo o hechos nuevos invocables en la alzada, aparte de que deben relacionarse con la cuestión controvertida y ser conducentes, en ningún caso pueden importar la transformación de la pretensión, ni mucho menos la interposición de una pretensión nueva, pues ello significaría conferir a la segunda instancia el carácter de un nuevo juicio, modalidad que es ajena a nuestra legislación.

“Para que el hecho nuevo sea admitido en la alzada debe referirse a las pretensiones invocadas en los escritos constitutivos del proceso, debe ser debi-

damente concretado, explicitando la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas y además debe ser susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes, o ser útil como factor de decisión” (Lino Enrique Palacio, Adolfo Alvarado Velloso. CPCCN. T. 6°.E.1992, pp. 372/3. Apertura a prueba en segunda instancia).

En el caso en estudio, el hecho que se pretende probar para incorporar al proceso nuevos datos fácticos, no altera ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión y se relaciona con la cuestión controvertida, es conducente y no importa la transformación de la pretensión, ni una pretensión nueva, porque la prueba que se pretende producir fue ofrecida en la instancia inferior, se señala concretamente lo pretendido, explica la vinculación que guarda con las pretensiones alegadas y es susceptible de influir sobre el derecho invocado por las partes y útil como factor de decisión, criterio sustentado por la agente fiscal quien, por Dictamen N° 1.521 de fecha 24 de junio de 2011, consideró pertinente se ordene la apertura de la causa a prueba en esta instancia.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al pedido de exhumación del cadáver del señor M. J. D. S. a los efectos de realizar la prueba biológica, pues los reparos opuestos por los padres del fallecido solo se fundaron en la convicción de no revestir la condición de padre biológico del mismo, sin que pueda inferirse la existencia de un impedimento válido, además la exhumación a fin de realizar una prueba biológica no menoscaba la memoria del difunto como sí sufriría el derecho a la identidad del hijo si por la frustración de dicha prueba no pudiera acceder a la verdad sobre su realidad filiatoria.

“La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN), la cual arroja una probabilidad de paternidad mayor al 99,99%, constituye una prueba concluyente, sin que admita replica alguna (T. Apel. de la Niñez y Adolescencia, Ac. y Sent. N° 63, As/22/05/2006, La Ley Paraguay, pag. 731)”.

Conforme con las consideraciones que anteceden, corresponde hacer lugar al pedido de apertura de la causa a prueba solicitado por el abogado Blas Valentín Rivas Martínez, representante convencional de la señora Sandra Noemi Ruiz Díaz y establecer el plazo de veinte (20) días para la producción de las mismas.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala;
RESUELVE:
HACER LUGAR al pedido de apertura de la causa a prueba solicitado por

el abogado Blas Valentín Rivas Martínez, representante convencional de la señora S.N.R.D., por el plazo de veinte (20) días y en consecuencia:

ADMITIR la prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) ofrecida por el representante convencional de la señora S.N.R.D. y en consecuencia emplazar a las partes para que en el perentorio plazo de cinco (5) días, propongan el Laboratorio, para la realización de los análisis de ADN.

ORDENAR se traiga a la vista el expediente caratulado: “C.E.E. C. s/ filiación”, que radica ante el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de la ciudad de San Lorenzo, a cargo de la jueza Gloria Benítez, año 2008, librándose al efecto el correspondiente oficio.

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

MAGISTRADOS: Raúl Gómez Frutos, Eusebio Melgarejo, Basilio García
ANTE MÍ: Federico Miller Tellechea, Actuario Judicial.

* * *

AUTO INTERLOCUTORIO N° 404

EXCEPCIÓN DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

La presente excepción, opuesta como de previo y especial pronunciamiento contra la acción autónoma de nulidad ha sido entablada sólo por una firma, no así por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. Siendo así, este último no puede ser parte en la presente excepción ni como excepcionante ni como excepcionado.

PRESCRIPCIÓN. Prescripción de Acción. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

Los actos afectados por un vicio derivado de un error “in iudicando” no son nulas, solamente anulables y por lo tanto para prescripción de la acción de nulidad cae bajo la égida de lo prescripto por el Art. 663 inciso a) del CPC, y, por ende, prescribe a los dos años.

Tapel. Civ. y Com. Cuarta Sala. 01/08/12. “Lan Oil S.A. c/ Crescent Global Oil Paraguay S.A. y otros s/ Acción autónoma de nulidad” (A.I. N° 404).

VISTOS: Los Recursos de Apelación y Nulidad interpuestos a fs. 260 por el Abog. Oscar Paciello (h), en representación de Lan Oil S.A., contra el apartado segundo del A.I. N° 136 de fecha 6 de marzo del 2012, dictado por la jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo tercer Turno, que resolvió: “...II.- Hacer Lugar a la excepción de prescripción opuesta por el Abog. Theodore Stimson, en representación de Crescent Global Oil – Paraguay S.A. y, en consecuencia, Declarar prescripta la presente acción autónoma de nulidad.”, y;

CONSIDERANDO:

RECURSO DE NULIDAD: El Abog. Oscar Paciello (h) desistió expresamente de este recurso y al no existir vicios en la forma y solemnidad del interlocutorio recurrido, conforme con el art. 404 del Código Procesal Civil, ni procesales, conforme con el artículo 113 del mismo cuerpo legal citado, corresponde tenerlo por desistido.

RECURSO DE APELACIÓN: El abogado Oscar Paciello (h), en representación de Lan Oil S.A., se alza contra el apartado segundo de la resolución apelada, funda este recurso en el escrito de fs. 264/267. En lo sustancial, expresa que la A-quo, con errado criterio, ha aplicado como plazo para la prescripción de la presente acción autónoma de nulidad el establecido en el art. 663 inciso “a” del Código Civil, alegando que hubo error y aplicando un plazo de prescripción de 2 años, siendo que la normativa aplicable es el 658 inciso a) del mismo cuerpo legal. Ello es así –menciona el apelante– porque en la especie tenemos, no actos viciados por error, sino el nacimiento de derechos privados públicos sin que se hayan completado lo requisitos necesarios para que, en virtud de la Ley 779/95 de Hidrocarburos y sus reglamentaciones, puedan ser otorgados por el Estado Paraguayo, es decir, actos nulos de nulidad absoluta que no están sujetas a prescripción por el principio “*quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*”. Solicita, por tanto, que el interlocutorio apelado sea revocado, con costas.

El abogado Theodore Stimson, en representación de Crescent Global Oil Paraguay S.A., contesta el traslado corrídole por providencia de fecha 24 de mayo del 2012 (fs. 268/276), manifestando, entre otras cosas, que las consideraciones de la a-quo para calificar la hipótesis que describe la firma Lan Oil S.A. es correcta a los efectos de aplicar la norma de prescripción bienal establecida en el artículo 663 del Código Civil, ya que tal hipótesis argüida por la apelante es la del error no manifiesto en el acto de otorgamiento del permiso de prospec-

ción de hidrocarburos. Mencionó el citado abogado que en el escrito de demanda, entre fojas 10 y 11 de autos, se puede observar numerosas afirmaciones de Lan Oil S.A. que confirman que el análisis y conclusión de la a-quo es correcto. Dijo además, que la firma Lan Oil S.A. no ha probado que tuvo conocimiento de la acción contencioso-administrativa promovida por Crescent Global Oil Paraguay S.A. recién 15 días antes de promover la presente acción autónoma de nulidad, y que, por el contrario, existen pruebas, a través de medios periodísticos (diario ABC Color), con las cuales se puede sostener que Lan Oil S.A. ha tomado conocimiento de la demanda contenciosa administrativa en agosto del 2009. Solicita, por tanto, que el interlocutorio apelado sea confirmado, con costas.

Por su parte, en fecha 21 de junio del 2012, el Abog. José Domingo Durán Martínez, en representación del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC), se presentó ante este Tribunal (fs. 280/2819, a objeto de presentar escrito de contestación del traslado que le fuera corrido en virtud a la notificación de fecha 14 de junio del 2012, haciéndolo en los términos expuestos en el escrito precedentemente citado.

Corresponde a este Tribunal, previo estudio de las constancias de autos, establecer si el apartado segundo del auto apelado se halla o no ajustado a derecho.

Antes que nada, corresponde aclarar que toda excepción opuesta como de previo y especial pronunciamiento constituye una litis accesoria que se dirime única y exclusivamente entre la parte excepcionante y la parte excepcionada. La presente excepción, opuesta como de previo y especial pronunciamiento contra la acción autónoma de nulidad promovida por Lan Oil S.A., ha sido entablada sólo por la firma Crescent Global Oil Paraguay S.A., no así por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. Siendo así, este último no puede ser parte en la presente excepción ni como excepcionante ni como excepcionado. En efecto, las únicas partes en la presente excepción son: la firma Crescent Global Oil Paraguay S.A. (parte excepcionante) y la firma Lan Oil S.A. (parte excepcionada).

Por las razones expuestas, y siendo que el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) no es parte en la presente excepción de prescripción, este Tribunal no considerará los fundamentos esgrimidos en el escrito presentado en fecha 21 de junio del 2012 por el Abog. José Domingo Durán Martínez, en representación de dicho ministerio.

Aclarado el punto, corresponde abocarnos en el análisis de la excepción de prescripción (único apartado que fue objeto de recurso). Para ello, es fundamental determinar cuál es la normativa legal aplicable al caso. Según la parte apelante, es la contenida en el art. 668 inciso a) del Código Civil, en razón de que los actos impugnados a través de la presente acción autónoma de nulidad son actos nulos de nulidad absoluta que no están sujetos a prescripción. Según la parte apelada es la contenida en el artículo 663 inciso a) del Código Civil, por cuanto que la nulidad es solicitada por atribuir error tanto al MOPC en el dictado de las Resoluciones 354/07 y 453/08, como al Tribunal por no integrar la Litis con Lan Oil S.A. en el juicio contencioso administrativo promovido por Crescent Global Oil Paraguay S.A.

Ahora bien, antes de determinar la normativa aplicable, este Tribunal debe fijar el concepto de “error”. A ese respecto, se puede decir que el error es la falsa noción que tiene el agente de una cosa, es un concepto equivocado para llegar también a una conclusión falsa.

Pues bien, lo que el representante de la parte actora insinúa al momento de promover la acción autónoma de nulidad es que hubo una falsa noción tanto del MOPC en el dictado de las Resoluciones N°s 354/07 y 453/08, como en el Tribunal de Cuentas al no integrar la Litis con Lan Oil S.A. en la acción contencioso administrativa.

En efecto, y tal como lo ha afirmado la a-quo, el representante de la parte actora, al momento de promover la presente demanda, sostuvo lo siguiente: *“...La Empresa Crescent Global Oil Paraguay S.A. había recibido –ilegalmente– el permiso de Prospección o Reconocimiento Superficial de Hidrocarburos por Resolución MOPC 354 del 14 de mayo del 2007...”* (fs. 12).

Dijo también que a pesar de que el Dictamen Técnico elevado por el Director de Hidrocarburos del MOPC concluyó que el pedido de su conferente, Lan Oil S.A., es el que correspondía otorgar y adjudicar, el MOPC otorgó permiso a la Empresa Crescent Global Oil Paraguay S.A. por Resolución MOPC 453/08. (fs. 12).

Por otro lado, el Abog. Oscar Paciello (h) en su escrito de agravios ha expresado *“...Mi parte se agravia ante este error in iudicandum, puesto que al dar valor probatorio a una simple publicación periodística que no es más que una habladuría escrita y en el caso en particular de contenido falso...”* (sic).

Sobre este punto es importante mencionar que el citado profesional no ha impugnado ni redargüido de falso las pruebas documentales ofrecidas por el

excepcionante, en especial, las publicaciones periodísticas en donde se comprueba con meridiana claridad (ver fs. 137 y ss.) que los directivos de la firma Lan Oil SA, en fecha 20 de agosto de 1999 estaban en pleno conocimiento del supuesto vicio mencionado por su representante convencional. Como se dijo, estas instrumentales merecen plena fe en juicio, por no haber sido impugnadas en su oportunidad por la actora.

Al referirse a la acción contencioso-administrativa, dijo que *“El perjuicio es notorio, pues por actos administrativos nulos y una acción contencioso administrativo donde mi conferente LANOIL S.A. no ha sido parte, y en consecuencia ha estado indefensa, se la ha despojado de derechos que le corresponden por ley...”*.

Como se dijera más arriba, la parte actora (hoy apelante) ha atribuido a los agentes del MOPC y Tribunal de Cuentas una falsa noción al otorgar el permiso de Prospección o Reconocimiento Superficial de Hidrocarburos, y al renovar el permiso a la Empresa Crescent Global Oil Paraguay S.A., y además al no integrar la Litis con Lan Oil S.A. Y esa falsa noción de los agentes no puede sino ser calificada como lo que la doctrina entiende por “error en la voluntad del agente”. En estas circunstancias, estamos de acuerdo con la a-quo en que la norma prescripcional aplicable es la contenida en el art. 663 inciso a) del Código Civil, la cual hace alusión al error, y no en el art. 658 del mismo cuerpo legal, como equivocadamente arguye la parte apelante.

El artículo 663 inciso a) del CPC establece: “Prescriben por dos años las acciones para obtener la nulidad de los actos jurídicos por error, dolo, violencia o intimidación. El plazo se computará desde que cesó la fuerza o la intimidación, o fueron conocidos los demás vicios”.

Cabe señalar que los actos afectados por un vicio derivado de un error “in iudicando” no son nulas, solamente anulables y por lo tanto para prescripción de la acción de nulidad cae bajo la egida de lo prescripto por el Art. 663 inciso a) del CPC, y, por ende, prescribe a los dos años.

Corresponde entonces determinar el momento en que el actor tuvo conocimiento del vicio. Ello es necesario para establecer el momento en el cual debe empezar a correr el plazo de prescripción.

En dicho sentido, la jueza interviniente ha hecho un análisis pormenorizado desde cuándo el actor tuvo conocimiento del vicio. La misma, con buen criterio, analizó los documentos periodísticos del diario ABC Color obrante a fs. 137 de autos en el que, en su página 9, se observa con meridiana claridad que la

medida cautelar, dictada en el marco de la acción contencioso administrativa que fuera promovida por la Empresa Crescent Global Oil Paraguay S.A. ante el Tribunal de Cuentas, ha sido publicada en fecha 19 de agosto del 2009. La mencionada publicación dice: *“Crescent Global Oil Paraguay S.A. planteó ante el Poder Judicial un recurso de no innovar, en procura de mantener la protección petrolera en el bloque Alto Paraná, con la intención de extender sus derechos a exploraciones y explotación a dicho sector...”*.

Esta publicación periodística es la prueba palpable que la apelante ha tenido conocimiento de la promoción de la acción contencioso administrativa – el cual tiene como base los actos atacados por error del agente, y su substanciación conlleva los mismos– no 15 días antes de promover la presente acción autónoma de nulidad, como lo mencionara el apelante a lo largo del presente juicio, sino ya en la fecha de dicha publicación, o sea, el 19 de agosto del 2009. Por tanto, mínimamente el plazo de prescripción de 2 años debe computarse desde el 19 de agosto del 2009. Desde dicha fecha al 4 de noviembre del 2011, momento en el cual la firma Crescent Global Oil Paraguay S.A. fue notificada de la presente demanda, transcurrió un plazo de 2 años, 2 meses y 15 días, por lo que la acción autónoma de nulidad se encuentra prescripta.

En tales circunstancias, corresponde que este Tribunal confirme el apartado segundo del A.I. N° 136 de fecha 06 de marzo del 2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno.

En lo que se refiere a las costas, corresponde imponerlas en esta instancia a la parte apelante en virtud al art. 192 del CPC.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, cuarta sala, de la Capital;

RESUELVE:

TENER POR DESISTIDO del recurso de nulidad al Abog. Oscar Paciello (h), en representación de Lan Oil S.A.

CONFIRMAR, con costas, el apartado segundo del A.I. N° 136 de fecha 06 de marzo del 2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno, conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

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

Magistrados: Oscar Paiva Valdovinos, Eusebio Melgarejo, Linneo Ynfrán.

Ante mí: Federico Tellechea Miller, Actuario Judicial.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 147

ASISTENCIA ALIMENTICIA.

La ley dispone que debe ser impuesta la pensión alimentaria desde el inicio de la demanda. Una vez dictada la misma, su cumplimiento es de inmediato, y en caso de incumplimiento, trae aparejada consecuencia patrimonial y penal.

PRINCIPIO DE EQUIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ASISTENCIA ALIMENTICIA.

Este principio tampoco puede llegar a anular el precepto legal, porque la ley es base y garantía del orden social y en todos los casos debe ser respetada. “Dura lex sed Lex”. Lo único que cabría es utilizar los diferentes procedimiento de interpretación de la norma y sobreponer a su sentido literal la directriz finalista, pero siempre respetando el espíritu de la norma hasta alcanzar en lo posible un resultado de lo justo.

ASISTENCIA ALIMENTICIA. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD COMPARTIDA.

El monto establecido se ajusta al Principio de la responsabilidad compartida en el sostenimiento de los hijos en común (art. 53 de la CN y 70 del CN y A) ya que es evidente que la señora L.A.T. Q. puede costear sola las necesidades de su hija, caso contrario, no se explica porque razón dejó transcurrir casi cuatro años el juicio hasta dictarse sentencia definitiva.

TApel. N. y A. 19/09/12. “G. V. A. T. S/ ASISTENCIA ALIMENTICIA” (Ac. y Sent. N° 147).

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

CUESTIONES:

¿Se halla ajustada a derecho la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dres. Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL PREOPINANTE DR. SILVIO RODRÍGUEZ DIJO: El recurrente sostiene que la sentencia es nula porque adolece de vicios insanables que los tornan nula, teniendo en cuenta que fue dictada sin considerar la posición defensiva del demandado y solo ha tomado en cuenta la articulación expuesta por la parte actora y que, además, decidió otorgar más de lo solicitado, incurriendo en tal sentido en una sentencia suprapetita (fs. 177). Examinado los autos, puede constatarse que el señor M.R.A. compareció ante el Juzgado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 188 del CN y A, única oportunidad que le acuerda la Ley para ejercer todos sus derechos, ya que en los juicios de asistencia alimenticia el alimentante tiene una intervención restringida, desde esa óptica el Juzgado no ha violentado ningún derecho del recurrente. Tampoco considero que establecer una cantidad diferente al petitionado por las partes en concepto de asistencia alimenticia sea causal de nulidad, ya que el monto de la mesada queda al arbitrio judicial, que en esta materia siempre se ha conferido a los jueces y tribunales. En consecuencia, voto por el rechazo del recurso de nulidad interpuesto.

A SU TURNO, EL CONJUEZ ARNALDO SAMUEL AGUIRRE DIJO: La caducidad de la instancia en grado inferior se produjo fatalmente por el plazo transcurrido de conformidad al art. 173 del CPC. La última actuación del Juzgado fue el proveído del 08 de setiembre de 2009, fs. 123 vlto. El impulso procesal de la parte actora para la prosecución del juicio fue realizado recién el 15 de febrero de 2012, fs. 124/125, presentando el escrito en el que solicitó libramiento de oficios, comisionamiento de Asistente Social y actualización de la asistencia alimenticia provisoria fijada por el Juzgado, teniendo en cuenta el caudal económico actual del demandado. Atendiendo al cómputo, los seis meses han transcurrido en exceso.

ÁMBITO DE APLICACIÓN: De acuerdo a lo dispuesto por la primera parte del art. 172 del CPC, el ámbito de aplicación es para toda clase de juicios, o sea, la ley no hace ninguna distinción de la naturaleza de la Litis. Esta norma está intrínsecamente vinculada al art. 177 del mismo cuerpo legal, que estable-

ce cuanto sigue: “...*La caducidad se operará también contra el Estado, los establecimientos públicos, ‘los menores’ y cualquier otra persona que no tuviese la libre administración de sus bienes, sin perjuicio de la responsabilidad de sus administradores y representantes...*”. Esta forma de extinguirse un derecho procesal se opera de pleno derecho, en virtud del art. 174 de la citada ley, lo cual implica que queda definitivamente cerrada la instancia para la realización de cualquier acto procesal, como en este caso, la posterior sustanciación del proceso hasta el dictamiento de la S.D. N° 274 del 28 de mayo de 2012, fs. 171/172.

Analizando la caducidad, observo que se ajusta al principio de equidad que rige en materia de asistencia alimentaria, puesto que este principio hay que armonizar con las necesidades del niño y las posibilidades económicas del o de la alimentante. Si tenemos presente los recursos económicos de este último, llegamos a que, al dictarse la sentencia, la ley dispone que debe ser impuesta la pensión alimentaria desde el inicio de la demanda. Una vez dictada la misma, su cumplimiento es de inmediato, y en caso de incumplimiento, trae aparejada consecuencia patrimonial y penal. Las cuotas acumuladas pueden y de hecho son con frecuencia de cierta entidad económica, que al alimentante le resulta imposible su cumplimiento, ya que en caso de apelación, el recurso se concede sin efecto suspensivo. Coloca así al obligado a pasar los alimentos en una situación imposible de superar, por lo que se verá compelido a recurrir a préstamos usurarios que comprometan seriamente su patrimonio, que indirectamente perjudicaría al alimentista. Por otra parte, la regla del art. 173 del CPC no admite ninguna excepción, debiendo aplicar el juez, sin más trámite, o en todo caso, a petición de parte. Asimismo, en el CN y A, como es lógico, no se halla prevista la caducidad de la instancia, razón gravitante para aplicar el art. 836 del CPC y el art. 170 del CN y A (ambas normativas se remiten a la aplicación supletoria del Código Procesal Civil).

A tenor de lo expuesto, soy de parecer que la sentencia debe ser declarada nula, con expresa condenación de costas a la parte que accionó el juicio de asistencia alimentaria.

A su turno, la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, manifiesta que se adhiere al voto emitido por el Miembro Preopinante por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el preopinante Dr. Silvio Rodríguez dijo:

En la sentencia recurrida, el Juzgado resolvió textualmente cuanto sigue:
1) "Hacer lugar a la demanda promovida por la señora L.A.T.Q. contra el señor

R.M.A. por asistencia alimenticia a favor de la niña G.V.A.T., debiendo en consecuencia dejar sin efecto del monto asignado en el A.I. N° 329 de fecha 30 de diciembre de 2008 conforme a los fundamentos explicitados en el exordio de la presente resolución y en consecuencia fijar la suma de 18.10 jornales mínimos diarios equivalente en este momento a la suma de Gs. 1.000.000, que el demandado deberá pasar a su hija por mensualidades adelantadas desde la iniciación de la presente demanda, agosto 2008. Dicho monto irá incrementándose automática y proporcionalmente conforme a los aumentos salariales y deberá depositarse del 1 al 10 por mensualidades adelantadas en la cuenta corriente judicial habilitada en el Banco Nacional de Fomento. 2) Dejar sin efecto el A.I. N° 329 de fecha 30 de diciembre de 2008 conforme a los fundamentos explicitados en el exordio de la presente resolución” (fls. 16/17).

Contra esta sentencia se alza el señor M.R.A. y en lo medular de su expresión de agravios dijo que el informe de su salario es de fecha 7 de mayo de 2012 y hace apenas un mes que ha empezado a cobrar dicho salario, pero, sin embargo, la jueza le condena a pagar una suma sideral a contarse desde el inicio de la demanda, que es desde el mes de agosto de 2008 que, de hacer un cómputo hasta este mes de junio del año 2012, se llegaría a una suma realmente exorbitante que debe abonar cuando apenas está empezando un ingreso superior, situación totalmente distinta a la que fuera en el mes de agosto de 2008, de modo que el pago de la suma establecida indebidamente por la inferior desde el comienzo de la demanda resulta totalmente injusto, por no ajustarse a la capacidad económica del alimentante durante aquel tiempo. Que la actora, con una astucia increíble, dejó de mover el expediente por casi tres años, cuando su salario era reducido y apenas se enteró que ha conseguido un trabajo estable con buen ingreso, rápidamente volvió a mover el expediente, recayendo esta sentencia injusta. La jueza no tuvo en cuenta que tiene otras dos hijas a quien asistir económicamente y que de su salario aporta lo concerniente al seguro social y jubilación al IPS, siendo descontada la suma de Gs. 966.256, percibiendo en realidad como ingreso Gs. 5.176.564. Finalmente, peticionó la reducción de la cuota alimentaria a la suma de Gs. 400.000, que es también el monto que le está pasando a sus otras hijas (fls. 176/178).

Corrido el traslado de rigor a la señora L.T.Q., ésta no la contestó, por lo que se le dio por decaído el derecho que ha dejado de ejercer conforme al A.I. N° 317 de fecha 28 de agosto de 2012, dictado por este Tribunal (fls. 211).

La señora L.T.Q., representada por la Defensora de Pobres y Ausentes del Séptima Turno, Abog. Mariana Vázquez Sánchez, se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno en fecha 14 de agosto de 2008, a solicitar asistencia alimenticia para la niña G.V.A.T., quien actualmente tiene 9 años de edad (fl. 1). En el escrito de referencia la progenitora petitionó la suma de Gs. 700.000 para cubrir los gastos que engloban la asistencia alimenticia en su acepción amplia (fls. 3/4).

Notificado al señor M.R.A. de la audiencia prevista en el artículo 188 del CN y A (fl. 6), éste se presentó ante el Juzgado y dijo que tiene otras dos hijas a quien asistir económicamente, S.A. y D.A. (13 y 10 años actualmente, fls. 21/22), que a favor de las mimas había realizado un juicio de ofrecimiento de alimentos y está aportando la suma de Gs. 300.000, más el seguro médico en el Sanatorio San Roque. Siguió diciendo que trabaja en la firma Dream S.R.L., su salario es el mínimo legal y está estudiando la carrera de Informática (fls. 50).

Para justificar los extremos alegados el alimentante presentó como instrumentales boletas de depósitos del Banco Nacional de Fomento sobre el ofrecimiento de alimentos de sus hijas S.Y.D.A., certificados de nacimiento, recibos de pago, facturas de pago de cuota del Colegio Experimental Paraguay Brasil de la niña G.V.A.T., liquidación de salario y certificado de trabajo expedido por la Firma Dreams. S.R.L. en fecha 9 de diciembre de 2008 en el que consta que el señor M.R.A. percibía como ingreso la suma de Gs. 1.341.775 (fls 7/49). Posteriormente, el Juzgado dictó el A.I. N° 329 de fecha 30 de diciembre de 2008, por el que hizo lugar a la medida cautelar de alimentos provisorios, estableciendo 3.3 jornales mínimos equivalente en esa época a la suma de Gs. 150.000, más el pago del seguro médico Asimed San Roque (fl. 55).

Es de notar que desde la providencia de fecha 8 de setiembre de 2009 (fl. 123 vlto.), recién en fecha 15 de febrero de 2012 nuevamente la parte actora se presentó ante el Juzgado a solicitar diligencias con el objeto de actualizar datos sobre el caudal económico del demandado (fl. 124). Es decir, que el expediente estuvo paralizado por más de 2 años y cinco meses, hasta que la firma Electrobán, en fecha 3 de mayo de 2012, informó que el señor R.M.A. es empleado de la firma, percibiendo en concepto de salario mensual la suma de Gs. 6.043.956 (fl. 134), ingreso que tuvo en cuenta el Juzgado para establecer en la S.D. N° 274 de fecha 28 de mayo de 2012, la cantidad de 18.10 jornales, equivalente a la suma de Gs. 1.000.000 en concepto de asistencia alimenticia para la niña G.V.A.T., por mensualidades adelantadas y desde el inicio del presente juicio (agosto/2008).

En rigor de verdad, lo que correspondía es que el Juzgado, habiendo transcurrido un plazo prudencial sin que la parte actora impulse el procedimiento, dicte la sentencia confirmando el monto de la mesada fijado en concepto de asistencia alimenticia provisoria, de suerte que a través de un juicio de aumento de la pensión alimenticia la actora pueda eventualmente rever su situación, porque tampoco se puede imponer al alimentante abonar la suma mensual de Gs. 1.000.000 como retroactivo, ya que no se ajustaba a sus reales posibilidades económicas de aquella época, pues sus ingresos, como quedó demostrado con las instrumentales presentadas en aquel entonces, era solo de Gs. 1.341.775. Pero tampoco considero justo el monto ofrecido por el señor R.M.A. como asistencia alimenticia provisoria, ya que actualmente 3.3 jornales mínimos, que equivalen a la suma de Gs. 200.000, no cubren ni siquiera el rubro mensual de alimentación de una niña de 9 años como la de G.V.

Entonces, ¿cuál sería la solución a esta problemática? Si el artículo 189 del CN y A dispone que la cantidad fijada en concepto de pensión alimentaria será abonada por mes adelantado desde la iniciación de la demanda y, por su parte, el artículo 180 del mismo cuerpo legal establece que los recursos interpuestos serán concedidos al solo efecto devolutivo. Quiere decir que, indefectiblemente, el monto establecido en Primera Instancia debe cumplirse hasta tanto se modifique, se revoque o se confirme por el Tribunal de Alzada la sentencia puesta a su consideración. Entonces, ¿no cabría aplicar al caso concreto de autos el Principio de Equidad? A mi criterio este principio tampoco puede llegar a anular el precepto legal, porque la ley es base y garantía del orden social y en todos los casos debe ser respetada. “Dura lex sed Lex”. Lo único que cabría es utilizar los diferentes procedimientos de interpretación de la norma y sobreponer a su sentido literal la directriz finalista, pero siempre respetando el espíritu de la norma hasta alcanzar en lo posible un resultado de lo justo.

En ese sentido, atendiendo a las manifestaciones que anteceden, concluyo que descontado del salario del alimentante lo concerniente al aporte obrero patronal le queda como ingreso al alimentante el remanente de Gs. 5.077.700, importe que servirá de base para determinar el monto de la mesada sin perder de vista que el señor M.A. tiene otras dos hijas más (S. y D.A.) a quien asistir económicamente, soy de parecer que la mesada establecida en Primera Instancia debe reducirse a 9.2 jornales equivalente en este momento a la suma de Gs. 508.520, importe que deberá abonar el progenitor a favor de su hija G.V. desde

el mes de la presente resolución y hasta tanto se determine sobre la identidad biológica de la niña, ya que según el señor M.A. la menor en cuestión, según el resultado de ADN practicado extrajudicialmente, no sería hija suya.

Por lo demás, considero que el monto establecido se ajusta al Principio de la responsabilidad compartida en el sostenimiento de los hijos en común (art. 53 de la CN y 70 del CN y A), ya que es evidente que la señora L.A.T.Q. puede costear sola las necesidades de su hija, caso contrario, no se explica por qué razón dejó transcurrir casi cuatro años el juicio hasta dictarse sentencia definitiva. Finalmente las costas de esta Instancia corresponde imponerlas en el orden causado, ya que a la progenitora se le dio por decaído el derecho que ha dejado de ejercer conforme al A.I. N° 317 de fecha 28 de agosto de 2012, dictado por este Tribunal (fls. 211). Es mi voto.

A su turno, la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifiesta que se adhiere al voto emitido por el Dr. Silvio Rodríguez por sus mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al recurso de nulidad.

MODIFICAR la sentencia recurrida en el sentido de fijar como monto de la mesada en concepto de asistencia alimenticia 9.2 jornales equivalente en este momento a la suma de Gs. 508.520, importe que deberá abonar el señor R.M.A. a favor de su hija G.V.A.T. desde el mes de la presente resolución.

IMPONER las costas de esta Instancia en el orden causado.

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

Magistrados: Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Clara Estigarribia Mallada.

Ante mí: Claudia Patricia Vera, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDO Y SENTENCIA N° 189

JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Naturaleza. Finalidad. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

En cinco años de contienda judicial mucho se ha dicho y hecho, pero la cuestión de fondo sigue intacta: la necesidad, el derecho y la obligación del niño M.E.J.F. a relacionarse con sus padres de manera armónica, a fin de garantizar su crecimiento integral, que es el fin que se propone precisamente en esta Jurisdicción.

JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Naturaleza. Finalidad. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

El niño M.E.J.F. manifestó con gran seguridad su deseo de seguir viviendo con su papá y también su deseo de relacionarse con su mamá, pero en casa de su padre. Es de notar que esto se puede deber a la inseguridad y tensión que le provoca la idea de que su actual situación y sistema de vida pueda cambiar nuevamente, lo que infunde en él una necesidad de defenderse, ya que ello representaría modificar lo único cierto que conoce.

JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Naturaleza. Finalidad. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Tengo que reconocer que la tarea como padre del señor J.J. es incompleta, ya que un niño necesita para su crecimiento normal de un relacionamiento que involucre a ambos padres, independientemente a las manifestaciones del niño quien muchas veces no sabe lo que realmente le conviene.

JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Naturaleza. Finalidad. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

El relacionamiento establecido por este Tribunal es provisorio y no impide a los progenitores solicitar algún otro tipo de relacionamiento con su hijo M.E.J.F., más aún que se aproximan las fiestas de Fin de Año, exhortando a los padres al fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta sentencia y, en caso de incumplimiento por cualquiera de las partes, el Juzgado podrá aplicar directamente lo dispuesto en el artículo 96 del CN y A.

TApel. N. y A. 04/12/12. “M. E. J. F. S/Régimen de Convivencia” (Ac.y Sent. N° 189).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida?

Caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Clara Estigarribia Mallada.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL PREOPINANTE DR. SILVIO RODRÍGUEZ DIJO: El abogado César Andrés Muller J., en representación del señor J.M.J., parte actora en estos autos, no ha fundado suficientemente el recurso interpuesto y, por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del CPC y no observándose vicios que ameriten un pronunciamiento oficioso del Tribunal sobre esta cuestión, corresponde declarar desierto el recurso de nulidad.

A su turno, las Dras. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Clara Estigarribia Mallada manifestaron que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL PREOPINANTE DR. SILVIO RODRÍGUEZ DIJO: En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió: “1) *No hacer lugar, con costas, al régimen de convivencia solicitado por el señor J.M.J. con relación al niño M.E.J.F. conforme a las condiciones y alcance transcritos en el exordio de la presente resolución y, en consecuencia, otorgar la convivencia del mismo a la Sra. N.E.F.S.*” (fl.213/217 vlt.).

Contra la sentencia de referencia, se alza el profesional César Andrés Muller J., manifestando en lo medular de su argumentación que la “A-quo no ha realizado una correcta y adecuada valoración de las probanzas obrantes en autos y ha resuelto, teniendo como principal argumento cuestiones totalmente secundarias y ajenas al objeto real del presente juicio. La jueza no ha tenido en cuenta el informe de la Lic. Graciela Zelada, que dice que el niño presenta signos y síntomas psicológicos de abuso sexual y que sugería en la brevedad posible el cambio de ambiente. A fojas 9/10 de autos también se observa el informe de la Lic. Norma Espínola, que refiere en su informe que, de acuerdo a los resultados obtenidos, M. necesita elaborar los conflictos de abuso y maltrato del cual fue partícipe directo, puesto que tiene un estado borderline en su personalidad. El rechazo que siente hacia su madre debe ser elaborado en terapia, no presionando el relacionamiento con ella. Los informes antes mencionados demuestran

fehacientemente e indubitable que el niño estaba siendo víctima de algún tipo de abuso en el hogar materno, residencia familiar en el cual se encuentra un integrante de la familia a quien lo denunciara directamente el niño. Respecto al supuesto incumplimiento del régimen de relacionamiento provisorio, tengo que manifestar que la medida cautelar fue dispuesta en fecha 29 de marzo de 2010 y recién en fecha 25 de junio se presentó por primera vez la progenitora en el domicilio para retirar al niño, luego de 12 fines de semana de no hacerlo, entonces, lógicamente, a la progenitora ya no se le esperaba. Siguió diciendo, que la progenitora en su absolución de posiciones respondió que no lleva alimentos a su hijo, que no le ha llevado regalos de cumpleaños, Navidad ni Reyes, que no ha realizado ninguna acción cuando su hijo le manifestó lo que hacía su tío y otras cosas más. En autos también se ha presentado en varias ocasiones las calificaciones de M. en el Colegio Privado M. en donde se observa que el niño ha tenido término medio general 5, siendo felicitado por su maestra, sin ninguna observación disciplinaria, todo esto es consecuencia del soporte y contención emocional que le otorga su padre u el ambiente en el cual se desenvuelve, el cual propicia un desarrollo integral y que se exterioriza por estos medios. Finalmente, dijo que la parte demandada no ha diligenciado una sola prueba para demostrar su idoneidad para hacerse cargo del niño, por lo que mi mandante, en nombre de M., solicita se revoque la sentencia apelada y, en consecuencia, otorgue la convivencia a su progenitor, el Sr. J.J., quien se ha hecho cargo de M. desde el 2008, y le ha ayudado a superar la experiencia traumática que le cupo vivir”... (fl. 229/238).

Por su parte, la señora N.E.F.S., bajo patrocinio profesional del Abog. Eduardo Bernal Amarilla, petitionó se declare desierto el recurso de apelación, en consecuencia, se confirme la sentencia de Primera Instancia y dispongan el modo de ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la personalidad del padre” (fl. 258/260)..

ANTECEDENTES DEL CASO:

1) JUICIO: “N.E.F.S. c/ J.M.J. s/ VIOLENCIA DOMÉSTICA”. Esta denuncia fue iniciado por la señora N.E.F.S. el 17 de mayo de 2004 ante el Juzgado de Paz de Mariano Roque Alonso y, por providencia de fecha 19 de mayo de 2004 se autorizó a la señora N.E.F.S. a retirarse de la vivienda conyugal y el retiro de sus efectos personales y los muebles de uso indispensable para los hijos. Asimismo, se prohibió al señor J.M.J. a acercarse a la nueva vivienda de la recurrente en

un radio de 500 metros (fl. 6). Posteriormente, en fecha 28 de mayo de 2004, las partes arribaron a un acuerdo que consistía entre otras cosas en los siguiente: “El señor J.M.J. podrá visitar libremente a su hijo M.E.J.F. dos veces a la semana, los días lunes y viernes de 17:00 a 19:00 horas. Asimismo, el señor J.M.J. se comprometió a abonar en concepto de asistencia alimenticia la suma de Gs. 250.000 en forma mensual para su hijo (fl. 11). Este acuerdo fue homologado por A.I. N° 614 de fecha 28 de mayo de 2004 dictado por el Juzgado de Paz de Mariano Roque Alonso (fl. 16).

2) JUICIO: “M.E.J.F. s/ RESTITUCIÓN”: Este juicio fue iniciado por la señora N.E.F.S. en fecha 15 de noviembre de 2006, en el que recayó la S.D. N° 589 de fecha 4 de diciembre de 2006 por el que se hizo lugar a la restitución interpuesta por la señora N.E.F.S. con relación a su hijo, el niño M.E.J.F. En consecuencia, se ordenó la entrega del niño a su madre la señora N.E.F.S. (fls. 33/35).

3) JUICIO: “M.E.J.F. s/ HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO”: En fecha 21 de diciembre de 2006, el señor J.M.J. se presentó ante en el Juzgado a solicitar la homologación de acuerdo al que había arribado con la señora N.E.F. respecto al régimen de relacionamiento y asistencia alimenticia del niño M.E.J.F., recayendo la S.D. N°669 de fecha 28 de diciembre de 2006, por el que se estableció que el señor J.M.J. retirará de la casa de su cónyuge, la señora N.E.F.S., a su hijo menor M.E.J.F. los días sábados en horas de la tarde y lo retornará los días domingos en horas de la tarde. En cuanto a la asistencia alimenticia, se acordó que el señor J.M.J. pasará a favor de su hijo 7.5 jornales mínimos legales, que asciende a la suma de Gs. 305.000 (fl. 6/7).

4) JUICIO: “M.E.J. s/ MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN”. La asistente fiscal Sonia Raquel Domínguez, asistente fiscal de la Unidad Fiscal Penal N° 1 de Villa Hayes, informó que esa Unidad ha tomado intervención e iniciado investigaciones de los siguientes Hechos Punibles: 1) “MALTRATO Y ABUSO SEXUAL EN NIÑOS: Denunciado por el señor J.M.J., padre del menor, siendo víctima el niño M.E.J. El progenitor refirió que el hecho se registró en el domicilio del denunciante en fecha 1 de noviembre de 2006 por el tío materno del menor. La denuncia y declaración del progenitor refiere que el menor le manifestó que en la fecha indicada y otras ocasiones el tío L.F. acostumbra a manosearlo y meterle el dedo en el ano, motivo por el cual el padre alegó que su hijo no quiere retornar a la casa materna y desea quedarse con el padre. 2) INCUM-

PLIMIENTO DE RESOLUCIÓN JUDICIAL Y SECUESTRO: Denunció la señora N.E.F.S. que el padre retiró de su domicilio sito en el barrio San Miguel de San Lorenzo al menor M.E.J., de 3 años de edad, el día sábado 4 de noviembre, sin entregarlo hasta el día de la fecha, alegando que el menor debe realizarse estudios médicos, por lo que solicitó intervención para que su hijo le sea restituido. De acuerdo al informe psicológico victimológico de fecha 31 de enero de 2007, realizado en el Centro de Atención a Víctimas del Delito del Ministerio Público realizado al niño M.E.J. se concluyó: *“De acuerdo con lo planteado anteriormente, no se observan indicadores de daños emocionales específicos y compatibles que permitan validar un diagnóstico de victimización sexual. Se recomienda que ambos progenitores reciban orientación psicológica, teniendo en cuenta las características disfuncionales del relacionamiento vincular familiar; que se detectan en las entrevistas a fin de que, fundamentalmente, puedan ejercer más eficazmente su rol parental protector; en el marco de un relacionamiento saludable que asegure el desarrollo integral del niño, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías”* (fl. 55/56).

5) JUICIO: “M.E.J.F. s/ MEDIDA CAUTELAR”. Iniciado por el señor J.J. en fecha cinco de mayo de 2008, por el que solicitó como medida de urgencia la entrega del niño M.J.F. al mismo mientras se dilucide la parte penal (fl. 5/6). El Juzgado por S.D. N° 199 de fecha 9 de mayo de 2008 resolvió disponer como medida eminentemente cautelar, sin que ello signifique prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión planteada en autos, que el infante M.E.J.F. quede bajo el cuidado de su progenitor el señor J.M.J. en el domicilio del mismo hasta nueva disposición del Juzgado (fls. 8/9). La denuncia presentada por el progenitor fue acompañada por el informe expedido por la psicóloga Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez que concluyó: *“De acuerdo al estudio realizado, M.E. presenta signos y síntomas psicológicas de abuso sexual. Se recomienda tratamiento psicológico al niño y orientación psicológica a sus padres y cambio de ambiente”* (fl. 2/3).

Dentro de este mismo juicio se dictó el A.I. N° 271 de fecha 28 de octubre de 2008 por el que se resolvió hacer lugar a la medida cautelar de régimen de relacionamiento materno filial entre la señora N.E.F.S. y M.E.J.F. en la siguiente modalidad. La progenitora señora N.E.F.S. podrá compartir con su hijo *en el domicilio paterno los días sábados a partir de las 09:00 de la mañana hasta las 19:00 horas del mismo día, los tres primeros encuentros posteriormente el régi-*

men de relacionamiento será desarrollado fuera del domicilio paterno, pero con acompañamiento de la Trabajadora Social (fl. 84/85).

La trabajadora social forense Mirtha Gómez Verlangieri se constituyó en el domicilio de la señora E.F.S., quien informó que el hogar visitado reúne buenas condiciones de habitabilidad en un ambiente sencillo, evidenciándose orden e higiene en el lugar. *Corresponde a una familia bien constituida y organizada con buen relacionamiento entre sus miembros, la señora E. cuenta con el apoyo de su padre para el cuidado de su hijo, la familia se encuentra muy acongojada al no poder relacionarse con M., especialmente la madre del niño, quien se muestra muy afligida por dicha situación. En el vecindario hay buenas referencias con respecto a la familia visitada” (fl. 88).*

El niño M.E. compareció ante el Juzgado en fecha 23 de diciembre de 2008 y manifestó textualmente cuanto sigue: *“Que actualmente se encuentra viviendo con su padre desde hace unos meses y que le trata bien, jugamos a la pelota, tenis, me compra ropa y en casa de mi padre estoy bien, también me lleva en el Colegio, anteriormente vivía con mi mamá E., sus abuelos tata y G. y su tío C., refiere que no quiere regresar al domicilio materno porque ahí todos le castigaban siempre con cinto y con la mano fuerte por todas partes y me estiraba del pelo mi mamá y C. y este acostumbraba a tocarle la cola diciéndole groserías y exhibiéndole el dedo del medio como a su vez le inducía a ver programas televisivos de desnudos, a lo cual él se negaba, no le gustaba, como así también le hacía ver películas de terror para causarle miedo; sigue agregando que no quiere ver a ningún miembro de su familia materna que es por el hecho de que lo castigan siempre y no quiere ver a su madre por temor a que lo lleve nuevamente al domicilio materno, dijo también que en una oportunidad le había mencionado que su madre había matado a su hermanito que estaba aún sin nacer” (fl. 102).*

La Lic. Marta Núñez de Benítez, psicóloga de la Oficina de Atención al Maltrato Infantil realizó el estudio psicológico al niño M.E.J.F., quien concluyó cuanto sigue: *“Indudablemente el niño se encuentra ligado al padre afectivamente, pero con una gran necesidad de estar cerca de su madre inconscientemente. Necesita del afecto, cariño y protección materna. Recuerda la imagen materna permanentemente, aunque refiere verbalmente que no desea ver a su madre debido a la influencia del ambiente. En el niño hay una dualidad o ambivalencia en sus afectos y en la imagen materna. Necesita de ella y la busca pero ‘ella es fea, mala y la que me maltrata’. Esa ambivalencia entre lo que siente y el*

mensaje del ambiente puede crear en el niño desórdenes psicológicos serios en el futuro mediato, más aún tratándose de la madre, cuyos afectos son insustituibles e irremplazables. El niño necesita vincularse con su madre y elabora la separación de papá y mamá, a quienes aún busca unirlos respetando a la madre en toda la dimensión e importancia para el niño. No hay signos de maltrato de parte de la madre, aunque sí pudo haber abuso por parte del tío C.. Recomendamos que el niño se vincule con la madre paulatinamente, aunque el padre sea responsable de la convivencia, por lo cual sugerimos el estudio psicológico del mismo” (fl. 105).

También se realizó el estudio psicológico al joven L.E. (tío paterno del niño) en el que se concluyó que *“se siente muy a gusto dentro del núcleo familiar compartiendo la preocupación actual de su hermana, que sufre el alejamiento de su hijo. Él también es una víctima de acusaciones que pueden ser inciertas y calumniosas. No se observan en él signos de distorsiones psicológicas y perturbaciones sexuales que predispongan a un abuso. El ambiente familiar es sano y constituye un buen continente afectivo para él, por lo tanto una acusación falsa puede ocasionar un serio daño psíquico a un adolescente sin defensa e inmadurez propia de la edad. Se sugiere restablecer el vínculo del niño M. con la familia materna con acompañamiento psicológico para hacerlo con preparación y de manera paulatina, pensando en la actitud y el daño a nivel del pensamiento del niño, quien se encuentra con prejuicios negativos hacia la familia materna. Las víctimas más dañadas son el niño M. y L.E. y nuestro deber es velar y respetar el interés superior del niño” (fl. 123).*

En el estudio psicológico realizado al señor J.J. *“se dijo que la personalidad del señor J.J. se caracteriza por marcada inmadurez y apariencia pasiva que encubre fuertes impulsos agresivos y destructivos. Llama la atención los reiterados signos de destructividad y hostilidad en su personalidad, por lo que se hace necesario e indispensable tratamiento psicológico, por ser responsable en este momento de la convivencia de su hijo. Considerando que estas perturbaciones son proyectadas en la relación con el hijo y direccionados hacia la madre y familia de este. Debe elaborar figura femenina en sus diferentes roles, madre, pareja, ya que la familia que él ofrece al hijo es parcial y no corresponde a la realidad y necesidades emocionales que al niño le toca vivir” (fl. 124).*

Finalmente en este juicio se dictó la S.D. N° 406 de fecha 7 de agosto de 2009, que dice: *“1) Confirmar la medida cautelar dispuesta conforme a la S.D.*

Nº 199 de fecha 9 de mayo de 2008 recaída en autos, en su apartado segundo y tercero de la parte dispositiva, de conformidad a los fundamentos explicitados en el exordio de la presente resolución; 2) Mantener vigente el Régimen de Relacionamento materno-filial en los términos del A.I. Nº 271 de fecha 28 de octubre del 2008; 3) Disponer que el grupo familiar materno y paterno del infante M.E. ingrese al Programa P., cuyos responsables deberán realizar el seguimiento de dicha medida, por el plazo de seis meses, librándose para el efecto el correspondiente oficio". Esta sentencia fue recurrida y en esta Instancia se resolvió, por Acuerdo y Sentencia Nº 251 de fecha 25 de noviembre del 2009, declarar nula la S.D.Nº 406 de fecha 7 de agosto de 2009, dictada por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno, y de todas las actuaciones que las precedieron.

6. "M.E.J.F. s/ RÉGIMEN DE CONVIVENCIA". El presente juicio de convivencia se inició en el mes de julio del año 2009 (fl. 4/5/23). La acción fue promovida por el señor J.M.J., en relación a su niño M.E.J.F., cuando éste tenía 4 años de edad, a raíz de una medida cautelar dispuesta por la S.D. Nº 199 del 9 de mayo de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del 6º Turno (fl.6/8). Desde el mes de mayo del año 2008, a la fecha, el niño M.E.J.F., actualmente con 9 años de edad vive con su padre el señor J.M.J.

Durante la tramitación del juicio recayó también el A.I. Nº 137 de fecha 29 de marzo de 2.010, en el que se resolvió: "1) No hacer lugar, a la medida cautelar de protección de régimen de convivencia provisoria solicitada por la parte demandada Sra. N.E.F.S., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 2) Hacer lugar a la medida cautelar de protección de régimen de relacionamiento provisorio, interin se sustancie el presente juicio, establecido un régimen de relacionamiento materno filial con relación al niño M.E.J.F., conforme a las condiciones y alcances transcriptos en el exordio de la presente resolución. 3) Disponer el comisionamiento de la Trabajadora Social Lic. Martha Gómez, a los efectos del acompañamiento y supervisión de los tres primeros fines de semana del régimen de relacionamiento fijado por este Juzgado, debiendo presentar un informe al Juzgado" (fls. 127/129).

En fecha 28 de junio del 2010 compareció ante el Juzgado el niño M.E.J.F., quien expresó cuanto sigue: "Tiene 6 años de edad y cumple 7 el 30 de septiembre, fecha de su cumpleaños. Va al segundo grado de la escuela M., su maestra se

llama R. Agrega que se va y viene de la escuela en transporte escolar. Vive con su papá y sus abuelos paternos. Relata que hace mucho que no ve a su mamá, 'pero que le extraña', ella 'es mentirosa' porque le dice que le va a venir a visitar y él se prepara, pero no viene. Recuerda que anteriormente vivía con su abuela N., pero que tampoco le extraña 'porque ella era mala' ” (fl. 147).

Posteriormente en fecha 16 de septiembre de 2010 compareció ante el Juzgado la señora N.F.S., quien dijo: *“Que desde hace 9 meses que no ve a su hijo M.E., ya que el padre no le permite tener ningún contacto con su hijo. Relata que nunca se dio cumplimiento al Régimen de Relacionamento provisorio dictado por este Juzgado en fecha 9 de marzo de 2010. Agrega que se ha presentado en todas las oportunidades a retirar a su hijo e intentar verlo, sin que hasta esta fecha haya logrado que el padre de su hijo cumpla la resolución judicial dictada. En dos ocasiones fue acompañada por la Trabajadora Social, Lic. Martha Gómez, quien constató que no se dio cumplimiento a la resolución judicial. Cuando la compareciente se presenta sola, ni siquiera la atienden ni le abren la puerta. Tampoco puede contactar telefónicamente con su hijo, ya que no le pasan la llamada. Agrega la compareciente que lo único que desea es volver a tener contacto urgentemente con su hijo, ya que el niño está traumatizado por la situación en la que se encuentra viviendo, ya que le dicen que es ella la que no viene a retirar al niño...”* (fl. 172).

CONCLUSIONES:

En el caso de autos, penosamente surge con absoluta claridad que las diferencias y rencillas entre los progenitores han influido en el régimen de convivencia y relacionamiento con respecto a su hijo, prueba de ello lo constituyen los diferentes juicios, cuyas partes principales han sido descriptas con anterioridad. Efectivamente, más allá de los estadios y recursos jurídicos que la ley les otorga para el ejercicio de sus derechos, he notado personalmente la ausencia de disposición para deponer intereses propios en beneficio efectivo del niño M.E.J.F.

Ello está avalado también en la serie de escritos presentados comunicando incumplimiento de régimen de relacionamiento (fls. 11/112, 126, 137, 145, 157, 167, 175, 211, 223, 224, 276), denuncias policiales (173, 174, 178, 186, 201, 202, 210, 242, 243, 244, 245 y 246) y manifestaciones (42, 114, 130, 180, 186, 254, 280) de cada parte. En cinco años de contienda judicial mucho se ha dicho y hecho, pero la cuestión de fondo sigue intacta: la necesidad, el derecho y la obligación del niño M.E.J.F. a relacionarse con sus padres de manera armónica,

a fin de garantizar su crecimiento integral, que es el fin que se propone precisamente en esta Jurisdicción.

Atendiendo estos aspectos y analizadas las probanzas de autos, como medida de mejor proveer este Tribunal dispuso por providencia de fecha 28 de mayo de 2012 (fl. 263), la comparecencia de los señores J.M.J. y N.E.F.S., quienes en ocasión de la audiencia realizada manifestaron: “dijo la señora N. que solo quiere ver a su hijo y estar con el niño, el niño actualmente le rechaza mucho porque le hicieron creer que ella es una mala madre y siempre le llamó por teléfono y nunca le pasaron la comunicación con él, son 4 años perdidos sin su hijo. Solo pide justicia. Por su parte, el señor J. dijo que es todo lo contrario a lo que la madre manifestó, que las puertas están abiertas para ella, que en una oportunidad se fue y se le atendió muy bien y que desde esa vez no volvió más; que nunca le impidió ver al niño, manifestó que además él se encarga de todos los gastos del niño y la madre nunca aportó ningún guaraní. Que la madre puede verle cuando quiera y solicitó que el niño siga viviendo con él. En este estado el padre se compromete a proveerle a su hijo de un celular a través del cual pueda comunicarse libremente con la madre (fl. 73/74).

Como ya manifestara líneas arriba, las diferencias entre los señores J.M.J. y N.E.F.S. son notorias y muy profundas, por lo que este Tribunal debe resolver la cuestión debatida de tal suerte que éstas resulten lo menos gravosas (si cabe el término) que se pueda para M.E.J.F. Para ello, considero que, a pesar de que todas las denuncias presentadas por el señor J.J. ante el Ministerio Público y en los juicios tramitados en Sede Civil en esta Jurisdicción fueron desestimados, lo cierto y concreto es que desde hace cuatro años el niño M.E. se encuentra viviendo con su padre. El tiempo indicado implica, por fuerza de las circunstancias, que el niño se ha habituado al ambiente que constituye la familia del padre, incluyendo su familia ampliada.

Por otra parte, en ocasión de la audiencia del 14 de junio de 2012 (fl. 275/276 vlto.), el niño M.E.J.F. manifestó con gran seguridad su deseo de seguir viviendo con su papá y también su deseo de relacionarse con su mamá, pero en casa de su padre. Es de notar, que esto se puede deber a la inseguridad y tensión que le provoca la idea de que su actual situación y sistema de vida pueda cambiar nuevamente, lo que infunde en él una necesidad de defenderse, ya que ello representaría modificar lo único cierto que conoce.

En este orden de ideas, en estos cuatro años el señor J.M.J. ha demostrado ser un buen padre según las constancias de las libretas de calificaciones de

M.E., quien goza de excelentes calificaciones, lo que es un indicador claro de su madurez y equilibrio psicológico y afectivo, por lo que considero que a lo largo del debate judicial, la tarea desarrollada por el señor J.M.J. en ese sentido no ha sido desacreditada por la progenitora, por lo que abona aún más mi criterio de que para el presente caso este factor debe ser valorado especialmente por el Tribunal.

Sin embargo, infortunadamente tengo que reconocer que la tarea como padre del señor J.J. es incompleta, ya que un niño necesita para su crecimiento normal de un relacionamiento que involucre a ambos padres, independientemente a las manifestaciones del niño, quien muchas veces no sabe lo que realmente le conviene. Al respecto, la Trabajadora Social Forense, quien tenía la tarea de hacer cumplir el relacionamiento provisorio fijado por el Juzgado, informó que se constituyó con la señora N.E.H. en el domicilio donde se encuentra el niño M.E. en fecha 2 y 25 de junio de 2012, y que el relacionamiento no se ha cumplido concluyendo la profesional que: *“No se ha dado acatamiento a la resolución judicial, siendo de difícil cumplimiento, debido a que el padre del niño no colabora, esta situación de que la madre se presenta al domicilio del padre de su hijo para retirarlo y que M. no se encuentra, ya se ha dado en reiteradas ocasiones en acompañamientos llevados a cabo anteriormente en otro juicio”* (fl. 146).

En estas condiciones, considero que atendiendo a la audiencia realizada en esta Instancia, la progenitora más bien insistió en querer relacionarse con su hijo y que la integración del niño a su familia se haga en forma paulatina y, al no existir impedimento alguno para ello, soy de parecer que debe revocarse la sentencia recurrida dada la situación de hecho de la convivencia por más de cuatro años del niño con su progenitor, todo esto a fin de mantener su status quo y atendiendo a su interés Superior (art. 3° de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 3° del Código de la Niñez y la Adolescencia) y, asimismo, establecerse el siguiente relacionamiento entre madre e hijo: *“El señor J.J. o cualquier miembro de su familia de su confianza llevará al niño M.E. a la casa de la madre todos los días miércoles de cada semana desde las 14:00 horas hasta las 19:00 horas, en que nuevamente será retirado por el progenitor. Asimismo, en lo que respecta a los fines de semana. La primera semana, el día sábado el niño M.E. será traslado a la casa de su madre por el progenitor o cualquier miembro de su familia para las 09:00 horas y será retirado del mismo también por el progenitor a las 19:00 horas. La siguiente semana, el día domingo el niño M.E. será trasla-*

do a la casa de su madre por el progenitor o cualquier miembro de su familia para las 09:00 horas y será retirado del mismo también por el progenitor a las 19:00 horas y así sucesivamente en forma intercalada las siguientes semanas. Esta modalidad de régimen de relacionamiento será extendido por el periodo que resta del mes de noviembre y los meses de diciembre de 2012 y enero de 2013. A partir del mes de febrero el niño M.E. mantendrá el mismo sistema de relacionamiento entre semana, pero los fines de semana en forma intercalada el niño M.E. será trasladado al domicilio materno por su progenitor el día sábado para las 09:00 horas y será retirado del mismo el día domingo a las 19:00 horas”.

El relacionamiento establecido por este Tribunal es provisorio y no impide a los progenitores solicitar algún otro tipo de relacionamiento con su hijo M.E.J.F., más aún que se aproximan las fiestas de Fin de Año, exhortando a los padres al fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta sentencia y, en caso de incumplimiento por cualquiera de las partes el Juzgado podrá aplicar directamente lo dispuesto en el artículo 96 del CN y A, atendiendo a que ya existe a lo largo de todos los juicios incumplimientos reiterados en los relacionamientos establecidos por los Juzgados.

Finalmente, las costas de esta Instancia deben imponerse en el orden causado, ya que si bien es cierto se revocó la sentencia recurrida no fue por el argumento sostenido por el apelante, además, ambos progenitores se encuentran aptos para detentar la convivencia de su hijo y lo resuelto por el Tribunal obedece exclusivamente al tiempo que el niño ya se encuentra viviendo de hecho con su padre. Es mi voto.

A su turno, las Dras. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Clara Estigarribia Mallada manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad.

REVOCAR la S.D. N° 58 del 10 de marzo de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del 2° Turno en el sentido y alcance expuesto en el exordio de la presente resolución.

ESTABLECER el régimen de relacionamiento entre el niño M.E.J.F. y su progenitora N.E.F.S. en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución.

COSTAS de esta Instancia en el orden causado.

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

Magistrados: Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Clara Estigarribia Mallada.

Ante mí: Claudia Patricia Vera, Actuaría Judicial.

* * *

ACUERDOY SENTENCIA N° 16

Cuestión debatida: *Se solicita la pérdida de la patria potestad de un padre adoptivo de una hija quien ya es mayor de edad. Se analiza si es viable la solicitud o si existen otras vías procesales (como la jurisdicción Civil) para encontrar una mejor respuesta jurisdiccional a su necesidad de los apellidos.*

PATRIA POTESTAD.

Para intentar resolver la cuestión traída en estudio, corresponde obviamente delimitar conceptualmente el instituto de la patria potestad y destacar sus aspectos más advertibles.

En esa tarea entendemos como la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral que se extiende desde la concepción, y mientras sean menores de edad.

PATRIA POTESTAD. Extinción de la patria potestad.

La patria potestad encuentra natural culminación cuando cesa el estado de minoridad y consecuentemente su protección y amparo.

El CNA prevé las diversas causales de extinción de la patria potestad a saber: “La patria potestad se extinguirá: a) por la muerte de los padres o de los hijos; b) por llegar éstos a la mayoría de edad; y, c) por emancipación”.

Podemos decir, pues, que con el arribo a la mayoría de edad por el hijo, la patria potestad se agota por haber llegado a la etapa en que la ley presupone innecesaria la vigencia de la institución.

PATRIA POTESTAD. Pérdida de la patria potestad.

Del certificado de nacimiento agregado surge que la adolescente A.R.B.A. ha cumplido los 18 años de edad, por lo que ya no se encuentra bajo la esfera de la autoridad de sus padres, por ende, resulta inviable la pretensión del impugnante.

NOMBRE. Rectificación de nombre. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL.

Si la pretensión del impugnante es suprimir el apellido paterno, la Ley N° 985/96 que modifica parcialmente el Código Civil acuerda esa posibilidad al establecer: "... Los hijos, al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar sólo uno cualquiera de ellos...".

ADOPCIÓN. Nulidad para la adopción.

El artículo 51 de la Ley de Adopciones dice: "*La adopción se otorgará solamente por sentencia judicial, la que no podrá ser revocada una vez que cause ejecutoria*".

Como colofón a estos artículos, tampoco puede dejar de mencionarse lo que dispone el artículo 53 de la Ley de Adopciones, cuyo texto es el siguiente: "*La adopción podrá ser anulada a petición del adoptado, de la madre o el padre biológico, a través de un juicio específico ante el juzgado en lo Tutelar*". Seguidamente, el artículo 54 establece: "*La demanda de nulidad debe ser interpuesta como máximo dentro de los tres años siguientes a la fecha de inscripción en el registro de la adopción*".

TApel. N. y A. 12/03/13. "A.R.B.A. s/ Pérdida de la patria potestad" (Ac. y Sent. N° 16).

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

CUESTIONES:

¿Es nula la sentencia recurrida

En caso contrario, ¿es justa?

A LA PRIMERA CUESTIÓN planteada, la Miembro preopinante, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, dijo: El nulidicente fundamentó el recurso interpuesto y en lo sustancial expresa: "...que no existe concordancia entre las

actuaciones descritas y la conclusión arribada, por lo que estamos en presencia de la violación del principio de congruencia y de razonabilidad. Además de la violación del principio del interés superior del niño”. Es de notar que no se observan en autos la violación del debido proceso que haga viable la declaración de nulidad de la sentencia. Además el art.407 del CPC nos trae una solución oportuna al establecer que: *“Cuando el Tribunal pueda decidir a favor de la parte a quien aprovecha la nulidad, no la pronunciará”*.

No existiendo una irregularidad grave que amerite la declaración de nulidad de la sentencia recurrida y, habiéndose interpuesto también el recurso de apelación por el nulidicente, pueden ser revisados nuevamente en esta instancia a través de la apelación, razón por la cual doy mi negativa a la primera cuestión planteada.

Por las consideraciones que anteceden soy de parecer que corresponde no hacer lugar al recurso de nulidad.

Asu turno, el Dr. SILVIO RODRÍGUEZ A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, DIJO: El recurrente afirma que la sentencia recurrida violenta el Principio de Congruencia al fundamentar su decisión en lo que dispone el artículo 73 inc. b) del CN y A, disposición que establece que una de las causas por las cuales se puede solicitar fundadamente la pérdida de la patria potestad es cuando ha fracasado el proceso de adaptación a la convivencia en los casos que se trate de hijos adoptivos y, asimismo, que no se ha respetado el Interés Superior del Niño. Sin embargo, estas son cuestiones que deben aclararse mejor a través del recurso de apelación también interpuesto y, por consiguiente, doy mi voto por la negativa de la cuestión.

A su turno, la Dra. CLARA ESTIGARRIBIA, A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA DIJO: Me adhiero a la solución arribada por quienes me precedieron en el voto por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN planteada, la miembro preopinante Núñez de Vera y Aragón dijo: El Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia del Quinto Turno, por S.D. N° 417 de fecha 13 de agosto de 2012 resolvió: “NO HACER LUGAR, a la Acción de Pérdida de la Patria Potestad, interpuesta por el Abog. Antonio Acuña Díaz en representación de la Sra. A.M.S.A.M., contra el Sr. I.B.G., en relación a la adolescente A.R.B.A., en base a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. COSTAS en el orden causado...”.

Es importante puntualizar que en ejercicio de la patria potestad la Sra. A.M.S.A.M. demandó a través de su apoderado el Abog. Antonio Acuña Díaz, al

Sr. I.B. y en relación a su hija A.R.B.A. la causal invocada es la contemplada en el art. 73 inc .“b” del CNA.

Para así decidir la jueza argumentó: “...Que el demandado en autos se allanó a la acción interpuesta, no habiendo oposición de su parte en que la hija que adoptó, siendo pareja de la madre, ya no lo sea , habiéndose interrumpido la relación”, “que por otro lado, este Juzgado no puede dejar de poner de resalto, que un niño o adolescente no es un objeto que puede ser circunstancialmente reconocido como hijo de una persona, como si la adopción y filiación tuviera naturaleza temporal y dependiera de los avatares de las relaciones de los adultos. Ello constituye una violación de un derecho fundamental en el ser humano, que es el derecho a la identidad...”; “que la joven A.R.B.A. ha alcanzado la mayoría de edad, y la misma puede accionar por sí misma y que la misma puede ocurrir ante el Juzgado en lo civil a los efectos de interponer la acción correspondiente...”.

La decisión judicial adversa a las pretensiones del representante convencional de la parte actora llevó a plantear los recursos de apelación y nulidad conforme agravios obrante a fs. 1/3 y en lo medular expresa: 1) “...Agravia a mi representada la resolución hoy atacada, porque en la misma el Juzgado, a pesar de todas las pruebas diligenciadas en autos, que sirven de prueba para los fundamentos expuestos en la demanda, a lo que se allanan tanto la Defensoría de la Niñez, el Juzgado resolvió rechazar la demanda...”, y puntualiza: “a. ...conforme constancias de autos, y del mismo surge en forma clara la necesidad de la misma de aclarar su situación de apellido, que hace a su identidad”, b. “Que a pesar de ello el Juzgado, resuelve rechazar la demanda sin atender al Interés Superior del Niño, que en este caso es el de su identidad”. 2) “Que el Juzgado haya resuelto posponer el derecho de A.R. a poseer un apellido que la identifique, expresando que por llegar la misma a la mayoría de edad, puede realizarlo por ella misma...”, c. “ En toda medida que tome el Juzgado deberá atender el Interés Superior del Niño, ¿puede un Juez de la Niñez, dilatar la efectividad de los derechos de un niño y/o adolescente?

A fs. 91 emite dictamen la representante del Ministerio Público Abog. Mirtha López, manifestando entre otras cosas: “...Esta representación fiscal considera que el primer argumento de la sentencia implica una interpretación de contrario lege, porque incorpora una visión que no se refleja en el texto de la norma, como tampoco resulta consistente en relación al art. 3 del CN y A(interés

superior del niño). En otras palabras, la juez inferior incorpora un criterio subjetivo que da lugar a una resolución arbitraria. Respecto al segundo argumento, el razonamiento que expone contradice el fundamento anterior y obliga a los recurrentes a iniciar otro proceso, todo ello en oposición al principio de economía procesal; por lo expuesto esta Representación Fiscal se ratifica en su Dictamen N° 214 de fecha 05 de junio del cte. Año, obrante a fs. 58/59 de autos, en consecuencia hacer lugar al recurso de apelación planteada por la parte actora, revocando la resolución recurrida”.

A fs. 93/95, la Defensora Pública de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Ingrid Susana Yambay Jacquet, según Dictamen N° 02 de fecha 4 de febrero de 2013, contesta la vista corrídole y entre otras cosas dice: “...Que en cuento al recurso de apelación, el mismo se centra en lo dispuesto en el art. 73 del CN y A, de la pérdida de la patria potestad, inc. b), Por haber fracasado el proceso de adaptación a la convivencia en los casos en que se trate de hijos adaptivos... Esta Representación de la Niñez y de la Adolescencia, teniendo en cuenta los fundamentos de la A-Quo en la Sentencia impugnada, anteriormente señalados, considera que si se parte de la base de que el niño es el sujeto de derechos en este proceso y que este derecho debe tener prevalencia sobre otros derechos por disposición constitucional, en el caso de autos el derecho emergente de la Patria Potestad, debe ceder ante el derecho de la adolescente A.R.B.A. a tener una vida emocionalmente estable y con futuro que no esté sujeto a los vaivenes de un padre que demuestra una actitud de indiferencia y desinterés hacia la misma. Y en ese sentido la adolescente A.R.B.A., en ocasión de acudir ante el Juzgado, conforme surge a fs. 40 de autos, ha manifestado que “...la misma siente un problema de identidad...”, “... la misma no siente que el apellido B. sea de ella...”, “... aparte que no tiene ninguna relación de padre e hija con el señor B. ...”. Esta es la conclusión que otorga plena vivencia y legitimidad a la protección acabada del interés superior del niño y se adecua perfectamente a las prescripciones de los artículos 9° y 3° de la Convención Sobre los Derechos del Niño y al art. 54 de la CN; que siguiendo con las valoraciones, la propia A quo menciona en la sentencia impugnada que el señor I.B. se ha allanado a la acción interpuesta, no habiendo oposición de su parte en que la hija que adoptó, siendo pareja de la madre, ya no lo sea habiéndose interrumpido dicha relación. Es decir, su conducta desde el inicio del juicio fue de desinterés en la causa, aceptando la veracidad de todo lo alegado por la actora mediante su escrito de allanamiento,

por lo que para esta Representación de la Niñez y de la Adolescencia, la posición de indiferencia y de falta de interés ante un juicio donde nada menos se ha pedido la Pérdida de la Patria Potestad en relación a su hija la adolescente A.R.B.A. indica con elocuencia que no ha tenido ningún interés en ejercer el derecho que tenía como progenitor y mucho menos el deber que emerge de la Patria Potestad... Esta Representación de la Niñez y de la Adolescencia se ratifica en los términos de su Dictamen N° 476 de fecha 12 de julio de 2012, obrante a fs. 60 de autos, y en el análisis efectuado en el presente Dictamen y en ese sentido es del parecer: Hacer Lugar al recurso de apelación planteado por la parte actora, revocando la resolución recurrida...”.

Para intentar resolver la cuestión traída en estudio, corresponde obviamente delimitar conceptualmente el instituto de la patria potestad y destacar sus aspectos más advertibles.

En esa tarea entendemos como la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral que se extiende desde la concepción, y mientras sean menores de edad.

Nuestro CNA, art. 70, distingue su finalidad y contenido al disponer: *“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...”*.

A su vez el art. 71 del mismo cuerpo legal establece: *“Quienes ejercen la patria potestad están obligados a prestar alimentos a sus hijos. La obligación de alimentar comprende proveerles lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, en condiciones no inferiores a las que disfrutaban los obligados...”*.

Del mismo texto legal puede colegirse que esa finalidad es la de lograr la plena cristalización de la personalidad del hijo menor, traducida en su total desarrollo biológico, síquico y social.

En consecuencia, la patria potestad encuentra natural culminación cuando cesa el estado de minoridad y consecuentemente su protección y amparo.

El CNA prevé las diversas causales de extinción de la patria potestad a saber: “La patria potestad se extinguirá: a) por la muerte de los padres o de los hijos; b) por llegar éstos a la mayoría de edad; y, c) por emancipación”.

Podemos decir, pues, que con el arribo a la mayoría de edad por el hijo, la patria potestad se agota por haber llegado a la etapa en que la ley presupone innecesaria la vigencia de la institución.

¿Cuál es esa edad según nuestra legislación?

Conforme la Ley N° 2.169/ 2003, ocurre a los 18 años de edad, inc. “b”. A partir de esta edad la persona adquiere de pleno derecho la capacidad plena de actuar jurídicamente sin necesidad de la institución del derecho de familia de protección.

Del certificado de nacimiento agregado a fs. 1 surge que la adolescente A.R.B.A. ha cumplido los 18 años de edad, por lo que ya no se encuentra bajo la esfera de la autoridad de sus padres, por ende, resulta inviable la pretensión del impugnante y en consecuencia propicio la confirmatoria de la S.D. N° 417 de fecha 13 de agosto de 2012.

Argumentó igualmente la demora en resolver la cuestión, a lo que se responde que debió en su momento utilizar las herramientas procesales a fin de evitar dichas circunstancias.

Si la pretensión del impugnante es suprimir el apellido paterno, la Ley N° 985/96 que modifica parcialmente el Código Civil acuerda esa posibilidad al establecer: “... *Los hijos, al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar sólo uno cualquiera de ellos...*”.

Por las consideraciones que anteceden, soy de parecer que la S.D. N° 417 de fecha 13 de agosto de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de la Capital, debe ser confirmada e imponer las costas en el orden causado, por no contestar la parte demandada el traslado corridole, de conformidad al art.203 inc. “c” del CPC. Es mi voto.

A su turno, el Dr. SILVIO RODRÍGUEZ A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA DIJO: La niña AR B.A. fue adoptada por el señor I.B.G. por S.D. N° 7 de fecha 10 de febrero de 2005 y su aclaratoria S.D. N° 61 de fecha 14 de marzo de 2005 dictadas por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Cuarto Turno (fl. 54/56).

En este sentido, vale la pena transcribir ciertas disposiciones de la Ley 1.136/97, de Adopciones. Así, el artículo 48 dice: “*La sentencia que resuelve la adopción será apelable ante la Cámara de Apelación del Menor (hoy Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia). El término para apelar será de tres días*”. Por otra parte, el artículo 49 de la misma Ley dice: “*Elevados los autos a la Cámara de Apelación en lo Tutelar del Menor, el expediente se remitirá al*

fiscal del Menor; al Defensor del Niño y al adoptante, por su orden, quienes deberán pronunciarse en el término de tres días". Finalmente el artículo 50 dice: *"Vencido dicho plazo la Cámara llamará autos para sentencia, la que será dictada dentro del plazo de cinco días. Esta sentencia causará ejecutoria"*.

Entonces, al no haberse procedido de esta forma para obtener la revocación de la resolución que otorgó la adopción de la niña, mal podría solicitarse por el medio escogido por el actor obtener la revocatoria de la resolución antes mencionada. Además, el artículo 51 también dice: *"La adopción se otorgará solamente por sentencia judicial, la que no podrá ser revocada una vez que cause ejecutoria"*.

Como colofón a estos artículos tampoco puede dejar de mencionarse lo que dispone el artículo 53 de la Ley de Adopciones, cuyo texto es el siguiente: *"La adopción podrá ser anulada a petición del adoptado, de la madre o el padre biológico, a través de un juicio específico ante el Juzgado en lo Tutelar"*. Seguidamente, el artículo 54 establece: *"La demanda de nulidad debe ser interpuesta como máximo dentro de los tres años siguientes a la fecha de inscripción en el registro de la adopción"*.

De modo que si la niña fue adoptada en el año 2005 y la demanda de pérdida de la patria potestad fue interpuesta el 11 de octubre de 2010 (fl. 7), esto significa que ya han vencido los plazos para impugnar en esta oportunidad la pérdida de la patria potestad sobre la base de lo dispuesto en el artículo 73 inc. "b" del CN y A. Por lo dicho, el rechazo de la demanda se adecua a estas disposiciones de la Ley de Adopciones y, por ende, no queda más remedio que confirmar la sentencia recurrida.

Si bien es atendible y entendible desde el punto de vista humano la situación de identidad de la ahora adolescente A.R.B.A. en razón a que fue separada de su padre biológico el señor O.J.O. para luego ser adoptada por el entonces esposo de su madre, el señor I.B., quien luego de la separación de la pareja cortó relacionamiento con su hija adoptiva, el vínculo creado por la vía de la adopción ya no puede ser enfocado en virtud de esta acción que ha pretendido se declare la nulidad de la adopción otorgada. En otros términos, así como sostuvo la jueza sentenciante en uno de los párrafos de su considerando, la señorita A.R.B.A. (fl. 1) ya ha llegado a la mayoría de edad y, en consecuencia, tiene legitimación activa para entablar las acciones legales que corresponda ante el Fuero en lo Civil y Comercial para encontrar mejor dicho una respuesta jurisdiccional a la cuestión de sus apellidos.

Finalmente las costas de esta Instancia deben imponerse en el orden causado, ya que por A.I. N° 464 de fecha 27 de noviembre de 2012, dictado por este Tribunal, al señor I.B. se le dio por decaído el derecho que ha dejado de ejercer en lo referente a la contestación de los agravios de la parte apelante (fl. 86). Es mi voto.

A su turno, la Dra. CLARA ESTIGARRIBIA A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA DIJO: Me adhiero a la solución arribada por quienes me precedieron en el voto por los mismos fundamentos.

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

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

RESUELVE:

NO HACER LUGAR al recurso de nulidad interpuesto.

CONFIRMAR la S.D. N° 417 de fecha 13 de agosto de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, en el sentido y alcance de lo expuesto en el considerando de la presente resolución.

IMPONER las costas en esta Instancia en el orden causado, de conformidad al art. 203 inc. "c".

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

Magistrados: Silvio Rodríguez, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón, Clara Estigarribia Mallada.

Ante mí: Claudia Patricia Vera, Actuaría Judicial.