



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

# **GACETA JUDICIAL**

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

**Asunción – Paraguay**

**AÑO 2010 – NÚMERO 1**

© 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, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

**Primera Edición: ... ejemplares.**

GACETA JUDICIAL

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

GACETA JUDICIAL Asunción - Paraguay.  
Edición 2010 - .....p.

#### **MINISTRO DIRECTOR**

VICTOR MANUEL NUÑEZ RODRIGUEZ, Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

#### **COORDINACIÓN DE LA OBRA:**

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS.

ABOG. NATALIA MUÑOZ CARMAN.

#### **EQUIPO DE ELABORACIÓN:**

ABOG. SUSANA GÓMEZ FLEITAS.

ABOG. NATALIA MUÑOZ CARMAN.

GUSTAVO SÁNCHEZ.

MIRIAM CANTERO.

#### **COLABORACIÓN :**

JUAN PAEZ ACOSTA.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**RAÚL TORRES KIRMSER**  
**PRESIDENTE**

**VICTOR MANUEL NUÑEZ**  
**VICEPRESIDENTE 1°**

**SINDULFO BLANCO**  
**VICEPRESIDENTE 2°**

**MIGUEL OSCAR BAJAC**  
**ANTONIO FRETES**  
**CÉSAR GARAY**  
**ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA**  
**MINISTROS**



## PRÓLOGO:

Adentrándonos a la historia de la Revista Gaceta Judicial, nos encontramos con una Primera Etapa en el mes de noviembre del año 1983, con una tirada de 28 números. No se volvió a publicar la “Gaceta” sino hasta setiembre del año 2000, la cual se denominó Segunda Etapa, con una tirada de sólo 2 números. Es por ello que hoy luego de diez años, estamos orgullosos de ofrecer nuevamente al público el producto de esta nueva etapa de la Gaceta Judicial, con el compromiso de poner a su disposición, una permanente y periódica herramienta de consulta que lo mantenga actualizado en todos los temas de interés dentro del ámbito jurídico.

Surge la idea de retomar este proyecto por la imperiosa necesidad de publicación de textos con identidad nacional dentro del ámbito jurídico, para el estudio y la investigación, sirviendo de complemento a la Base de datos de jurisprudencia del Poder Judicial, situado en la página Web: [www.pj.gov.py](http://www.pj.gov.py) *link* : jurisprudencia.

La Gaceta Judicial tendrá una publicación trimestral, conteniendo principalmente Doctrina nacional e internacional y Jurisprudencia de los Tribunales de Apelación y Corte Suprema de Justicia. Este primer número de la revista contiene 3 (tres) doctrinas y 43 (cuarenta y tres) resoluciones emanadas de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de la capital en sus distintos fueros. . En futuras publicaciones también se tendrá como objetivo publicar resoluciones de las circunscripciones del interior de la República, por lo que desde ya, el equipo de elaboración de la Gaceta Judicial, agradece cualquier cooperación de los señores magistrados.

Para la selección de los fallos se tomó como criterio de búsqueda lo novedoso de los temas e interpretaciones, así como la rica dialéctica jurídica que se forma en torno a ellos.

En la primera página se encuentra un listado del contenido de la revista, con las voces jurídicas de los temas tratados, lo cual permitirá a usted una rápida ubicación de los temas de utilidad en las diferentes áreas de especialidad.

Luego pueden encontrarse varios índices:

**INDICE TEMATICO:** Está estructurado por Descriptores principales y Subdescriptores. El Descriptor principal es la voz jurídica general a la cual le acompañan las voces jurídicas más específicas de dicha voz, los Subdescriptores, ordenados alfabéticamente. Ej: “*CADUCIDAD DE INSTANCIA. Recurribilidad.*”

**INDICE DE TRIBUNALES:** Es el listado por jurisdicción y sala en forma cronológica que le permitirá a usted, localizar el fallo en caso de tener conocimiento preciso de dichos datos.

Es intención de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones, que la revista Gaceta Judicial, vaya adquiriendo mayor riqueza de contenido jurisprudencial y de doctrinas, como producto de investigaciones genuinas con rigorismo científico bien referenciadas. De esta manera lograremos brindar una publicación nacional de calidad, que pueda satisfacer las necesidades del magistrado, del abogado, del docente, del estudiante de Derecho, del justiciable y de cualquier ciudadano que así lo desee.-

*Equipo de Coordinación.*

## CONTENIDO

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Pág. |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <b>1.- PRÓLOGO</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 5    |
| <b>2.- INDICE</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |      |
| Índice Temático                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 11   |
| Índice por Tribunales                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 15   |
| <b>3.- DOCTRINA</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |      |
| Tendencias Actuales del Constitucionalismo Latinoamericano <i>por Jorge Carpizo</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 17   |
| La Necesidad de la Modificación de la ley 1376/88 “Regulación de Honorarios de abogados y procuradores” en procesos o causas penales <i>por Arnulfo Arias.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 41   |
| Derecho Latinoamericano al Derecho Internacional <i>por Elodia Almirón Prujel.</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 45   |
| <b>4.- JURISPRUDENCIA</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |      |
| <b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |      |
| PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia Reconducción tácita /CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY. Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia / PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia / MAGISTRADO. Confirmación de magistrado / JUICIO POLITICO/PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Reconducción tácita. (CSJ, Sala Constitucional. 28.06.2007 Ac. y Sent. N° 557)                                                                                                                                              | 53   |
| SENTENCIA DECLARATIVA. Declaración de certeza constitucional/ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Interpretación constitucional. Control constitucional. Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia /MAGISTRADO. Confirmación de magistrado. (CSJ, Sala Constitucional. 23.02.2009 Ac. y Sent. N° 37)                                                                                                                                                                                                                  | 67   |
| HABEAS DATA. Efectos/ INFORMACION PRIVADA. Deberes y Obligaciones de la empresa/ HABEAS DATA. Procedimiento/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad extracontractual. Chance. Daño moral. Indemnización por daños y perjuicios. Intereses. (CSJ, Sala Civil y Comercial. 13.04.2009 Ac. y Sent. N° 241)                                                                                                                                                                                                                                             | 83   |
| CADUCIDAD DE INSTANCIA. Procedencia de la caducidad de instancia. Notificación en la caducidad de instancia. Elemento intencional. Procedimiento/ PROCESO. Impulso procesal. (CSJ, Sala Civil y Comercial. 03.06.2009 Ac.y Sent. N° 404)                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 93   |
| CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY. Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia/ SENTENCIA DECLARATIVA. Declaración de certeza constitucional/ MAGISTRADO. Confirmación de magistrado/ PRESCRIPCION. Plazo aplicable para la prescripción/ CONSEJO DE LA MAGISTRATURA/PODER LEGISTALTIVO. Cámara de Senadores. Facultades /PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Facultades/ PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Cargos de Confianza/ JUICIO POLITICO. (CSJ, Sala Constitucional. 09.06.2009 Ac. y Sent. N° 443) | 98   |
| HABEAS CORPUS. Habeas Corpus Reparador/ PRISION PREVENTIVA (CSJ, Sala Penal. 26.06.2009 Ac. y Sent. N° 485)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 137  |
| <b>TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |      |
| RECURSO DE APELACION. Agravios. (Trib. Apel. En lo penal Segunda Sala 21-04-2009. Ac. y Sent. N° 20)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 151  |
| MANDATO. Impedimentos constitucionales/ PODER LEGISLATIVO. Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo/ DIFAMACION. Honor/ DOLO/ ABOGADO/ ABOGADO/ PODER JUDICIAL. Independencia de otros poderes. (Trib. Apel. En lo penal Cuarta Sala 16-07-2004. Ac. y Sent. N° 50)                                                                                                                                                                                                                                                                  | 161  |
| CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Garantías procesales/ PROCESO PENAL. Sistema acusatorio. Hechos en la sentencia. Principio de congruencia/ JUEZ PENAL. Facultades/ MINISTERIO PÚBLICO. Funciones de los agentes fiscales.                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |      |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Carga de la prueba. Carga de la prueba/ ACUSACION. Interpretación/ SENTENCIA. Principio generales. (Trib. Apel. En lo penal Segunda Sala 09-03-2009. A. y S. N° 4)                                                                                                                                        | 169 |
| SENTENCIA. Sentencia absolutoria. Sobreseimiento definitivo. Sobreseimiento provisorio. (Trib. Apel. En lo penal Segunda Sala 10-06-2009. A. I. N° 113)                                                                                                                                                   | 179 |
| <b>TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL</b>                                                                                                                                                                                                                                                      |     |
| MAGISTRADO. Facultades del magistrado/ PRESUNCION DE FALLECIMIENTO. Prueba. Requisitos. (Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 22-06-2009. Ac. y Sent. N° 26)                                                                                                                                             | 188 |
| CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. Recurribilidad (Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 12-03-2009. (A. I. N° 78)                                                                                                                                                                                                | 193 |
| REGULACION DE HONORARIOS. Negociaciones. (Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 06-04-2009. A. I. N° 133)                                                                                                                                                                                                 | 198 |
| RECURSO DE QUEJA. Procedencia del recurso de queja. Requisitos/ RECURSO DE REVISION. Revisión de providencia de mero trámite. (Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 03-04-2009. (A. I. N° 148)                                                                                                           | 202 |
| PRESCRIPCIÓN. Excepción de prescripción/ EXCEPCION DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO/ SENTENCIA. Vicios de la sentencia. Incongruencia. (Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 21-04-2009. A. I. N° 176)                                                                                               | 203 |
| REGULACION DE HONORARIOS. Base del cálculo para la regulación de honorarios. Sociedades. (Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 03-06-2009. A. I. N° 279)                                                                                                                                                 | 207 |
| SUCESIÓN. Petición de herencia/ LEGITIMACION. (Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 12-03-2009. Ac. y Sent. N° 10)                                                                                                                                                                                       | 213 |
| DAÑOS Y PERJUICIOS. Culpa. Responsabilidad objetiva. Daño emergente. Lucro cesante. Daño moral. Ejercicio de la acción penal. Prueba de daños y perjuicios. (T de Apel. Civ. Y Com. Primera Sala, 17-04-09. Ac. y Sent. N° 16)                                                                            | 217 |
| ACCION DE AMPARO. Derechos y garantías protegidos por la acción de amparo/ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/ MENORES/ RECURSO DE APELACION. Forma de interponer el recurso de apelación. (T de Apel. Civ. Y Com. Primera Sala, 13-05-09. Ac. y Sent. N° 20)                                                      | 224 |
| CONTRATO DE SUMINISTRO. Características/ JUICIO ARBITRAL. Laudo arbitral. Nulidad del laudo arbitral. Ejecución del laudo arbitral/ EXCEPCION DE INCOMPETENCIA. (T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 04-02-09. A.I. N° 6)                                                                                | 236 |
| DIVORCIO A PETICION DE UNA DE LAS PARTES. Allanamiento. (Trib. Apel. Civ. Y Com., Segunda Sala 21-04-2009. Ac. y Sent. N° 16)                                                                                                                                                                             | 246 |
| ESCRITURA PÚBLICA. Nulidad de escrituras. Protocolo/ SERVICIO NACIONAL DE CATASTRO. Padrón. Finalidad/ DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS. Modificación de superficie de inmueble. Procedimiento/ BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO. (T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 20-05-09. Ac. y Sent. N° 44) | 248 |
| TARJETA DE CREDITO. Ejecución de la deuda. Contrato para utilización de créditos. (T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 27-05-09. Ac. y Sent. N° 46)                                                                                                                                                      | 255 |
| DIVORCIO. Principios generales. Efectos del divorcio./MATRIMONIO. Impedimento para contraer matrimonio. TRATADO DE MONTEVIDEO/ MATRIMONIO. Impedimento para contraer matrimonio. (T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 09-06-09. Ac. y Sent. N° 49)                                                       | 260 |
| MARCA DE FÁBRICA. Marca idéntica o muy semejante. Nulidad de marca de fábrica. (T de Apel. Civ. y Com. Segunda Sala, 18-06-09. Ac. y Sent. N° 52)                                                                                                                                                         | 272 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| DIVORCIO. Efectos del divorcio. Inscripción en el Registro de Estado Civil. (T de Apel. Civ. y Com. Tercera Sala, 06-02-09. Ac. y Sent. N° 1) .                                                                                                                                                            | 275 |
| FIANZA. Alcance. Plazo de la fianza. (T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 09-02-09. Ac. y Sent. N° 3) .                                                                                                                                                                                                   | 279 |
| RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria. (T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 11-02-09. Ac. y Sent. N° 4) .                                                                                                                                                        | 284 |
| USUCAPIÓN. Usucapión de cosas muebles. Cosas perdidas o robadas. (T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 16-02-09. Ac. y Sent. N° 7) .                                                                                                                                                                       | 285 |
| DESALOJO. Derecho de posesión o dominio. T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 08-06-09. Ac. y Sent. N° 54) .                                                                                                                                                                                               | 292 |
| TEORIA DE LA IMPREVISIÓN/ MONEDA EXTRANJERA/ OBLIGACIONES A PLAZO. (Trib. Apel. Civ. y Com., Quinta Sala 10-03-2009. Ac. y Sent. N° 13) .                                                                                                                                                                  | 295 |
| HIPOTECA. Cancelaciones de inscripciones hipotecarias. Ejecución de la hipoteca/ PRUEBA DE PERITOS. Pericia caligráfica. Objeción/ INSTRUMENTOS PUBLICOS. Uso de documentos públicos de contenido falso. (Trib. Apel. Civ. Y Com., quinta sala, 30-04-2009. Ac. y Sent. N° 41) .                           | 300 |
| TESTAMENTO. Nulidad de testamento. Validez. Identidad del testador. Nulidad de testamento. Lectura a testador y testigos. Procedimiento/ RECURSO DE NULIDAD. (Trib. Apel. Civ. y Com., quinta sala, 16-06-2009. Ac. y Sent. N° 72) .                                                                       | 305 |
| <b>TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA</b>                                                                                                                                                                                                                                                    |     |
| MENORES. Medidas cautelares en menores. Asistencia alimenticia. Alimentos provisorios. Ejecución de la resolución/ CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. (Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 14-10-2008. A. I. N° 380) .                                                                                         | 312 |
| ALIMENTOS. Incumplimiento del deber alimentario/ PATRIA POTESTAD. Régimen de visitas. Violación de la patria potestad. Régimen de convivencia. (Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 27-04-2009. A. I. N° 146) .                                                                                        | 317 |
| MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA. Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención. MAGISTRADOS. Facultades del magistrado / JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA./INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. (Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 20-07-2009. A. I. N° 272) .                                             | 321 |
| CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. ALIMENTOS. Procedimiento/MENORES. Medidas cautelares en menores/ PATRIA POTESTAD. Derechos y obligaciones inherentes de la patria potestad. Régimen de convivencia. (Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 29-07-2009. "L.A.A. s/ Guarda Provisoria" (A. I. N° 294) .         | 328 |
| MENORES. Restitución de menores. (Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 24-08-2009. Ac. y Sent. N° 175) .                                                                                                                                                                                                | 333 |
| ALIMENTOS. Prescripción liberatoria. Proceso. Diferencia entre cuotas alimentarias y pensiones. Pensiones alimentarias. Proceso. Cuotas alimentarias. Notificación de la demanda/ JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Competencia. (Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 26-08-2009. Ac. y Sent. N° 185) . | 336 |
| PATRIA POTESTAD. Régimen de convivencia. Inclinationes sexuales de los padres. Costumbres de los padres. (Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 28-08-2009. Ac. y Sent. N° 193) .                                                                                                                        | 340 |

## **TRIBUNAL DE APELACION EN LO LABORAL**

|                                                                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CONRATO DE TRABAJO. Ruptura del contrato de trabajo. Retiro justificado. Relación laboral. Prueba del contrato de trabajo. (Trib. Apel. Del Trabajo Primera Sala 22-04-2009. Ac. y Sent. N° 27) .              | 349 |
| CONTRATO DE TRABAJO. Despido. (Trib. Apel. Del Trabajo Primera Sala 16-06-2009. Ac. y Sent. N° 39) .                                                                                                           | 355 |
| SUMARIO ADMINISTRATIVO. Resoluciones en el sumario administrativo. Facultades del juez instructor. Procedimiento. Plazo. Procedimiento. (Trib. Apel. Del Trabajo Segunda Sala 12-03-2009. Ac. y Sent. N° 21) . | 358 |

## INDICE TEMÁTICO

**ABOGADO** p.162

**ACCION DE AMPARO** p.224, 225

Derechos y garantías protegidos por la acción de amparo p.224, 225

**ACUSACION** p.171

Interpretación p.171

**ALIMENTOS** p.317, 328, 336

Cuotas alimentarias p. 336

Diferencia entre cuotas alimentarias y pensiones p. 336

Notificación de la demanda p. 336

Pensiones alimentarias. Proceso p. 336

Prescripción liberatoria p. 336

Procedimiento.p.328

Incumplimiento del deber alimentario p.317

Proceso p.336

**BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO** p.249

**CADUCIDAD DE INSTANCIA** p.93, 94, 193, 312, 328

Elemento intencional p.93

Interes.p.93

Notificación en la caducidad de instancia p.93

Objetivo.p.93

Procedencia de la caducidad de instancia p.93

Procedimiento p.94

Recurribilidad p.193

**CONSEJO DE LA MAGISTRATURA** p.100

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY** p.53, 54, 67, 68, 69, 70, 98, 99, 100, 169

Control constitucional p.68

Garantías procesales p.169

Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia p.53, 54, 68, 69, 98, 99, 100

Interpretación constitucional p.67, 68, 70

**CONTRATO DE SUMINISTRO** p.236

Características p.236

**CONTRATO DE TRABAJO** p.349, 355

Despido p.355

Prueba del contrato de trabajo.p.349

Relación laboral p.349

Retiro justificado p.349

Ruptura del contrato de trabajo p.349

**DAÑOS Y PERJUICIOS** p.83, 84, 85, 217, 218

Chance p.84

Culpa p.217

Daño emergente p.217

Daño moral p.84, 218

Ejercicio de la acción penal p.218

Indemnización por daños y perjuicios p.84, 85

Intereses p.84, 85

Lucro cesante p.217

Prueba de daños y perjuicios p.218

Responsabilidad extracontractual p.83

Responsabilidad objetiva p.217

**DESALOJO** p.292  
Derecho de posesión o dominio p.292

**DIFAMACION** p.161  
Honor p.161

**DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS** p.249  
Modificación de superficie de inmueble p.249  
Procedimiento p.249

**DIVORCIO** p.260, 261, 275, 276  
Efectos del divorcio p.261, 275, 276  
Inscripción en el Registro de Estado Civil p.276  
Principios generales p.260

**DIVORCIO A PETICION DE UNA DE LAS PARTES** p.246  
Allanamiento p.246

**DOLO** p.161

**ESCRITURA PÚBLICA** p.248, 249  
Nulidad de escrituras p.248  
Protocolo p.249

**EXCEPCION DE INCOMPETENCIA** p.237

**EXCEPCION DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO** p.204

**FIANZA** p.279  
Alcance p.279  
Plazo de la fianza p.279

**HABEAS CORPUS** p.137  
Habeas Corpus Reparador p.137

**HABEAS DATA** p.83  
Efectos p.83  
Procedimiento p.83

**HIPOTECA** p.300  
Cancelaciones de inscripciones hipotecarias p.300  
Ejecución de la hipoteca p.300

**INFORMACION PRIVADA** p.83, 84  
Deberes y Obligaciones de la empresa p.83, 84

**INSTRUMENTOS PUBLICOS** p.300  
Uso de documentos públicos de contenido falso p.300

**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO** p.224, 225, 322

**JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA** p.322, 337  
Competencia p.337

**JUEZ PENAL** p.170  
Facultades p.170.

**JUICIO ARBITRAL** p.236, 237  
Ejecución del laudo arbitral p.237  
Laudo arbitral p.236, 237  
Nulidad del laudo arbitral p.237

**JUICIO POLITICO** p.54, 101

**LEGITIMACION** p.213

**MAGISTRADO** p.53, 54, 68, 69, 100, 188, 322  
Confirmación de magistrado p.53, 54, 68, 69, 100  
Facultades del magistrado p.188, 322

**MANDATO** p.161  
Impedimentos constitucionales p.161

**MARCA DE FÁBRICA** p.272

Marca idéntica o muy semejante p.272

Nulidad de marca de fábrica p.

**MATRIMONIO** p.261, 262

Impedimento para contraer matrimonio p.261, 262

**MENORES** p.225, 312, 313, 328, 333

Alimentos provisorios p.312

Asistencia alimenticia p.312

Ejecución de la resolución p 312

Medidas cautelares en menores p.312, 313, 328

Restitución de menores p.333

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA** p.321, 322

Defensor de la Niñez y Adolescencia p.321, 322

Intervención p.321, 322

**MINISTERIO PÚBLICO** p.170, 171

Carga de la prueba p.171

Funciones de los agentes fiscales p.170

**MONEDA EXTRANJERA** p.295

**OBLIGACIONES A PLAZO** p.295

**PATRIA POTESTAD** p.317, 318, 328, 340, 341

Costumbres de los padres p.341

Derechos y obligaciones inherentes de la patria potestad p.328

Inclinaciones sexuales de los padres p.341

Régimen de convivencia p.318, 328, 340, 371

Régimen de visitas p.317, 318

Violación de la patria potestad p.318

**PODER JUDICIAL** p.53, 54, 101, 162

Cargos de Confianza p.101

Corte Suprema de Justicia p.53, 54, 101

Facultades p.101

Independencia de otros poderes p.162

Reconducción tácita p.54

**PODER LEGISLATIVO** p.101, 161, 162

Cámara de Senadores p.101

Facultades p.101

Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo p.161, 162

**PRESCRIPCIÓN** p.100, 203

Excepción de prescripción p.203

Plazo aplicable para la prescripción p.100

**PRESUNCION DE FALLECIMIENTO** p.188

Prueba p.188

Requisitos p.188

**PRISION PREVENTIVA** p.137

**PROCESO PENAL** p.170

Hechos en la sentencia p.170

Principio de congruencia p.170

Sistema acusatorio p.170

**PROCESO** p.94

Impulso procesal p.94

**PRUEBA DE PERITOS** p.300  
Pericia caligráfica p.300  
Objeción p.300

**RECURSO DE ACLARATORIA** p.284  
Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria p.284

**RECURSO DE APELACION** p.151, 225  
Agravios p.151  
Forma de interponer el recurso de apelación p.225

**RECURSO DE NULIDAD** p.306

**RECURSO DE QUEJA** p.202  
Procedencia del recurso de queja p.202  
Requisitos p.202

**RECURSO DE REVISION** p.202  
Revisión de providencia de mero trámite p.202

**REGULACION DE HONORARIOS** p.198, 207, 208  
Base del cálculo para la regulación de honorarios p.207, 208  
Negociaciones p.198  
Sociedades p.207, 208

**SENTENCIA DECLARATIVA** p.67, 68, 99, 100  
Declaración de certeza constitucional p. 67, 68, 99, 100

**SENTENCIA** p.170, 179, 204  
Incongruencia p.204  
Principios generales p.170  
Sentencia absolutoria p.179  
Sobreseimiento definitivo p.179.  
Sobreseimiento provisorio p.179  
Vicios de la sentencia p.204

**SERVICIO NACIONAL DE CATASTRO** p.249  
Finalidad p.249  
Padrón p.249

**SUCESIÓN** p.213, 214  
Petición de herencia p. 213, 214

**SUMARIO ADMINISTRATIVO** p.358, 359  
Facultades del juez instructor p.359  
Plazo p.359  
Procedimiento p.359  
Resoluciones en el sumario administrativo p.358

**TARJETA DE CREDITO** p.255, 256  
Contrato para utilización de créditos p.256  
Ejecución de la deuda p.255, 256

**TEORIA DE LA IMPREVISIÓN** p.295

**TESTAMENTO** p.305, 306  
Identidad del testador p.305  
Lectura a testador y testigos p.305  
Nulidad de testamento p.305, 306  
Procedimiento p.306  
Validez p.305

**TRATADO DE MONTEVIDEO** p.261, 262

**USUCAPIÓN** p.285, 286  
Cosas perdidas o robadas p.285  
Usucapión de cosas muebles p.285, 286

## INDICE POR TRIBUNALES

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

#### **Sala Constitucional**

- 28.06.07 “Acción de Inconstitucionalidad: “Contra art. 19 de la Ley N° 609/95 y las resoluciones dictadas en su consecuencia” (Ac. y Sent. N° 557) p.54
- 23.02.09 “José Raúl Torres Kirmser s/ Acción de Declaración de Certeza Constitucional. (Ac. y Sent. N° 37) p.70
- 09.06.09 “Miguel Oscar Bajac Albertini s/ Declaración de Certeza Constitucional” (Ac. y Sent. N° 443) p.101

#### **Sala Civil y Comercial**

- 13.04.09 “Emilia Aguilera Vda. De Villalba c. Informconf S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 241) p.85
- 03.06.09 “Nilva Maria Kuerter y Vinito Kuerter c/ Diego Pizziolo y otros. (Ac. y Sent. N° 404) p 94

#### **Sala Penal**

- 26.06.09 “Habeas Corpus Reparador presentado por la Sra. Martha Beatriz Talavera Spinzi de Montanaro bajo patrocinio del Abog. Eduardo González a favor del SR. Sabino Augusto Montanaro” (Ac. y Sent. N° 485) p.138

### **TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL**

#### **Segunda Sala**

- 09-03-09. “Osvaldo Vázquez Lesmo y Richard René Martínez Rojas s/ Homicidio Doloso” (A. y S. N° 4) p.171
- 21-04-09. “Maria Luisa Flecha Ayala y otros s/ Producción de documentos no auténticos y otros” (Ac. y Sent. N° 20) p.151
- 10-06-09. “Mario Héctor Pastore Bareiro s/ Apropiación y otro” (A. I. N° 113) p 179

#### **Cuarta Sala**

- 16-07-04. “Diego Abente Brun s/ Calumnia, Difamación e injuria” (Ac. y Sent. N° 50) p.163

### **TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL**

#### **Primera Sala**

- 12-03-09. “Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios c/ Pedro Nolasco Cárdenas Fleitas s/ Preparación de Acción Ejecutiva” (A. I. N° 78) p.193
- 06-04-09. “Regulación de honorarios profesionales del Abog. Luis Gauto Tani y Juan O. Modiga en SMB c/ IPS s/ cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes” (A. I. N° 133) p.198
- 03-04-09. “Queja por recursos denegados interpuestas por al abog. Maria Teresa Nunes en “Martha Johanna Meza González c/ Nidia Augusta Prieto Vda. De Álvarez s/ Cobro de Guaraníes” (A. I. N° 148) p.202
- 21-04-09. “Antonio Bareiro Almada c. Selva Margarita Bobadilla Gaona s/ Demanda Ordinaria Lesión” (A. I. N° 176) p.204
- 03-06-09. “Regulación de Honorarios Profesionales del Abog. Eugenio Jiménez R. en: Leopoldo mérico Seifart Spinzi c/ Sociedad Anónima s/ Nulidad de Asamblea” (A. I. N° 279) p.208
- 12-03-09. “Juan Carmelo Rojas c. Lucía Collarte s/ Petición de Herencia” (Ac. y Sent. N° 10) p.214
- 17-04-09. Ricarda Agüero Vda. de Samudio c. Leda M. Fretes de Insfrán s/ Indemnización de Daños y Perjuicios. (Ac. y Sent. N° 16) p.218
- 13-05-09. R. D. O. y otra por sus hijos menores c/ Colegio San Jose s/ Amparo. (Ac. y Sent. N° 20) p.225
- 22-06-09. “Virginia Cáceres s/ Presunción de Fallecimiento” (Ac. y Sent. N° 26) p.188

## **Segunda Sala**

- 04-02-09. Ministerio de Agricultura y Ganadería y Procuraduría General de la República c/ GRUPANOR CERCAMPO S.A. s/ Nulidad de Cláusula contractual y Laudo Arbitral. (A.I. N° 6) p.237
- 21-04-2009. “H. F. c. P. A. F. S s/ Divorcio a Petición de una sola parte” (Ac. y Sent. N° 16) p.246
- 20-05-09. El Estado Paraguayo c. Victorino Fuertes y otra s/ Nulidad de Acto Jurídico. (Ac. y Sent. N° 44) p.249
- 27-05-09.INTERBANCO S.A. c. Hugo Pedro Paredes s. Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo. (Ac. y Sent. N° 46) p.256
- 09-06-09.Pedro Elias Anciux s/ Sucesión. (Ac. y Sent. N° 49) p.262
- 18-06-09.Raimundo Daniel Mañotti Venninger c. Said Ibrahim jebahi s/ Nulidad de Registro de Marcas. (Ac. y Sent. N° 52) p.272

## **Tercera Sala**

- 06-02-09.Queja por apelación denegada interpuesta por el Abog. Fernando E. Cubas Cáceres en los autos: I. H. E. M. F. s/ Sucesión. (Ac. y Sent. N° 1) p.276
- 09-02-09.Nélida Matilde Bareiro de Cosp c. Edgar Cubilla Sanabria s. Cobro de Alquileres. (Ac. y Sent. N° 3) p.279
- 11-02-09.Ana Sully Rodríguez Ferreira c. Comando Logístico (Dirección del Servicio de Intendencia del ejército) s. Cumplimiento de contrato de compraventa, indemnización de daños. (Ac. Y Sent. N° 4) p.284
- 16-02-09.Alberto Giles Agro Exportadoras S.A. c/ CREDICAR S.A. s/ Usucapión de bien mueble registrable. (Ac. y Sent. N° 7) p.286
- 08-06-09.CITIBANK N.A. Sucursal Paraguay c/ Tomas Britos Rojas y otros s/ Desalojo. (Ac. y Sent. N° 54) p.292

## **Quinta Sala**

- 10-03-09. “Fertiagro S.R.L. Grenno y Norma Escobar de Grenno c. Banco Oriental del República del Uruguay” (Ac. y Sent. N° 13) p.295
- 30-04-09. “Muu Dan Chan Gou c. p.Ye Chen Chin Che y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (Ac. y Sent. N° 41) p 300
- 16-06-09. “Hortensia Giménez y/o Hortensia Jiménez de Bruchardt s/ Sucesión” (A. y S. N° 72) p.306

## **TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

- 14-10-08. “M.A.O.B s/ Ofrecimiento de asistencia alimenticia” (A. I. N° 380) p.313
- 27-04-09. “S.A.B.F s/ Régimen de Convivencia” (A. I. N° 146) p.318
- 20-07-09. “I.A.G. s/ Guarda” (A. I. N° 272) p.322
- 29-07-09. “L.A.A. s/ Guarda Provisoria” (A. I. N° 294) p.329
- 24-08-09. “F.B.U.L s/ Restitución” (Ac. y Sent. N° 175) p.333
- 26-08-09. “A.M.O.R s/ Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 185) p.337
- 28-08-09. “J.Y.A. y otra s/ Régimen de Convivencia” (Ac. y Sent. N° 193) p.341

## **TRIBUNAL DE APELACION EN LO LABORAL**

### **Primera Sala**

- 22-04-09. “Yama del Paraguay SRL c/ Maria Julia Charoti de Bernal s/ Pago por consignación y retiro injustificado” (Ac. y Sent. N° 27) p.349
- 16-06-09. “Jorge Delvalle Moura s/ Reposición en el empleo y cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 39) p.355

### **Segunda Sala**

- 12-03-09. “Firma Pofi Import Export SRL s/ Resolución N° 191 de fecha 4 de abril de 2008, dictada por el Viceministerio de Trabajo y Seguridad Social”(Ac. y Sent. N° 21) p.359

# DOCTRINA

## “TENDENCIAS ACTUALES DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”

*Jorge Carpizo\**

**SUMARIO:**

- I Introducción
- II Contenido material de la democracia
- III Propuesta de cinco claves
- IV Algunos de los principales retos de la democracia en América Latina
- V Tres décadas de nuevas tendencias constitucionales
- VI. Algunos aspectos actuales de la democracia latinoamericana

### *I. Introducción*

En este ensayo examino una vez más las tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano y los acontecimientos de los últimos años en nuestra región, que afectan directamente el desarrollo de la democracia en los diversos países de nuestra América Latina, ya sean para bien o para mal.

La exposición, realizada en este trabajo, es de carácter general; otorga una visión panorámica sobre la democracia y las nuevas tendencias en la parte latina del continente americano.

Divido el ensayo en cuatro grandes apartados, a saber: 1. Un repaso breve del contenido material de la democracia; persigo que esos elementos fundamenten una propuesta para valorar la democracia en América Latina. 2. La exposición de algunos de los principales retos de la democracia en la región. 3. Un repaso sintético a las principales tendencias constitucionales en Latinoamérica en las tres últimas décadas: 1978-2008, y 4. Una reflexión sobre algunos de los nuevos aspectos de nuestras democracias, con sus claroscuros; es decir, con sus aspectos positivos y los preocupantes.

### *II. Contenido material de la democracia*

1. La democracia es fenómeno dinámico y expansivo. Las sociedades actuales se desarrollan a velocidad nunca antes vista, los avances científicos y tecnológicos benefician grandemente y presentan nuevos peligros a las libertades. Problemas que realmente no lo eran unas cuantas décadas o años atrás, ahora hay que enfrentarlos y resolverlos, cuidando el respeto a los derechos de las personas.

\* Investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas donde se desempeñó como su Director. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Los sistemas democráticos, para hacer frente a nuevas realidades, tienen que legislar y precisar cuestiones novedosas, o que no presentaban mayores dificultades con anterioridad, pero que se convirtieron en peligros potenciales para la propia democracia y las libertades de las personas. Los derechos humanos poseen fuerza expansiva, la democracia goza de esa misma característica y es natural, porque no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y éstos realmente sólo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático. Así como el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirmó que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”, exactamente lo mismo se puede repetir, sustituyendo el concepto de Constitución por el de democracia; al final de cuentas los conceptos de Constitución, orden jurídico, democracia y Estado de Derecho se imbrican y se encuentran estrechamente relacionados entre sí, en virtud de que una Constitución y un Estado de Derecho que no son democráticos no son tales, sino instrumentos de opresión.

2. Se puede definir a la democracia como el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente (1).

En la definición se encuentran los elementos básicos, o núcleo duro, que constituyen una democracia. No obstante, existen otros y los primeros están estrechamente relacionados con los segundos. En una explicación de los alcances del sistema democrático debe hacerse referencia a los más de ambos, y es a lo que me avoco.

3. Orden jurídico, Constitución y Estado de Derecho se dan en una democracia, o no son realmente tales.

La democracia presupone un orden jurídico, una Constitución y un Estado de Derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

4. El sufragio universal significa que no puede haber exclusiones en el derecho de voto por razones de sexo, raza, religión, educación o renta. Las exclusiones se refieren fundamentalmente a menores de edad e incapacitados mentales. 5. El voto debe ser libre y secreto, sin coacción alguna. Las elecciones deben ser imparciales, objetivas y equitativas. En este aspecto se incluyen temas como la financiación de las elecciones, gastos máximos, topes a las contribuciones privadas, equidad en los tiempos disponibles en los medios electrónicos de comunicación, prohibición de prácticas desleales de autoridades, partidos políticos y candidatos.

6. Las elecciones deben realizarse periódicamente, en los plazos que señala la Constitución o la ley. Nadie debe perpetuarse en el poder; la alternancia se encuentra en la esencia de la propia democracia.

7. La democracia actual es de partidos políticos que son organizaciones de interés público para principalmente agrupar individuos y colaborar en el proceso de las elecciones, seleccionando candidatos, precisando un programa electoral y organizando o auxiliando a sus candidatos en la campaña electoral, así como asumiendo labores de educación cívica.

La democracia no es concebible con la existencia de un solo partido político o de varios, pero en donde únicamente uno tiene posibilidades de obtener el triunfo electoral. 8.

La minoría o minorías políticas tienen que ser protegidas, son la garantía mínima para la existencia de elecciones periódicas, que los ciudadanos tengan la posibilidad de decidir si se convierten en mayoría gobernante, y que los dirigentes realicen el esfuerzo de cumplir con sus promesas electorales, si no ellos o sus partidos pueden ser castigados por los electores en la siguiente elección. Las minorías políticas se convierten en el verdadero control del poder cuando el gobierno cuenta con mayoría en el órgano legislativo.

9. Elegimos representantes o gobernantes para que integren transitoriamente los órganos del Estado que crea la Constitución y ejerzan las facultades que la misma les otorga, siendo la más importante, la esencial, la defensa y protección de los derechos fundamentales que la propia Constitución garantiza, y los reconocidos por el Estado en los tratados, convenios y pactos internacionales que ha suscrito.

10. Entre los derechos humanos, hay dos que se encuentran en el nacimiento y la base del sistema democrático: la igualdad y la libertad. Se ha especulado cuál de los dos derechos es más importante y cuál fue primero en la concepción democrática; con esa finalidad se suele citar a clásicos griegos. Considero que los dos son igualmente importantes y son gemelos y convergentes, porque bien entendida la democracia, uno no puede subsistir sin el otro.

11. La protección de los derechos de las minorías étnicas, religiosas y sexuales y, en general, en contra de cualquier discriminación, ya sea por razones de género, condiciones de salud, ideológicas o de capacidades diferentes.

12. Cada día existe mayor consenso en que la democracia implica necesariamente calidad de vida. Es lo que se denomina democracia social, justicia social o Estado de bienestar.

La democracia social impulsa una forma de desarrollo humano; éste, de acuerdo con los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es “el aumento de las opciones para que las personas puedan mejorar su vida”. Amartya Sen afirma que desarrollo humano es el proceso de expansión de las libertades reales de las cuales goza un pueblo (2).

13. Otra serie de características de la democracia se refieren a aspectos o cuestiones de naturaleza política, diversos de los del voto. En la democracia el poder tiene que estar distribuido entre varios órganos. Al contrario, en la autocracia, el poder tiende a su concentración.

De lo anterior surge uno de los grandes temas del constitucionalismo: el control del poder para que no se extralimite en sus competencias constitucionales. Controlar al poder es un acto de poder. Diego Valadés lo explica con gran claridad: no es posible controlar al poder desde fuera de él, ni sin poder o en contra suya. Controlar al poder es una manifestación de poder; sus instrumentos son parte del poder y necesariamente tienen que ser de naturaleza bidireccional, si no, el control del poder constituiría a uno de los órganos en poder sin control y así tendería a convertirse -lo que hay que eludir- en poder único, sin contrapeso y, en consecuencia, arbitrario. El control del poder únicamente existe en un sistema democrático constitucional, o sea, dentro de un régimen representativo (3); 14. El control del poder está estrechamente relacionado con la idea de que todo funcionario público es responsable de sus actos, ya que siempre debe actuar dentro del marco constitucional y legal.

En un sistema democrático, la responsabilidad debe abarcar no sólo a los funcionarios públicos. Toda persona poderosa, ya se trate de empresarios, dirigentes sindicales, religiosos o comunicadores, deben estar obligados a rendir cuenta de sus actos. La irresponsabilidad rompe con la idea misma de la igualdad de todos ante la ley. La impunidad destruye la confianza social en el propio sistema.

15. La democracia es sinónimo de laicismo, debido a que es contraria al fanatismo, al dogmatismo, a la superstición, al pensamiento único y a los valores absolutos que son inaccesibles a la razón humana.

Por el contrario, democracia es sinónimo de tolerancia, del derecho a pensar distinto, del examen de todas las doctrinas, de que éstas son iguales y deben tener la posibilidad de persuadir el intelecto y la voluntad humanos. La democracia es pluralismo y derecho a disentir.

En cambio, la autocracia puede ser cristiana, islámica, hinduista o budista. La democracia es laica o no es democracia (4).

16. La democracia es diálogo, discusión y negociación política. El disenso político implica que se está en contra de los gobernantes, no en contra de la forma de gobierno, lo cual es la base misma de la oposición.

La democracia se fundamenta en el derecho, no en el temor.

En la democracia el continuo debate político se convierte en condición para la supervivencia de las instituciones libres (5).

17. En la democracia existe publicidad de los actos de los gobernantes, en contraste con la secrecía de la autocracia.

La democracia implica transparencia en la información, medios de comunicación libres, responsables y comprometidos con la verdad.

18. La democracia se defiende con la fuerza del derecho y con sus propias fortalezas: diálogo, negociación y concertación.

La fuerza armada es recurso último de defensa de la democracia, cuando han fracasado todos los otros medios y no queda otra posibilidad que su utilización para salvaguardar a la propia democracia, a la Constitución y al orden jurídico libremente otorgado por la mayoría de los ciudadanos. El uso de la fuerza armada debe ser únicamente la necesaria para la resolución del problema, o sea, proporcional a la solución, y de acuerdo con los mandatos del orden jurídico. Actos ilícitos o extralegales para defender a la democracia no son admisibles. La fuerza de la democracia es la Constitución y el orden jurídico.

19. La democracia implica la existencia de una moral pública, basada en valores laicos, como son el respeto a la dignidad del otro, la verdad, la honestidad, el ánimo de servicio público.

20. Pues bien, si examinamos mi definición de democracia con cuidado, se puede constatar que todas las características principales que he señalado y que circunscriben a la democracia de nuestros días, se encuentran contenidas explícita o implícitamente en la misma.

Así, la democracia se edifica y preserva con reglas, éstas sólo pueden encontrarse en el orden jurídico, libremente construido por los representantes de los ciudadanos o por éstos mismos dentro de los cauces que señala la Constitución.

Reitero que las mencionadas características se encuentran incluidas en mi definición, en virtud de que éstas se imbrican para construir el edificio de la democracia en un determinado país. Si falta una de ellas, el edificio estará mal cimentado y corre el peligro de desmoronarse.

Cuestión diferente es que cada característica adopte diversas modalidades, de acuerdo con tiempo, lugar y singularidades de la nación.

21. El ejercicio que he realizado de resaltar las características del sistema democrático ha sido efectuado con anterioridad, aunque con diversas perspectivas y enfoques, por varios autores, entre ellos Alf Ross (6) y Robert A. Dahl (7). Mi ejercicio, si algún mérito puede tener, es que trato de ser omnicompreensivo, más amplio y adecuado, a nuestros días. Estoy convencido de que la fuerza expansiva de la democracia proseguirá y, entonces, también mi ejercicio comenzará a ser incompleto.

### *III. Propuesta de cinco claves*

El repaso realizado al contenido material de la democracia conlleva la preocupación de que los constitucionalistas y científicos sociales de América Latina, al analizar si un sistema es democrático o no, o en qué grado lo es, o lo puede ser, nos alejemos de consideraciones ideológicas, de fobias y filias, para no incurrir en errores del pasado.

Por ejemplo, me refiero a todos aquellos demócratas latinoamericanos que defendieron, a capa y espada, los regímenes de Stalin y Mao-Tse-Tung, a pesar de que era obvio que en los mismos no existía respeto alguno para los derechos humanos y que no había oposición política, debido a que los opositores reposaban en los cementerios. Algunos estudiosos expusieron argumentos a favor de esos regímenes incluso hasta los días postreros de aquéllos y, sin embargo, el sol no podía ocultarse con un dedo.

Encuentro que, por diversas causas que no es el caso comentar, la discusión actualmente sobre la democracia en América Latina se haya altamente ideologizada, con un sentido maniqueo. Dicha discusión a menudo levanta una cortina de humo sobre las realidades políticas que impiden un examen objetivo de éstas.

Estoy de acuerdo que es difícil ser objetivo en temas que implican diversas concepciones de la existencia y de lo que ésta debe ser. No obstante, el científico social, para ser realmente tal, debe buscar la objetividad y ayudar con sus análisis a contemplar la realidad sin distorsiones, analizar los problemas y plantear soluciones a los mismos y, en este tema de la democracia, diseñar propuestas para que todos los países de la región puedan gozar de democracias materiales con todo lo que ellas implican.

Para dicho análisis propongo cinco claves en relación con las democracias en América Latina:

Una de carácter formal, que consiste en la celebración de elecciones libres, objetivas, equitativas y periódicas.

Tres de carácter material, a saber:

- a) El respeto y protección de los derechos humanos, primordialmente de los de carácter civil y político;

- b) el papel que juega la oposición, y
- c) la desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos de éste, y

Una última de carácter social, que se refiere a la calidad de vida de los habitantes, tomando en cuenta satisfactores tales como alimentación, educación, protección a la salud, trabajo, vivienda y esparcimiento.

Soy consciente de que esta clave social bien puede quedar incluida en las de carácter material, específicamente en el rubro de los derechos humanos. Sin embargo, la he apartado para darle valor propio y para así resaltar su importancia especial en nuestra región, donde la pobreza y la desigualdad social son enormes y constituyen el reto más importante de nuestros días.

Ignoro si esta propuesta peque de ingenuidad, debido a que en estos asuntos es muy difícil hacer a un lado los aspectos ideológicos y los intereses personales o de grupo, pero hay que intentarlo, con dos finalidades: la primera, de carácter científico: conocer la realidad con veracidad y, la segunda que es la más importante, percatándose de las debilidades del sistema, exponerlas con ánimo constructivo para colaborar a superarlas con los instrumentos que nos son propios, los académicos.

#### ***IV. Algunos de los principales retos de la democracia en América Latina***

1. Me refiero ahora a algunos aspectos de la democracia en América Latina.

Pareciera que tanto la democracia como los gobiernos autoritarios en nuestra región responden a ciclos u olas que abarcan a la mayoría de los países. Hay épocas en que proliferan los gobiernos militares, los dictadores y las autocracias en general; otras, en que prevalece cuando menos la democracia electoral. Es probable que en estos ciclos influyan factores políticos y económicos externos, tales como guerras mundiales, guerra fría, caída de los precios de los principales productos -materias primas- en la región, intervenciones armadas de potencias, apoyos externos a los autócratas, golpes de Estado auspiciados o, al menos, con la simpatía de Estados Unidos. A lo anterior, se unen inquietudes internas resultado de la miseria de amplios sectores sociales y la desigualdad social insultante, amén de factores como, entre otros, efecto dominó o mal ejemplo, solidaridad y apoyos mutuos entre las autocracias, escasez de divisas extranjeras, explosión demográfica, derroches económicos, falta de cultura cívica y marcado desprecio por el Estado de Derecho. Además, no pueden desconocerse las peculiaridades de cada país de la región, ni que esos factores pesen más en unos que en otros.

Dichos factores externos e internos son aprovechados por personas sedientas de poder.

Sea lo que fuere, estos ciclos son un hecho histórico que se puede constatar. A partir del final de la segunda guerra mundial existió una ola democratizadora en la región como consecuencia del triunfo de las potencias aliadas. Sin embargo, a principios de los años cincuenta, encontramos un ciclo de autocracia que incluyó a países como Argentina, Venezuela, Guatemala, Colombia, Cuba, Paraguay y Perú.

A partir de la segunda mitad de los años cincuenta, algunos países regresaron a la democracia; se produjeron varios movimientos de masas con idearios de contenido social.

No obstante, desde la revolución cubana en 1959, en diversos Estados triunfó la doctrina de la seguridad nacional, lo cual implicó la intervención del ejército en la política, como fue el caso de Perú, varios de los países de Centroamérica, Bolivia, Argentina, Uruguay, Brasil, Chile y Ecuador, preservándose a lo largo de los años setenta regímenes civiles no-dictatoriales en Colombia, Costa Rica, México y Venezuela.

A finales de los años setenta paulatinamente comenzaron a restaurarse sistemas constitucionales en República Dominicana, Perú, Ecuador, Argentina, Uruguay y Honduras. Este proceso se aceleró a mediados de la década siguiente y a finales de ella, en que casi todos los países del área calificaban como democracias electorales, ya que los gobiernos eran resultado de elecciones competidas y generalmente objetivas y limpias, aunque en algunos países se presentaron irregularidades de poca monta (8). Muchos de los problemas socioeconómicos han subsistido en casi toda la región, con algunas excepciones como Chile, pero incluso en éste existe alto grado de pobreza y desigualdad social, comparado con Europa occidental.

Las democracias electorales, en términos generales, han sido incapaces de enfrentar con éxito la lucha contra esas dos grandes lacras: pobreza e insultante desigualdad social, lo que aunado al desprestigio de los partidos políticos y de la clase política, a la corrupción y a la impunidad, en varios países a finales del siglo XX y principios de este XXI, se presenta un nuevo ciclo, sobre todo en algunos países de América del Sur que tiende a un hiperpresidencialismo, de lo cual me ocupo más adelante.

2. Un reto formidable para la democracia en los países de la región es su indiferencia, cuando no desprecio, por el Estado de Derecho. Todos quieren que se aplique la ley al vecino pero no a él ni a su familia y amigos cercanos. Sintomático es que Fernando Henrique Cardoso, distinguido sociólogo, quien en alguna época no consideraba con acierto el valor del orden jurídico en la sociedad, y ex-presidente de Brasil, manifiesta que una de las lacras de este continente latino se encuentra en que no se acepta el Estado de Derecho ni la ley; afirmó que es una pelea que se tiene que dar (9). A Cardoso le asiste la razón.

En el Latinobarómetro 2008, en una escala de 1 a 10, ante pregunta concreta sobre si considera que el Estado no logra que se cumpla ninguna ley, el promedio de respuestas en la región fue de: 5.2. La escala máxima la ocupó Uruguay con 6.4 y la mínima Paraguay con 4.4 (10).

El punto es: la democracia de América Latina, en la mayoría de los países, no está consolidada. Preocupa que puedan ocurrir retrocesos incluso en el aspecto electoral, después de que a partir de finales de la década de los ochenta, en general, los procesos electorales han sido limpios.

3. Los Estados mínimos difícilmente podrán conservar las democracias electorales, si no se resuelven otros problemas ingentes, especialmente el de los derechos o la justicia sociales. Para ello, es necesario contar con Estados fuertes. En América Latina, en la época neoliberal, el Estado se ha debilitado y en muchos casos no posee los instrumentos jurídicos y políticos que le permitan, por ejemplo, realizar una reforma fiscal con la finalidad de obtener recursos suficientes para programas sociales, para luchar contra la pobreza y para comenzar una paulatina distribución de la riqueza, así como medidas que refuercen la protección de los derechos humanos y reformen de raíz el sistema de impartición de justicia.

Hoy en día, por lo ya expuesto, la finalidad de la democracia en América Latina debe ser alcanzar mayores niveles de bienestar para grandes sectores de la población, pero también implica, entre otros aspectos: respeto a movimientos sociales, a demandas económicas y democráticas de los trabajadores industriales y agrarios en sus sindicatos, la producción y distribución de bienes de consumo popular, educación superior pública con excelencia académica (11), lucha contra la impunidad y la corrupción.

También el Latinobarómetro 2008 reportó que los encuestados opinaron que las actividades que deben estar mayoritariamente en manos del Estado son, en el orden prioritario en que fueron señaladas: educación básica y primaria (86); salud (85); agua potable (83); universidades (82); pensiones (82); servicios eléctricos (80); petróleo (80); teléfonos (71) y financiamiento a partidos políticos (59) (12).

4. El PNUD recuerda que de 1980 a 2000, el promedio regional del PIB per cápita presentó un avance casi irrelevante, y que de 1998 a 2002 el número de habitantes que se situaba por debajo de la línea de pobreza aumentó (13). Los datos sobre los niveles de desigualdad son increíbles y, en promedio, la reducción es casi imperceptible a pesar del crecimiento del PIB en los últimos años: 2.1 en 2003; 6.1 en 2004; 4.8 en 2005; 5.6 en 2006, 5.7 en 2007 y aproximadamente 4.5 en 2008. En 2007 la tasa de ocupación tuvo un 2.5% de aumento acumulado respecto a 2002. En el mismo año alrededor del 35% de la población se encontraba en situación de pobreza (190 millones) y un 12.7 en pobreza extrema.

En estos aspectos, en la región latinoamericana, con algunas excepciones, no se avanza, lo cual es más que preocupante: pone en peligro a la democracia como estilo de vida y resta apoyos sociales que le son indispensables para sobrevivir, fortalecerse y hacer frente a sus antiguos y nuevos enemigos.

5. Otro aspecto preocupante de la democracia en América Latina es el problema de la corrupción, que todo corroe y contamina. El Latinobarómetro 2002 muestra que la percepción de la sociedad es que la corrupción aumenta año con año. En 2002, la respuesta a la correspondiente pregunta fue afirmativa en el 86%. Al respecto acertadamente se comenta que: “En los años anteriores, los valores oscilaban entre el 80 y 90%. Respecto a ninguna pregunta hay mayor consenso en América Latina.

Es una sensación generalizada, es decir que ella no se confirma por un conocimiento concreto de actos de corrupción. Sólo menos de un tercio de los entrevistados dice que ha sabido, personalmente, de un acto de corrupción. Vale añadir que la gente cree que más de un tercio de los funcionarios públicos son corruptos”.

En el Latinobarómetro 2005, los entrevistados en la región consideraron que, en promedio, el 68% de los funcionarios públicos son corruptos; tal percepción varía según el país, desde el 82% en Ecuador hasta el 41% en Uruguay. En 2008, ese promedio fue de 68.6%; desde 80.5% en Honduras hasta 45.6% en Uruguay. Fijémonos que el porcentaje aumentó en este último país.

En relación con la eficacia en la lucha contra la corrupción sólo dos países sobresalen: Uruguay y Chile, aunque en Colombia y Venezuela, el 40% de los ciudadanos expresaron que se está progresando en la mencionada lucha.

Empero, estos datos pesimistas encuentran una pequeña brecha de luz: a) en promedio, en la región latinoamericana, se pasó de 26% de los ciudadanos en 2004 a 30%

en 2005 y a 38% en 2008 en la percepción de que se avanza en la lucha contra la corrupción, y b) las personas que aseguraron que han conocido la realización de un acto de corrupción disminuyó de 26% en 2001 a 20% en 2005 y a 15% en 2008 (14).

6. La concepción democrática no se encuentra completamente arraigada en América Latina. El Latinobarómetro 2002 contuvo entre sus preguntas las dos siguientes: Si usted tuviera que elegir entre la democracia y el desarrollo económico ¿cuál diría usted que es más importante? y, ¿en general, diría usted que está muy satisfecho, más bien satisfecho o nada satisfecho con el funcionamiento de la democracia en (su país)?

A la primera pregunta el 52% respondió que el desarrollo es lo más importante, el 25% que la democracia y, el 17% que ambos por igual. En 2008 el 53% respondió afirmativamente a la pregunta de que no le importaría que un gobierno no democrático llegara al poder si pudiera resolver los problemas económicos (15).

A la segunda pregunta, el 27% contestó que se encontraba satisfecho con la democracia, el 60% que insatisfecho y el 8% que no sabía o se calló.

En 2003, a esta última pregunta, el 29% contestó que estaba satisfecho con la democracia; en 2004, ese porcentaje no varió; en 2005 aumentó a 31% de los ciudadanos entrevistados.

En 2003, el 66% contestó que estaba insatisfecho con la democracia; en 2004, el tanto por ciento disminuyó a 65; en 2005 a 61. A su vez, en 2003, el 6% respondió que no sabía o se calló si estaba satisfecho o no con la democracia; en 2004, ese porcentaje aumentó a 7%, y en 2005 a 8% (16).

En 2008, el 37% contestó que estaba contento con la democracia, pero ya no se señaló el porcentaje de los insatisfechos ni de los que no saben o se callaron. En cambio, el apoyo a la democracia fue del 57%. Contrasta con este otro dato: el 70% consideró que se gobernaba en beneficio de unos cuantos grupos poderosos, y sólo el 23% afirmó que se gobernaba para el bien de todo el pueblo.

Los datos anteriores son preocupantes, no me agradan, pero los entiendo. Si no se puede ofrecer un nivel digno de existencia a la familia, se prefiere el desarrollo y no la democracia. Considero que en América Latina es claro que desarrollo socioeconómico y democracia tienen que ir de la mano y viceversa. Si no ocurre así, ningún sistema democrático tiene asegurada la estabilidad y la gobernabilidad.

En el Latinobarómetro 2008, se introdujo una nueva pregunta: ¿Piensa usted que en su país la democracia funciona mejor o igual o peor que en el resto de América Latina? El 44% contestó que igual; el 23% que peor y el 21% que mejor (17).

Asimismo, Chile es el país en donde funciona mejor la democracia (44%), seguido por Uruguay (43%) y Costa Rica (42%).

7. Ahora bien, un dato consignado en el Latinobarómetro 2008, y que indudablemente es importante: en el año 1997, un 41% de los latinoamericanos manifestó que era feliz. En 2001 ese porcentaje, aumentó a 68%, y en el año 2006, al 72%, entonces se estaba en pleno crecimiento y desarrollo. No obstante, en 2008, ese porcentaje bajó a 66%, por el impacto de la inflación y el comienzo de la crisis económica. Habrá qué ver que sucede en 2009 con el estallido de la actual crisis económica global.

La satisfacción de vida, otro indicador de bienestar, aumentó de 65%, en el año 2002, a 71%, en 2008, lo cual puede deberse a que en países de bajos ingresos, incluso

pequeños aumentos en la calidad de vida pueden producir percepciones de bienestar y aumento de felicidad (18).

### ***V. Tres décadas de nuevas tendencias constitucionales***

1. Después de la segunda guerra mundial, varios de los más importantes países de Europa occidental y continental incorporaron en sus Constituciones, nuevas o revisadas, instituciones para proteger con eficacia los derechos humanos y para asegurar el sistema democrático. Fue una ola constitucional en Europa de especial trascendencia, después de la catástrofe del fascismo, de la conflagración armada y de la victoria de la democracia. En ese sentido, las Constituciones de Alemania Federal e Italia se distinguieron; posteriormente, la de Francia.

En esos años posteriores a la segunda guerra mundial, España y Portugal estaban gobernados por dictadores, y muy rezagados en cuanto a instituciones democráticas. Cuando ambos países regresaron al régimen constitucional y promulgaron sus leyes constitucionales, éstas, a su vez, incorporaron las nuevas instituciones de esa gran corriente constitucionalista; puede afirmarse que constituyen una síntesis de esa ola democrática.

América Latina para fortalecer sus instituciones democráticas volvió los ojos, principalmente a partir de 1980 hacia España, Portugal, Francia e Italia, según el respectivo país de la región. Es decir, se dio un vuelco constitucional: después de la independencia de los países de la región, los constituyentes se habían inspirado en el pensamiento francés e inglés, pero las Constituciones que más habían influido en la redacción de los documentos constitucionales latinoamericanos habían sido, en primer lugar, la norteamericana de 1787; en segundo, la española de 1812 y, en tercero, el incipiente desarrollo constitucional en los otros países latinoamericanos. Lo nuevo fue que los constituyentes de América Latina se inspiraron en primerísimo lugar en la Europa democrática y continental.

La nueva Constitución de Portugal se expidió en 1976 y la de España dos años después. Ambas recogieron las nuevas instituciones postsegunda guerra mundial.

En América Latina, a finales de los años setenta, los países fueron regresando a la elección libre de sus gobernantes. El retorno al sistema democrático se caracterizó con la promulgación de nuevas Constituciones, o revisiones generales de las antiguas. La casi coincidencia cronológica con la Constitución Española de 1978 sirvió para que ésta inspirara en diversos países de América Latina, en forma señalada, lo relativo a las instituciones de la segunda post guerra, lo cual ha sido bien documentado (19).

2. Digamos en forma panorámica cuáles son las principales instituciones aludidas; es decir, no es una lista exhaustiva, y qué países las han aceptado, aunque con modalidades diversas. Es imposible hacer alusión a los antecedentes latinoamericanos de esas instituciones antes del periodo 1978-2008. Como excepción hago referencia únicamente a algunas.

Respecto a la jurisdicción, justicia constitucional o Derecho Procesal Constitucional, como ahora se denomina por varios autores, se han creado tribunales o cortes especializadas en esta materia, aunque en algunos casos el nuevo sistema subsistió con el “americano”. Esta corriente comenzó en Guatemala, con la Constitución de 1965 y la

Corte de Constitucionalidad, cuya efectividad fue casi inexistente, en virtud de que resolvió sólo un recurso en cuanto al fondo. El siguiente país que creó un órgano de esa naturaleza fue Chile en 1970, lo suprimió en 1973 y lo restableció en 1980; su funcionamiento no gozó, obviamente, de independencia durante la dictadura militar.

Ecuador estableció, en 1945, un Tribunal de Garantías Constitucionales, pero la decisión última correspondía al poder legislativo; en 1978, creó un Tribunal con igual denominación, pero sin facultades decisorias. En su Constitución, expedida veinte años después, estructuró un verdadero Tribunal Constitucional. En Perú, en 1980, se estableció un tribunal de carácter constitucional cuya competencia fue para resolver en última instancia las acciones de habeas corpus y de amparo, así como las acciones de inconstitucionalidad; de estas últimas conoció poco, debido a que funcionó durante corto tiempo.

La ola democratizadora, de mediados de los años ochenta, continuó, impulsó y fortaleció la creación de esos órganos constitucionales. En 1985 Guatemala restableció la Corte de Constitucionalidad, con facultades más amplias que su antecesora.

Asimismo, se establecieron salas constitucionales autónomas dentro de las cortes o tribunales supremos en El Salvador en 1983, reformada en 1991; en Costa Rica en 1989; en Paraguay en 1992; en Nicaragua en 1995, aunque las principales facultades corresponden al pleno de la Corte; en Venezuela en 1999; en Honduras en 2001 (20).

3. El habeas data es el instrumento que “procede para lograr el conocimiento de informaciones relativas al promovente y que consten en registros o bancos de datos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificación de datos cuando el afectado prefiera no hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto proteger a la persona contra posibles afectaciones realizadas por medio de la información electrónica, que se ha extendido de manera extraordinaria en nuestra época” (21).

Incorporan el habeas data en sus Constituciones: Brasil en 1988, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Ecuador en 1998, Bolivia en 2004.

Algunas Constituciones han creado novedosos instrumentos procesales de protección de derechos, como el mandado de seguridad colectivo en Brasil, o la acción de cumplimiento en Perú, pero aún se trata de casos aislados.

4. El ombudsman es la institución sueca que se desarrolló a partir de 1809, la cual fue recogida por las Constituciones de Portugal como Promotor de la Justicia y de España como Defensor del Pueblo, denominación esta última con la cual se ha incorporado a varias leyes fundamentales de América Latina, región en la que se pueden encontrar algunos antecedentes; pero la primera Constitución que la admitió con sus características propias, se encuentra en el mencionado Código Fundamental de Guatemala de 1985; con posterioridad fue aceptada por los órdenes jurídicos de México en 1990, aunque se le incluyó en la Constitución hasta 1992 (22); de El Salvador en 1991; de Colombia en ese mismo año; de Paraguay y Costa Rica en 1992; de Perú en 1993; de Argentina a nivel federal en 1993 y 1994, porque con anterioridad varias provincias ya contaban con él; de Bolivia y Honduras en el último año señalado; de Nicaragua en 1995; de Ecuador en 1996; de Venezuela en 1999.

Además, existen varios ombudsmen a nivel local y municipal, y otros no creados a nivel constitucional como el Defensor de los Habitantes de Costa Rica, en 1992.

5. Se tiende a la autonomía técnica del ministerio público o fiscal, desligándolo por completo de la subordinación tradicional que ha tenido respecto al poder ejecutivo.

Debo apuntar que en América Latina el ministerio público se encuentra, aunque sea formalmente, como parte del poder judicial en Colombia, Paraguay, El Salvador, Perú y en las provincias argentinas, salvo una; que la autonomía técnica es todavía más un postulado constitucional que una realidad.

En Ecuador se dice que la fiscalía general del Estado es órgano autónomo de la función judicial que goza de autonomía administrativa, económica y financiera.

6. El equilibrio entre los poderes ejecutivo y legislativo. Con este propósito se introducen instituciones novedosas.

En América Latina, en 15 Constituciones se encuentra la figura de la interpelación: Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En Argentina sólo respecto al jefe de gabinete.

De acuerdo con el artículo 165 de la Constitución de El Salvador, si un ministro, un encargado del despacho o un presidente de institución oficial autónoma no concurre a la Asamblea Legislativa a contestar las interpelaciones que se le hicieren, por ese solo hecho, si no existe causa justa, queda depuesto de su cargo.

7. Elementos parlamentarios se presentan en varios países de la región. Existe la posibilidad de voto de confianza en Perú (artículo 130) y Uruguay (artículos 174 y 175), aunque en la realidad no suele operar.

8. La institución de la censura se encuentra en 12 países de América Latina: Argentina (artículo 101), Bolivia (159.18), Colombia (artículo 135, fracciones 8 y 9), Costa Rica (artículo 121.24), Ecuador (artículo 131), El Salvador (artículo 165), Guatemala (artículo 167), Panamá (artículo 161.7), Paraguay (artículo 194), Perú (artículo 132), Uruguay (artículos 147 y 148) y Venezuela (artículos 240 y 246).

En 6 países el efecto jurídico de la censura es la renuncia, en otros tantos se encuentra sujeta a la decisión del presidente de la República, con modalidades diversas.

Veamos algunos ejemplos. En Costa Rica, la Asamblea Legislativa puede “por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios (ministros) cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos”.

Nótese que para dicha “censura” se exige una votación calificada, lo que protege a los ministros; que las causas son más de carácter penal que político; que la Asamblea goza de un amplio margen de discrecionalidad “a su juicio”, y no se especifica nada más, tampoco un procedimiento, pero lo más importante, es que la censura no implica la renuncia del ministro, sobre la que el presidente de la República decide libremente.

Las Constituciones de Bolivia de 1878 y 1967 también dejaban los efectos de la censura al criterio del presidente de la República.

Ahora bien, no puede negarse que, aun en estos casos, la censura puede ser importante y tiene efectos políticos de relevancia, ya que el presidente puede verse presionado por la opinión pública y ante la necesidad de preservar buenas relaciones con el

Congreso. No obstante, la decisión última de la permanencia del ministro queda en manos del titular del Poder Ejecutivo.

En Guatemala, si el congreso emite un voto de falta de confianza a un ministro, cuando menos por la mayoría absoluta del total de los diputados, el ministro debe renunciar de inmediato. Empero, si se satisfacen algunos requisitos, el ministro puede recurrir la falta de confianza y, después de escucharlo, el congreso vuelve a votar, y para ratificar dicha falta de confianza, se necesita la votación aprobatoria de las dos terceras partes del total de los diputados que integran el congreso. Si se ratifica el voto de falta de confianza, el ministro se tiene que separar del cargo de inmediato. En cada caso, el voto de falta de confianza no puede exceder de cuatro ministros.

La Constitución de Argentina, reformada profundamente en 1994, creó la figura de jefe de gabinete, quien es nombrado y removido por el presidente de la República, pero quien es políticamente responsable ante el congreso, que lo puede remover de su cargo por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, sin necesidad de expresar causa. No obstante, los demás ministros no son responsables ante el congreso. En la realidad, el jefe de gabinete es un representante del presidente de la República y un “fusible”, si surgen enfrentamientos graves entre los poderes políticos.

Existe un órgano similar al gabinete en Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela que recibe la denominación de “Consejo de Ministros”. En Panamá tiene la nomenclatura de “Consejo de gabinete”.

En algunos pocos países sudamericanos desde las primeras décadas del siglo XIX se introdujeron matices parlamentarios.

7. En América Latina, debido principalmente a la influencia francesa de la Constitución de 1958, se ha venido aceptando que si en la votación presidencial, ninguno de los candidatos obtiene el 50, 45 o 40% de los votos, se realiza una segunda vuelta electoral, generalmente entre los dos candidatos que obtuvieron los mayores porcentajes del sufragio.

Actualmente, regulan la segunda vuelta las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Uruguay.

El artículo 77.3 de Brasil regula lo que se puede denominar la segunda vuelta “clásica”: si ninguno de los candidatos obtiene mayoría absoluta en la primera votación, se realiza una segunda, en la cual participan los dos candidatos más votados, y se elige como presidente aquel que obtenga la mayoría de los votos válidos.

En Costa Rica el umbral de la votación no es de 50% sino de 40%. En Argentina ese umbral es de 45% de los votos válidos o el 40% si existe una diferencia mayor de diez puntos porcentuales entre el candidato que haya alcanzado más votos y el que le sigue en segundo lugar. En Nicaragua ese umbral se fijó en 45% de los votos.

2. En un sistema presidencial, la segunda vuelta presenta ventajas y desventajas (23).

8. Existen otras tendencias constitucionales en la región que son también muy importantes, como:

a. Los Consejos de la Judicatura, cuya función es el gobierno y la administración de los tribunales, integrados mayoritariamente por miembros del poder judicial con la finalidad de hacer efectivo el llamado “autogobierno de la magistratura”.

Se afirma que los consejos de la judicatura hacen a un lado el aparato burocrático del Estado para transformarlo en un órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder; que es un régimen de autogobierno por el cual se garantiza que la carrera judicial sea una realidad y que la designación, promoción, adscripción y responsabilidad de los jueces respondan a sistemas objetivos de méritos que fortalezcan la independencia de los tribunales (24).

b. El reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, primordialmente del convencional, respecto a los preceptos internos, pero no en relación con los constitucionales, como en los casos de Ecuador, Panamá, El Salvador, Costa Rica y Argentina.

En lo relativo a los tratados y convenciones sobre derechos humanos, el énfasis es mayor, como en la Constitución peruana de 1979, no en la actual de 1993, que dispuso que los preceptos de los tratados sobre esa materia tenían jerarquía constitucional y, por tanto, no podían ser modificados, sino por el procedimiento a través del cual se reforma la norma constitucional.

El artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992 es rotundo al ordenar que “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución”.

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, reformada en 1994, dispone que los tratados y los concordatos poseen jerarquía superior a las leyes, y que los tratados y convenciones de derechos humanos, que expresamente enuncia, poseen jerarquía constitucional, y sólo pueden ser denunciados por el poder ejecutivo, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara; los demás tratados y convenciones sobre dicha materia gozarán de jerarquía constitucional, si son aprobados por la mencionada mayoría de los legisladores.

El artículo 23 de la Constitución venezolana norma que los tratados, pactos y convenciones ratificados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, en consecuencia, prevalecen en el orden interno, en cuanto contengan preceptos más favorables que los establecidos por la Ley Fundamental, siendo de aplicación inmediata y directa por parte de los tribunales y demás órganos del poder público.

El artículo 417 de la Constitución de Ecuador dispone que en “los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

En la región son veintiún países los que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Constitución peruana de 1993, en su artículo 205, precisa que agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales de los cuales ese país es parte. Hasta ahora es la única Constitución latinoamericana que contiene un precepto de tal naturaleza. Sin embargo, fue este Estado, el que, en 1999, desconoció unilateralmente y con efecto inmediato la competencia

jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque en marzo de 2001, el Congreso de ese país decidió su retorno a la jurisdicción de la mencionada Corte (25).

c. La judicialización de los actos y conflictos electorales. La tendencia es hacia la creación de tribunales especializados en materia electoral en lugar de institutos de carácter político. Estos tribunales gozan generalmente de autonomía plena y en muchas ocasiones constituyen órganos constitucionales autónomos. El proceso comenzó con la Constitución brasileña de 1934. La actual de 1988 establece una amplia jurisdicción electoral con un Tribunal Superior Electoral, Tribunales Regionales Electorales, jueces electorales y juntas de la misma naturaleza.

Se han constituido tribunales electorales, autónomos e independientes del Poder Judicial y de cualquier otra institución u organismo del Estado, como en la Constitución de Chile de 1980 con el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales regionales electorales; en la Constitución de Costa Rica de 1949 con el Tribunal Supremo de Elecciones; en la Constitución de Ecuador de 1978 con el Tribunal Supremo Electoral; en la Constitución de Panamá de 1972-1983 con el Tribunal Electoral; en la Constitución de Paraguay de 1992 con el Tribunal Superior de Justicia Electoral.

Guatemala y Honduras cuentan con tribunales electorales, aunque no se encuentran regulados en sus respectivas Constituciones.

En Colombia, El Salvador, Perú y Venezuela existen órganos, que a pesar de que no reúnen las características judiciales, deciden en última instancia respecto a los resultados de la calificación.

d. Las funciones de fiscalización se realizan a través de un órgano específico, con autonomía técnica, que generalmente se encuentra encuadrado dentro del poder legislativo, cuya función es la fiscalización de las cuentas, de la gestión económica del Estado, del sector público y de los recursos públicos manejados por particulares. Este órgano, como regla general, informa al Congreso de sus labores y determina las probables responsabilidades en que se haya podido incurrir en el manejo de los recursos públicos.

Los miembros de estos órganos deben gozar de garantías de independencia e inamovilidad.

A estos órganos se les suele denominar Tribunal o Corte de cuentas, entidad superior de fiscalización, cámara de cuentas, auditoría general de la nación, aunque la denominación que prevalece en América Latina es la de Contraloría General de la República o del Estado.

Estos órganos son de singular importancia en una región donde la corrupción representa un gran problema, aunque sus facultades no son amplias en varios de nuestros países, en los cuales, ya sea que se encuentren enmarcados o no dentro del poder legislativo, se les garantiza autonomía funcional y administrativa. Tal es el caso en Colombia, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En la actual Constitución de Ecuador le suprimen la autonomía técnica y funcional al órgano correspondiente, misma que se reconocía en la anterior Constitución.

La Constitución argentina señala que es organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional. La de Brasil indica que el control está a cargo del Congreso Nacional con el auxilio del Tribunal de Cuentas. La de El Salvador, que es organismo independiente del presidente de la República. La de Guatemala, que es

institución técnica descentralizada. Las de Chile, Nicaragua y Panamá, que son organismos autónomos o independientes.

Al respecto, interesante resultan las disposiciones constitucionales de Argentina, Colombia y Guatemala.

En Argentina, el titular es propuesto por el partido de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, y es designado por mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras legislativas.

En Colombia, el contralor es electo por el Congreso de ternas que integran por partes iguales la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En Guatemala, el contralor es designado por el Congreso, por mayoría absoluta de todos los diputados, entre seis candidatos propuestos por una comisión integrada por un representante de los rectores de las universidades, los decanos de las facultades de Contabilidad en que se imparte la carrera correspondiente, de la Asamblea General del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Administradores de Empresas.

Por el contrario, el presidente de la República sí interviene en algún grado o forma en esos nombramientos en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Nicaragua, Perú y República Dominicana (26).

9. En el contexto de este panorama, un dato para tenerse en cuenta, en virtud de que es trascendente, consiste en que de 1978 a 2008, 18 presidentes no pudieron terminar su periodo en la región, con la consecuente crisis de gobernabilidad, pero ésta se superó por los cauces que marca la Constitución; la sustitución presidencial fue de acuerdo con sus normas. El primer presidente de este ciclo que no concluyó su periodo fue Hernán Siles Suazo de Bolivia en 1985; el último, Eduardo Rodríguez Veltzé del mismo país, en 2006.

Todas estas tendencias constitucionales refuerzan a nuestras democracias y otorgan un ánimo optimista, a pesar de que en diversos países las instituciones existen, pero no se desarrollan adecuadamente, debido a causas muy diversas como carencia de total independencia frente a poderes constitucionales y fácticos, personal no idóneo y estructuras débiles, aún sin consolidarse.

Otra perspectiva, pero igualmente optimista, desde la visión electoral, la proporciona Daniel Zovatto quien afirma:

“La alternancia en el poder producida por la vía electoral a lo largo de estas tres décadas (1978-2008), unida a la elección de una mujer (Chile y Argentina), de un sindicalista (Brasil) y de un indígena (Bolivia), dan cuenta de la importancia y profundidad del cambio político que se ha venido llevando a cabo en la región. Cabe destacar, asimismo, la alternancia producida en México con la victoria de Fox (2000), después de más de siete décadas de gobiernos del PRI.

No menos importante fue la llegada de la izquierda a la presidencia en Uruguay luego de muchas décadas de alternancia entre colorados y blancos. Todos estos cambios ponen de manifiesto que la democracia electoral no sólo goza de buena salud en la región sino, también, que es el mejor camino para producir cambios profundos y pacíficos.

La alternancia ha venido acompañada de nuevos actores políticos que presionan desde el mismo Estado a favor de cambios estructurales. Es la revolución institucional como la ha llamado Evo Morales, originada y liderada desde el Estado. A diferencia de los años 60 del siglo pasado, cuando la revolución era exógena al Estado, ahora su origen es

endógeno. Pero los revolucionarios de nuestro tiempo no han llegado al poder mediante la lucha armada sino a través de las urnas y están actuando con reglas democráticas, si bien es cierto tensionándolas, muchas veces, hasta el límite. El plebiscito boliviano del pasado 10 de agosto (de 2008), del cual el presidente Morales resultó ganador indiscutible, representa un ejemplo claro de esta revolución institucional, de un mecanismo dirigido a buscar, por la vía de las urnas, la legitimidad para su gobierno y para el proceso de “revolución democrática y cultural”. En otras palabras, el poder de “la elección” como legitimadora del poder popular. El próximo paso de este proceso de transformación por la vía electoral será el referéndum constituyente previsto para el 25 de enero de 2009.

¿Quién podrá negar que, para ser legítimo, cualquier cambio que se realice en América Latina a partir de ahora tendrá que llevarse a cabo, necesariamente, por medio de elecciones y respetando las reglas del juego democrático?” (27).

## ***VI. Algunos aspectos actuales de la democracia latinoamericana***

En la democracia latinoamericana de nuestros días hay cuestiones que debemos tener en cuenta por su singular importancia, y para contar con un panorama más preciso de nuestras democracias y de las tendencias constitucionales en la región, y algunas no son optimistas.

Entre ellas destaco las siguientes:

1. Los sistemas pluralistas moderados y extremos, y la falta de confianza hacia los partidos políticos.
2. Los gobiernos divididos y de coalición.
3. Los referendos.
4. La corriente reeleccionista.
5. El poder de la calle.
6. El crimen organizado, y
7. La moral pública.

Digamos algo de cada una de estas siete cuestiones:

1. En la región, en 11 países existen 10 o más partidos políticos o movimientos por los cuales la gente votaría. En Venezuela encontramos 85 partidos, 22 en República Dominicana, 14 en Brasil y Guatemala, 13 en Argentina y Ecuador, 12 en Perú, 11 en Bolivia y Costa Rica, 10 en El Salvador y Paraguay, 5 en Honduras y 4 en Uruguay (28).

En términos generales, nuestros sistemas de partidos políticos se encuentran en evolución y aún no es posible conocer qué va a resultar al final de cuentas. Permítaseme ejemplificar con México: existen 8 partidos y tenemos un sistema tripartito, en el cual actualmente sólo tres están en posibilidad de obtener la presidencia de la República. No obstante, es un sistema en movimiento, que no termina de asentarse.

La percepción que existe en América Latina de los partidos políticos ha mejorado un poco. Sin embargo, la confianza en ellos continúa siendo baja. En relación con la pregunta de si los partidos políticos lo están haciendo bien o muy bien, la respuesta positiva fue de 30%. Hubo un incremento comparado con 2007, y se regresó al nivel de 2006.

Ante la pregunta en 2008 “¿cuánta confianza tiene en los partidos políticos?”, la respuesta de mucha o algo fue de 21%. En 2003 esa pregunta la respondió positivamente el 11% de los encuestados.

Respecto a si los partidos extremistas debían prohibirse o permitirse, el 52% se manifestó por la permisión y el 36% por la prohibición (29).

Existe, entonces, desconfianza hacia los partidos políticos porque: no cumplen con las promesas electorales, se les percibe como únicamente interesados en obtener el poder, la corrupción, los escándalos de toda índole y que la situación socioeconómica de la población cambia muy poco, sea cual fuere el partido que gobierne.

2. Las experiencias de gobiernos divididos o compartidos en América Latina; es decir, cuando el partido del presidente no cuenta con mayoría absoluta en el Congreso, son de lo más disímolas. Las hay muy exitosas, otras no tanto; también encontramos fracasos.

Scott Morgenstern y Pilar Domingo señalan gobiernos democráticos en Sudamérica durante el siglo XX que muchos terminaron en golpes de Estado. De 70 gobiernos de mayoría 12 finalizaron en golpes, o sea, el 17%. De 83 gobiernos divididos, 17 acabaron por causa de un golpe; es decir, el 21% (30), y a partir de 1978, el presidente fue sustituido, como ya afirmé, dentro de los marcos constitucionales.

El ejemplo de los últimos cinco gobiernos de Brasil es aleccionador. Esos gobiernos fueron divididos, pero mientras Sarney, Collor y Franco no lograron que el Congreso aprobara sus propuestas, el éxito ha coronado las gestiones de Cardoso y Lula. Los factores para ello son múltiples, entre los que podemos mencionar: liderazgo, consenso para la estabilización del país, medidas económicas exitosas, ministros capaces, rumbo definido y habilidad negociadora. El camino no ha sido fácil, se encontraron escollos y obstáculos, pero los resultados son satisfactorios o muy satisfactorios (31).

La existencia de gobiernos divididos lleva de la mano a la de gobiernos de coalición. El sistema presidencial de coalición es una creación de América Latina.

El presidencialismo de coalición presenta fórmulas diversas: electorales, de gobierno, de reformas y de acuerdos legislativos. No es la panacea, obviamente que se presentan problemas (32), pero encontramos ejemplos exitosos como los de Brasil, Chile e incluso Bolivia.

En los sistemas de gobierno donde predomina el pluripartidismo moderado o extremo, contemplo que alguna fórmula de coalición es necesaria. Me inclino por la de gobierno. Visualizo, en parte, nuestro futuro en dicha dirección.

3. Los referendos toman actualidad en América Latina. Las últimas Constituciones, como las de Venezuela, Ecuador y Bolivia han sido aprobadas a través de este método. En un sistema democrático así debe acontecer.

El proyecto de Constitución que el presidente Chávez propuso en 2007 fue rechazado en un referendo, y su iniciativa de reforma constitucional para la reelección indefinida de las autoridades electas, fue aceptado a través de otro referendo en este 2009.

Los referendos tampoco son una panacea, pero constituyen el método más acorde con la democracia: que las decisiones más importantes las tome directamente el pueblo. Todos sabemos el peso de los medios electrónicos de comunicación para influir en el votante. En el último referendo venezolano, la oposición se opuso, alegando que se vulneraba el artículo 345 de la Constitución que indica: “la iniciativa de reforma que no sea

aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo periodo constitucional”. El presidente Chávez alegó que el asunto era semántico, en virtud de que no podía presentar la misma iniciativa, pero sí “una reforma, una sencilla enmienda” (33).

Para cualquier constitucionalista es claro que dicha interpretación no es correcta. El punto más importante en el referendo de 2007 fue precisamente ese: la reelección indefinida del presidente de la República, acompañada y fortalecida en 2009 con la posibilidad de la reelección indefinida de todo funcionario de elección popular.

Asimismo, los referendos revocatorios a nivel nacional comienzan a proliferar en nuestra región.

En 2008, en Bolivia se les preguntó a los ciudadanos “¿usted está de acuerdo con la continuidad del proceso de cambio liderado por el presidente Evo Morales Ayma y el vicepresidente Álvaro García Linera?”. Más que un referendo revocatorio fue un referendo ratificatorio, en el cual a quienes no les fue bien fue a los prefectos de Cochabamba y La Paz, cuyo resultado les fue adverso, con lo cual dejaron de ocupar esos cargos.

En Venezuela, la Constitución acepta el referendo revocatorio para todos los cargos de elección popular; en 2004, el presidente Chávez se sometió a este procedimiento.

El referendo revocatorio existe también a nivel regional y municipal, en algunos países del área.

4. Un principio característico de nuestra región, como regla general, había sido que el presidente de la República no podía reelegirse para el periodo inmediato.

En la actualidad existe una fuerte corriente reeleccionista. El presidente encuentra con frecuencia los medios constitucionales, a veces muy forzados, para perpetuarse en el poder. Ahí está el ejemplo mencionado de Chávez y actualmente en el Congreso de Nicaragua existe un proyecto similar que parece no goza de la simpatía legislativa.

Incluso presidentes, con una trayectoria personal, académica y política de vocación democrática, sucumben al canto de las sirenas al quebrar la regla de la no-reelección inmediata; así ha acontecido y así aconteció en Brasil en 1997. Fernando Henrique Cardoso logró la reforma constitucional para permitir su reelección inmediata por una sola ocasión, la cual incluyó también a los gobernadores y los prefectos. Dicha reforma permitió a Cardoso ocupar el cargo durante dos periodos consecutivos, situación semejante a lo que acontece en la actualidad con el presidente Lula da Silva.

Recientemente se oyeron voces de dirigentes del partido más importante en el poder que proponían otra reforma constitucional que permitiera la reelección de Lula para un tercer periodo consecutivo. Lula expresó su oposición y consideró que una reforma constitucional que permitiera un tercer mandato consecutivo sería “insensatez pura”, “falta de sensibilidad política” y que “no se juega con la democracia” (34). Lo anterior resalta la figura de Lula como estadista, demócrata, y defensor de las instituciones.

Todo indica que el presidente Uribe de Colombia intentará una reforma constitucional que le permita reelegirse para un tercer periodo consecutivo (35).

La norma constitucional se ha doblado ante la fuerza del poder ejecutivo. Argentina, Brasil, Ecuador, Perú y Colombia pasaron de la reelección mediata a permitir la inmediata. Costa Rica ha aceptado, en cambio, la reelección después de transcurrido un mandato presidencial, y sin que se efectuara reforma constitucional alguna, sino a través de la interpretación jurisdiccional.

En República Dominicana, el presidente Fernández Reyna se reeligió en 2008 para un tercer periodo.

Este principio de no reelección debe ser parte de un sistema democrático. Incluso en los regímenes parlamentarios debe existir un límite a la permanencia en el poder del jefe de gobierno: ¿8, 12 o 16 años? La democracia implica también rotación en los cargos.

5. El poder de la calle o de las movilizaciones.

Diversos grupos se percatan de que un motor de cambio se encuentra en la protesta y la movilización, a veces debido a que sus intereses no se encuentran representados en el Congreso.

Parece paradójico, aunque no es raro, que las movilizaciones sean auspiciadas desde el gobierno central para presionar al Congreso, tribunales o poderes de hecho.

Los latinoamericanos creemos en un 59% que el status quo se puede cambiar a través del voto; un 16% por medio de las movilizaciones, y un 14% que no es posible influir en el cambio.

Las naciones más escépticas al respecto, en virtud de que no consideran que el status quo pueda ser cambiado, son: Chile con 27%, México con 23% y Honduras con 21% (36).

6. En algunos de los Estados de la región el crimen organizado ha tomado tal vigor que desafía al propio Estado y a su monopolio legítimo de la fuerza.

Las cantidades enormes de dinero que el crimen organizado maneja y su poder corruptor carcomen las bases mismas de la organización política y de la sociedad, incluso un problema actual, en algunas naciones, es la existencia del dinero de ese crimen en las elecciones.

El Latinobarómetro 2008 indica que por primera vez, como promedio, aparece la delincuencia como el principal problema de la región con 17%, y en segundo lugar se encuentra el desempleo con 15%. La delincuencia “ocupa las preocupaciones de la mitad, un tercio y un quinto de las poblaciones de 7 países de la región. El desempleo, en contraste, sólo es la preocupación principal de otros 5 países, pero en mucha menor medida en cada país” (37).

En Venezuela el 53% de los encuestados manifestaron haber sido víctimas de un delito y en México el 42%. No obstante, en este último país la economía fue señalada como el problema más importante por un 24%, a pesar de que el crimen organizado tiene asolada a la nación, como jamás nadie se imaginó que podía acontecer. Un dato adicional, en México, en los últimos ocho años, 130,000 elementos han desertado del ejército, según manifestó el propio presidente de la República, y una buena proporción de ellos fueron reclutados por el crimen organizado, que incluso los invita a unírsele a través de mantas colocadas en sitios claves de varias ciudades del país.

7. Publiqué un ensayo que intitulé: “La moral pública en México” para dejar constancia de mi profunda preocupación sobre este tema (38). La tesis que sostengo consiste en que poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras son la quinteta de la muerte para México, y es el ambiente moral dentro del cual han crecido nuestros niños y jóvenes: es el ejemplo que generaciones de mexicanos les hemos dado, y esto es lo que quieren alcanzar en su existencia a como dé lugar y sin importar los medios.

Pues bien, en varios de los congresos y seminarios latinoamericanos a los que he asistido, diversos participantes me han asegurado, toda proporción guardada y en diversos grados, que la situación en su país es muy parecida a la que describo para México. Entonces, me percaté de que el deterioro de la moral pública es un grave problema en varios países de nuestra región y probablemente en la mayoría de ellos.

Debo puntualizar que después de contemplar algunas de las causas de la actual crisis económica mundial, me atrevo a afirmar, y considero que no me equivoco, que esos problemas de moral pública reinan también en varios de los países más ricos del mundo y en mayor proporción; fraudes de 50,000 y 8,000 millones de dólares cometidos por dos personas, el descuido y el contubernio de los órganos supervisores, rescates de miles de millones de dólares, que pagarán los contribuyentes, para salvar bancos y empresas donde reinó la irresponsabilidad, la incompetencia, la corrupción, las mentiras, las dobles contabilidades, y en donde a algunos de los responsables todavía se les jubiló con cientos de millones de dólares. Todo igual o peor que en algunos países de América Latina, con la sola diferencia del tamaño fenomenal e inmenso de los mismos problemas.

Expreso una profunda preocupación: que varios de los problemas expuestos en esta última parte del ensayo, como son la falta de confianza en los partidos políticos, la atomización del sistema de partidos políticos, la corriente reeleccionista, el debilitamiento de los poderes legislativo y judicial, los referendos manipulados y no conducidos conforme a la ley, el problema del crimen organizado y un deterioro en la moral pública, vayan a conducir, a varios o a muchos de nuestros países, a una nueva ola, no de fortalecimiento de la democracia, sino de hiperpresidencialismo, donde los pesos y contrapesos del poder se debilitan y la protección de los derechos humanos palidece.

Además, en América Latina no contemplo ni creo posible una fuerte democracia material si la gran mayoría de la población no conduce una existencia digna, con satisfactores económicos, sociales y culturales suficientes. El reto es enorme. Lo podemos afrontar. De estos treinta años de fortalecimiento democrático y constitucional, no debe darse ningún paso hacia atrás. Ningún retroceso. Al contrario. La ruta es el fortalecimiento y la consolidación de la democracia política y social. Ello es también nuestra responsabilidad y debe ser, asimismo, nuestro compromiso.

Ciudad Universitaria, D. F., marzo de 2009.

## NOTAS

- (1) Carpizo, Jorge, Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; p. 100.
- (2) PNUD, La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2004, pp. 16, 38 y 43.
- (3) Valadés, Diego, El control del poder, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 52 y 53.
- (4) Bovero, Michelangelo, Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores, Madrid, Trotta, 2002, pp. 47 y 48; Kelsen Hans, Esencia y valor de la democracia, México, Editora Nacional, 1980, pp. 156 y 157.
- (5) Vergottini, Giuseppe de, Derecho constitucional comparado, México, UNAM y Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 279.
- (6) Ross, Alf, ¿Por qué democracia?, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 140 y 141.
- (7) Dahl, Robert A., Polyarchy. Participation and Opposition, New Haven, Yale University Press, 1971, pp. 2-4.
- (8) Sánchez Agesta, Luis, La democracia en Hispanoamérica. Un balance histórico, Madrid, Rialp 1987, p. 17; La Roche, Humberto J., “Veinticinco años de evolución en la organización política y constitucional de Venezuela”, en Gil Valdivia, Gerardo y Chávez Tapia, Jorge A. (coords), en Evolución de la organización político-constitucional en América Latina, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, vol. II, pp. 244 y 245.
- (9) Entrevista a Fernando Enrique Cardoso, en El País, 8 de octubre de 2006, suplemento dominical, p. 9.
- (10) Corporación Latinobarómetro, Informe 2008, Santiago de Chile, Corporación Latinobarómetro, 2008, [www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org), p. 41.
- (11) González Casanova, Pablo, “La crisis del Estado y la lucha por la democracia en América Latina (problemas y perspectivas)”, en González Casanova, Pablo y Roitman Rosenmann, Marcos (coords.), La democracia en América Latina. Actualidad y perspectivas, México, UNAM-La Jornada Ediciones, 1995, pp. 34 y 35.
- (12) Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, p. 38.
- (13) PNUD, obra citada, nota 2, pp. 39-41.
- (14) Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, pp. 45-47. Corporación Latinobarómetro, Informe Latinobarómetro 2005. 1995-2005. Diez años de Opinión Pública, Santiago de Chile, 2005, [www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org), pp. 25-28; Véase Nohlen Dieter, El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, pp. 147 y 148.
- (15) Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, p. 83.
- (16) Corporación Latinobarómetro, Informe Latinobarómetro 2005. 1995-2005, obra citada, nota 14, pp. 40-53. Nohlen Dieter, obra citada, nota 14, pp. 136-138.
- (17) Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, pp. 102-104.

- (18) *Ibidem*, pp. 12-13.
- (19) Véase Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 874 pp. La obra contiene 37 ensayos, muchos de los cuales son excelentes sobre este específico tema.
- (20) Fix-Zamudio, Héctor, “Estudio preliminar”, en Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 31-40; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 41-48.
- (21) Fix-Zamudio, Héctor, obra citada, nota 20, p. 43.
- (22) Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 115-134.
- (23) Carpizo, Jorge, *Concepto de...*, obra citada, nota 1, pp. 167 y 168.
- (24) Giacobbe, Giovanni, “Autogobierno de la magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la república italiana”, en varios autores, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 103. Véase de Fix-Zamudio, Héctor, “Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos”, en varios autores, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1992, pp. 43 y 44, y *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 37-40; asimismo, Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 192-206.
- (25) Dichos países son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, obra citada, nota 20, pp. 155-158; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Nexos entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ars Iuris*, México, núm. 17, 1997, pp. 120-147; García Ramírez, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 389-405.
- (26) Los datos anteriores los he tomado principalmente de dos obras: Entidad Fiscalizadora Superior de La India (comp.), *Mandatos de las Entidades Fiscalizadoras Superiores*, Intosai, 3 vols., que contiene la normativa de estos órganos en todo el mundo, tanto a nivel constitucional como legal. El idioma utilizado es el inglés; y de López Guerra, Luis y Aguiar, Luis, (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Unión Iberoamericana de Colegio de Abogados e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2001, 1324 pp.
- (27) Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, p. 70.
- (28) *Ibidem*, p. 10.
- (29) *Ibidem*, pp. 86-89.
- (30) Morgenstern, Scott y Domingo, Pilar, “The Success of Presidentialism? Breaking Gridlock in Presidential Regimes”, en Valadés, Diego, y Serna, José María (coords),

- El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; pp. 101 y 102.
- (31) Mainwaring, Scott, “Multipartidism, Robust Federalism, and Presidentialism in Brazil”, en Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew Soberg (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1997; pp. 95-105.
- (32) Lanzaro, Jorge, “Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina”, en Lanzaro, Jorge (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO y ASDI, 2001, p. 32.
- (33) El País de 4 de diciembre de 2008, p. 5.
- (34) El País de 7 de noviembre de 2007, p. 9.
- (35) El País de 12 de agosto de 2008, p. 8. Véase este mismo periódico de 23 de febrero de 2009, p. 17, en donde se encuentra un interesante artículo de Andrés Oppenheimer sobre esta cuestión.
- (36) Corporación Latinobarómetro, obra citada, nota 10, pp. 98-101.
- (37) Ibidem, p. 23. autores, México, Jus, Res pública, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y Fundación para la Libertad de Expresión, 2008; 9-33 pp
- (38) Carpizo, Jorge, “La moral pública en México”, en *Voz y voto*, núm. 181, México 2008; 38-45 pp. Reproducido en *Moral pública y libertad de expresión*, varios autores, México, Jus, Res pública, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y Fundación para la Libertad de Expresión, 2008; 9-33 pp

# DOCTRINA

## LA NECESIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 1376/88 “DE HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES”, EN PROCESOS O CAUSAS PENALES

*Arnulfo Arias\**

### I. INTRODUCCIÓN:

La incorporación al sistema normativo de una nueva ley procesal penal modificó sustancialmente el pensamiento de las partes.-

El proceso penal escrito ha sido dejado de lado y uno nuevo, en el que tiene preeminencia la oralidad, se ha instalado e intenta sobrevivir, a pesar de los inconvenientes que acarrea su aplicación.-

Este régimen procesal garantiza suficientemente el juicio previo –“nulla pena sine lege”- conforme a los derechos consagrados en la Constitución Nacional y las leyes de la República, y observa los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, a fin de transparentar y poner un fin al trámite previsto para el juzgamiento del indiciado, que muchas veces ha sido oscuro y lento en el procedimiento penal escrito.-

Su entrada en vigencia ha generado a su vez cambios significativos, dando origen a la promulgación de otras leyes, como la 1444/99, que regulaba su período de Transición; la Ley Orgánica del Ministerio Público, referente a la participación y responsabilidad del Fiscales; el Código de la Niñez y la Adolescencia y las Acordadas de la Corte Suprema de Justicia, complementarias, que promovieron a que sea efectiva.-

Aún así, no ha concluido este esfuerzo, existiendo necesidad de otras normativas, (como la *Ley de Penitenciarias*, a fin de reformar el régimen de las cárceles), que definitivamente deben cubrir las exigencias que vayan surgiendo en la medida en que la aplicación del nuevo proceso las haga necesarias.-

La nueva forma de investigación, cuya dirección recae en el Ministerio Público – Art. 52 del C.P.P.-, la división del proceso en una etapa preparatoria, una intermedia y el juicio oral y público propiamente dicho, han generado una serie de situaciones que se presentan en el transcurso del trámite del procedimiento, creando instituciones nuevas, como la aplicación del Criterio de Oportunidad- Art. 19- ; la Suspensión Condicional del Procedimiento- Art. 21- ; las distintas formas de Extinción de la Acción- Art. 25-; la iniciación de la Acción Civil para la reparación del daño - Art. 27- ; las excepciones referentes a la competencia; el Procedimiento Abreviado -Art. 420 -; y otras .-

La participación del profesional abogado litigante del proceso nuevo,- solicitando al juez de garantías alguna de las referidas medidas a favor de su representado y la concesión de la petición -, merece una retribución justa en cuanto a sus honorarios se refiere, sin embargo , cuando, en lo cotidiano de los trámites del juicio se presentan estas

\* Miembro del Tribunal de Apelación en lo Criminal. Cuarta Sala. Capital

situaciones, surge el problema ante la dificultad para estimar el monto en retribución a la labor desarrollada, por la imposibilidad de la adecuación del caso a la norma, al no hallarse previsto el hecho en la ley 1376/88- ARANCEL DE HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES vigente . –

También, muchas veces la decisión de los jueces y Tribunales al pedido de regulación de honorarios, no refleja precisamente una aplicación acertada del caso concreto a la ley; volviendo confusas las decisiones por ausencia o insuficiencia en la fundamentación.-

Los fallos de los Tribunales, en cuanto a la regulación de los honorarios en el proceso penal, son suficientes para admitir la falencia.-

O los mismos carecen de fundamentación o; si existe una adecuación del caso a la norma, generalmente resulta equivocada o simplemente se remiten a un artículo determinado que generaliza el criterio de estimación- Art. 25; 32 – o no se refiere precisamente a la cuestión planteada por el peticionante, esto, por la ausencia de una prescripción normativa específica.

Así, el resultado del pedido, viene a ser nada más que el cumplimiento de una formalidad escrita, al que se debe dar una respuesta – que es obligatoria Art. 40 de la C.N. - , pero, en la mayoría de las veces carente de sustento legal, o sea, sin ningún valor.-

Un nuevo marco normativo, definiendo el monto de los honorarios a percibir en cada caso particular, debe llenar el vacío que sigue siendo el origen de resoluciones anulables. Estas, la mayoría de las veces son consentidas - en cuanto a la nulidad se refiere - por los abogados litigantes, al saber que la suma establecida - de acuerdo a su importancia-, puede ser revisada y quien establecerá el monto definitivo será el Tribunal de Apelación o la Corte Suprema de Justicia, cuyos miembros, igualmente, carecen de los instrumentos que solo una ley *concreta* les puede dar, para no caer en el vicio antes apuntado.

Determinar las lagunas de la ley de honorarios vigente ante los nuevos institutos que aparecen en el Código Procesal Penal; completar el vacío existente, dotando de una normativa sobre los honorarios en materia penal, que, desde luego incluye igualmente un estudio sobre la aplicación adecuada al proceso penal actual, es necesario y debemos proclamar su modificación en ese sentido.

Entonces, a más de intentar llenar un espacio y de fijar nuevos parámetros para la aplicación de la ley 1376/88 a los casos previstos en el nuevo código procesal, el fin debe dirigirse a cubrir la necesidad de unificar los fallos judiciales de acuerdo a una normativa específica, para que los mismos tengan valor y se pueda formar una jurisprudencia uniforme; se descarte, definitivamente, una práctica informal – que subsiste a consecuencia de la deficiencia apuntada- y que los respetados profesionales del derecho tengan un conjunto de normas específico, en materia de honorarios en la jurisdicción penal, en que fundar sus pretensiones y los magistrados sus fallos.-

En cuanto a la ley procesal penal vigente, en su Libro V, regula sobre las COSTAS y en la parte referente al proceso de su estimación- Art.272- otorga facultad al secretario, para elaborar un proyecto de liquidación “...conforme al arancel... “, de los abogados, peritos, traductores e intérpretes durante todo el transcurso del procedimiento...-

La norma deja al arbitrio de este funcionario la fijación del “ arancel ”, lo que le obliga a remitirse a la ley 1376/88, pues es el único instrumento normativo con que cuenta para redactar el proyecto, sin embargo este no le brinda los elementos necesarios, a fin de proponer una estimación justa, situación que se debe modificar.-

## **CONCLUSIONES**

Para poder opinar con fundamento sobre el problema que he planteado al formular el título de este trabajo, no hallé nada mejor que sumergirme a buscar en el pasado, el origen de la retribución a la labor del abogado desde sus inicios en Grecia o Roma, o en nuestro país, en la intención de escharbar sobre alguna pista, algún indicio, que me pueda dar la historia de las leyes sobre la remuneración al abogado.

En ese afán he obtenido como resultado , no solamente sacar a luz las primeras legislaciones que se han referido al derecho que dignificó el trabajo del profesional abogado en nuestro país y que se solidificó con el correr del tiempo hasta ahora , habiendo alcanzado un reconocimiento normativo que ha evolucionado favorablemente para el mismo, siendo mi primera conclusión, que la ley requiere siempre de algún retoque , que la haga adecuada al tiempo en que se la debe aplicar.-

El tema elegido ha surgido de los inconvenientes que acarrea en la actualidad la utilización de la ley 1376/88 “Arancel de honorarios de abogados y procuradores “, específicamente en la parte que hace referencia al trabajo realizado por los abogados en el proceso penal vigente.-

Con la incorporación al sistema de la Ley 1286 /98 - Código Procesal Penal- y ley 1160/98 -Código Penal-, que prescriben sobre una forma procesal distinta en la que tiene preeminencia la oralidad, se ha sustituido, definitivamente , al procedimiento escrito que prescribía la ley procesal anterior, que ha regido desde el año 1890. -

La ley “ De arancel de honorarios de Abogados y Procuradores “ 1376/88 , fue concebida y adecuada a la ley anterior, en lo que al procedimiento penal se refiere, y, en la actualidad, su aplicación ha acarreado un caos , que llevó más que nada, a la injusticia por su aplicación errónea o incorrecta , en la mayoría de las veces infundada.-

Este trabajo de investigación ha tenido como fin , poner de manifiesto el problema y contestar a la pregunta que me hice al principio , de si era posible la aplicación de la ley 1376/88 para regular el trabajo del abogado que participa en los procesos conforme a las nuevas leyes penales .-

La aplicación de los arts. 54 y concordantes de la ley 1376 referida y los fallos judiciales sin sustento razonable o legal, han puesto de manifiesto el problema, comprobando así vacío legal existente, que hace imposible adecuar el trabajo del abogado a la ley referida para estimar una retribución justa.-

En cuanto a la elección del trabajo, me he remitido al estudio de la ley 1376/88 “Arancel de honorarios de Abogados y Procuradores “, en general , pero en particular me propuse investigar sobre la aplicación de los artículos de esta ley referente a la remuneración de los abogados en los trámites del proceso penal vigente, pues, por encima de todo , he querido desnudar el problema y dar una respuesta posible, que al final sirva

para estudiar su conformación en una normativa acorde con las leyes penales que rigen la vida cotidiana de nuestra actividad profesional, para que los abogados puedan solicitar la regulación de sus honorarios citando una ley que se adecue al trabajo realizado en la etapa preparatoria, intermedia y en el juicio propiamente dicho, o por la interposición del recurso extraordinario de CASACIÓN o de REVISIÓN, o por los trabajos realizados en los procedimientos especiales, que no se hallan contemplados en la ley de honorarios vigente.

Al hacer una revisión histórica de nuestras leyes y luego de haber buscado en ellas algún rastro de la evolución normativa sobre la retribución del abogado, he encontrado igualmente como la legislación en materia de honorarios se han ido acomodando a los tiempos, siendo evidente la preocupación de algunos miembros del gremio de abogados, de adecuar las reglas al momento en que se encontraban viviendo.

Seguir la iniciativa de otros que me han precedido y hacer notar la necesidad que se plantea en la actualidad, a consecuencia de la ausencia de una legislación acorde al trabajo que realiza el profesional abogado en el procedimiento penal vigente, ha sido mi intención, proponiendo, a su vez, una modificación de la ley de honorarios en ese sentido y contribuir así a llenar ese vacío que estoy seguro, en el transcurso de los tiempos otros lo harán nuevamente.

Para ello encontré necesaria la derogación del inc. f) del art. 26; del inc. e) del art. 27 y de los artículos. 54 y el 55 de la Ley 1376/88 “Arancel de honorarios de Abogados y Procuradores” y la agregación a la ley de otros artículos que estimen la labor profesional, que no se hallan previstas en la ley referida.-

No quiero dejar de recordar a los maestros a quienes he consultado, estos me han enseñado que el derecho evoluciona por obra del hombre, quien crea siempre las reglas con las cuales desea vivir adecuadamente.-

Esto ha dado origen a un proyecto normativo que considere apto y suficiente para hacer funcionar eficientemente la maquinaria procesal, que se encuentra desgastada por el deterioro de una de sus partes – la ley de honorarios- que debe ser cambiada inexorablemente.-

Finalmente, me siento profundamente agradecido a la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, al haberme dado la oportunidad de seguir el Curso de Pos Grado en la Carrera de Derecho, que ha sido desarrollado de manera brillante por los profesores, todos ellos de primera línea del Derecho, que me han abierto los ojos para descubrir que la Ciencia requiere de una dedicación constante, para así, primeramente, dar inicio al debate para investigaciones futuras sobre el mismo tema y con su resultado poder brindar un servicio a la comunidad en general y en particular al profesional del Derecho que necesita de reglas de juego claras para exigir pretensiones justas en base a ellas.-

# DOCTRINA

## APORTES DEL DERECHO LATINOAMERICANO AL DERECHO INTERNACIONAL

*Elodia Almirón Prujel\**

A pesar de los persistentes e injustos prejuicios, en el sentido de que los países latinoamericanos estarían despreparados para la convivencia democrática a nivel internacional, la experiencia histórica revela precisamente lo contrario. A pesar de todos los problemas crónicos que han flagelado a las poblaciones de nuestros países latinoamericanos y caribeños, -como la injusticia social, las iniquidades del sistema financiero internacional, las desigualdades en la distribución de la renta, la violencia urbana, entre tantos otros- hemos sabido dar una contribución valiosísima a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de gentes desde una perspectiva esencialmente universalista, al espíritu de solidaridad internacional, a la realización de la justicia, a la solución pacífica de controversias internacionales, a la evolución del derecho de las organizaciones internacionales, y a la gradual institucionalización de la comunidad internacional.

En medio de tantas dificultades que afectan a nuestras poblaciones, éstas siguen determinadas a luchar por la realización de sus derechos, entre los cuales su *derecho al Derecho*, en los planos tanto nacional como internacional, es uno de los fundamentales, en razón que la Corte Interamericana en su larga trayectoria desde finales de la década de los ochenta ha condenado a varios de nuestros países por violaciones de derechos humanos, pero lastimosamente la responsabilidad de esos mismos Estados no ha terminado de ser asumida por nuestros gobernantes, negándose muchos de ellos a otorgarle un valor ejecutorio directo a las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aplicar en la ejecución de sus políticas públicas las recomendaciones emanadas de los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas.

La construcción de este nuevo *jus gentium* requiere hoy día, de inicio, una reevaluación de todo el *corpus juris* del Derecho internacional, con atención especial a los problemas que afectan a la humanidad como un todo. Precisamente para esto contamos con los valiosos -y varias veces pioneros- aportes latinoamericanos a la doctrina y práctica del Derecho Internacional, reflejados en la consagración, en la propia Carta de las Naciones Unidas, de los principios de la prohibición del uso de la fuerza y de la igualdad jurídica de los Estados, entre tantas otras contribuciones en distintos dominios del ordenamiento jurídico internacional.

La influyente doctrina del publicista argentino Carlos Calvo, expuesta en su obra *Le Droit international théorique et pratique* (Paris, 1896), se basó en el principio fundamental de la igualdad entre nacionales y extranjeros. La doctrina de Calvo generó la práctica de la inserción en contratos internacionales de la llamada cláusula Calvo,

\*Profesora Adjunta por Concurso de Meritos y Aptitudes. Catedra de Derechos Humanos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción

de renuncia a la protección diplomática (para evitar la intervención) y de insistencia en una solución pacífica de la controversia bajo la jurisdicción del Estado; receptor (previo agotamiento de los recursos internos). Vistas desde una perspectiva histórica, la doctrina y la cláusula Calvo pretendieron sostener o restablecer el principio de la igualdad jurídica para regir la conducción de relaciones económicas entre partes ostensivamente desiguales.

Subyacente a ellas encuéntrase el principio de la no-intervención, al mismo tiempo en que proclama el principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros<sup>1</sup>.

Dicha doctrina fomentó la visión universalista, sedimentada en el respeto mutuo y el principio de la no-intervención en las relaciones interestatales, y logró trasladar las aspiraciones de los países latinoamericanos del ámbito regional al Derecho internacional general; se resaltó, de ese modo, la importante función del Derecho de otorgar protección a los más débiles<sup>2</sup>.

El *principio del no-uso de la fuerza* encontró expresión elocuente en la Declaración de Principios adoptada por la Conferencia Interamericana de Lima de 1938, que proclamó *inter alia* la ilicitud del recurso a la fuerza como instrumento de política nacional o internacional. Años después, la Declaración de México de 1945 adopta la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, al invocar el bien común y recordar que el fin del Estado era la realización de la persona humana en la sociedad, reafirmando el principio de la igualdad jurídica de los Estados.

Ya en aquella época, el referido principio del no-uso de la fuerza transcendía el ámbito regional para alcanzar el universal, y asumía una dimensión bien más amplia, con su consagración en el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas.

En realidad, desde la Conferencia de La Habana de 1928 el principio de la no-intervención (en las relaciones interestatales) se había tornado uno de los pilares básicos de las relaciones internacionales en la visión latinoamericana; dicha visión tuvo influencia en la proscripción -mediante el Pacto Briand/Kellogg (Pacto de París) del mismo año- de la guerra como instrumento de política nacional<sup>3</sup>.

La proscripción de la guerra fue, así, en efecto, formulada en Europa, dónde sin embargo lamentablemente siguió ella siendo practicada, con millones de muertos. Los países de América Latina, a su vez, siguieron condenando la intervención y el uso de la fuerza (distintos de la guerra), de que frecuentemente eran víctimas, a punto de lograr consagrar los principios de no-intervención y no-uso de la fuerza tanto en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2(4)) de 1945, como en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA, Carta de Bogotá, artículo 18) de 1948. Este legado de la

---

<sup>1</sup>C. Sepúlveda, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, México, Ed. Porrúa, 1975, pp. 78-79.

<sup>2</sup>C. Sepúlveda, A. Martínez Báez y A. García Robles, *Carlos Calvo - Tres Ensayos Mexicanos*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, pp. 12, 19, 21, 23-24 y 63.

<sup>3</sup>J.-M. Yepes, *La contribution de l'Amérique Latine au développement du Droit international public et privé*, 32 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1930) pp. 744-747.

doctrina y práctica latinoamericanas del Derecho internacional asume redoblada importancia en nuestros días, en que lamentablemente testimoniamos un recrudescimiento del primitivismo del uso indiscriminado de la fuerza, en medio a una escalada de violencia de fuentes diversificadas, en escala mundial. Los Estados que hoy día pregonan el militarismo parecen no tomar en cuenta los enormes sacrificios de las generaciones pasadas.

Así estallan las guerras, y el derecho parece perderse en los campos de batalla, para prontamente resurgir en la conciencia humana. Y todos los que creemos en el derecho de gentes debemos, pues, mantener la fe en su utilidad y buscar fortalecer sus fundamentos. Para Rui Barbosa, la militarización ha sido "la más terrible de las enfermedades morales sufrida en los últimos siglos" por la especie humana; afortunadamente la conciencia humana ha sobrevivido a este mal, se ha opuesto al mismo, con la convicción de que se pone un freno a la guerra, o se renuncia a la civilización. Estas reflexiones continúan a revestirse de gran actualidad.

Cabe, en el actual momento de crisis mundial, de consecuencias imprevisibles, rescatar los principios, fundamentos e instituciones del Derecho internacional, en que se encuentran los elementos para detener y combatir la violencia y el uso arbitrario del poder. La peligrosa escalada generalizada de violencia en este inicio del siglo XXI sólo podrá ser contenida mediante el fiel apego al Derecho. Es en los momentos difíciles de crisis mundial como la actual que se impone preservar los fundamentos del Derecho Internacional, y los principios y valores sobre los cuales se basan las sociedades democráticas. Hay que reafirmar con firmeza, hoy más que nunca, el primado del Derecho Internacional sobre la fuerza bruta.

En efecto, desde sus primordios la doctrina latinoamericana del Derecho internacional se ocupó de sus fundamentos y principios. En el período de formación de la doctrina latinoamericana ejerció singular importancia la obra del internacionalista venezolano Andrés Bello: sus *Principios de Derecho Internacional*, publicados en Caracas en 1837, fueron reeditados sucesivamente en Bogotá, Lima y Valparaíso en 1844, entre otros centros. En los referidos *Principios*, A. Bello buscó conciliar el universalismo de la comunidad internacional con el particularismo y la diversidad del continente americano en su época.

La afirmación, en sus *Obras Completas*, de que Europa y América pertenecían a una "familia común de naciones" implicaba una cierta filiación a la concepción jusnaturalista del derecho de la sociedad internacional, aunque sin dejar de sugerir una cierta apertura a las corrientes positivistas de la época, revelando una formación un tanto ecléctica.

Sus escritos repercutieron en la doctrina que floreció en varios países de nuestra región, que también vendría a presentar oscilaciones entre el universalismo y el particularismo latinoamericano, buscando igualmente conciliar uno y otro.

A lo largo de todo el siglo XX, la preocupación con los *principios* del Derecho Internacional se mostró profundamente arraigada en la doctrina jusinternacionalista latinoamericana, como lo ilustran, v.g., los *Tratados* del brasileño Hildebrando Accioly, del peruano Alberto Ulloa, de los argentinos L. A. Podestá Costa y José María Ruda, además

de los escritos del uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga, para citar solamente algunos de los principales jusinternacionalistas ya fallecidos.

No sólo en la teoría sino también en la práctica del Derecho internacional el pensamiento latinoamericano marcó presencia en la formulación de los principios básicos de la disciplina.

Ya al inicio del siglo XX, el jurista brasileño Clóvis Bevilacqua señalaba que la soberanía constituía "noción de derecho público interno", acatada y reconocida por el Derecho internacional en lo relativo al ordenamiento interno del Estado, pero inadecuada para fundamentar el ordenamiento internacional, que sólo encontraría base sólida en la noción antitética de *solidaridad*<sup>4</sup>. Años después, H. Accioly se opuso a los nacionalismos agresivos, sosteniendo la sujeción del Estado al derecho de gentes. Y de los escritos de su compatriota Raúl Fernandes se puede desprender la convicción de este último en la necesidad de fortalecer el Derecho internacional, a partir de la identidad de inspiración y trayectoria del derecho público interno y del derecho internacional.

Otro principio básico del Derecho internacional, el de la *solución pacífica de controversias internacionales*, también contó con la contribución de los países latinoamericanos. En el plano conceptual, el célebre Pacto de Bogotá (o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, de 1948) no deja de ser un aporte a la formulación y sistematización de los métodos de solución pacífica de controversias internacionales.

Recuérdese que el primer tribunal internacional de la historia moderna fue la Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907, que operó durante una década, antes de la creación de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional.

En el plano universal, otro ejemplo elocuente se encuentra en la llamada "cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria" de la Corte Internacional de Justicia y de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). En la época de la adopción del Estatuto de ésta, o sea, al inicio de la década del veinte, - como lo relata el internacionalista colombiano F.-J. Urrutia, - todas las Delegaciones de los países latinoamericanos representados en la Sociedad de las Naciones sostenían firmemente la atribución de jurisdicción obligatoria a la CPJI; pero como no se logró la necesaria unanimidad para tal fin, en razón de la posición reticente de las grandes potencias, fue necesario buscar otra solución<sup>5</sup>.

De ahí la llamada "cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria" de la CPJI, que resultó de la proposición, -en el seno del Comité de Juristas que redactó el Estatuto de la Corte en junio y julio de 1920 en La Haya,- del jurista brasileño Raúl Fernandes, que superó el impasse entre los países latinoamericanos, defensores de la jurisdicción internacional obligatoria, y los países que a ésta resistían, sobre todo las grandes potencias.

En su libro de memorias publicado en 1967, Raúl Fernandes reveló que el Comité de Jurisconsultos de 1920 se vio ante el desafío de establecer la base de la jurisdicción de la

---

<sup>4</sup>C. Bevilacqua, *Direito Público Internacional*, Río de Janeiro, Livr. Francisco Alves, 1911, pp. 66-67 y 72-73.

<sup>5</sup>F.-J. Urrutia, *La Codification du Droit International en Amérique*, 22 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1928), pp. 148-149.

CPJI (a partir del consentimiento mutuo entre los Estados) y, al mismo tiempo, resguardar y reafirmar el principio de la igualdad jurídica de los Estados. Años después, en la Conferencia de San Francisco de 1945, se contempló la posibilidad de dar un paso adelante, con una eventual aceptación automática de la jurisdicción obligatoria de la nueva CIJ; sin embargo, las grandes potencias se opusieron, una vez más, a esta evolución, sosteniendo la retención, en el Estatuto de la nueva CIJ, de la misma "cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria" del Estatuto de 1920 de la predecesora CPJI, -que sobrevive hasta hoy día.

El ideal que inspiró la formulación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria fue, a lo largo de los años, frustrado por una práctica desvirtuada. Por la intransigencia de los Estados más poderosos, se perdieron dos oportunidades históricas (en 1920 y en 1945) de superar la falta de automatismo de la jurisdicción internacional y de fomentar un mayor desarrollo de la jurisdicción obligatoria del tribunal internacional. Con esto se ha lamentablemente retardado la realización del ideal de la justicia internacional.

Los ejemplos del pionerismo del pensamiento jurídico latinoamericano, y su aporte al Derecho internacional, se multiplican a lo largo de los años.

En nuestros días, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido el primer tribunal internacional en afirmar la existencia de un derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Su histórica Opinión Consultiva Nro. 16 (de 1999) revela el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la evolución del derecho consular en particular, y del Derecho Internacional<sup>6</sup> Público en general. El *dictum* pionero de la Corte Interamericana, según el cual el incumplimiento del artículo 36(1) (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se daba en perjuicio no sólo de un Estado Parte sino también de los seres humanos en cuestión, ha servido de inspiración al desarrollo de la jurisprudencia internacional *in statu nascendi*, - como reconocido prontamente por la doctrina jurídica contemporánea.

Los autores y países latinoamericanos han cultivado los principios universales del derecho de gentes, en el entendimiento de que su codificación debía revestirse de un carácter igualmente universal; de ese modo, -en las palabras de un analista,- la "conciencia universal" afirmó el ideal de una "justicia universal", imponiéndose a los Estados así como a los seres humanos, y el deber de la comunidad internacional de salvaguardarla.

Los países latinoamericanos también contribuyeron, de forma notable, al desarrollo del *derecho de las organizaciones internacionales*, en los planos tanto regional (con la vasta práctica de las Conferencias Internacionales Americanas, precursoras de la Organización de los Estados Americanos - OEA) así como global (Naciones Unidas).

En el período entre-guerras, la importancia de la creación de la Sociedad de las Naciones fue destacada en la doctrina jurídica latinoamericana, que respaldó los esfuerzos

---

<sup>6</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva n. 16 (OC-16/99), del 01.10.1999, Serie A, n. 16, pp. 3-123, p.p. 1-141.

de reconstrucción del Derecho internacional con base en un conjunto de derechos y deberes fundamentales internacionales.

Hay que tener presente que, aún en la época de la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Derecho Internacional seguía siendo abordado desde el prisma de las relaciones esencialmente interestatales.

Fue gracias a la insistencia de los países de menor poder (como los latinoamericanos) que en la Conferencia de San Francisco finalmente se incluyeron referencias al Derecho Internacional en el preámbulo y en los artículos 1(1) y 13 de la Carta de las Naciones Unidas. Y debido a la inclusión de aquellas referencias en la Carta constitutiva de la Organización, se procedió prontamente, en el ámbito de las Naciones Unidas, aún en los años cuarenta, a la labor en el campo del desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

La doctrina y práctica latinoamericanas también han contribuido decisivamente a la formación y expansión, en las cinco últimas décadas, del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Este último, a su vez, pasó a tener un impacto sensible en el ordenamiento jurídico internacional<sup>7</sup>, fomentando el actual proceso histórico de *humanización* del Derecho Internacional (el *derecho de gentes*), y apuntando hacia la formación de un nuevo *jus gentium*. El aporte latinoamericano valioso y pionero a la protección internacional de los derechos de la persona humana amerita ser aquí igualmente recordado, en lo atinente a todo el vasto *corpus juris* de protección.

Y, en lo relativo al Derecho internacional de los derechos humanos, cabe señalar, de inicio, que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (de abril de 1948) precedió en ocho meses la Declaración Universal de Derechos Humanos (de diciembre de 1948). La concepción del *derecho de acceso a la justicia* (en el plano del derecho interno), elemento esencial en toda sociedad democrática, que encontró expresión en las Declaraciones Americana y Universal de 1948, tiene un origen latinoamericano.

En efecto, el proyecto de disposición que se transformó en el artículo 8 de la Declaración Universal, sólo fue insertado en el proyecto de la Declaración Universal en la etapa final de los *travaux préparatoires* de ésta (a pesar de su importancia), cuando ya se encontraba la materia en examen en la III Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dónde fue prontamente adoptada (en la III Comisión)<sup>8</sup>, para ser significativamente aprobada en el plenario de la Asamblea General por unanimidad.

La exitosa iniciativa provino precisamente de las Delegaciones de los Estados latinoamericanos. Se puede considerar que el artículo 8 representa la contribución latinoamericana por excelencia a la Declaración Universal.

---

<sup>7</sup>A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Directos Humanos*, volume I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 1-440; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-663.

<sup>8</sup>Sin objeción, por 46 votos a cero y tres abstenciones.

La iniciativa latinoamericana se inspiró fuertemente en los principios que rigen el recurso de *amparo*, ya entonces consagrado en muchas de las legislaciones nacionales de los países de la región. Tanto fue así que, en la Conferencia de Bogotá que adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948, una disposición correspondiente, en el mismo sentido, había sido adoptada por unanimidad de las 21 Delegaciones presentes. La disposición del artículo 8 de la Declaración Universal se inspiró, de ese modo, en la disposición equivalente del artículo XVIII de la Declaración Americana que la antecedió en ocho meses. El argumento básico que llevó a la inserción de esta disposición en las Declaraciones Americana y Universal de 1948 residió en el reconocimiento de la necesidad de llenar una laguna en ambas: proteger los derechos del individuo contra los abusos del poder público, someter todo y cualquier abuso de todos los derechos individuales al conocimiento del Poder Judicial en el plano del derecho interno.

En suma, la consagración original del derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes en la Declaración Americana (artículo XVIII) fue trasladada para la Declaración Universal (artículo 8), y de esta última para las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos (artículos 13 y 25, respectivamente), así como para el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (artículo 2(3)). La proyección del artículo 8 de la Declaración Universal en los tratados de derechos humanos hoy vigentes contribuye al reconocimiento en nuestros días de que esta garantía judicial fundamental constituye un de los pilares básicos del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.

Cuatro años después de la adopción de la Declaración Universal de 1948, fue un Juez latinoamericano, Levi Carneiro, quien tuvo la osadía, en su Voto Disidente en el caso de la *Compañía de Petróleo Anglo-Iraniana* (1952) ante la Corte Internacional de Justicia, de invocar expresamente un artículo de dicha Declaración Universal. Casi dos décadas después, en su sentencia en el caso de los *Rehenes en Teherán* (1980), la Corte en pleno se refirió expresamente, por primera vez, a los principios y derechos enunciados en la Declaración Universal de 1948.

Este reconocimiento judicial, por parte de un tribunal internacional creado para dirimir controversias entre Estados, evidenció el fin inequívoco de la vieja dimensión meramente interestatal del Derecho internacional contemporáneo.

Los países y pueblos latinoamericanos dan hoy día el bueno ejemplo de respaldar claramente los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. A pesar de todos los problemas sociales que los flagelan crónicamente, han reafirmado su fe en el primado del Derecho, y se han constituido en Estados Parte en numerosos tratados de derechos humanos, a ejemplo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Acompañados por algunos de los Estados del Caribe, -los cuales también han tenido sus grandes juristas,- los Estados latinoamericanos han asumido, ya desde mucho, la vanguardia en la lucha en pro del fortalecimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben valer para todos los Estados, jurídicamente iguales, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras

circunstancias. Los avances en la protección internacional de los derechos humanos requieren que su *corpus juris* alcance efectivamente las bases de las sociedades nacionales.

El día en que esto venga a ocurrir, no solamente estaremos mejor equipados para la construcción de un mundo más justo para nuestros descendientes, como estarán reivindicados nuestros grandes juristas y pensadores que, a lo largo del tiempo y desde todos los rincones de América Latina, propugnaron por la igualdad jurídica de los Estados así como de los nacionales y extranjeros, y por el primado del Derecho sobre la fuerza.

# JURISPRUDENCIA

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### **PODER JUDICIAL.** Corte Suprema de Justicia

La independencia del Poder Judicial consagrada en el artículo 3 de la Constitución Nacional como principio fundamental, está corroborada por una serie de normas también de carácter constitucional, como el art. 248 que consagra su Independencia política y funcional. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

### **CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución Nacional consagra el principio de la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, al expresar en su artículo 261: “De la remoción y cesación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Los Ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años”. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

### **CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Los conceptos de independencia e inamovilidad están íntimamente ligados entre sí. Es la razón por la que la Constitución Nacional, al proponerse como objetivo fundamental, garantizar la independencia del Poder Judicial con miras a una administración de justicia eficaz y eficiente, consagra, al mismo tiempo, la inamovilidad de sus magistrados, temporal en principio y permanente luego de dos confirmaciones, para los de menor rango (art. 252) y la inamovilidad permanente desde su designación para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia (art. 261), en ambos casos hasta la edad de setenta y cinco años. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

### **PODER JUDICIAL.** Corte Suprema de Justicia.

El art. 251 de la C.N. no puede referirse a un Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Este solo puede ser inamovible en el cargo, así como lo consagra el art. 261 del mismo cuerpo legal. La norma no se refiere a un ministro cuando garantiza la inamovilidad de un magistrado en cuanto a la sede o al grado, lo cual nunca puede afectar a un miembro de la Corte Suprema ya que, tanto la sede como el grado del mismo no pueden tener variación o modificación alguna. Tampoco un ministro puede ser objeto de traslado o ascenso, movimientos administrativos que solamente pueden afectar a los magistrados de menor rango como los jueces y miembros de tribunales. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

### **MAGISTRADO.** Confirmación de magistrado.

El vocablo “magistrado” es utilizado en las distintas normativas en sentido lato, se refiere indistintamente a los miembros de tribunales y juzgados como a Ministros de la Corte Suprema de Justicia. En algunos casos como en los arts. 252 y 253 de la Constitución

Nacional se refiere única y exclusivamente a los de menor rango, es decir, a los miembros de tribunales y juzgados. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**MAGISTRADO.** Confirmación de magistrado.

El art. 252 de la C.N. como los otros contenidos en al Sección I, son normal generales aplicables a los magistrados en general; el art. 261, en cambio, es una norma especial aplicable específicamente a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, en la interpretación de las mismas debe regir el criterio de especialidad desarrollado por Bobbio, en virtud del cual una norma especial tiene prevalencia sobre una general. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 19 de la Ley 609/95 es contrario a lo que establece la Constitución Nacional en su artículo 261 que consagra la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, por lo que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad y declarar que el término del mandato de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia se rige por lo establecido en el art. 261 de la Constitución Nacional. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

### **JUICIO POLITICO**

Los Ministros de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay deben permanecer en el cargo hasta cumplir los 75 años de edad y su remoción solo y exclusivamente puede producirse por juicio político. (Voto del Ministro Wildo Rienzi).

**PODER JUDICIAL.** Corte Suprema de Justicia. Reconducción tácita.

Es indudable que toda ley, acordada o instrumento normativo, que contradiga lo previsto en el art. 261 de la C.N., deviene absolutamente inconstitucional; sin que esto signifique un escamoteo o desaparición de la “reconducción tácita” – “práctica administrativa” que no necesita ser incluida en leyes-, que obliga al Ministro a ser sustituido a continuar ejerciendo sus funciones hasta que lo ocupe el sustituto, designado conforme a las disposiciones constitucionales, y jure y asuma su función. (Voto del Ministro Wildo Rienzi)

CSJ, Sala Constitucional. 28.06.2007 “Acción de Inconstitucionalidad: “Contra art. 19 de la Ley N° 609/95 y las resoluciones dictadas en su consecuencia” (Ac. y Sent. N° 557)

Asunción, 28 de junio de 2007

CUESTIONES:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor NÚÑEZ RODRÍGUEZ dijo: El Ministro de la Corte Suprema de Justicia ANTONIO FRETES promueve acción de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 609/95 y de resoluciones dictadas en su consecuencia. Alega el actor que el citado artículo 19 infringe los artículos 3, 137, 248 y 261 de la Constitución Nacional.

Señala, igualmente, que el objeto de la presente acción es impugnar la mencionada norma por inconstitucional en cuanto hace referencia al supuesto período para el cual habrían sido designados los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con el artículo 252 de la Constitución y 8° de las disposiciones finales y transitorias de la misma, ya que la citada disposición está limitado la duración de las funciones de los integrantes del más alto tribunal de la República a un período de cinco años, contrariamente a lo establecido en la Constitución.

Destaca también que la presente acción de inconstitucionalidad se halla plenamente vigente ya que el artículo 551 del Código Procesal Civil consagra la imprescriptibilidad de la acción contra actos normativos de carácter general, como lo es el artículo 19 de la Ley 609/95, ... *“sea que la ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad, afecte derechos patrimoniales, tenga carácter institucional o vulnere garantías individuales”*.

Sostiene que “está afuera de toda duda que el artículo 19 de la referida ley constituye un acto normativo de carácter general e institucional ya que está referido en forma impersonal a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia como institución, sin individualizar expresamente a los actuales Ministros de ese Alto Tribunal. La Ley exige, para que la acción sea prescriptible a los seis meses, que *“el acto normativo tenga carácter particular, por afectar solamente derechos de personas expresamente individualizadas”* (Art. 551, 2da. Parte del CPC). Como puede verse, el art. 19 de la Ley 609 no se refiere a personas expresamente individualizadas”.

“Pero – sigue diciendo el actor-, aun en la hipótesis negada en que la referida ley no tuviera carácter institucional, el término para la prescripción de la acción de inconstitucionalidad contra la ley solo comienza a correr desde el momento en que la misma es aplicada por un acto concreto de carácter personal e individual, pues es recién ahí cuando se produce la lesión concreta que genera el interés como elemento esencial de la acción quedando, a partir de allí y no antes, expedita la acción de inconstitucionalidad. Es un principio fundamental e inconcuso del Derecho Procesal que el interés es la medida de la acción y que, por lo tanto, no puede haber acción cuando no ha existido un lesión a los derechos del demandante”.

“En el caso particular que me afecta, mal podría haber promovido acción de inconstitucionalidad contra esa norma general sin que existiera una acción concreta de aplicación que produjera una lesión a mis derechos. Hubiera carecido de interés y por lo tanto de acción. La lesión concreta, lo reitero, existió desde el momento en que la eventualidad de la aplicación de la ley inconstitucional se produjo al dictarse la Resolución N° 861 de fecha 21 de noviembre de 2006 de la Honorable Cámara de Senadores, interpretando que ha fenecido mi mandato fundado en el art. 19 de la Ley 609/95”.

“A mayor abundamiento, esta circunstancia ya ha sido admitida en el Acuerdo y Sentencia N° 223, de fecha 5 de mayo de 2000, dictado por la Corte Suprema de Justicia, instrumento que también ofrezco como prueba y presento adjunto para su agregación, jurisprudencia en la cual también fundo esta acción. Cabe agregar que en la oportunidad la sentencia fue dictada con el alcance previsto en el art. 137, último párrafo de la Constitución Nacional”.

“El art. 19 de la Ley 609 –continúa- constituye un a violación de las disposiciones constitucionales. Dispone el referido artículo “Reconducción Tácita de la Función. *Cumplido el período para el cual fueron designados, de acuerdo con el Art. 252 de la Constitución y 8° de las Disposiciones Finales y Transitorias de la misma, los miembros de la Corte Suprema de Justicia seguirán en el ejercicio de sus funciones hasta tanto sean confirmados o nombrados sus sucesores conforme con el procedimiento constitucional*”.

“A estar por dicha disposición, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia estarían comprendidos dentro de la norma general del Art. 252 de la Constitución que establece la inamovilidad de los magistrados por el término de cinco años para el cual fueron nombrados y la movilidad absoluta o permanente “hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia” si hubieran sido confirmados por dos períodos siguientes al de su elección. Esto es manifiestamente inconstitucional”, concluye el actor.

De la acción planteada se corrió traslado al Fiscal General del Estado, quien elevó su dictamen N° 672, de fecha 13 de junio de 2007, manifestando, entre otros conceptos, lo siguiente:

“La independencia funcional de los jueces debe ser convenientemente garantizada si se desea, en realidad, instituir un sistema judicial que sirva de instrumento idóneo para la consolidación y mantenimiento del estado de Derecho”.

“Una de las garantías consideradas como fundamentales para la concreción e institucionalización de esa finalidad cívica y política es la “Inamovilidad Judicial” que ha sido concebida por algunos autores como un verdadero dogma constitucional por cuanto que sin ella difícilmente podría sostenerse la existencia de una carrera judicial y un Poder Judicial emancipado de influencias políticas y libre de inseguridades de diversas índoles que perturban, a veces decisivamente, la labor jurisdiccional”.

En el afán de consolidar y garantizar al máximo la independencia del Poder Judicial y asegurar su eficacia e idoneidad, la doctrina ha discutido largamente acerca del “PRINCIPIO DE INAMOVILIDAD JUDICIAL”, el cual, por su innegable contenido ideológico-político, ha provocado grandes polémicas que han dividido a los tratadistas, a los políticos y a la misma opinión pública a nivel global y actualmente en nuestro país, a favor o en contra de la mencionada garantía funcional. Así la inamovilidad es considerada por muchos autores como uno de los resortes constitucionales más importantes para la independencia de los Magistrados Judiciales subjetivamente considerados, en tanto que para otros ella sólo conspiraría contra la idoneidad judicial al permitir la perpetuación en el cargo de los jueces ineptos, sino que, además, atentaría contra la misma esencia del sistema republicano de gobierno, desde que a través de ella estaría consagrando un Poder Monárquico o Aristocrático incompatible con la tradición del Sistema Democrático basado en la alternabilidad de los cargos públicos”.

“Tales posiciones doctrinarias se relacionan con el problema de la extensión temporal de la inamovilidad. Pero, a criterio de esta Fiscalía, y tras el acabado análisis de las doctrinas que analizan el problema en cuestión, basta decir que la doctrina negadora de la inamovilidad permanente no parece haber considerado con la profundidad suficiente la natural debilidad del Poder Judicial con relación a los otros Poderes del Estado, situación

que en nuestra Carta Magna se encuentra compensada para que el órgano judicial pueda funcionar dentro del esquema republicano basado en el equilibrio de los Poderes; por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico, el instituto de la inamovilidad no ha sido incorporado como una medida aislada, sino que es parte integrante de toda la estructura política y judicial que es la que, en última instancia garantiza y asegura la independencia de los jueces, en especial de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia que en nuestra Carta de Fundamentos tienen un tratamiento especial que busca por sobre todo, librarlo de los avatares de la vida política de nuestro país y al mismo tiempo, buscar lograr la idoneidad y la eficacia tan deseada en lo que refiere a los señores Miembros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia”.

“Para entender los alcances que la inamovilidad reviste en nuestro Sistema Judicial, corresponde analizar, además, su naturaleza misma. Puede definirse a la inamovilidad judicial como aquella garantía que tiene por finalidad asegurar la independencia funcional de los Magistrados Judiciales. Hoy por hoy puede decirse que la inamovilidad no es propiamente una garantía para el juzgador, sino lo es para los litigantes, pues a éstos a quienes realmente interesa que, quien haya de juzgarlos tenga la fuerza suficiente para resistir a las solicitudes y amenazas de quienes podrían poner en peligro su estabilidad, siendo ésta la principal consecuencia de una correcta interpretación del principio de inamovilidad judicial”.

Consecuentemente, esta Fiscalía hace suyos los criterios de González Calderón cuando el mismo sostiene: “La inmovilidad de los jueces no es solamente una garantía para el ejercicio independiente de las funciones que la Constitución y las leyes les encomiendan, sino también una garantía necesaria de los derechos y de los intereses de los habitantes del país cuando acuden ante aquellos en demanda de justicia. Esta garantía de inamovilidad de los jueces está en la esencia misma de nuestro régimen político y es una de las bases más firmes de la libertad civil que la Constitución ampara”.

“En nuestro sistema constitucional, la inamovilidad, y en lo referente al caso de autos, protege a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio del cargo, de donde resulta que un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay amparado en dicha garantía, consagrada en el artículo 261 de la Carta de Fundamentos, no podrá ser removido o destituido arbitrariamente, sino por las causales –comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones – definido en la ley, Art. 253 de la C.N. y por procedimiento establecido en la ley- Juicio Político-, en el Art. 261 de la C.N. Sin embargo, cabe señalar que esta mencionada inamovilidad tiene un alcance funcional mucho más amplio que la sola protección del cargo. El concepto mismo de “inamovilidad” sugiere aquello que no puede ser “movido” en modo alguno, aquello que es “estable, permanente, y duradero, que no puede ser modificado”. Sin embargo, y ante la contundencia de tales fundamentos jurídicos, nos hallamos ante una inminencia en cuanto a lesión se refiere, de tal estabilidad, a raíz de una interpretación errónea o interesada, como consecuencia de un acto administrativo que arbitrariamente, pretende privar de su cargo en absoluta violación de la garantía de inamovilidad al accionante”.

“La garantía de inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, sustentada hoy por hoy en nuestra Constitución Nacional, está en riesgo de ser quebrantada, siempre y cuando se deje expedita la destitución o remoción arbitraria del accionante, en el

ejercicio de su cargo. Esta estabilidad es fundamental, porque ‘vana sería la independencia de cualquier Poder cuyos miembros pudieran ser nombrados y removidos por otros poderes a su antojo’. En consecuencia, para esta Fiscalía General Estado, es por completo evidente que el que conserva su cargo por el tiempo que quiera otro, no es digno de confianza para conservar una actitud de independencia contra la voluntad de ese otro. En conclusión, para esta representación pública, en cuanto al ejercicio del cargo, la inamovilidad de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia significa, en primer término, que no puede ser destituido o separado del mismo, sino únicamente por las cuales que establezca la ley, por el procedimiento instituido para el efecto y ante el órgano que fuere competente para conocer y decidir en el juicio de responsabilidad promovido contra el Ministro de la Corte Suprema de Justicia que eventualmente pudiera ser acusado o inculpado. Fuera de estas consideraciones, en nuestro sistema constitucional no prevé a otros mecanismos para los efectos arriba señalados”.

“El sistema de inamovilidad establecido por nuestra Carta Magna, en el artículo 261, es conocido en la doctrina del Derecho Constitucional como el de la “inamovilidad cuasi-vitalicia o semi-vitalicia”, por la cual los ministros de la Corte Suprema de Justicia continúan en su cargo mientras dure su buena conducta e idoneidad, pero no indefinidamente, sino hasta la edad de 75 años, cuando deben acogerse a la jubilación obligatoria. Este sistema resulta congruente con nuestro sistema republicano de gobierno. Su punto de partida se encuentra en el principio de división de Poderes en virtud del cual el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial deben funcionar dentro de un marco de separación, equilibrio e independencia, siendo cada uno de ellos independientes y supremos en sus respectivas esferas, es decir, en tanto actúen en el ámbito de sus competencias que les asigna nuestra Constitución”.

“Abona la postura de esta Fiscalía General del Estado, los criterios del jurista argentino Sánchez Viamonte, quien sostenía: “La independencia es aún más necesaria cuando la Administración de Justicia está a cargo de un Poder Judicial con jerarquía de Poder Público, guardián de la Constitución y al cual se le reconoce la potestad jurisdiccional de juzgarla constitucionalidad, tanto de leyes” como de todo acto normativo dictado por cualquiera de los tres Poderes del Estado, siempre y cuando sea atentatorio a los principios consagrados por la Constitución Nacional”.

“Finalmente, el Poder Judicial, por la naturaleza de sus funciones, es el menos peligroso para los derechos políticos porque, por su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros Poderes. Esta situación desventajosa hace que sea necesaria, a fin de mantener la vigilancia del principio republicano del equilibrio entre Poderes, la adopción de ciertas determinaciones que tengan por objeto compensar esta “natural debilidad” del organismo de justicia, y ahí se encuentra la justificación del principio de inamovilidad cuasi-permanente, hasta la edad de setenta y cinco años de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia que ha merecido su aprobación por la Convención Nacional Constituyente del año 1992, por lo cual concluye esta Representación Fiscal, que todo acto normativo, así como la aplicación del mismo en la solución del caso determinado, y por el Poder del Estado que la ha aplicado, deviene absoluta y totalmente contrario a los principios y postulados del Constitucionalismo Republicano que son los

fundamentos firmes, férreos y pétreos angulares sobre los cuales se ha construido el sistema actual de gobierno”.

“Es así que, tras el análisis realizado, la Fiscalía General del Estado considera oportuna y eficiente la Acción de Inconstitucionalidad promovida por el Dr. Antonio Fretes en su carácter de Ministro de la Corte Suprema de Justicia contra el artículo 19 de la Ley 609/95 “Orgánica de la Corte Suprema de Justicia” y todas las resoluciones que pudieran recaer como resultado de la aplicación de dicho artículo”.

#### ANÁLISIS DE LA ACCION

El Ministro Fretes, al inicio de su exposición, expresa que el objeto de la presente acción es impugnar el artículo 19 de la Ley N° 609/95 por inconstitucional. Señala que la citada norma legal, en cuanto hace referencia al supuesto periodo para el cual habrían sido designados los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con el artículo 252 de la Constitución y 8° de las Disposiciones Finales y Transitorias de la misma, está limitando la duración de las funciones de los integrantes del más alto tribunal de la República a un período de cinco años, contrariamente a lo establecido en la Constitución.

EL fundamento básico de la acción planteada es que, la aplicación del artículo impugnado de inconstitucional, significaría que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia están comprendidos dentro de la norma general del artículo 252 de la Constitución que establece la inamovilidad de los magistrados por el término de cinco años para el cual fueron nombrados y la inamovilidad absoluta o permanente hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia si hubieran sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección.

El fundamento de su pretensión es que a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia no les es aplicable lo establecido en el artículo 252 de la Constitución Nacional, sino el artículo 261 de la misma, por ser ésta la norma especial que se refiere específicamente a la duración del mandato y a la cesación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La Acción debe prosperar.

Como punto de partida para determinar la procedencia de la acción se debe establecer, a la luz de las diferentes normas constitucionales, cual es la voluntad del constituyente al construir el sistema constitucional que hoy rige el funcionamiento de las instituciones en la República del Paraguay. Para conocer qué es lo que el constituyente ha querido disponer en lo que se refiere al marco de acción de los tres poderes del Estado entre los que se encuentra el Poder Judicial es estrictamente necesario recurrir a una acabada interpretación de las diferentes normas constitucionales que se refieren al mismo.

Si bien podemos coincidir en que los textos constitucionales deben ser claros, precisos y concordantes de manera que sus disposiciones que son básicas y rectoras, no dejen resquicio a la duda ni a la tergiversación, también puede ocurrir que, por defecto de redacción o de concordancia, sea necesaria la interpretación de algunos preceptos.

Conocidos son los diversos métodos clásicos de interpretación formulados por Savigni: el gramatical, el histórico y el lógico-sistemático. Más, a los efectos de nuestro análisis exegético de la Constitución, es conveniente utilizar este último ya que es necesario establecer el sentido y el significado final de diferentes normas constitucionales relacionadas con el Poder Judicial.

Bien lo dice Vigo (LUIS RODOLFO VIGO, *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993), que son “*criterios válidos de interpretación, la consideración de la Constitución como un sistema, la unidad del ordenamiento jurídico, la máxima funcionalidad del régimen político, la consolidación de los valores constitucionales y la atención a las consecuencia sociales de las decisiones*”.

Y el Convencional Evelio Fernández Arévalos, en la Convención Nacional Constituyente de 1992 (Convención Nacional Constituyente, 1992, sesión ordinaria N° 33, Diario de Sesiones, Pág. 23), sostenía que “Los preceptos constitucionales juegan sistemáticamente, y la verdad es que, en cada artículo no se pueden prever todas las hipótesis. Es la interpretación de las normas la que va a venir a dar respuesta a los requerimientos frente a cosos concretos que pueden producirse”.

Si la Constitución Nacional, es la Ley Fundamental que establece, como su nombre lo indica, los Fundamentos de la República, ella debe responder a una estructura o un sistema, donde las normas están interrelacionadas entre sí formando un todo orgánico y no como disposiciones aisladas con contenido propio o independiente. En ese contexto veamos en primer lugar la estructura o el sistema en el que está inserto el Poder Judicial y las características o elementos que deben regir su funcionamiento.

El artículo 3 de la Constitución Nacional establece que el Gobierno es ejercido por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control.

De la lectura del citado artículo constitucional se concluye en primer lugar que el Poder Judicial, al igual que los otros dos, es un PODER DEL ESTADO que debe ejercer sus funciones con absoluta y total independencia de los otros dos, lo cual no significa que esté exento del recíproco control en la forma que establece la Constitución.

Ya en el Acuerdo y Sentencia N° 222, del 5 de mayo de 2000, esta Corte sostuvo que “la INDEPENDENCIA del Poder Judicial consagrada en el artículo 3 de la Constitución Nacional COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL, está corroborada por una seria de normas también de carácter constitucional, como el artículo 248 que consagra su INDEPENDENCIA POLITICA Y FUNCIONAL y que expresa: “De la Independencia del Poder Judicial. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Solo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, no otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidos en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas. Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fue la ley”.

“Acto seguido y para que no quede ninguna duda sobre la INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL, el artículo 249 de la Constitución consagra su INDEPENDENCIA ECONÓMICA al expresar: De la Autarquía Presupuestaria. *El Poder*

*Judicial goza de autarquía presupuestaria. En el Presupuesto General de la Nación se le asignará una cantidad no inferior al tres por ciento del presupuesto de la Administración Central. El presupuesto del Poder Judicial será aprobado por el Congreso, y la Contraloría General de la República verificará todos sus gastos e inversiones”.*

“Luego de consagrar la INDEPENDENCIA POLÍTICA, FUNCIONAL Y ECONOMICA DEL PODER JUDICIAL, la Constitución consagra el principio de INAMOVILIDAD DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, al expresar en su artículo 261: “De la remoción y cesación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. *Los Ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años*”. (Acuerdo y Sentencia N° 222 de fecha 5 de mayo de 2000- Corte Suprema de Justicia)

¿Por qué cuando hablamos de INDEPENDENCIA traemos a colación la INAMOVILIDAD de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia?. La respuesta la encontramos en el Informe de la Comisión Redactora de la Convención Nacional Constituyente cuando expresa: “Una de las garantías de la independencia del poder Judicial es la inamovilidad de sus funcionarios. El juez que ve pender sobre su cabeza la espada de Damocles de su confirmación o no, realmente no es independiente, y trata de agradar a quien quiera que sea con tal de lograr su confirmación en el cargo. Este hecho en él mismo ya es un principio de corrupción de la magistratura...”.

La Unión Europea e ILANUD publicaron en 1996 un trabajo denominado “LA JUSTICIA COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ” en el que se realiza un análisis comparativo entre los sistemas de justicia en Iberoamérica. En el mismo, entre otras consideraciones, puede leer: “Pero, en donde se produce la gran quiebra, desde el punto de vista de la independencia judicial, del sistema iberoamericano es en el modelo de la designación de los jueces y magistrados y en la ausencia de una auténtica inamovilidad judicial”.

Y termina concluyendo: “*Pero, si se desea el eficaz sometimiento de todos los Poderes del Estado al imperio de la Ley, si se quiere que el Poder Judicial contribuya a erradicar (como está sucediendo en Europa con la denominada “revolución de los jueces”) la “corrupción política”, que constituye uno de los más graves obstáculos al desarrollo económico de los pueblos latinoamericanos, preciso será culminar esta evolución siempre inacabada que es la independencia del Poder Judicial y consagrar definitivamente también en Iberoamérica el autogobierno de la magistratura y la INAMOVILIDAD JUDICIAL*”.

Podemos ver entonces, que los conceptos de independencia e inamovilidad están íntimamente ligados entre sí. Es la razón por la que la Constitución Nacional, al proponerse como objetivo fundamental, garantizar la independencia del Poder Judicial con miras a una administración de justicia eficaz y eficiente, consagra, al mismo tiempo, la inamovilidad de sus magistrados, temporal en principio y permanente luego de dos confirmaciones, para los de menor rango (Art. 252), y la inamovilidad permanente desde su designación para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia (art. 261), en ambos casos hasta la edad de setenta y cinco años.

Ahora bien, ¿es posible sostener, como lo hace el artículo 19 de la Ley 609/95, impugnado de inconstitucional en la presente acción, que en el artículo 252 de la Constitución Nacional, están comprendidos los Ministros de la Corte Suprema de Justicia?.

Hemos dicho, al comienzo de nuestro análisis, y así lo estamos haciendo, que trataremos de interpretar el sentido de las diversas normas constitucionales en forma sistemática, en lo que hace a la inamovilidad de los ministros de la Corte Suprema de Justicia y la de los otros magistrados inferiores.

Podemos observar, aunque estemos o no de acuerdo con su estructura, que en la Parte II, Título II, de nuestra Carta Magna, el Capítulo III está consagrado al Poder Judicial. Este, a su vez, se divide en cinco secciones (es el punto de disidencia porque no todos los órganos pertenecen al Poder Judicial): la primera sección contiene disposiciones de carácter general, establece cuales son los órganos que ejercen función jurisdiccional, que son la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados. En esta sección hay cuatro artículos sucesivos que se refieren exclusivamente a los miembros de tribunales y juzgados. Ellos son los artículos 250, última parte, 251, 252 y 253. Veamos por qué: El artículo 250 dispone dónde deben prestar juramento o promesa los magistrados que integran el Poder Judicial, los Ministros ante el Congreso y los integrantes de los demás tribunales y de los juzgados lo harán ante la Corte Suprema de Justicia.

El siguiente artículo, el 251, expresa que los miembros de los tribunales y juzgados de toda la República serán designados por la Corte Suprema de Justicia, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura. Y acto seguido, refiriéndose específicamente a esos magistrados es que dispone en el artículo 252 que “los magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede o al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su conocimiento previo y expreso. Son designados por períodos de cinco años, a contar de su nombramiento. Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección, adquirirán la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, el artículo 253 que establece el sistema de enjuiciamiento y remoción de los magistrados. Por supuesto que se refiere también exclusivamente a los de menor rango ya que son ellos los que pueden ser removidos por decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y no un Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, si analizamos detenidamente los términos del artículo 252, podremos ver que, de ningún modo, el mismo puede referirse a un Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Este sólo puede ser inamovible en el cargo, así como lo consagra el artículo 261 de la Constitución nacional. La norma no se refiere a un ministro cuando garantiza la inamovilidad de un magistrado en cuanto a la sede o al grado, lo cual nunca puede afectar a un miembro de la Corte Suprema ya que, tanto la sede como el grado del mismo no pueden tener variación o modificación alguna. Tampoco un ministro puede ser objeto de traslado o ascenso, movimientos administrativos que solamente pueden afectar a los magistrados de menor rango como los jueces y miembros de tribunales.

Es conveniente observar que el vocablo “magistrado” es utilizado en las distintas normativas en sentido lato, se refiere indistintamente a los miembros de tribunales y

juzgados como a Ministros de la Corte Suprema de Justicia. En algunos casos como en los artículos 252 y 253 se refiere única y exclusivamente a los de menor rango, es decir, a los miembros de tribunales y juzgados.

El constituyente ha querido consagrar, y así lo hizo, una sección del Capítulo III que se refiera única y exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia y a sus miembros. En la mismo legisla sobre la integración de la Corte Suprema y los requisitos para integrarla (258), los deberes y atribuciones de la Corte (259), los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional (260), y el sistema de remoción y momento de la cesación del mandato de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia (261), para quienes, no ha establecido un periodo de mandato como a los demás magistrados, ya que ha sido la voluntad del constituyente consagrar la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia desde su designación hasta la edad de setenta y cinco años, a fin de preservarlos de los avatares políticos que siempre han conspirado negativamente contra la independencia de los magistrados judiciales en general y de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, en particular.

Por otro lado, es importante señalar que el artículo 252, como los otros contenidos en la Sección I, son normas generales aplicables a los magistrados en general; el artículo 261, en cambio, es una norma especial aplicable específicamente a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, en la interpretación de las mismas debe regir el criterio de especialidad desarrollado por Bobbio (*Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, Editorial Temis, Santa Fé, Bogotá Colombia. Pág. 193 y 194*), en virtud del cual una norma especial tiene prevalencia sobre una general.

En relación con este criterio de interpretación, en el Acuerdo y Sentencia N° 223 del 5 de mayo de 2000, el Dr. José A. Fernández sostiene que “siguiendo las reglas de la interpretación sistemática de las leyes, debemos considerar la razonabilidad de la inteligencia de una norma su congruencia con el sistema al que está engarzado, (...) Otro de los medios para esta interpretación es la de la contradicción de normas. Si entre una y otra norma de derecho hay contradicción, debe prevalecer la norma especial sobre la general (in omni iure generi per speciem derogatur). Si ambas son generales, prevalece la norma aquella cuyo carácter y finalidad están más estrechamente vinculados con el objeto diversamente regulado”.

En el mismo sentido, siguiendo a Bobbio, se expresa el Dr. Bonifacio Ríos Avalos cuando afirma: “Debe puntualizarse que, al existir una norma jurídica especial aplicable al caso, rige el criterio de especialidad, en consecuencia la solución jurídica del caso debe encontrarse indefectiblemente dentro de este contexto legal, es decir, ninguna solución podrá buscarse fuera del precepto legal, sin que esto implique un desprecio a la interpretación contextual enseñada por toda la doctrina constitucionalista actual; sin embargo, cuando existe solución de un caso en estudio en un texto normativo de carácter especial, la determinación de su alcance se establecerá dentro del mismo texto y una vez atribuida las consecuencias jurídicas al texto, tendremos la norma jurídica con fuerza obligatoria (*Río Avalos, Bonifacio. Corte Suprema de Justicia, Acuerdo y Sentencia N° 191 del 27 de abril de 1999*).

Considero pertinente señalar que la Corte Suprema de Justicia, por Acuerdos y Sentencias N° 222 y 223 de fecha 5 de mayo de 2000, ha resuelto hacer lugar a dos

acciones de inconstitucionalidad plateadas en contra del mismo artículo 19 de la Ley 609/95.

En relación a dichas sentencias, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe del año 2001, expresa lo siguiente: “SENTENCIAS SOBRE INMOBILIDAD DE MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA”.

“La vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático, como ha señalado la Comisión, requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes, y en el que exista un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, vale decir, presupone el respeto del estado de derecho”.

“Recientemente se produjo en Paraguay una situación relacionada con los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, que involucró al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. El 5 de noviembre de 1999, la Honorable Cámara de Senadores dictó la Resolución 421, confirmando en sus cargos a cinco de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, y no confirmando a otros de ellos. El 9 de noviembre de 1999, el Poder Ejecutivo, mediante Decreto N° 6.131, emitió un “Acuerdo Constitucional”, indicado que se confirmaba la mencionada Resolución de la Cámara de Senadores”.

“De acuerdo con dichas decisiones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, algunos ministros de la Corte Suprema de Justicia cesarían en sus funciones sin haber sido sometidos a un juicio político formal, siendo que conforme al artículo 261 de la Constitución, “los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político...”.

Las mencionadas disposiciones de los Poderes Legislativos y Ejecutivo fueron impugnadas ante la Corte Suprema de Justicia, mediante acciones de inconstitucionalidad, y en fecha 5 de mayo de 2000 dicha Corte dictó sentencias declarando inconstitucionales las disposiciones impugnadas, señalando que “conforme lo prevé el artículo 261 de la Constitución Nacional, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, solamente cesarán en el cargo una vez cumplida la edad de setenta y cinco años, sin perjuicio de que puedan ser removidos a través del juicio político, y de ninguna otra forma”.

“La comisión considera positivo que la cuestión suscitada, que involucraba a los tres poderes del Estado, haya sido resuelta por el Poder Judicial, en su rol de máximo intérprete de la Constitución, y que los Poderes Legislativo y Ejecutivo hayan respetado la decisión definitiva, firme y obligatoria de la Corte Suprema en el asunto. Aunque el respecto y cumplimiento efectivo con el mandato de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia resulte un aspecto obvio e inherente a un Estado democrático, la Comisión resalta tal situación, tomando en cuenta el conflicto de poderes que se dio recientemente en Paraguay, originando en buena parte por la negativa del Poder Ejecutivo de acatar una decisión del Poder Judicial, y que culminó con la renuncia del Presidente de la República en marzo de 1999”.

Por todo lo expresado, y en coincidencia con el dictamen fiscal, considero que el artículo 19 de la Ley 609/95 es contrario a lo que establece la Constitución Nacional en su artículo 261 que consagra la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, por lo que corresponde hacer lugar a la presente Acción de Inconstitucionalidad y declarar

que el término del mandato de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia se rige por lo establecido en el artículo 261 de la Constitución Nacional. Es mi voto.

A su turno el Doctor RIENZI GALEANO dijo: Estoy plenamente de acuerdo con lo manifestado sobre el caso por el ilustrado Profesor, Ministro de la Corte, Dr. VICTOR NÚÑEZ, en particular sobre la inaplicabilidad del Art. 252 de la C.N. a los Sres. Miembros de la Corte Suprema de Justicia, puesto que más que evidente que estos no pueden ser “trasladados” (porque la sede de la Corte se encuentra en el Palacio de Justicia, en Asunción) ni “ascendidos” (porque llegaron a la cúspide de la carrera judicial), a más de remitirse, en cuanto al límite de edad de los Magistrados, al Art. 261 de la C.N. que se refiere exclusivamente a los Señores Ministros de la Corte, lo que esta significando que el término “Magistrados” del citado Art. 252 no incluye a los Sres. Ministros de la Corte.

En síntesis, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay deben permanecer en el cargo hasta cumplir los 75 años de edad y su remoción sólo y exclusivamente puede producirse por juicio político.

En consecuencia, es indudable que toda ley, acordada o instrumento normativo, que contradiga lo previsto en el Art. 261 de la C.N., deviene absolutamente inconstitucional; sin que esto signifique un escamoteo o desaparición de la “reconducción táctica”-“práctica administrativa” que no necesita ser incluida en leyes-, que obliga al Ministro a ser sustituido a continuar ejerciendo sus funciones hasta que lo ocupe el sustituto, designado conforme a las disposiciones constitucionales, y jure y asuma su función.

Por tanto, mi voto es por la opinión del Ministro Núñez, con la salvedad expuesta sobre la continuación en el cargo del Ministro a ser reemplazado.

A su turno el Doctor TORRES KIRMSER dijo: Conforme al Art. 247 de la Constitución Nacional, es de pertinencia del Poder Judicial en general, y de la Corte Suprema de Justicia en particular, estando a lo dispuesto por el Art. 259 del mismo cuerpo legal, la interpretación de la Carta Magna, así como el conocimiento sobre acciones de inconstitucionalidad, tanto a través del pleno como de la Sala Constitucional.

Esta facultad ha sido aplicada en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia con el alcance previsto en el Art. 137, último párrafo, de la Constitución Nacional. Citamos, entre otros, la S.D. N° 183, del 1 de julio de 1994 y la S.D. N° 415, del 2 de diciembre de 1998. Respecto de la norma concreta cuyo juzgamiento de inconstitucionalidad nos ocupa, el Art. 19 de la Ley 609/95, dicha declaración, con el alcance y efectos reseñados, ha sido pronunciada en la parte resolutive de las S.D. N° 222 y 223, ambas dictadas el 5 de mayo de 2000 por el pleno de la Corte. De esta manera, ya ha habido un pronunciamiento en la cuestión que- independientemente de nuestra opinión personal sobre el punto y de los reparos que tal pronunciamiento pudiera merecer- bien podría entenderse como yuxtapuesto, aunque más no sea parcialmente, al que aquí haya de recaer, atentos a los términos del Art. 137 de la Constitución Nacional.

Por supuesto que, al margen de lo dicho, no puede considerarse que el principio de inamovilidad en el ejercicio de la función judicial haya sido desconocido por la Constitución. Dicho principio puede inferirse, en primer término, de la disposición del Art. 248 de la Constitución Nacional, que garantiza la independencia del Poder Judicial, la que coincide con el Art. 3° del mismo cuerpo legal. Siempre fue sentida intensamente la

necesidad de tal independencia, y ya lo destacaba Alexander Hamilton, en su conocida obra, "El Federalista": "La regla de la buena conducta para la continuación en el empleo de la magistratura judicial es por cierto una de las más valiosas de los adelantos modernos en la práctica del gobierno. En una monarquía, es una excelente barrera para el despotismo del príncipe; en una república, no es menos barrera para las usurpaciones y opresiones del cuerpo representativo; y es lo más conveniente que se haya ideado en cualquier gobierno para garantizar una administración de las leyes firme, recta e imparcial" (citado por Linares Quintana, Segundo V. Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Buenos Aires, Alfa, 1° ed., 1963, tomo IX, pág. 414).

La cuestión no fue menos sentida en la evolución constitucional de Gran Bretaña, donde, cuando la permanencia de los jueces dependía del arbitrio del rey, poco cuesta imaginar la precariedad que tal sistema producía en la administración de justicia, lo que mereció una evolución paulatina, primero con el Act of settlement de 1701, donde se disponía que los jueces permanecerían mientras dure su buena conducta; disposición esta que mereció elogios y motivos que fuese acogida en las Constituciones francesas de 1791 y 1795 y en la Carta Constitucional de Luis XVIII, lo mismo que en la Constitución Holandesa de 1814 (Fayt, Carlos S. El self-moving, garantía de independencia del Poder Judicial. Buenos Aires, La Ley, 1° ed., 2000, pág. 2).

Baste esta brevísima reseña histórica para comprender las profundas raíces que el principio de inamovilidad de los jueces tiene en la evolución constitucional del mundo moderno. Tanto más necesaria resulta tal independencia en la sistemática de la Constitución Nacional, ya que su Art. 247 asigna al Poder Judicial la función de custodio de la Constitución. Por ello, ciertamente no puede considerarse que la independencia del Poder Judicial resulte aislada de la inamovilidad de los jueces. Es más, su independencia funcional, consagrada en el Art. 3° de la Constitución Nacional, reiterada en el Art. 248 y manifestada en la división de funciones, según la cual al Poder Judicial le corresponde cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, conforme al Art. 247 de la misma, se manifiesta, precisamente, a través de la inamovilidad (Riera Hunter, Marcos. La independencia del Poder Judicial. Asunción, La Ley Paraguaya, 1° ed., 1991, pág. 29). La doctrina anterior a la entrada en vigor de la Constitución Nacional de 1992 ensalzaba la inamovilidad como garantía de la independencia judicial, ya que este poder necesita una neutralidad política que lo mantenga alejado de las influencias partidarias (Prieto, Justo J. Constitución y régimen político en el Paraguay. Asunción, El Lector, 1° ed., 1987, pág. 338).

La necesidad de la independencia del Poder Judicial, por otra parte, no es desconocida tampoco por los doctrinarios que escribieron bajo la vigencia de la Constitución Nacional actual. Así, se ha dicho: "Estamos ante la Constitución que más efectivamente garantiza la independencia de la magistratura" (Camacho, Emilio. Lecciones de Derecho Constitucional. Asunción, Intercontinental, 1° ed., 2001, pág. 87), al paso de afirmarse: "las funciones políticas e institucionales del Poder Judicial, sin embargo, nunca podrían ser cumplidas a cabalidad si el órgano judicial careciese de la nota principalísima de la independencia. La independencia del Poder Judicial es el presupuesto del cumplimiento eficaz de su función específica y natural, al tiempo que es la 'condictio sine

qua non' de la democracia y del Estado de Derecho" (Riera Hunter, Marcos. Independencia y autarquía presupuestaria del Poder Judicial. En: Homenaje a la Constitución. Asunción, edición de la Corte Suprema de Justicia, 1997, pág. 233).

Se advierte, así, que los principios que informan la Constitución Nacional permiten inferir que la independencia del Poder Judicial ha sido uno de los valores que la Carta Magna del año 1992 ha querido salvaguardar. Un connotado jurista nacional, miembro de la Convención Nacional Constituyente y ex Ministro de la Corte, pudo sostener lo mismo: "Para la designación de los magistrados del Poder Judicial, nadie puede exhibir ni exigir su propio y personal arbitrio. Se trata de un proceso con participación pluralista en el que radica, en nuestro concepto, la mayor garantía de imparcialidad y eficacia" (Paciello, Oscar. La Constitución de 1992 y las transformaciones operadas en la vida nacional. En: Homenaje a la Constitución. Asunción, edición de la Corte Suprema de Justicia, 1977, pág. 362).

A mayor abundamiento, resulta pertinente transcribir las siguientes reflexiones: "Es muy importante señalar que la inamovilidad es individual, es decir, los magistrados no tiene porqué cesar cuando el Congreso o el Presidente de la República cesan en sus cargos. En esta forma, los magistrados designados por un período individual de cinco años, en el que se realizará la primera evaluación de su desempeño, pueden tener la seguridad de que habiendo observado buena conducta, laboriosidad e idoneidad, deberán ser automáticamente confirmados. Y esto es así porque el principio rector sustentado en la Constitución es el de la inamovilidad". (Paciello, Oscar. La Constitución de 1992 y las transformaciones operadas en la vida nacional. En: Homenaje a la Constitución. Asunción, edición de la Corte Suprema de Justicia, 1997, pág. 364). 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:

RESUELVE: HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad deducida por el Dr. Antonio Fretes, y en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 19 de la Ley N° 609/95 y de las resoluciones dictadas en su consecuencia, conforme al exordio de la presente resolución. ANOTAR, registrar y notificar.

*Ministros: Victor Manuel Nuñez Rodriguez, José Raúl Torres Kirmser y Wildo Rienzi Galeano. Ante mí: Abog. Hector Fabián Escobar Díaz. Secretario.*

--°--

**SENTENCIA DECLARATIVA.** Declaración de certeza constitucional.

La sistemática del art. 99 del Código Procesal Civil indica a las claras que la norma es de alcance general, referida a cualquier tipo de acción, en el sentido de enunciar como suficiente la existencia de una duda que amerite la declaración de certeza para configurar el interés que justifique la acción de declaración de certeza constitucional a la máxima instancia judicial. (Voto del Ministro Víctor Nuñez)

**CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Interpretación constitucional.

El art. 247 de la Constitución Nacional asigna al Poder Judicial la función de interpretarla mientras que el art. 259 confiere a la Corte Suprema de Justicia, como deberes y atribuciones, los demás que fijen la Constitución y las leyes. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Interpretación constitucional.

La ley 609/95 en su art. 3° inc. a) asigna a la Corte Suprema de Justicia el deber de interpretar la Constitución, en caso de duda sobre el alcance de una norma constitucional, que se concrete en su caso específico que permita la intervención jurisdiccional, es el máximo órgano de la República quien debe ejercer la función interpretativa, dilucidando el alcance y efectos de la normativa de máximo rango. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**SENTENCIA DECLARATIVA.** Declaración de certeza constitucional.

En el caso en estudio no se trata de una consulta sobre la constitucionalidad o no de un acto normativo, sino que lo que se pretende es que la Corte Suprema de Justicia declare con certeza constitucional la existencia de un derecho del cual el actor es acreedor por imperio de una norma constitucional, cuya interpretación se solicita por medio de la acción de declaración de certeza constitucional. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Control constitucional.

La mera consagración del principio de supremacía constitucional deviene inoficiosa si no va acompañada del procedimiento que lo vuelva efectivo, de suerte que la norma o el acto inconstitucional no tenga aplicación y no produzca efecto. Tan importante como el principio de supremacía constitucional, es el de arbitrar los medios o los procedimientos para llevar a la práctica el control de dicha supremacía. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La ley Suprema consagra el instituto de la inamovilidad en dos disposiciones normativas, el art. 252 se refiere a los miembros de tribunales y juzgados de toda la República que hubiesen sido designados por períodos de cinco años y confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, a partir de la cual adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia y el art. 261 consagra la inamovilidad de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde su designación hasta el cumplimiento de la edad de setenta y cinco años. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**MAGISTRADO.** Confirmación de magistrado.

El instituto de la carrera judicial implica el fomento de la promoción y ascensos dentro del ejercicio de la función jurisdiccional. Palmariamente contradictorio sería, entonces, conceder el derecho al ascenso y consagrar la carrera judicial sin extender a los efectos de

ella –confirmaciones en cargos diversos- la computabilidad a los efectos de la inamovilidad como Magistrado. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**MAGISTRADO.** Confirmación de magistrado.

Se puede afirmar que la garantía de la independencia del Poder Judicial, constituye sin duda alguna la inamovilidad no solamente de los Ministros de la Corte, sino que también se extiende a los demás magistrados que integran la institución, con la sola condición de mantener la buena conducta. (Voto del Ministro Antonio Fretes)

**MAGISTRADO.** Confirmación de magistrado.

Es algo incuestionable, en el terreno de la doctrina y en el de los hechos, que la independencia de los jueces, primera condición reclamada para el buen desempeño de sus funciones y esencial en el sistema de la división de los poderes, se obtiene con mayor seguridad con la inamovilidad mientras dure su buena conducta, que con su periódica renovación. (Voto del Ministro Antonio Fretes)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La inamovilidad de los magistrados judiciales se halla específicamente reglamentada en los arts. 252 y 8 de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución Nacional. En lo esencial, ambos artículos establecen que los magistrados que hubiesen sido confirmados pro dos periodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia, fijado en los 75 años. (Voto del Ministro Antonio Fretes)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 252 se halla previsto para los magistrados incorporados a la función judicial con anterioridad a la vigencia de la Constitución, mientras que el segundo (artículo 8° de las Disposiciones finales y transitorias) se halla previsto para los magistrados incorporados a la función judicial con anterioridad a la vigencia de la Constitución. (Voto del Ministro Antonio Fretes)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

En este segundo caso, artículo 8° de las Disposiciones finales y transitorias, que sería el del accionante, de acuerdo con sus antecedentes, la Constitución requiere dos confirmaciones mediante los mecanismos establecidos en la Constitución para adquirir la inamovilidad, es decir, los magistrados judiciales obtienen la inamovilidad en el cargo a partir de la segunda confirmación. (Voto del Ministro Antonio Fretes)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La tesis dominante en este alto tribunal exige la declaración expresa de inamovilidad de los magistrados judiciales, y a dicha tesis me he atenido en ocasiones anteriores por razones de seguridad jurídica y estabilidad constitucional. (Voto del Ministro Antonio Fretes)

**CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Interpretación constitucional.

La Corte Suprema de Justicia constituye el órgano judicial de más alta instancia a los fines de la interpretación constitucional, siendo ello así, corresponde se expida en el caso bajo examen determinando si el accionante ha alcanzado la inamovilidad en la magistratura que actualmente desempeña, de acuerdo con las reglas constitucionales y en tal sentido corresponde declarar que el mismo reúne los requisitos para acogerse a los beneficios de la inamovilidad previstos en el Artículo 252 de la C.N y 8 de sus disposiciones finales y transitorias por haber adquirido dos confirmaciones en el cargo. (Voto del Ministro Antonio Fretes)

CSJ, Sala Constitucional. 23.02.2009 “José Raúl Torres Kirmser s/ Acción de Declaración de Certeza Constitucional. (Ac. y Sent. N° 37)

Asunción, 23 de febrero de 2009

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción planteada por el Dr. José Raúl Torres Kirmser? ¿Ha alcanzado el actor la inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional?.

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: NUÑEZ RODRÍGUEZ, FRETES y PUCHETA DE CORREA.

A la cuestión planteada el Señor Ministro NUÑEZ RODRIGUEZ dijo: Por la vía de la acción declarativa de certeza constitucional, el Dr. José Raúl Torres Kirmser pretende que se declare su inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, que actualmente desempeña en el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

A los efectos de determinar la procedencia de la pretensión del recurrente, estructuraré el presente voto sobre los siguientes ejes centrales: I) Admisibilidad en nuestro ordenamiento de la acción declarativa de certeza constitucional; II) Estudio del caso concreto.

I) El Código Procesal Civil, en su Art. 99, dispone: “El interés del que propone la acción podrá limitarse a la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento”. Dicha norma se encuentra dentro de las disposiciones generales relativas al proceso, legisladas en el Libro I del Código Procesal Civil, -Título IV-, correspondiente al ejercicio de la acción en general. Es decir, la sistemática del Código Procesal indica a las claras que la norma en cuestión es de alcance general, referida a cualquier tipo de acción, en el sentido de enunciar como suficiente la existencia de una duda que amerite la declaración de certeza para configurar el interés que justifique el recurso a la máxima instancia judicial.

Nos encontramos, pues, ante una acción meramente declarativa en sentido clásico. La admisibilidad de esta figura no puede ser puesta en dudas, atentos a la disposición del Art. 99 del Código Procesal Civil, recientemente citada. La doctrina enseña, en tal tenor de ideas, que “la pretensión declarativa es aquella que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico” (Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1° ed., 1993, tomo 7, pag. 171), caracterizándose la misma en que el interés se delimita en la mera disipación de la incertidumbre, suficiente para satisfacer el interés de quien propone la acción. En estos casos, “la jurisdicción se resuelva en la verificación de los datos de derecho y de hecho relevantes en orden a una relación jurídica, esto es, de los preceptos y de los hechos de los cuales depende su existencia o inexistencia; según los resultados de esa verificación, el juez declara que la situación existe o bien que no existe”. (Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires, EJE, 1° ed., 1959, tomo I, pág. 68).

Las altas finalidades del instituto en cuestión son puntualizadas por el maestro Chiovenda: “La determinación de la voluntad de la ley en el caso concreto es, por sí misma, un bien, puesto que de la certeza derivan inmediatamente determinadas ventajas. Si se afirma la existencia de una voluntad de la ley que nos garantiza un bien, al beneficio asegurado por la ley se agrega la seguridad de la expectativa, y la posibilidad de disposición en el comercio jurídico (...). Esta producción de la certeza jurídica como fin en sí misma es, por un lado, la función más autónoma del proceso, porque permite obtener un bien que no puede ser conseguido de otra manera: y por otro lado es, verdaderamente, la función más elevada del proceso civil. El mismo se nos presenta no como un mecanismo de coacción, sino mediante el aspecto más perfeccionado y refinado de puro instrumento de integración y concreción de la voluntad expresada en la ley solo de modo general y abstracto; facilitando la vida social mediante la eliminación de las dudas que entorpecen el desenvolvimiento normal de las relaciones jurídicas. Asegurar la certeza en las relaciones interpersonales, prevenir los actos ilegítimos antes que atacarlos con el peso de grandes responsabilidades, he aquí una tarea digna del proceso en un pueblo civilizado” (Chiovenda, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal Civil. Milán, Giuffrè, 1° ed., 1993, tomo III, pág. 53).

Siendo este el espíritu que informa al Art. 99 del Código Procesal Civil, en cuya virtud las acciones declarativas de certeza son admitidas en el seno de nuestro ordenamiento, resta por ver la admisibilidad de este tipo de acciones en sede de interpretación constitucional; esto es, si la duda derivada de la aplicación de normas constitucionales, que configuran derechos o deberes concretamente apreciable y en el marco de un caso concreto, puede ser disipada mediante el ejercicio de una acción declarativa de certeza; la cual en este caso llevará el adjetivo de “constitucional”, por la índole de los derechos sobre los que versa la interpretación, que derivan directamente de la máxima norma en el orden de jerarquía.

La respuesta afirmativa se impone. Ya la primera apreciación empírica no puede llevar a otro resultado, puesto que la eliminación de dudas o incertidumbres jurídicas en el caso concreto es una función de alta relevancia social, que es aplicable, indiferentemente, en todos los ámbitos del quehacer jurídico: derecho público o privado, constitucional o

civil, etc. La eliminación de dudas, incluso, es más relevante tratándose de actuaciones de derecho público, donde los operadores del mismo tienen un interés más legítimo, en caso de incertidumbres sobre la aplicación o interpretación de normas en un caso concreto y determinado, para conocer cuál es su actuar correcto. La opinión contraria impondría la incoherencia de tener primero que actuar para luego saber, frente a hechos ya consumados, si lo actuado fue o no correcto. A este respecto no se puede dejar de transcribir el ilustrativo ejemplo que brinda el maestro Bidart Campos: “Supongamos extravagantemente que una ley prohíbe salir del país hacia determinado estado, sin razonabilidad alguna. Quien pretende salir puede sin duda solicitar su pasaporte y, al ser indudablemente denegado en aplicación de la ley, acudir luego a la justicia. Pero, ¿es necesario para habilitar la vía judicial ese intento previo (y frustrado) de obtener el pasaporte, cuando antemano se sabe con seguridad que no será otorgado? ¿No es un formalismo ritual vano, paralizante, y de inútil demora? ¿Por qué no abrir la acción judicial directamente y permitir que con ella se ataque de inconstitucional la norma y, declarada judicialmente que lo es, se autorice la salida del país? (Bidart Campos, Germán J. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires, EDIAR, 1° ed., pág. 185). Nuestro ordenamiento jurídico, a través de la norma general del Art. 99 del Código Procesal Civil, permite eliminar tal duda antes de actuar, mediante una interpretación que proporcione una pauta de conducta y legalidad para el caso concreto.

La normativa de rango constitucional, así como la legal, permiten también afirmar la admisibilidad de este tipo de acción en sede de interpretación constitucional por parte de esta Corte. El Art. 247 de la Carta Magna asigna al Poder Judicial la función de interpretar la Constitución, mientras que el Art. 259 del mismo cuerpo legal confiere a la Corte Suprema de Justicia, como deberes y atribuciones, los demás que fijan la Constitución y las leyes. La ley 609/95, en su Art. 3° inc. a), asigna a la Corte Suprema de Justicia el deber de interpretar la Constitución. Surge, pues, palmariamente que, en caso de duda sobre el alcance de una norma constitucional, que se concrete en un caso específico que permita la intervención jurisdiccional, es el máximo órgano de la República quien debe ejercer la función interpretativa, dilucidando el alcance y efectos de la normativa de máximo rango.

Esta Corte, por medio de su sala Constitucional, ha sostenido en diversos fallos que la misma no constituye un órgano consultivo; vale decir que ante la sala Constitucional no es posible plantear para su interpretación una consulta sobre si un determinado instrumento normativo es inconstitucional o no. Pero es evidente que en el caso en estudio no se trata de una consulta sobre la constitucionalidad o no de un acto normativo, sino que lo que pretende es que la Corte Suprema de Justicia declare con certeza constitucional la existencia de un derecho del cual el actor es acreedor por imperio de una norma constitucional, cuya interpretación se solicita por medio de la presente acción.

La doctrina admite, de modo conteste, la pertinencia de una declaración de certeza constitucional para el caso concreto, como medio idóneo para excitar la competencia de órgano jurisdiccional. “Basta para que haya proceso, que la parte justiciable necesite, de acuerdo al derecho vigente, que el tribunal emita un pronunciamiento que encuadre y decida un caso real y concreto dentro de ese derecho vigente, sea ello para dirimir pretensiones controvertidas, sea para resolver situaciones o relaciones inciertas o dudosas,

sea para otorgar eficacia a determinados estados o relaciones jurídicas” (Bidart Campos, Germán J. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires, EDIAR, 1°ed., 1987, pag. 184). Y ello es así, porque si se cierra la vía de la acción declarativa, “y no hay forma posible de que fuera de ella se alcance a componer de otra manera una causa juzgable de otra índole y por otra vía, debemos decir enfáticamente que la existencia o el cierre de la acción declarativa de inconstitucionalidad frustra el derecho a la jurisdicción por privación absoluta de justicia. Y eso es inconstitucional, porque la ausencia de vía procesal para ventilar la pretensión se identifica con la imposibilidad de acceso a la administración de justicia” (Bidart Campos, Germán J., *Ibídem*, pág. 186).

Consignando autorizada opinión doctrinaria en apoyo de la voz pionera del Prof. Bidart Campos, se ha dicho cuanto sigue: “Sagües no encuentra impedimentos valederos para admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad en el derecho argentino, dado ciertos presupuestos procesales (interés legítimo en su promotor, existencia de una norma vigente y aplicable cuya ejecución se limitan al caso concreto (...)) La eliminación del estado de incertidumbre jurídica por medio de la acción declarativa de inconstitucionalidad brinda al ciudadano una noción clave y definitoria de la medida de sus derechos y obligaciones” (Serra Rad, María Mercedes. *Procesos y Recursos constitucionales*. Buenos Aires, Depalma, 1° ed., 1992, pág. 110)

Las expresiones doctrinarias encuentran análogo fundamento legal en el ámbito nacional, por cuanto que las mismas se basan en la disposición del Art. 322 del Código Procesal Civil argentino, conforme a las decisiones jurisprudenciales argentinas – Provincia de Santiago de Estero c/ Y.P.F, LL 1986-C-117 -, y la unanimidad de la doctrina citada. Dicho artículo no es otro que el equivalente a nuestro Art. 99 del Código Procesal Civil, que consagra la procedencia de la acción puramente declarativa. Integrada tal disposición con la normativa relativa a la competencia en materia de interpretación constitucional y la existencia de un caso concreto, resultan aplicables en un todo al desarrollo e interpretación normativa nacional.

Esto – reiteramos – sin importar que nos estemos refiriendo al ámbito del derecho privado o del derecho público. “La acción meramente declarativa de certeza no busca, directa ni necesariamente, una declaración de constitucionalidad sino de certidumbre, pero que en la medida en que para lograr esa certidumbre, hace falta una revisión de constitucionalidad, la incluye e incorpora al proceso, y la exige en la sentencia. En esto, pues, coincide con todo proceso y con toda sentencia, porque es la necesidad de aplicar una norma al caso sub júdice la que incita al control constitucional de esa norma. De este modo, al no ser el proceso declarativo de certeza una vía destinada a conseguir, directamente, una sentencia de mero control constitucional, sino una sentencia que declare con seguridad y certeza – y con la vinculatoriedad de la cosa juzgada – la existencia o inexistencia de un derecho (...) El control formará parte del proceso no como objeto principal o único, sino adherido a la pretensión de certeza que versará sobre una relación jurídica dudosa” (Bidart Campos, Germán J. La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad. LL 154-518).

En el marco jurisprudencial, es harto conocido el enjundioso dictamen del entonces Procurador General de la Nación argentina, Eduardo H. Marquardt, altamente

elogiado por los profesores del vecino país. El mismo se transcribe en LL 154-515 y siguiente, con la nota de Bidart Campos que acabamos de señalar, y advierte que “la admisibilidad de la acción declarativa no se subordina a la naturaleza del derecho discutido. Así resulta de la legislación, jurisprudencia y doctrina de los países anglosajones, en los cuales la tutela de los derechos públicos subjetivos está confiada a los tribunales ordinarios, al igual de lo que ocurre en la Argentina, y también en otras naciones ajenas a la tradición jurídica anglosajona (...) De lo expuesto surge que no parece acertado el criterio según el cual el Art. 99 de nuestro Código Procesal Civil – tiende a tutelar solo las relaciones de derecho privado y no comprende los actos realizados por órganos públicos en ejercicio de poder de la policía”. LL 154-520.

Esta orientación innovadora fue admitida por la Corte Suprema a partir del fallo ya citado – Provincia de Santiago del Estero c/ Y.P.F. y a partir del caso Gómer S.A. c/ Provincia de Córdoba, se sistematizaron los requisitos de procedencia de la acción meramente declarativa en sede constitucional, que debe encontrar sustento en: a) una acción que afecte sustancialmente en algún momento los intereses legales de alguna persona; b) que la actividad cuestionada alcance al peticionario en forma suficientemente directa, y c) que ella haya llegado a una concreción bastante (Verdaguer, Alejandro C. Acción meramente declarativa, su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. LL 1991-A-794). Así se ha pronunciado dicho órgano en otros casos: “Se encuentran reunidos los requisitos del Art. 322 del Código Procesal para la procedencia formal de la acción meramente declarativa, si concurre un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación jurídica en la medida en que se trate de dilucidar la existencia de una obligación respecto de la cual se ha producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración, por lo que la controversia es actual y concreta, la actora ha demostrado tener un interés jurídico suficiente y carece de otra vía alternativa útil”. LL-1988-D-98. Análogo criterio se ha sostenido en autos “Gómez S.A. c/ Provincia de Córdoba” (Bidart Campos, Germán J. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires, EDIAR, 1° ED.- 1981, Pag. 192).

Yendo al plano nacional, como bien lo destacó el accionante, se ha admitido la acción declarativa de certeza constitucional, en los autos “TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ELECTORAL S/ ELECCIONES GENERALES PARA EL PODER EJECUTIVO”, en los que la Corte Suprema de Justicia, por S.D. N° 191 de fecha 27 de abril de 1999, realizó una interpretación constitucional para la declaración, con alcance de certeza constitucional, de la conducta a seguir en caso de dudas frente a un caso concreto; en la especie, la determinación de la persona que debía ejercer la Presidencia de la República hasta completar el período y la convocatoria de elecciones para el cargo de Vicepresidente de la República.

En ocasión del estudio del caso planteado, esta Corte había sostenido que “la mera consagración del principio de supremacía constitucional deviene inoficiosa si no va acompañada del procedimiento que lo vuelva efectivo, de suerte que la norma o el acto inconstitucionales no tengan aplicación y no produzcan efectos. Tan importante como el

principio de supremacía constitucional, es el de arbitrar los medios o los procedimientos para llevar a la práctica el control de dicha supremacía.

Expresa en otra parte el mencionado fallo: “Diversos sistemas jurídicos admiten el control preventivo de constitucionalidad... Este tipo de acción se conoce como acción declarativa de certeza, y precisa necesariamente para su admisibilidad, la existencia de una duda o incertidumbre referida a la aplicación de una norma constitucional en un caso concreto y determinado, descartándose los casos eventuales o especulativos”.

Señala, además: “Doctrinas y jurisprudencia comparadas abonan esta tesis: La declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes con el fin de evitar una lesión al régimen constitucional, constituye causa sujeta a interpretación de la Corte Suprema de Justicia”.

Lo expuesto, pues, permite concluir por la afirmativa de la cuestión marcada bajo el numeral I), ya que, de conformidad a las normas legales señaladas, y a los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales nacionales y extranjeros, no hay duda de que es admisible una acción meramente declarativa para disipar la incertidumbre derivada de la aplicación de normas constitucionales para determinar la conducta a seguir en caso concreto; función y finalidad última de la acción declarativa, conforme lo dejamos expuesto.

II) La duda interpretativa que plantea el accionante se refiere a su situación concreta de Magistrado en ejercicio de la función jurisdiccional – actualmente en la Corte Suprema de Justicia – en relación con la garantía de inamovilidad que el Art. 252 in fine de la Constitución Nacional establece. En tal orden de ideas, la duda o incertidumbre objetiva que da pie a la presente acción declarativa se refiere al posicionamiento del actor ante el Estado y la sociedad, e involucra una interpretación de ciertos hechos, a saber el ejercicio de diversos cargos en la función jurisdiccional, a los efectos de delimitar su cómputo para la inamovilidad, aun mediando ascensos en la carrera judicial.

La inamovilidad es un derecho que la Constitución Nacional garantiza al magistrado judicial en el ejercicio de sus funciones. La ley suprema consagra el instituto de la inmovilidad en dos disposiciones normativas, Art. 252 y Art. 261 de la Constitución Nacional. La primera de ellas – De la Inamovilidad de los Magistrados – se refiere a los miembros de tribunales y juzgados de toda la república que hubiesen sido designados por períodos de cinco años y confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, a partir de la cual adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Y el Art.261-De la Remoción y Cesación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia-que consagra la inamovilidad de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde su designación hasta el cumplimiento de la edad de setenta y cinco años. En reiterados fallos esta Corte ha sostenido que un Ministro de la Corte Suprema de Justicia es inamovible en su cargo desde su designación hasta el límite de edad ya citado. Pero también ha dictado normas de carácter administrativo por las que se ha declarado la inamovilidad de varios magistrados por la doble confirmación en sus respectivos cargos. En el caso que nos ocupa tratándose el actor de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia, pudo haber invocado el Art. 261 de la Constitución Nacional pero, habiendo dado cumplimiento a los requisitos previstos en el Art. 252 y 8º de las disposiciones finales y transitorias de la misma Constitución que igualmente consagra su

inamovilidad como magistrado judicial, solicita que esta Corte declare con certeza constitucional que el mismo ha alcanzado su inamovilidad en el ejercicio de la magistratura judicial.

Con carácter previo a la dilucidación de la duda planteada, analizaremos la proponibilidad de la acción meramente declarativa en el caso concreto. La jurisprudencia ha dejado dicho que para que prospere una acción de este tipo se requiere: a) que haya incertidumbre respecto de las relaciones de derecho; b) que tal incertidumbre apareje un daño actual al accionante; c) que para la sentencia de declaración baste para eliminar la incertidumbre o para prevenir el daño, dependiendo su naturaleza de la relación jurídica sobre la cual versa, además de no existir otro medio legal para poner fin a la falta de certeza. (JA1991-I-448, y Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, la ed., 1993, tomo 7, pág. 174).

Resulta palmario que el recurrente ha acreditado las condiciones que demuestran la viabilidad de su pedido. En efecto, mediante las instrumentales de fs. 1 al 40 de autos, demostró el efectivo ejercicio de la función jurisdiccional por el plazo de 35 años, y su actual condición de Ministro de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a la duda o incertidumbre, si bien subjetivamente ello no existe para el propio accionante, según manifiesta en su escrito, desde el punto de vista objetivo y frente al Estado y la sociedad esta situación aún no está esclarecida a su respecto; con lo que subsiste, sin duda, una relación de derecho actual idónea para motivar la incertidumbre. Esta, vista en relación en relación al caso concreto, plantea el problema de que normativa constitucional no delimita claramente la situación de Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional en diversos cargos a lo largo del tiempo a los efectos de la inamovilidad, atentos al tenor de los Arts. 252 in fine y 261 de la Constitución Nacional; esto dicho, sin que escape a nadie que la cuestión referida a la inamovilidad, de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia ha sido objeto de amplias y divergentes interpretaciones. De este modo, acreditada la situación de duda objetiva y configurado el perjuicio concreto derivado de la situación actual del accionante, no caben objeciones de que al no existir otro medio legal, es la acción meramente declarativa la que permite tutelar el interés legítimo que tiene el actor en disipar frente a la sociedad una duda constitucional que lo afecta actual y efectivamente. Interés este que es delimitado en sus propias palabras, exponiéndose así el daño concreto derivado de la incertidumbre: “Actualmente concurren posturas que pretenden, basadas sobre todo en una incertidumbre: “Actualmente concurren posturas que pretenden, basadas sobre todo en una incertidumbre derivada de la interpretación de las diversas normas aplicables al caso, que concurre nuevamente para el cargo de Ministro de la Corte, o que no recurre al procedimiento de confirmación previsto por el Art. 19 de la Ley 609/95” (f. 50 del escrito de promoción de la acción).

De todas maneras, a mayor abundamiento, la doctrina se ha planteado, abstractamente, casi la misma situación que hoy el Dr. Torres Kirmser alega en concreto, como ejemplo de la procedencia de la acción meramente declarativa: “Imaginemos ahora que una ley desconoce la estabilidad adquirida por docentes que se desempeñan en virtud de designación emanada de un concurso, y prescribe que deberán concursar nuevamente

para adquirir nuevo título. ¿No puede demandarse directamente la inconstitucionalidad de la ley por parte de un profesor que, ya concursado y nombrado, ve allanada su estabilidad, y sabe que obligatoriamente tendrá que optar por concursar nuevamente, o cesar en su función? ¿Qué óbice constitucional existe? Ninguno (...). En resumen, creemos que procede articular el control de constitucionalidad en la causa que promueve mediante una acción declarativa de certeza” (Bidart Campos, Germán J. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires, EDIAR, 1° ed., 1987, pág. 187).-

Resulta claro, entonces, que afectando directamente la incertidumbre objetiva, derivada de normas constitucionales, a la esfera del accionante, en cuanto la misma atañe o guarda relación con su situación concreta y la aplicabilidad a su persona del instituto de la inamovilidad, no caben dudas de que hay daño, incertidumbre y ausencia de otro medio legal para reparar la cuestión.

De este modo, verificadas las condiciones formales de procedencia de la acción, nos abocamos al fondo de la cuestión, que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿La inamovilidad se refiere solamente a un mismo cargo, o los ascensos también deben ser computados para tales efectos?

La Constitución Nacional, en su Art. 252, establece: “Los Magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede y al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Son designados por períodos de cinco años, a contar de su nombramiento. Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia”.

La aproximación meramente gramatical al artículo en cuestión indica que la inamovilidad se refiere al Magistrado, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional; por lo que el traslado o ascenso que contenga su consentimiento previo y expreso no puede afectar la inmovilidad adquirida. Esta interpretación, desde luego, se compenetra armónicamente con los conceptos doctrinarios referidos a la inamovilidad. Ya la doctrina anterior a la entrada en vigor de la Constitución Nacional de 1992 encubría la inamovilidad como garantía de la independencia judicial, ya que este poder necesita una neutralidad política que lo mantenga alejado de las influencias partidarias (Prieto, Justo J. Constitución y régimen político en el Paraguay. Asunción, El Lector, 1° ed., 1987, pág. 338), proponiéndose incluso la determinación expresa de que “a excepción de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia, quienes gozan de inamovilidad permanente desde el momento de asumir el cargo, los demás Magistrados que ingresan a la judicatura la adquieren de pleno derecho luego de transcurrido el primer período de designación, si antes no fuesen cuestionados por la Corte Suprema de Justicia” (Riera Hunter, Marcos. La independencia del Poder Judicial. Asunción, La Ley Paraguaya, 1° ed., 1991, pág. 194). Tales opiniones no han cambiado con el advenimiento de la nueva Constitución: “Las funciones políticas e institucionales del Poder Judicial, sin embargo, nunca podrán ser cumplidas a cabalidad si el órgano judicial careciese de la nota principalísima de la independencia. La independencia del Poder Judicial es el presupuesto del cumplimiento eficaz de su función específica y natural, al tiempo que es la *condictio sine qua non* de la democracia y del

Estado de Derecho” (Riera Hunter, Marcos. Independencia y autarquía presupuestaria del Poder Judicial. En: Homenaje a la Constitución. Asunción, edición de la Corte Suprema de Justicia, 1997, pág. 233).

Es sabido que la inamovilidad es una de los principales elementos que protegen la independencia del juzgador en el ejercicio de su función. No insistiremos sobre su importancia, limitándose a repetir que “la misma se adecua al deseo de una judicatura experimentada y estable, basada en el imperio del derecho, que contribuye a desterrar intereses sectoriales, políticos o personales. Además, coadyuva al control judicial de constitucionalidad de actos públicos y privados y fortalece la tutela de derechos y garantías personales” (Zarini, Helio Juan. Derecho Constitucional. Buenos Aires, Astrea, 1° ed., 1992, pág. 732).

Este elemento teológico, que dispone a favor de la inamovilidad del magistrado en la hipótesis prevista por el segundo párrafo del Art. 252 de la Constitución Nacional, aun mediando ascensos en el ejercicio de la misma y siempre que los mismos no impliquen ruptura en la solución de continuidad, se ve confirmado por una interpretación sistemática de la Constitución. Esta dispone, en su Art. 101: “Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial”.

Consagrando tal disposición expresamente la carrera judicial, obvio resulta que dicha elección sería contradictoria con la no consideración de los eventuales nombramientos en otro órgano de ejercicio de la función jurisdiccional, luego de completado el periodo establecido por el Art. 252 de la Constitución Nacional. Desde luego que la presente conclusión tampoco se aparta de lo dispuesto por autorizada doctrina, que enseña: “Un derecho fundamental del agente público es el derecho público, que desde luego, comprende el de estar constantemente bien encasillado o ubicado en el escalafón, el de ascender – que incluso puede comprender el de ser trasladado -, para llegar, finalmente, a la jubilación en condiciones satisfactorias (...). De lo dicho despréndase que el derecho a la carrera consiste en la posibilidad de progresar dentro de las clases, grupos y categoría” (Marienhoff, Migual S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4° ed., 1994, tomo III-B pág. 304).

En consecuencia, el instituto de la carrera judicial, que como vimos se halla expresamente recogido por la Constitución Nacional, implica el fomento de la promoción y ascenso dentro del ejercicio de la función jurisdiccional. Palmariamente contradictorio sería, entonces, conceder el derecho al ascenso y consagrar la carrera judicial sin extender a los efectos de ella – confirmaciones en cargos diversos – la computabilidad a los efectos de la inamovilidad como Magistrado.

De lo expuesto surge, inequívocamente, que las designaciones en otro cargo jurisdiccional, sin solución de continuidad, constituyen otras tantas confirmaciones computables a los efectos de la inamovilidad.

Estos argumentos son suficientes para esclarecer el derecho del peticionante, son congruentes con los hechos por él reseñados y se conforman al expreso pedido por él formulado; aun así, no está de más reiterar que la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia tiene un régimen especial, establecido en el Art. 261 establece para los Ministros de la Corte, diferenciados nominativa y normativamente de los demás magistrados en la Carta Magna, una inamovilidad en el cargo ya desde el nombramiento.

Corresponde, entonces, estudiar la situación concreta del accionante, Dr. José Raúl Torres Kirmsner, a los efectos de determinar si en su caso concurre la situación de inamovilidad prevista. En primer término, conforme se aprecia a fs. 1, 2, 13 al 20, el mismo ejercía la función jurisdiccional con anterioridad a la Constitución del año 1992, por lo que resulta aplicable el Art. 8° de sus disposiciones finales y transitorias, requiriéndose, por lo tanto, dos confirmaciones.

Las mismas constan en las instrumentales de fs. 1, 2, 13 al 20, siendo la una de fecha 13 de diciembre de 1988 y las otras de fecha 19 de octubre de 1995 y 24 de setiembre de 2002, además de su nombramiento como que resulta ser la cuarta designación y la tercera confirmación lustral bajo la vigencia de la Constitución del año 1992. Consiguientemente, siendo dichas confirmaciones posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución Nacional, no caben dudas de que el accionante ha alcanzado la inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, pues, las normas constitucionales citadas líneas arriba, interpretadas a la luz de los principios enunciados, indican la existencia de suficiente razón jurídica para acoger la pretensión del accionante.

El Sr. Fiscal General del Estado, en su Dictamen No. 1872 agregado a fs. 53 a 72 de autos, se expidió favorablemente a la petición del recurrente. Como primer punto, analizó la vía procesal y arguyó que esta acción puramente declarativa está contemplada para su ejercicio directo ante los Juzgados y Tribunales Ordinarios de la República. Pero, al tratarse de un planteamiento de relevancia constitucional, la única instancia competente para entender y emitir pronunciamiento sobre la misma, es la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual encuentra disipada toda duda respecto a la idoneidad de la vía procesal intentada por la parte actora en el presente caso.

Como segunda cuestión, analizó el fondo de la petición y adujo que en nuestro sistema constitucional la inamovilidad, y en lo referente al caso de autos, protege a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, en el ejercicio del cargo; de donde resulta que un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, amparado en dicha garantía consagrada por el artículo 261 de la Carta de Fundamentos, no podrá ser removido o destituido arbitrariamente, sino por las causales –comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones– definidas en la ley (Art. 253 de la Constitución Nacional) y por el procedimiento establecido en la misma –juicio político, Art. 261 de la C.N. Agregó que la remoción de los miembros de la Corte solo puede hacerse por medio del juicio político y por una de las siguientes causales: a) Mal desempeño en sus funciones... b) Comisión de Delitos... Estos presupuestos no se hallan configurados en el caso del accionante, razón por la cual, dicha vía no se encuentra habilitada para su ejercicio efectivo, por parte del órgano facultado para dicho efecto, es decir, el Poder Legislativo, a través de sus representantes, los parlamentarios.

Señaló también que la Fiscalía General del Estado ha sostenido en posturas anteriores que la inamovilidad de los magistrados es muy importante para el Poder Judicial y para la seguridad jurídica del Estado, para el sistema de Justicia y para el Estado de Derecho, porque le da independencia al Poder Judicial: “porque la inamovilidad significa que los magistrados no están sujetos ni al calendario político del ejecutivo, ni al partido político que haya ganado las elecciones, ni a las buenas ideas del siguiente gobernador, ni a la mayoría legislativa que puede quitar y poner a los magistrados a su preferencia. La inamovilidad es su permanencia, la estabilidad en el empleo del magistrado, precisamente para que no suceda eso”

Por otra parte, y relacionado directamente con el objeto de la acción que nos ocupa, expuso cuanto sigue: “El sistema de inamovilidad establecido por nuestra Carta Magna, tanto en el Art. 252, in fine, en concordancia con el Art. 8 de sus Disposiciones Finales y Transitorias, para los Magistrados de jerarquía inferior, así como, en el artículo 261, es conocido en la Doctrina del derecho Constitucional como el de la “inamovilidad cuasi-vitalicia”, por el cual, los Magistrados de Grados beneficiarios de confirmación sucesivas, así como los ciudadanos que hubieren sido designados como Ministros de la Corte Suprema de Justicia continúan en su cargo, mientras dure su buena conducta e idoneidad, pero no, indefinidamente, si no hasta la edad de 75 (setenta y cinco) años, cuando deben acogerse a la jubilación obligatoria.”

Tras el análisis realizado y de acuerdo a las constancias probatorias concluyo afirmando que la Fiscalía General del Estado considera oportuna y eficiente la Acción de Declaración de Certeza Constitucional, promovida por el Dr. José Raúl Torres Kirmser, en su carácter de Ministro de la Corte Suprema de Justicia, aconsejando declarar, con alcance de certeza constitucional y exclusivamente con relación al presente caso concreto, que el accionante ha alcanzado la inamovilidad de conformidad con el Art. 252 in fine, en concordancia con el Art. 8° de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución Nacional de la República del Paraguay.

En base a todo lo expuesto, es criterio de este Preopinante, que corresponde hacer lugar a la presente acción, declarando con alcance de certeza constitucional que el Dr. José Raúl Torres Kirmser, actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia, ha alcanzado la inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, en el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia, hasta el límite de edad previsto en el Art. 261 de la Constitución Nacional. Es mi voto.

A su turno, el Señor Ministro FRETES dijo: Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser, promovió acción de declaración de certeza constitucional con el objeto de dilucidar el derecho, derivado directamente de normas constitucionales, que le asiste en una situación jurídica concreta.

Argumentó el recurrente que tiene más de 44 años de carrera judicial, habiendo pasado por casi todos los cargos del Poder Judicial. Señalo que ejerce la Magistratura desde hace 35 años y que cuando entro en vigor la Constitución de 1992 se encontraba en el ejercicio de la función jurisdiccional, en calidad de Miembro del tribunal de Apelación en lo civil y Comercial, Tercera Sala, según Decreto N° 1417 del 13 de diciembre de 2008. Manifiestó que con las confirmaciones posteriores de los años 1995 (Decreto N° 17 del 19

de octubre de 1995); 2002 (Decreto N° 754 se setiembre de 2002) y 2004 (Decreto N° 1980 del 15 de marzo de 2004) adquirió inamovilidad prevista en el Art. 252 de la Carta Magna en concordancia con el Art. 8° de sus Disposiciones Finales y Transitorias.

Analizadas las constancias de autos, especialmente las documentales arrimadas, surge que el accionante, al momento de ser nombrado integrante del Máximo Tribunal de la República, ya había adquirido la inamovilidad prevista por el Art. 252 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo que estatuye el Art. 8° de las Disposiciones Finales y Transitorias, teniendo en cuenta que el Dr. Torres Kirmser fue confirmado por segunda vez en el año 2002.

Todo ello sin perjuicio de que a mi criterio, expuesto en fallos anteriores, las disposiciones constitucionales respecto a la inamovilidad de los Ministros de la Corte, son claras e incuestionables, pero en esta oportunidad y con motivo de la acción deducida, se podrá enriquecer aun mas dadas las circunstancias particulares de cada caso.

Tomando en cuenta las aseveraciones precedentes, surge que cuando el Dr. Torres Kirmser asumió el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia, a más de la inamovilidad prevista para los magistrados, del Art. 252 de la C.N. que ya había obtenido, también podría ampararle la inamovilidad contemplada para los Ministros de la Corte prevista en el Art. 261 de la Carta Magna, conforme al criterio sustentado en anteriores fallos, Acuerdos y Sentencias N° 222 y 223 de fecha 5 de mayo de 2000.

En conclusión se puede afirmar que la garantía de la independencia del Poder Judicial, constituye sin duda alguna la inamovilidad no solamente de los Ministros de la Corte, sino que también se extiende a los demás magistrados que integran la institución, con la sola condición de mantener la buena conducta. La cuestión de la inamovilidad, como se ha podido comprobar, ha acaparado la atención de propios y extraños, porque precisamente toca la garantía prevista en la Constitución, cual es la independencia del Poder Judicial. Es algo incuestionable, en el terreno de la doctrina y en el de los hechos, que la independencia de los jueces, primera condición reclamada para el buen desempeño de sus funciones y esencial en el sistema de la división de los poderes, se obtiene con mayor seguridad con la inamovilidad mientras dure su buena conducta, que con su periódica renovación.

En tales condiciones, coincidiendo con la opinión del Fiscal General del Estado, considero que corresponde se haga lugar a la presente acción promovida por el Dr. José Raúl Torres Kirmser.

A su turno, la Señora Ministra PUCHETA DE CORREA dijo: El accionante plantea acción de declaración de certeza constitucional a los efectos de establecer, en el caso concreto, si ha alcanzado la inamovilidad en el ejercicio de la magistratura, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 252 y 8° de las Disposiciones finales y transitorias de la Constitución Nacional, en atención a sus antecedentes personales y carrera judicial. La acción versa, pues, sobre la inamovilidad del magistrado accionante.

La inamovilidad de los magistrados judiciales se halla específicamente reglamentada en los invocados artículos 252 y 8° de las Disposiciones finales y transitorias de la Constitución Nacional. En lo esencial, ambos artículos establecen que los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte

Suprema de Justicia, fijado en los 75 años. El primero de los artículos citados (Art. 252) se halla preciso para los magistrados incorporados a la función judicial con posterioridad a la vigencia de la Constitución, mientras que el segundo (artículo 8° de las Disposiciones finales y transitorias) se halla previsto para los magistrados incorporados a la función judicial con anterioridad a la vigencia de la Constitución. En este segundo caso, que sería el del accionante, de acuerdo con sus antecedentes, la Constitución requiere dos confirmación es mediante los mecanismos establecidos en la Constituciones para adquirir la inamovilidad, es decir, los magistrados judiciales obtiene la inamovilidad en el cargo a partir de la segunda confirmación.

Efectuando un análisis de los antecedentes del accionante resulta que el mismo exhibe una carrera judicial como magistrado de 35 años (7 años como Juez de Primera Instancia, 24 años como miembro de Tribunal de Apelación y 4 años como Ministro de la Corte Suprema de Justicia). Más concretamente, al entrar en vigencia la Constitución, se desempeñaba como miembro de Tribunal de Apelación, cargo en el cual fue confirmado de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución en 1995 y 2002 hasta su ascenso como Ministro de la Corte Suprema de Justicia en 2004.

De manera que, según tales antecedentes y las reglas consideradas, el accionante goza de inamovilidad a partir de su segunda confirmación, producida en el año 2002.

En ocasión del dictado de Resolución N° 1.113 de fecha 17 de mayo de 2007 de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que por la naturaleza de las disposiciones constitucionales mencionadas, su efecto se opera de pleno derecho (ministerio legis) y, por consiguiente, no se requiere declaración alguna respecto de la inamovilidad producida. Sin embargo, el pleno de la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en amplia mayoría, que dicha declaración resulta necesaria, así como que los magistrados judiciales que satisfacen los requerimientos señalados, conforme sus legajos personales, deben ser declarados inamovibles, con comunicaciones al Consejo de la Magistratura. De manera que la tesis dominante en este alto tribunal exige la declaración expresa de inamovilidad de los magistrados judiciales, y a dicha tesis me he atenido en ocasiones anteriores por razones de seguridad jurídica y estabilidad constitucional.

Debo señalar, finalmente, que al Poder Judicial le ha sido asignada la condición de custodio de la Constitución, atribuyéndosele, además, la delicada función de interpretarla (artículo 247). Consiguientemente, siendo la Corte Suprema de Justicia, el tribunal de más alto nivel en la estructura del Poder Judicial, le corresponde determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales a los efectos de su aplicación y cumplimiento. En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia constituye el órgano judicial de más alta instancia a los fines de la interpretación constitucional. Siendo ello así, corresponde se expida en el caso bajo examen determinando si el accionante ha alcanzado la inamovilidad en la magistratura que actualmente desempeña, de acuerdo con las reglas constitucionales determinadas. Y, en tal sentido, estimo, de acuerdo con las consideraciones precedentes, que corresponde declarar que el accionante, Doctor José Raúl Torres Kirmsers, reúne los requisitos para acogerse a los beneficios de la inamovilidad previstos en el artículo 252 de la Constitución Nacional y 8° de sus Disposiciones finales y transitorias. Es mi voto.

RESUELVE: HACER LUGAR, a la Acción promovida por el Señor Ministro Dr. José Raúl Torres Kirmsler, declarando con alcance de certeza constitucional que el mismo ha alcanzado la inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional que actualmente desempeña, de conformidad con las consideraciones y conclusiones del exordio de esta resolución, hasta el límite de edad previsto en el Art. 261 de la Constitución Nacional. ANOTAR, registrar y notificar.

*Ministros: Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Antonio Fretes y Alicia Beatriz Pucheta de Correa. Ante mí: Héctor Fabián Escobar Díaz. Secretario.*

--°--

#### **HABEAS DATA.** Efectos.

La decisión recaída en un juicio de hábeas data produce cosa juzgada formal y material respecto de aquello que fue materia del controversial, esto surge claramente del texto constitucional, art. 135 ya que se establece que si el magistrado llega a la convicción de que la información o dato consignado en el registro es erróneo o afecta ilegítimamente derechos del interesado, podrá ordenar la rectificación o destrucción de aquellos, consecuencia que sería imposible de carecer la sentencia recaída de la estabilidad e inimpugnabilidad posterior propias de la fuerza de cosa juzgada.

#### **HABEAS DATA.**

En esta instancia no puede abrirse el debate respecto de si la información fue errónea o no - ya existe un pronunciamiento firme que establece que el dato era erróneo- sino tan solo puede limitarse a establecer si la empresa demandada obró con dolo o culpa – es decir, antijurídicamente- al recabar el dato y si ese obrar produjo daños en la esfera de los derechos de la parte demandante.

#### **INFORMACION PRIVADA.** Deberes y Obligaciones de la empresa.

Las leyes N° 1682/01 y 1969/02 claramente establecen que la obligación de mantener permanentemente actualizados los datos personales que obren en el archivo de la entidad procesadora de informaciones confidenciales -art. 7°- es la obligación de la empresa que almacene, procese y difunda esa información.

#### **INFORMACION PRIVADA.** Deberes y Obligaciones de la empresa.

El art. 7 de la ley N° 1969/02 establece una obligación sobre al persona que procese y difunda la información y, vale repetirlo, sin eximirle de su deber de diligencia en la recolección de los datos y el deber de mantener permanentemente actualizados los datos.

#### **HABEAS DATA.** Procedimiento. **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad extracontractual.

El plazo de cuatro días establecido debe ser entendido, además, a favor del perjudicado, en el sentido de que la corrección deberá producirse en al máxima brevedad posible y su incumplimiento hará pasible al ente de las multas establecidas por el art. 10 ya que las leyes

1969/02 y 1682/01 no modifican el régimen de responsabilidad civil extracontractual previsto por el Código Civil.

**INFORMACION PRIVADA.** Deberes y Obligaciones de la empresa.

La empresa que procese y divulgue datos de carácter confidencial sobre la situación patrimonial de las personas y demás datos relevantes a la actividad comercial, no podrá menos que tener la misma diligencia en mantener la precisión de sus bases de datos que aquella prestada para la obtención de los mismos.

**INFORMACION PRIVADA.** Deberes y Obligaciones de la empresa.

Los datos que se recaben sin recurrir a las fuentes oficiales y establecidas por imperio de la ley (Acordada N° 9/1957 y 9/1934, arts. 242 a 246 COJ), son de exclusiva responsabilidad de la entidad que los recabe y, y si además, esta difundiese informaciones erróneas a partir de los mismos, lo hace bajo su propio riesgo y responsabilidad.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Chance.

La imposibilidad de acceder al crédito sí configura una pérdida de chance, que es la correcta calificación de derecho de ampliar la producción y ventas de su establecimiento – esta calificación es de iure y en virtud del art. 159 inc. e) del CPC.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral.

No puede desconocerse el efecto en el fuero interno, que en una persona dedicada a la vida pública, a la producción agropecuaria y a la política, tiene un informe proveniente de una prestigiosa y altamente especializada empresa sobre el estado patrimonial de la afectada y su historial crediticio, por lo que corresponde hacer lugar al daño moral.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral.

El daño moral no está dado solamente por la estima en que la sociedad tenga de una persona, sino y más fundamentalmente por el desequilibrio negativo producido en el fuero interno de una persona que sufre un actuar ilícito.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral.

El mismo hecho de requerir un crédito para ampliar la actividad productiva y que el mismo sea demorado o rechazado por un informe erróneo sobre el historial crediticio, es más que suficiente para provocar malestar o afectación disvaliosa en una persona con las características de la demandante.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Indemnización por daños y perjuicios. Intereses.

La demandante se limitó a reclamar los intereses desde la fecha de iniciación de la demanda por lo que la condena de intereses no puede disponer una cosa distinta, conforme con los principios de congruencia y dispositivo, por lo que la fecha de la providencia que tuvo por presentada la demanda debe ser tenida como fecha de iniciación de demanda.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Indemnización por daños y perjuicios. Intereses.

En cuanto a la tasa debida, se debe apuntar que en aquellas obligaciones donde no se haya establecido una tasa de interés convencional, es aplicable el promedio mensual correspondiente a las tasas activas percibidas en plaza por obligaciones de consumo en moneda nacional y con plazo de un año.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 13.04.2009 “Emilia Aguilera Vda. De Villalba c. Informconf S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (Ac. y Sent. N° 241)

Asunción, 13 de abril de 2009.-

CUESTIONES:

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, se halla ajustada a Derecho?

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: El recurrente fundó su recurso de nulidad en los términos obrantes a f. 180. Refirió que la integración del Tribunal con el miembro Nery Villalba aún no se hallaba firme y que amén de ello, el miembro que se inhibió de seguir entendiendo en la presente causa tuvo intervención en el proceso con posterioridad a la excusación formulada. Por último, expresó que al momento de contestar los agravios en segunda instancia, la adversa solicitó la confirmación de la sentencia apelada, por lo que el pronunciamiento revocatorio de la sentencia de primera instancia sería incongruente

La adversa y demandada contestó el traslado a f. 187 y expresó que los vicios indicados por la parte recurrente han sido consentidos y no afectan la validez de la resolución atacada. Agregó, además, que el error incurrido en su escrito de contestación de agravios en segunda instancia no reviste la entidad suficiente para ser considerado una confesión espontánea, desde que en su escrito de expresión de agravios dejó claramente sentada su postura por el rechazo in totum de la demanda incoada.

La declaración de nulidad de una resolución judicial es procedente cuando esta ha sido dictada en violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes. Cabe recordar, por otra parte, que las nulidades procesales son relativas y no deben ser declaradas si el vicio es subsanado, consentido o si el acto viciado ha cumplido su finalidad.

En esta tesitura, la falta de notificación a una de las partes sobre la integración de un tribunal es un hecho que, si bien podría afectar la validez de la resolución que se dicte, solamente puede ser invocado por quien se vio agraviado por el vicio. En el caso de autos, dicha persona sería la parte que por la falta de notificación de la nueva integración no tuvo oportunidad de ejercer su derecho a recusar al nuevo miembro. En otras palabras, el recurrente sí fue notificado de la nueva integración y no ejerció su derecho a recusar al nuevo miembro, por lo que carece de agravios contra el vicio indicado.

En lo referente al segundo vicio, la intervención en el proceso de un magistrado que se había excusado de seguir entendiendo en la causa, debe señalarse que se limitó al pronunciamiento de una providencia de mero trámite en una cuestión incidental y que no

fue atacada por la vía recursiva por ninguna de las partes. En consecuencia, dicho vicio fue consentido y no afecta la validez del acuerdo y sentencia recurrido.

Por último, tampoco se constata que la resolución esté viciada de incongruencia, ya que es palpable el error material incurrido por el demandado al contestar el escrito de expresión de agravios cuando éste es contrastado con las demás actuaciones obrantes en el expediente que denotan su postura respecto del rechazo in totum de la demanda instaurada. De esta manera, al no apreciarse otros vicios o defectos que permitan declarar de oficio la nulidad de la sentencia recurrida, el recurso debe ser desestimado.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS GARAY y BAJAC ALBERTINI DIJERON: que se adhieren al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO TORRES KIRMSER DIJO: Por Sentencia Definitiva N° 1114 de fecha 1° de diciembre de 2004 la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno de la Capital resolvió en lo pertinente: “1- HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda ordinaria que por Indemnización de Daños y Perjuicios promueve la Sra. Emilia Aguilera Vda. de Villalba contra la firma Informconf S.A., en consecuencia, condenar a la misma al pago de la suma de Guaraníes Noventa y Seis Millones Seiscientos Mil (Gs. 96.600.000), que hace relación al rubro de daños y perjuicios, no así en los rubros de daño moral y lucro cesante, conforme al exordio de la presente resolución” (sic., f. 148 vlto.)

Recurrida la mencionada sentencia, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala de la Capital, por Acuerdo y Sentencia N° 42 de fecha 10 de abril de 2007, resolvió: “1.- TENER POR DESISTIDO el recurso de nulidad interpuesto; 2.- REVOCAR, con costas, la S.D. N° 119 de fecha 1 de Diciembre de 2.004 por las razones y con los alcances dados en el exordio de este fallo; 3.- ANOTAR” (sic, f. 173).

La parte recurrente expresó agravios en los términos obrantes a fs. 181 a 184 de autos. Manifestó que la resolución apelada no se ajustó a derecho debido a que su parte habría logrado demostrar la existencia del informe erróneo, así como la del daño generado como consecuencia.

La parte adversa contestó el traslado en los términos de fs. 187 a 191 de autos y expresó que el informe no contenía datos erróneos, que no existió una conducta antijurídica de su parte y que tampoco se han probado los supuestos daños alegados.

Antes de entrar al estudio de la cuestión de fondo debatida, debemos hacer algunas precisiones en orden a determinar las facultades que le asisten a este colegiado de revisión de la contienda judicial sub examine. Examinadas las constancias de autos, se advierte que el Juzgador de Primera Instancia consideró que se encontraban dados los presupuestos de procedencia de una demanda de indemnización de daños, esto es, la existencia de un ilícito o antijurídico, un factor de atribución de responsabilidad, la existencia de daños y el nexo causal entre el antijurídico y el daño. Solo que no admitió todos los rubros o clases de daños peticionados por el accionante, descartando algunos daños que consideró no probados o no producidos. Luego, en Segunda Instancia el Tribunal de Alzada, en revisión, llegó a la conclusión de que los presupuestos mismos de una pretensión indemnizatoria por daños extracontractuales no estaban dados, en concreto lo referente a la existencia de lo antijurídico y de un factor de atribución. Al llegar a tal certeza, lógicamente descartó el

estudio de los rubros o tipos de daños que se pudieren haber producido. Esta situación importa el desconocimiento absoluto del derecho del actor respecto a alguna reparación. Así pues, esta circunstancia habilita a esta Corte a estudiar ex novo la existencia de todos los elementos que configuran una pretensión indemnizatoria, ya arriba referidos, y como es obvio, también, la cuestión de los daños, en todos los tipos y rubros que habían sido planteados en la demanda, dado que, como dijimos, la cuestión del daño había sido descartada por vía de consecuencia y no por vía de reexamen. Hecha esta aclaración, pasaremos a estudiar la cuestión debatida.

En autos se discute la procedencia de la demanda de indemnización de daños planteada por Emilia Aguilera Vda. de Villalba contra Informconf S.A.. La accionante sostiene que los datos erróneos proveídos por la empresa demandada le han provocado un grave daño, tanto patrimonial como moral.

La empresa demandada sostiene que los datos fueron recogidos de fuentes públicas de información y que se ha demostrado que no son erróneos, por lo que no se habría configurado ninguna conducta ilícita que genere la responsabilidad extrancontractual.

Para entrar en materia, es necesario precisar algunas cuestiones fundamentales. Con anterioridad a la presente causa, las partes ya habían discutido sobre la corrección o incorrección de los datos contenidos en el banco de datos de la empresa demandada, en el marco de un juicio de “Hábeas Data” que concluyó con una sentencia favorable a las pretensiones de la parte actora en ambos juicios. En dicho procedimiento se dictó la S.D. N° 955 del 24 de octubre de 2001 (fs. 24 a 25 del expediente “Emilia Aguilera Vda. de Villalba contra Informconf S.A. sobre Hábeas Data”), que resolvió hacer lugar al hábeas data interpuesto y eliminar el dato sobre una supuesta operación morosa. En la mentada resolución quedó sentado que: “De acuerdo al informe de la Sección Estadística de los Tribunales, no existe demanda promovida por el Banco Unión S.A.E.C.A. contra la actora, por lo que el dato consignado en la Empresa ‘Informconf’ es erróneo” (f. 25). Esta sentencia tan solo fue objeto de recurso en lo pertinente a las costas del juicio, pero no así respecto de la decisión sobre el fondo de la cuestión, pronunciamiento que a la fecha se halla firme. Cabe agregar que la sentencia en cuestión fue confirmada en lo referente a las costas por A.S. N° 88, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Quinta Sala de la capital, obrante a f. 36 de los autos “Compulsas: Emilia Aguilera Vda. de Villalba contra Informconf S.A. sobre Hábeas Data”. Sobre este punto debe destacarse que los pronunciamientos dictados en el marco de un juicio de hábeas data son definitivos y no son susceptibles de una revisión posterior en un juicio ordinario, o en otras palabras, la decisión recaída en un juicio de hábeas data produce cosa juzgada formal y material respecto de aquello que fue materia del controversial. Esto surge claramente del texto constitucional, Art. 135, ya que se establece que si el magistrado llega a la convicción de que la información o dato consignado en el registro es erróneo o afecta ilegítimamente derechos del interesado, podrá ordenar la rectificación o destrucción de aquellos, consecuencia que sería imposible de carecer la sentencia recaída de la estabilidad e inimpugnabilidad posterior propias de la fuerza de cosa juzgada.

Lo destacado conlleva forzosamente a que en estos autos no pueda ser materia de un nuevo debate la veracidad o no del dato o información que ya ha sido calificado como erróneo en una sentencia que a la fecha se halla firme. Sin embargo, ello no implica que por

ese hecho la demanda de reparación sea pertinente, pues para ello será necesario demostrar el concurso de los demás elementos que conforman la responsabilidad extracontractual. En suma, en esta instancia no puede abrirse el debate respecto de si la información fue errónea o no –ya existe un pronunciamiento firme que establece que el dato era erróneo–, sino tan solo puede limitarse a establecer si la empresa demandada obró con dolo o culpa –es decir, antijurídicamente– al recabar el dato y si ese obrar produjo daños en la esfera de los derechos de la parte demandante.

En este sentido, el representante convencional de la parte demandada ha expresado que la información sobre la existencia de un juicio por una operación morosa fue recabada por dependientes de la empresa Informconf, mediante la búsqueda en los libros de secretaría. Sostuvo que tales registros son públicos y que si en ellos existe un error no le sería atribuible a su parte.

En este punto parece oportuno, hacer mención sobre el tipo de responsabilidad de la parte demandada. La firma Informconf es una persona jurídica que se dedica a crear una base de datos comerciales, en los que se puede conocer los distintos factores que hacen a la capacidad de endeudamiento y pago de las personas ahí mencionadas. Esta actividad altamente especializada y realizada en forma masiva ha llegado a tener tal incidencia en la esfera de los derechos privados de las personas que en la legislación comparada se ha llegado a establecer una inversión de la carga probatoria, en el sentido de que quien recaba y divulga, o en otras palabras, procesa la información, debe demostrar haber tomado todos los recaudos para asegurar la veracidad de la información –Art. 15, num. 1), del Decreto Legislativo N° 196 del 2003, Italia–, norma que aun cuando no fue acogida en nuestro derecho positivo, hace patente la gravedad de la actividad y el alto grado de diligencia requerido para su ejecución. Como se ha dicho, en nuestro país no existe una norma en tal sentido, pero las leyes N° 1682/01 y 1969/02 claramente establecen que la obligación de mantener permanentemente actualizados los datos personales que obren en el archivo de la entidad procesadora de informaciones confidenciales –art. 7°– es obligación de la empresa que almacene, procese o difunda esa información. Esta norma es clara y no puede ser obviada por la parte demandada, quien pretende que mantener actualizados los datos e informaciones obrantes en sus archivos sea una carga que pese sobre la persona afectada o sobre quien se refiera el informe o aquellos que soliciten o utilicen la información.

La claridad de la norma es meridiana: “Serán actualizados permanentemente los datos personales sobre la situación patrimonial, la solvencia económica y el cumplimiento de obligaciones comerciales y financieras que de acuerdo con esta Ley pueden difundirse. La obligación de actualizar los datos mencionados en el párrafo anterior pesa sobre las empresas, personas o entidades que almacenan, procesan y difunden esa información” –Art. 7°, Ley N° 1969/02–.

Las líneas subsiguientes de la norma de ninguna manera pueden ser interpretadas como una exención a favor la empresa que procese informaciones de la obligación de mantener actualizados los datos que obren en sus registros, ni tampoco en el sentido de que los afectados tengan la carga de investigar sobre la veracidad y exactitud del banco de datos y que recién en el momento que estos denuncien la inexactitud deba ser corregido el archivo. Todo lo contrario, establece una obligación sobre la persona que procese y difunda

la información y, vale repetirlo, sin eximirle de su deber de diligencia en la recolección de los datos y el deber de mantener permanentemente actualizados los datos. Otra cosa sería que pudiese determinarse también, adicionalmente, una responsabilidad sobre las fuentes de las que se recaba la información, por el error proveniente de sus propios datos, archivos o dichos, pero esto es un asunto que aquí no está en disputa. Por lo demás, el plazo de cuatro días establecido debe ser entendido, además, a favor del perjudicado, en el sentido de que la corrección deberá producirse en la máxima brevedad posible y su incumplimiento hará pasible al ente de las multas establecidas por el Art. 10º, ya que las Leyes 1969/02 y 1682/01 no modifican el régimen de responsabilidad civil extracontractual previsto por el Código Civil, puesto que “La aplicación de la multa no obstará a que la persona afectada promueva acción penal o acciones para reclamar la indemnización por daños y perjuicios”. En verdad, la actividad de recolección, procesamiento y divulgación de datos sensibles respecto de las personas, entre los cuales se cuenta también, lógicamente, su patrimonio, no puede ser vista como una actividad inocua o neutral. Muy por el contrario, ella incide, hasta podría decirse irrumpe, en modo masivo en la órbita de los bienes jurídicos de una gran cantidad de sujetos, por lo cual su actividad que además es lucrativa, entraña el riesgo inherente del daño a dichos bienes, cuando resulta falso o erróneo el dato recabado o divulgado. Esta situación se agrava aún más cuando consideramos el estado actual de la técnica que permite no solo una recolección masiva de datos sino una divulgación ilimitada y casi incontrolable por la vía de los medios telemáticos.

La empresa que procese y divulgue datos de carácter confidencial sobre la situación patrimonial de las personas y demás datos relevantes a la actividad comercial, no podrá menos que tener la misma diligencia en mantener la precisión de sus bases de datos que aquella prestada para la obtención de los mismos. En este sentido, la doctrina más autorizada tiene sentado: “La culpa extracontractual consiste en la omisión de los cuidados que en presencia de las circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable, y con los cuales se habría evitado el hecho dañoso” (Luis De Gásperi. Anteproyecto de Código Civil. Editorial “El Gráfico”, Asunción. Año 1964. Art. 2468, pág. 767). Es decir que si para incluir una información que afecte negativamente las posibilidades negociales de una persona -la existencia de una demanda por ejemplo-, emplea funcionarios que concurren a los tribunales para meticulosamente revisar los libros de secretaría y tomar nota de las personas contra quienes fueron presentadas demandas por cobro de guaraníes, la equidad, la diligencia y la obligación legal de mantener actualizados sus registros les compele a tomar las mismas medidas para mantener la información actualizada.

Por otra parte, según surge de las constancias de autos –f. 21 del principal, f. 15 del expediente de hábeas data y otras tantas-, el informe no indica el monto de la supuesta acción judicial, lo que la jurisprudencia nacional tiene calificado como un despropósito debido a la imprecisión del dato consignado: “Una demanda que carece de un dato esencial cual es el monto reclamado debe ser borrada de los archivos de un registro público de carácter privado ya que el dato resulta inútil e inicuo” (LLP 2007, 1063). Es decir, tal dato ni siquiera debió haber sido consignado.

Cabe, además, referir unas consideraciones sobre las fuentes a las cuales recurre la empresa demandada en busca de los datos que conforman su archivo. En especial, la práctica espontáneamente reconocida en autos de utilizar las constancias de los libros de

secretaría para establecer la existencia de demandas contra personas. Las Acordadas N° 9 del 28 de junio de 1957 y N° 9 del 28 de diciembre de 1934, en forma concordante establecen que las normas en ellas establecidas son encaminadas a facilitar el mejor desenvolvimiento de los trabajos “dentro de las oficinas dependientes de la Administración de Justicia”; mientras que el Código de Organización Judicial claramente establece, en sus Arts. 242 a 246, que la Oficina de Estadística Judicial es la dependencia del Poder Judicial encargada de mantener un registro de los juicios que se promuevan ante la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados. Los datos que se recaben sin recurrir a las fuentes oficiales y establecidas por imperio de la Ley, son de exclusiva responsabilidad de la entidad que los recabe y, si además, esta difundiese informaciones erróneas a partir de los mismos, lo hace bajo su propio riesgo y responsabilidad.

Cabe mencionar, además, que a f. 92 de estos autos obra el informe remitido por el Banco Nacional de Fomento, donde se expresa que al 13 de diciembre de 2001, “De conformidad al reporte proveído por la firma Informconf la señora Emilia Aguilera Vda. de Villalba, contaba con una demanda promovida por el Banco Unión S.A.E.C.A. en liquidación”; a pesar de que la sentencia que hizo lugar al hábeas data fue notificada el 29 de octubre de 2001 y quedó firme en lo referente al fondo de la cuestión principal, por la interposición del recurso de apelación limitado a la condena en costas por parte de la representación de la empresa Informconf S.A. –fs. 26 y 27 de los autos “Compulsas: Emilia Aguilera Vda. de Villalba contra Informconf S.A. sobre Hábeas Data”-. Es decir, luego de haber transcurrido un tiempo sobradamente mayor al de cuatro días que impone la legislación a la empresa demandada para la corrección de los datos erróneos cuando haya tomado conocimiento de ellos. La demandada no solo obró displicentemente en la obtención del dato y omitió su deber de mantener actualizadas las informaciones, sino que además, una vez que tomó conocimiento de que el dato era erróneo no procedió a la corrección del mismo en el plazo legal.

Conforme con lo expuesto, la existencia del informe erróneo, establecida por pronunciamiento jurisdiccional pasado a fuerza de cosa juzgada y la conducta antijurídica culposa, dada por no emplear la diligencia adecuada en mantener actualizados y veraces los datos obrantes en el banco de datos, así como por recabar informaciones de fuentes no oficiales y no destinadas para mantener un registro público sobre los juicios promovidos ante el Poder Judicial, se hallan plenamente configuradas. Cabe establecer la existencia del daño invocado por la demandante, la relación de causalidad con la conducta de la empresa demandada y la entidad del daño a los efectos de establecer el monto correspondiente a la reparación del perjuicio.

Para ello es necesario determinar el tipo de perjuicio o daño sufrido, ya que este es un concepto amplio que comprende varias categorías con presupuestos específicos. De esta manera, se puede hablar de daño emergente que está configurado por las consecuencias negativas del ilícito en el patrimonio del afectado, del cual se dice que afecta a un interés negativo de la persona, que no es otro que el de no ver disminuida su situación patrimonial. Se puede hablar también de lucro cesante o de los ingresos que el afectado ha dejado de percibir como consecuencia del ilícito; de este rubro se dice que tutela el interés positivo del afectado, aquello que hubiese logrado con certitud si el ilícito no hubiese afectado su

situación patrimonial. Un rubro que guarda similitud al anteriormente destacado, pero que aun así tiene marcados rasgos distintivos es la pérdida de chance, que se configura por la frustración de una oportunidad o la pérdida de una expectativa de eventual ganancia, donde la diferencia con el lucro cesante radica en la medida de la certidumbre, siendo esta menor en la pérdida de chance. Esto en cuanto al daño material o patrimonial. Nuestro derecho reconoce también el daño extrapatrimonial, que es aquel que afecta a la persona pero sin repercutir en sus bienes. En esta categoría merece mención especial –por la relevancia en la presente litis- el conocido daño moral, que se configura como la afectación disvaliosa y negativa en la intimidad de la persona, que provoca en ella un cambio negativo en la forma de percibir e interactuar con su entorno.

La accionante, en su escrito inicial, reclamó la reparación de: lo dejado de percibir en concepto de ganancia por la negación del crédito como consecuencia del informe negativo; daño emergente, por los gastos en que incurrió para la preparación del negocio que pretendía realizar con el capital y que al no materializarse la operación financiera se habrían tornado en gastos estériles; y el daño moral, dado por el malestar provocado como consecuencia de habersele endilgado la calidad de deudora morosa y con cuentas pendientes de cobro reclamadas en los estrados judiciales, así como por la frustración provocada por no haber podido iniciar un emprendimiento productivo por la negativa de un banco de plaza a brindarle el capital como consecuencia de un informe erróneo.

En lo referente al daño emergente, la actora no ha probado haber realizado gastos extraordinarios a su actividad productiva normal con miras al préstamo que dejó de obtener –que el préstamo no le fue otorgado como consecuencia del informe erróneo, es un hecho probado a f. 92 de autos: “El préstamo está en suspenso, hasta que regularice su situación con la firma Informconf”-, ni tampoco ha demostrado que tales gastos –en el supuesto de haber existido- hayan dejado de revestir utilidad a la explotación de su actividad productiva. Por tanto, este rubro debe ser desestimado. Similar es lo que puede decirse en lo atinente al lucro cesante, puesto que no está probada la certitud del ingreso esperado, el precio de mercado del producto acabado, el monto total de la inversión, la expectativa de colocación en el mercado, probables compradores, etc., todos elementos que ayudarían a configurar la certeza de la producción de un ingreso de la entidad de lo estimado por la demandante en su escrito inicial.

Sin embargo, la imposibilidad de acceder al crédito sí configura una pérdida de chance, que es la correcta calificación de derecho que debe hacerse cuando la demandante menciona la posibilidad de ampliar la producción y ventas de su establecimiento –esta calificación es de iure y en virtud del Art. 159, inc. e) del Código Procesal Civil-. La jurisprudencia tiene sentado: “Con la expresión pérdida de una chance se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja” (SCBA, Ac 91262 S 23-5-2007). Mejores instalaciones –en lo que habría sido invertido el capital, según constancias de autos- serían idóneas para optimizar la producción y ello se traduciría en mayores oportunidades de negocios. La estimación del monto resarcitorio debe realizarse tomando en cuenta que: “Al momento de fijar el monto de una

indemnización por pérdida de chance resulta innecesario probar qué negocios concretos fueron frustrados, sino sólo que se ha perdido la ocasión o eventualidad de dichos negocios, ni la cuantificación exacta de las pérdidas pecuniarias derivadas de la frustración, lo cual deberá deducirse razonable y prudentemente por el órgano juzgador, teniendo como parámetro el volumen de los negocios y la entidad del patrimonio de la sociedad, así como la trayectoria temporal de la misma” (LLP 2007, 589); y “Lo que se indemniza es la ‘chance’ misma y no la ganancia o la pérdida que era el objeto de aquélla, ya que no puede olvidarse que lo frustrado es propiamente la ‘chance’, la cual, por su propia naturaleza, es siempre problemática de su realización” (SCBA, L 44497 S 21-8-1990). Por tanto, corresponde estimar como indemnización por pérdida de chance la suma de G. 30.000.000 (treinta millones de Guaraníes).

La entidad del daño moral también ha sido ampliamente demostrada. No puede desconocerse el efecto en el fuero interno que en una persona dedicada a la vida pública, a la producción agropecuaria y a la política, tiene un informe proveniente de una prestigiosa y altamente especializada empresa sobre el estado patrimonial de la afectada y su historial crediticio. El daño moral no está dado solamente por la estima en que la sociedad tenga a una persona, sino y más fundamentalmente por el desequilibrio negativo producido en el fuero interno de una persona que sufre un actuar ilícito. Tampoco puede desconocerse que el mismo hecho de requerir un crédito para ampliar la actividad productiva y que el mismo sea demorado o rechazado por un informe erróneo sobre el historial crediticio, es más que suficiente para provocar malestar o afectación disvaliosa en una persona con las características de la demandante. En cuanto a la estimación del monto de la reparación debida a la persona afectada, debe tenerse en consideración las características subjetivas de la misma; así como el prestigio –la demandada tiene décadas en el mercado- de quien brindó el informe erróneo –lo que agrava el malestar, dado por la aprensión que provoca el creer que por ese hecho las personas que tomen conocimiento de dicho informe tendrán la tendencia de aceptarlo como veraz-; pero sin perder de vista que la indemnización de daños no puede constituirse en una causa lucrativa para la persona afectada. Con estos elementos, es adecuado a derecho estimar la reparación por el daño moral provocado a la demandante en la suma de G. 50.000.000 (cincuenta millones de Guaraníes).

En cuanto a los intereses, debe señalarse que, si bien el derecho de fondo establece que cuando la obligación sea producida por un hecho ilícito, la mora se produce desde el momento del hecho; no puede desconocerse que la demandante se limitó a reclamar los intereses desde la fecha de iniciación de la demanda –f. 50-, por lo que la condena de intereses no puede disponer una cosa distinta, conforme con los principios de congruencia y dispositivo. A estos efectos, la fecha de la providencia que tuvo por presentada la demanda debe ser tenida como fecha de iniciación de la demanda, es decir, el 24 de mayo de 2002 –f. 52-. En cuanto a la tasa debida, se debe apuntar que en aquellas obligaciones donde no se haya establecido una tasa de interés convencional, es aplicable el promedio mensual correspondiente a las tasas activas percibidas en plaza por obligaciones de consumo en moneda nacional y con plazo de un año, conforme pacíficamente lo tienen sentado la doctrina y la jurisprudencia. No puede olvidarse que las indemnizaciones son de carácter reparador integral, pero de ninguna manera pueden constituirse en una causa lucrativa, lo

que ocurre cuando, en casos como el de autos, se fija como tasa de interés un porcentaje superior al promedio de las tasas activas. Este porcentaje debe ser establecido, conforme con las reglas precedentes, en la etapa procesal pertinente, es decir al discutir la liquidación.

Las costas deben ser impuestas a la parte demandada y perdidosa, de conformidad con lo establecido por los Arts. 205, 203 inc. b) y 199 del Código Procesal Civil.

A SUS TURNOS LOS SEÑORES MINISTROS GARAY y BAJAC ALBERTINI DIJERON: que se adhieren al voto del preopinante por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto. REVOCAR el Acuerdo y Sentencia N° 42 de fecha 10 de abril de 2007 dictado por Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala de la Capital y, en consecuencia, condenar a la empresa demandada Informconf S.A. a pagar a Emilia Aguilera Vda. de Villalba la suma de G. 80.000.000 (ochenta millones de Guaraníes) en concepto de pérdida de chance y daño moral, más sus intereses legales a ser computados desde el 24 de mayo de 2002, fecha de inicio de la presente acción. IMPONER las costas a la parte vencida. ANOTAR, notificar y registrar.

*Ministros: César Antonio Garay, José Raúl Torres Kirmser y Miguel Oscar Bajac. Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.*

--°--

**CADUCIDAD DE INSTANCIA.** Procedencia de la caducidad de instancia.

La caducidad es una sanción para el litigante renuente y es la razón por la que se exige que aún cuando se realicen actos procesales estos resulten idóneos o eficaces para impulsar el procedimiento.

**CADUCIDAD DE INSTANCIA.** Notificación en la caducidad de instancia.

Se declara la caducidad cuando el actor no ha dado cumplimiento de lo dispuesto en el proveído de traslado de la demanda a todos los demandados tratando de evadir el requisito de trabar la litis, presentando escritos solicitando la apertura de la causa a prueba, ungimientos y pedido de declaración de rebeldía, siendo inocuas todas estas peticiones para impulsar el procedimiento.

**CADUCIDAD DE INSTANCIA.** Interés. Objetivo.

La doctrina predominante en materia de caducidad, por sobre la pura materialidad del transcurso del tiempo y la posible realización de cualquier acto intrascendente, exige que el acto cumplido denote un interés objetivo, perceptible, que apunte al avance de la situación procesal en que se encuentre cualquier juicio.

**CADUCIDAD DE INSTANCIA.** Elemento intencional.

No puede encontrarse ajena a la consideración de este instituto de la perención de instancia, el elemento intencional de los sujetos de la relación procesal.

**CADUCIDAD DE INSTANCIA.** Procedimiento.

Sobre el cómputo del plazo de caducidad, el mismo deberá contarse desde la última petición de las partes o resolución o actuación del Juez o Tribunal que tuviere por objeto impulsar el procedimiento.

**PROCESO.** Impulso procesal.

Impulso procesal es toda actividad de las partes o el juez tendiente a hacer avanzar el proceso a fin de que se cumplan las etapas del mismo y pueda llegarse a la conclusión a través del fallo definitivo.

CSJ, Sala Civil y Comercial. 03.06.2009 “Nilva Maria Kuerter y Vinito Kuerten c/ Diego Pizziolo y otros. (Ac. y Sent. N° 404)

Asunción, 3 de junio de 2009.-

**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: BAJAC ALBERTINI, GARAY Y BLANCO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DOCTOR BAJAC ALBERTINI DIJO: No se advierten en la sentencia en revisión defectos o vicios que justifiquen la declaración de nulidad de oficio en los términos que autorizan los artículos 113 y 404 del Código Procesal Civil. Voto pues en ese sentido.

A SU TURNO LOS DOCTORES BLANCO Y GARAY DIJERON: Que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL DOCTOR BAJAC ALBERTINI DIJO: Que el auto de referencia revoca otro de primera instancia y por consecuencia deniega la declaración de caducidad de la instancia.

Que el presente juicio de acción autónoma de nulidad fue promovido por Nilva María Kuerten y Vinito Kuerten, habiendo sido citados a contestar el traslado los señores Diego Pizziolo, Roberto Carraro, Romano Cecchin, Natale Olivetto, Bruno Veneran, Gina Durigon de Veneran, Bruno Loro, Ornella Vedrasco de Loro, Ganneo Giovanni, Luisa Massarotto Vda. de Gambato, Nereo Tiso, Juan Gilberto Orella, Sucesores de Luis Guillermo Núñez Oviedo, Mirian Estela Rivas Brizuela, Latin Snow Investment S.A., Trevitierra S.A. y Mario Bittante, también se ha dispuesto el traslado a Alberto Marabesse, sin que este último haya sido notificado en debida y legal forma como lo establece el artículo 133 del C.P.C., por lo que cualquier pretendida instancia del procedimiento con posterioridad a este hecho resulta inidónea para dar impulso procesal, pues ni siquiera se ha trabado la litis en cuanto al demandado en cuestión, por lo que no habiendo diligenciado la actora los medios para hacer efectiva la notificación al mismo, hace que resulten inconducentes: el escrito de pedido de apertura de la causa a prueba, los correspondientes urgimientos presentados en relación a dicho pedido y ni siquiera el pedido de declaración de rebeldía presentado en fecha 22 de septiembre de 2007, ya que mal podría ser declarado

en rebeldía quien no ha sido debidamente notificado en su domicilio, y mal podría abrirse la causa a prueba cuando no se ha trabado debidamente la litis, ya que el hecho de no haberse notificado el traslado de la demanda a ALBERTO MAREBESSE con las solemnidades prescriptas en la ley (133 ó 140 CPC) hace a que dicho acto sea considerado inexistente según lo dispone el artículo 144 del mismo cuerpo legal, que consagra que la notificación que se hiciera en contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores será nula.

Conforme se aprecia, la cuestión es eminentemente procesal. No obstante esta razón formal, parece apropiada sustentar la decisión a la que arribe esta Corte en la consideración del fondo de la cuestión, ya que la misma tiene connotaciones que hacen al ejercicio del derecho a la defensa, de entidad constitucional, ya que la mayor garantía que pueden brindar los órganos jurisdiccionales a los justiciables, como expresión de un orden jurídico esencialmente democrático es la adecuada razonada fundamentación y motivación de los fallos.

Que en este orden de consideraciones, aquí se ha cuestionado el plazo para que se opere la caducidad de la instancia. Es esta una institución que tiene un indudable sustento constitucional: la necesidad de tornar operante la seguridad jurídica a la que por obra de la caducidad se contribuye en tanto cuanto busca la celeridad en el juzgamiento de los derechos y obligaciones de las personas; en otras palabras, no es desdeñable como valor, la certeza de los derechos, que no se alcanza, por cierto, si es que se producen dilaciones que los dejan en un estado de pendencia perpetua, inconveniente para los intereses generales del país, ya que sustraen a la libre circulación de bienes y servicios importantes valores patrimoniales. Median, pues, incuestionables razones que hacen a la armónica convivencia en el marco del Estado de Derecho, que aconseja que los litigios terminen.

Desde un punto de vista práctico, además, está el interés público de evitar la congestión judicial por la acumulación de causas inertes que mantienen el estado ingrato de la litispendencia, y la consiguiente responsabilidad de los órganos de la jurisdicción que no logran desembarazarse de la carga y deber de solucionarlas. No puede estar ajena, desde este punto de vista, la política judicial de la Corte, interesada en exhibir a la ciudadanía una administración que torne posible el ideal de la justicia imparcial, pronta y segura.

La institución se halla legislada en los artículos 172 y siguientes del Código Procesal Civil y, por cierto, que de la normativa allí sentada surgen posiciones que se prestan para la discusión. En efecto, el artículo 172 estatuye que "se operará la caducidad de la instancia en toda clase de juicio, cuando no se instaure su curso dentro del plazo de seis meses". En el artículo siguiente se expresa: "El plazo se computará desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución o actuación del juez o tribunal que tuviere por objeto impulsar el procedimiento.." y finalmente el artículo 174 establece que: "La caducidad se opera de derecho, por el transcurso del tiempo y la inactividad de las partes".

Tenemos en consecuencia que, conforme a la ley, aparentemente se pueden sostener tres criterios: a) El mero transcurso de seis meses sin actividad alguna opera la caducidad; b) Tener por operada la caducidad si los actos procesales cumplidos dentro de ese lapso no tuvieron por objeto impulsar el procedimiento, y; c) El transcurso del tiempo y la inactividad de las partes.

De ahí, por consecuencia, que doctrinarios hayan desarrollado dos doctrinas: la una meramente objetiva, por virtud de la cual la caducidad, opera por el simple transcurso

del tiempo como una sanción impuesta por la ley; y la otra, que considera la caducidad como una sanción para el litigante renuente, y es la razón por la que se exige que aún cuando se realicen actos procesales estos resulten idóneos o eficaces, para impulsar el procedimiento, tal es el caso de la actora en la demanda en cuestión, que se ha mostrado renuente al cumplimiento de lo dispuesto en el proveído inicial donde se ordenara el traslado de la demanda a todos los demandados, tratando de evadir el requisito de trabar la litis, presentando sendos escritos solicitando la apertura de la causa a prueba, urgimientos y pedido de declaración de rebeldía, siendo inocuas todas estas peticiones para impulsar el procedimiento cuando no se ha cumplido el traslado inicial a la totalidad de los demandados con las formalidades exigidas por el código ritual.

Sobre el particular muchos autorizados tratadistas han emitido opinión. Así Podetti expresa que "los actos procesales de los litigantes, admisibles y fundados, es decir, idóneos, son los eficaces para instar el procedimiento y, en consecuencia, para interrumpir el curso de la perención". Según Morello, "No toda petición tiene la virtud de instar el curso del procedimiento; es imprescindible la actividad destinada a acortar la distancia que resta hasta la meta del fallo definitivo" agregando "Para que una petición sea interruptiva de la caducidad es menester que haga avanzar el proceso hacia su destino, que es la sentencia". Colombo señala que "debe entenderse por acto que impulsa el procedimiento el que es idóneo para hacer progresar el curso de la instancia, porque innova con referencia a lo ya actuado en el sentido de que a partir de él, el proceso queda en situación distinta", "Solo es acto idóneo, a los efectos de interrumpir el plazo de caducidad, aquel que siendo proporcionado al estado de la causa, tiende al efectivo desenvolvimiento de la relación procesal o se traduce en un avance en la marcha del proceso" (Isidoro Eisner, "Caducidad de Instancia", Ed. Depalma, Buenos Aires 1995).

En resumen la doctrina predominante, por sobre la pura materialidad del transcurso del tiempo y la posible realización de cualquier acto intranscendente, exige que el acto cumplido denote un interés objetivo, perceptible, que apunte al avance de la situación procesal en que se encuentre cualquier juicio.

Desde luego no puede ser de otra manera, ya que los hechos no son tomados en consideración por el derecho en su pura materialidad física, sino en cuanto ellos resulten de un comportamiento humano que altere una situación jurídica preexistente en base a la intencionalidad propia de todo acto jurídico. Despojar al hecho del elemento intencional que le da forma y sentido, equivale tanto como atribuir derecho a las cosas inertes. De ahí, entonces, que no puede encontrarse ajena a la consideración de este instituto de la perención de instancia, el elemento intencional de los sujetos de la relación procesal.

Pero la ley exige algo más. Exige que el acto cumplido sea capaz de traducir un aporte al proceso, que inste su curso. Al excitar la jurisdicción, al asumir cualquier persona la condición de parte, contrae responsabilidades. No es posible poner en marcha todo el costoso mecanismo de la justicia por mera delectación. Fundamentalmente, se contrae la obligación de contribuir a la justa composición de la litis. De ahí que el artículo 51 del Código Procesal Civil establezca que "Las partes deberán actuar en juicio con buena fe". ¿Qué significa eso? Simplemente que el incumplimiento de este deber, no solamente sino jurídico, tiene su sanción. Y es contrario a la buena fe, la falta de cooperación leal para

consagrar la justicia pronta a la que hemos aludido más arriba. Esta falta, traducida en actos que en poco o nada contribuyen a la consagración de ese valor es la que sanciona la ley con la perención de la instancia.

Y todo esto no es sino la consecuencia de la necesidad de hacer resplandecer los valores fundamentales de nuestro ordenamiento, entre los que se cuentan, indudablemente, la seguridad jurídica y el interés público en no amenguar indebidamente la libre circulación de bienes o servicios por una situación de pendencia sustentada en chicanas o inactividad de quienes se apartan de los deberes de lealtad y buena fe que deben orientar el desarrollo de cualquier proceso.

Sobre el cómputo del plazo de caducidad, el mismo deberá contarse desde la última petición de las partes o resolución o actuación del Juez o Tribunal que tuviere por objeto impulsar el procedimiento. Impulso procesal es toda actividad de las partes o el juez tendiente a hacer avanzar el proceso a fin de que se cumplan las etapas del mismo y pueda llegarse a la conclusión a través del fallo definitivo. El primer impulso procesal corresponde a la interposición de la demanda ya que esta da inicio a la instancia, el Juzgado de Primera Instancia da trámite a la instancia iniciada con el proveído del 10 de mayo de 2004, donde se habilita la etapa de contestación de la demanda por parte de aquellos en contra de los cuales se interpuso la acción, esta etapa concluye con la contestación por parte de los demandados o por la declaración de rebeldía de los mismos, trabándose así la litis y es ahí donde queda habilitada la siguiente etapa procesal del periodo probatorio. El Juez de Primera instancia, habiendo sido contestada la demanda por Pizziolo y los demás demandados (a excepción de Alberto Marabesse), corre traslado de los documentos presentados por los mismos a la actora, quien evacua dicho traslado el 29 de marzo de 2006, donde la actora solicita impropiaamente la apertura de la causa a prueba, pedido inconducente por cuanto hasta que Alberto Marabesse no fuera notificado de conformidad al 133 ó 140 CPC, no podría el Juez hacer lugar al pedido de la actora abriendo la causa a prueba. A partir de este momento se inicia el cómputo del plazo de caducidad. Los urgimientos posteriores reiterando el pedido de apertura de la causa a prueba resultan por demás inconducentes por cuanto pretenden el paso a la próxima etapa procesal sin haberse cumplido los requisitos para el avance a dicho estadio, por lo que la providencia dictada por el Magistrado de Primera Instancia en fecha 16 de octubre de 2006 ha sido dictada luego de operada la caducidad de instancia, sin estar pendiente de resolución la apertura de la causa a prueba, ya que dicho pedido era, como ya se ha sostenido, inconducente. El proveído fue decretado habiendo vencido en exceso el plazo de seis meses previsto por el Código ritual no pudiendo cubrirse con diligencias procesales con posterioridad al vencimiento de conformidad al Art. 174 de dicho cuerpo legal. Por lo que voto la revocación del Auto Interlocutorio Número 445 del 26 de diciembre de 2007 dictado por el Tribunal de Apelación Civil, Comercial y Laboral Primera Sala del Alto Paraná y Canindeyú, declarando la caducidad de instancia en los autos “Nilva María Kuerten y Vinito Kuerten c/ Diego Pizziolo y otros s/ Acción autónoma de nulidad” debiendo imponerse las costas a la perdidosa.

A SU TURNO EL DOCTOR CESAR GARAY DIJO: En el sub-examine se han conculcado Principios procesales básicos, como el de la notificación a uno de los co-

demandados –solemnidades prescriptas en la Ley, según los Artículos 133, 140 y 144 del Código Procesal Civil.

En cuanto al plazo para computar la Caducidad, es a partir de la Providencia que corrió traslado de los documentos presentados (29 de Marzo del 2.006) pues como enfáticamente indicáramos no se hallaba debidamente la litis con todas las Partes en Juicio, violentándose por ello el Artículo 16 de la Ley Fundamental.

Es bien sabido que los actos procesales realizados con posterioridad a la Providencia ut-supra citada ya resultan inconducentes, como dispone el Artículo 174 del Código de Forma.

En el orden de ideas apuntadas, ya para la fecha de la Providencia, dictado el 16 de Octubre del 2.006, se encontraba operada la Caducidad de la Instancia, conforme el Artículo 172 del Código Procesal Civil.

Para finalizar es pertinente y corresponde indicar que esta Resolución tiene que dictarse por Auto Interlocutorio, en razón de resolver una cuestión de índole procesal e incidental, según los términos y alcances del Artículo 158 del Código Procesal Civil, en concordancia con el Artículo 156 del mismo Cuerpo Legal.

A SU TURNO EL SEÑOR MINISTRO SINDULFO BLANCO, MANIFESTO: Se adhiere al voto del Ministro Preopinante, por sus mismos fundamentos.

RESUELVE: NO HACER LUGAR al Recurso de Nulidad. REVOCAR el Auto Interlocutorio Número 445 del 26 de diciembre de 2007 dictado por el Tribunal de Apelación Civil, Comercial y Laboral Primera Sala del Alto Paraná y Canindeyú. operada la caducidad de instancia en los autos “Nilva María Kuerten y Vinito Kuerten c/ Diego Pizziolo y otros s/ Acción autónoma de nulidad”. ANOTAR, registrar y notificar.

*Ministros: César Garay, Miguel Bajac Albertini y Sindulfo Blanco. Ante mí: Alejandrino Cuevas. Secretario Judicial.*

--°--

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La inamovilidad es un derecho que la Constitución Nacional garantiza al magistrado judicial en el ejercicio de sus funciones. La ley suprema consagra el instituto de la inamovilidad en dos disposiciones normativas, art. 252 y 261 de la C.N. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 252 de la C.N. se refiere a los miembros de tribunales y juzgados de toda la República que hubiesen sido designados por períodos de cinco años y confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, a partir de la cual adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 261 de la C.N. consagra la inamovilidad de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde su designación hasta el cumplimiento de la edad de setenta y cinco años. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**SENTENCIA DECLARATIVA.** Declaración de certeza constitucional.

Acreditada la situación de duda objetiva y configurado el perjuicio concreto derivado de la situación actual del accionante, no caben objeciones de que, al no existir otro medio legal es la acción meramente declarativa la que permite tutelar el interés legítimo que tiene el actor en disipar frente a la sociedad una duda constitucional que lo afecta actual y efectivamente. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La aproximación meramente gramatical al art. 252 de la C.N. indica que la inamovilidad se refiere al Magistrado, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional; por lo que el traslado o ascenso que contenga su consentimiento previo y expreso no puede afectar la inamovilidad adquirida. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Aún cuando el actor no tiene reunidos los requisitos exigidos por el art. 252 in fine de la Constitución, reiteramos que la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia tiene un régimen especial, establecido en el art. 261 de la Constitución Nacional, conforme jurisprudencia ya uniforme de Corte y según la cual el antedicho art. 261 establece para Ministros de Corte, diferenciados nominativa y normativamente de los demás magistrados en la Carta Magna, una inamovilidad en el cargo ya desde el nombramiento. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

El sistema de inamovilidad establecido por nuestra Carta Magna, en el artículo 261 de la misma, es conocido en la doctrina del Derecho Constitucional como el de la “inamovilidad cuasi-vitalicia o semi-vitalicia”, para la cual los ministros de la Corte Suprema de Justicia continúan en sus cargos mientras dure su buena conducta e idoneidad, pero no indefinidamente, sino hasta la edad de 75 años, cuando debe acogerse a la jubilación obligatoria. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

La resolución N° 161 de fecha 15 de marzo de 2004, dictada por la Cámara de Senadores, en la que se establece que la designación del accionante como Ministro de la Corte Suprema de Justicia es por un período de 5 años, a mi criterio, el citado cuerpo legislativo

al designar a un Ministro de Corte “*por el periodo de cinco años, previsto en el artículo 252...*”(sic) incurrió en un decisión carente de validez constitucional por ser la misma frontalmente opuesta a lo que se establece en el art. 261 de nuestra carta fundamental. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**MAGISTRADO.** Confirmación de magistrado.

La garantía de la independencia del Poder Judicial, constituye sin duda alguna la inamovilidad no solamente de los Ministros de la Corte, sino que también se extiende a los demás magistrados que integran la institución, con la sola condición de mantener la buena conducta. (Voto del Ministro Víctor Núñez)

**SENTENCIA DECLARATIVA.** Declaración de certeza constitucional.

La acción meramente declarativa tiene el rol principal de brindar certeza a situaciones, que dadas las circunstancias del momento o de las diversas pretensiones que pudieran efectuarse con respecto a una relación o estado jurídico determinados pudieran darse y afectar con ello los derechos de una o más personas. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

**PRESCRIPCION.** Plazo aplicable para la prescripción.

Los arts. 551 y 658 del C.C. no se contraponen, sino se complementan, por un lado la norma adjetiva que declara que la acción procesal no ejercida por el particular afectado contra actos normativos que lo afectan exclusivamente prescribe a los seis meses del conocimiento del hecho generador del reclamo. Por otro lado, la norma sustantiva que determina que los hechos viciados de nulidad pueden ser anuladas en cualquier tiempo, es decir que la reclamación puede ser opuesta en cualquier momento, sin limitación temporal alguna. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

**CONSEJO DE LA MAGISTRATURA**

La labor del Consejo de la Magistratura en relación al proceso de elección de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, equivale a la tarea desarrollada por cualquier “comisión de licitaciones” que se estructura a los efectos de monitorear todo proceso de contratación pública, de obras y servicios, proponiendo, finalmente tres alternativas igualmente válidas, para que el órgano subsiguiente –el senado- escoja uno de ellos, sugiriéndolo posteriormente al Poder Ejecutivo, este último podrá o no otorgar el acuerdo constitucional. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

**CONSTITUCION DE LA RCA. DEL PARAGUAY.** Inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Dos de los tres órganos que intervienen en el proceso de nombramiento de Ministros de la Corte Suprema de Justicia interpretan que su designación no está sometida a plazo alguno, lo cual condice expresamente con lo dispuesto por el art. 261 de la C.N., en cuanto a que su remoción solo puede producirse por el juicio político. El único plazo que rige para los mismos, en lo que hace a su retiro de la función jurisdiccional, es el de su edad cronológica. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

**PODER LEGISTALTIVO.** Cámara de Senadores. Facultades.

La resolución 161/02 de la Honorable Cámara de Senadores, al determinar el plazo de cinco años para el ejercicio de cargo de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia cae en el vicio del objeto ya que la actuación del senado al determinar el plazo de ejercicio no es facultad del mismo, por tanto, la actuación objeto de la resolución mencionada es la designación de los ministros de la Corte y no otro. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

**PODER JUDICIAL.** Corte Suprema de Justicia. Facultades.

Ningún acto anterior o posterior, sea del Magistrado en cuestión o de algún órgano constitucional o privado puede vulnerar sus principios y normas constitucionales, los cuales son de cumplimiento obligatorio, ello por imperio de lo dispuesto por el art. 137 in fine de la C.N. siendo la Corte Suprema de Justicia su máximo garante en este caso la sala constitucional a los fines de reconocer el derecho reclamado. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

**PODER JUDICIAL.** Corte Suprema de Justicia. Cargos de Confianza.

El cargo de Ministro de Corte no está, ni puede estar en la categoría de “cargo de confianza”, de ninguna persona, autoridad u órgano público, porque si fuera así, sencillamente se “aniquila” la garantía constitucional de la independencia de los Jueces, Camaristas y Ministros o del propio Poder Judicial y con ello el derecho de los justiciables a obtener pronunciamiento acordes a derecho basados en la conciencia del juzgador y no a la contingencias cronológicas, políticas o de la índole que fueran de su designación. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

**JUICIO POLITICO**

La idea fundamental de la Convención Nacional Constituyente fue de sustraer la estabilidad funcional de los Ministros de Corte, de las veleidades, oportunismos, interpretaciones erráticas o acomodadas de la clase política, por ello, la única vía para la remoción de un Ministro de Corte es la de una condena en un juicio político por un hecho concreto, lo cual traduce en una pérdida de confianza del pueblo a su labor jurisdiccional. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

CSJ, Sala Constitucional. 09.06.2009 “Miguel Oscar Bajac Albertini s/ Declaración de Certeza Constitucional” (Ac. y Sent. N° 443)

Asunción, 9 de junio de 2009.-

CUESTIÓN:

- 1) ¿Es procedente la acción planteada por el Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini? ¿Ha alcanzado la inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: NUÑEZ RODRIGUEZ, BLANCO, Y BRAY MAURICE.

A la cuestión planteada el Señor Ministro NUÑEZ RODRIGUEZ, dijo: Por la vía de la acción declarativa de certeza constitucional, el Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini

pretende que se declare su inamovilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, que actualmente desempeña en el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

A los efectos de determinar la procedencia de la pretensión del recurrente, corresponde en primer lugar determinar la admisibilidad en nuestro ordenamiento de la acción declarativa de certeza constitucional, y en segundo el estudio del caso concreto.

En cuanto al primer punto, cabe señalar que en fallos anteriores esta Corte dejó sentado su criterio en cuanto a la procedencia de la acción declarativa de certeza constitucional siempre y cuando se encuentren reunidos los requisitos exigidos por la norma constitucional en relación al caso concreto.

Así hemos señalado: "... Siendo este el espíritu que informa el Art. 99 del Código Procesal Civil, en cuya virtud las acciones declarativas de certeza son admitidas en el seno de nuestro ordenamiento, resta por ver la admisibilidad de este tipo de acciones en sede de interpretación constitucional; esto es, si la duda derivada de la aplicación de normas constitucionales, que configuran derechos o deberes concretamente apreciables y en el marco de un caso concreto, puede ser disipada mediante el ejercicio de una acción declarativa de certeza; la cual en este caso llevará el adjetivo de constitucional", por la índole de los derechos ¿ sobre los que versa la interpretación, que derivan directamente de la máxima norma en el orden de jerarquía. La respuesta afirmativa se impone. Ya la primera apreciación empírica no puede llevar a otro resultado, puesto que la eliminación de dudas o incertidumbre jurídicas en el caso concreto es una función de alta relevancia social, que es aplicable, indiferentemente, en todos los ámbitos del que hacer jurídico: derecho público o privado, constitucional o civil, etc . La eliminación de dudas, incluso, es más relevante tratándose de actuaciones de derecho público, donde los operadores del mismo tienen un interés más que legítimo, en caso de incertidumbres sobre la aplicación o interpretación de normas en un caso concreto y determinado, para conocer cuál es su actuar correcto. ... La normativa de rango constitucional, así como la legal, permiten también afirmar la admisibilidad de este tipo de acción en sede de interpretación constitucional por parte de esta Corte. El Art. 247 de la Carta Magna asigna al poder Judicial la función de interpretar la Constitución, mientras que el Art. 259 del mismo cuerpo legal confiere a la Corte Suprema de Justicia, como deberes y atribuciones, los demás que fijan la Constitución y las leyes. La ley 609/95, en su Art. 3° inc. a) asigna a la Corte Suprema de justicia el deber de interpretar la Constitución. Surge, pues, palmariamente que, en caso de duda sobre el alcance de una norma constitucional, que se concrete en un caso específico que permita la intervención jurisdiccional, es el máximo órgano de la República quien debe ejercer la función interpretativa, dilucidando el alcance y efectos de la normativa de máximo rango. Esta Corte, por medio de su Sala Constitucional, ha sostenido en diversos fallos que la misma no constituye un órgano consultivo, vale decir, que ante la sala Constitucional no es posible plantear para su interpretación una consulta sobre si un determinado instrumento normativo es inconstitucional o no. Pero es evidente que en el caso en estudio no se trata de una consulta sobre la constitucionalidad o no de un acto normativo, sino que lo que se pretende es que la Corte Suprema de Justicia declare con certeza constitucional la existencia de un derecho del cual el actor es acreedor por imperio de una norma constitucional, cuya

*interpretación se solicita por medio de la presente acción... Lo expuesto, pues, permite concluir por la afirmativa de la cuestión marcada bajo el numeral 1), ya que, de conformidad a las normas legales señaladas, y a los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales nacionales y extranjeros, no hay duda de que es admisible una acción meramente declarativa para disipar la incertidumbre derivada de la aplicación de normas constitucionales para determinar la conducta a seguir en un caso concreto; función y finalidad de la acción declarativa, conforme lo dejamos expuesto ..."( Ac. y Sent N°37/09).*

La duda interpretativa que plantea el accionante se refiere a su situación concreta de Magistrado en ejercicio de la función jurisdiccional - actualmente en la Corte Suprema de Justicia, por, un lado en relación con la garantía de inamovilidad que el Art. 252 in fine de la Constitución Nacional establece, y por otro, a lo que dispone en artículo 261 de la misma Carta Fundamental, relativo específicamente a la inamovilidad de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia. En tal orden de ideas, la duda o incertidumbre objetiva que da pie a la presente acción declarativa se refiere al posicionamiento del actor ante el Estado y la sociedad e involucra una interpretación de ciertos hechos, como ser el ejercicio de cargos en la función jurisdiccional, a los efectos de delimitar su cómputo para la inamovilidad o la procedencia de la aplicación del citado artículo 261 de la Constitución.

La inamovilidad es un derecho que la Constitución Nacional garantiza al magistrado judicial en el ejercicio de sus funciones. La Ley suprema consagra el instituto de la inamovilidad en dos disposiciones normativas, Art. 252 y Art. 261 de la Constitución Nacional. La primera de ellas -De la Inamovilidad de los Magistrados- se refiere a los miembros de tribunales y juzgados de toda la República que hubiesen sido designados por períodos de cinco años y confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, a partir de la cual adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Y el Art. 261 - De la Remoción y Cesación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia- que consagra la inamovilidad de un Ministro de la Corte Suprema de Justicia desde su designación hasta el cumplimiento de la edad de setenta y cinco años.

En reiterados fallos esta Corte ha sostenido que un Ministro de la Corte Suprema de Justicia es inamovible en su cargo desde su designación hasta el límite de edad ya citado. Pero también ha dictado normas de carácter administrativo por las que se ha declarado la inamovilidad de varios magistrados por la doble confirmación en sus respectivos cargos. En el caso que nos ocupa, el actor ha invocado, por un lado, el artículo 252 por las sucesivas confirmaciones en su función de magistrado electoral, y por el otro, el Art. 261 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta su condición de Ministro de la Corte Suprema de Justicia solicitando que esta Corte declare con certeza constitucional que el mismo ha alcanzado su inamovilidad en el ejercicio de la magistratura judicial.

Con carácter previo a la dilucidación de la duda planteada analizaremos la proponibilidad de la acción meramente declarativa en el caso concreto. La jurisprudencia ha dejado dicho que para que prospere una acción de este tipo se requiere: a) que haya incertidumbre respecto de las relaciones de derecho; b) que tal incertidumbre apareje un daño actual al accionante; c) que la sentencia de declaración baste para eliminar la incertidumbre o para prevenir el daño, dependiendo su naturaleza de la relación jurídica sobre la cual versa, además de no existir otro medio legal para poner fin a la falta de

certeza. (JA 1991-1-448, y Palacio, Lino Enrique y Alvarado Velloso, Adolfo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª. ed. 1993, tomo 7, pág.174).

En el caso de autos, el accionante solicita a la jurisdicción constitucional que determine la certeza absoluta sobre la existencia o inexistencia del estatus jurídico que invoca (inamovilidad) a través de la declaración de certeza constitucional, fundado en las disposiciones de los artículos 3, 137, 247, 252 y 261 de la Constitución; 99 del Código Procesal Civil y 3º inc. a) de la Ley No 609/95.

Refiere que tiene más de 14 años de carrera judicial, ya que ejerció la Magistratura por Decreto N° 04 de fecha 15 de septiembre de 1995, por el cual fue designado en carácter de Miembro del Tribunal Electoral de Concepción, y posteriormente fue confirmado en el mismo cargo por Decreto N° 761 de fecha 21 de noviembre de 2002, y por Decreto N° 1980 de fecha 15 de marzo de 2004, fue designado como Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo puntualizó que, con la designación como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, adquirió la inamovilidad en el ejercicio de la Magistratura prevista en el art. 252 de la Carta Magna en concordancia con el Art. 8º de las Disposiciones Finales y Transitorias. Finalmente requirió que se dicte sentencia haciendo lugar a la acción, y en consecuencia, se declare con alcance de certeza constitucional que ha reunido los requisitos exigidos por el artículo 252 in fine y con el alcance previsto en el artículo 261 de la Ley Suprema.

Con las instrumentales obrantes de fs.3 al 10 de autos, el accionante acreditó las condiciones que demuestran la viabilidad de su pedido en cuanto a la declaración de certeza constitucional de inamovilidad como Ministro de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, tales documentos demuestran el efectivo ejercicio de la función jurisdiccional por el plazo de 14 años, y su actual condición de Ministro de la Corte Suprema de Justicia. Asimismo señala que, el régimen de inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia ha generado un debate a nivel nacional, que aún no se ha disipado. En ese sentido, dice, actualmente es incluso debatido si a los Ministros de Corte se les aplica del Art. 252 in fine o el Art. 261 de la Constitución en cuanto al régimen de inamovilidad, siendo tal cuestión objeto de opiniones dispares incluso en el seno de la Corte Suprema de Justicia. Por ende, la incertidumbre respecto de la cuestión es notoria, máxime considerando la índole de la declaración que se pretende, referida a la adquisición de la inamovilidad por confirmaciones sucesivas.

Sin duda, existe una relación de derecho actual idónea para motivar la incertidumbre. Ésta, vista en relación al caso concreto, plantea el problema de que la normativa constitucional no delimita claramente la situación de magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional en diversos cargos a lo largo del tiempo a los efectos de la inamovilidad, a tenor de los Arts. 252 in fine y 261 de la Constitución; esto dicho, sin que escape a nadie que la cuestión referida a la inamovilidad de Ministros de la Corte Suprema de Justicia ha sido objeto de amplias y divergentes interpretaciones. De este modo, acreditada la situación de duda objetiva y configurado el perjuicio concreto derivado de la situación actual del accionante, no caben objeciones de que, al no existir otro medio legal es

la acción meramente declarativa la que permite tutelar el interés legítimo que tiene el actor en disipar frente a la sociedad una duda constitucional que lo afecta actual y efectivamente.

Resulta claro, entonces que, afectando directamente la incertidumbre objetiva, derivada de normas constitucionales, a la esfera del accionante, en cuanto a la misma atañe o guarda relación con su situación concreta y la aplicabilidad a su persona del instituto de la inamovilidad, no caben dudas de que hay daño, incertidumbre y ausencia de otro medio legal para reparar la cuestión.

De este modo, verificadas las condiciones formales de procedencia de la acción, nos abocamos al fondo de la cuestión, que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿la inamovilidad prevista en el artículo 252 se refiere solamente a un mismo cargo, o los ascensos también deben ser computados para tales efectos?

La Constitución Nacional, en su Art. 252, establece: "*Los Magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede, y al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Son designados por periodos de cinco años, a contar de su nombramiento. Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos periodos siguientes al de su elección, adquieren la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los miembros de la Corte Suprema de Justicia*".

La aproximación meramente gramatical al artículo en cuestión indica que la inamovilidad se refiere al Magistrado, es decir, al ejercicio de la función jurisdiccional; por lo que el traslado o ascenso que contenga su consentimiento previo y expreso no puede afectar la inamovilidad adquirida. Esta interpretación, desde luego se compenetra armónicamente con los conceptos doctrinarios referidos a la inamovilidad. Ya la doctrina anterior a la entrada en vigor de la Constitución Nacional de 1992 encubría la inamovilidad como garantía de la independencia judicial, ya que este poder necesita una neutralidad política que lo mantenga alejado de las influencias partidarias (Prieto, Justo J. Constitución y Régimen Político en el Paraguay, Asunción, El Lector, 1° ed., 1987, Pág. 338), proponiéndose incluso la determinación expresa de que "a excepción de los Jueces de la Corte Suprema de Justicia, quienes gozan de inamovilidad permanente desde el momento de asumir el cargo, los demás Magistrados que ingresan a la judicatura la adquieren de pleno derecho luego de transcurrido el primer periodo de designación, si antes no fueron cuestionados por la Corte Suprema de Justicia" (Riera Hunter, Marcos, La Independencia del Poder Judicial. Asunción, La Ley Paraguaya, 1ª ed., 1991, Pág. 194). Tales opiniones no han cambiado con el advenimiento de la nueva Constitución: "Las funciones políticas e institucionales del Poder Judicial, sin embargo, nunca podrían ser cumplidas a cabalidad si el órgano judicial careciese de la nota principalísima de la independencia. La independencia del Poder Judicial es el presupuesto del cumplimiento eficaz de su función específica y natural, al tiempo que es la *conditio sine qua nom* de la democracia y del Estado de Derecho" (Riera Hunter, Marcos, Independencia y autarquía presupuestaria del Poder Judicial. En: Homenaje a la Constitución, Asunción, edición de la Corte Suprema de Justicia, 1997, pág. 233). Es sabido que la inamovilidad es uno de los principales elementos que protegen la independencia del juzgador en el ejercicio de su función. No insistiremos sobre su importancia, limitándonos a repetir que "la misma se adecua al deseo de una judicatura experimentada y estable, basada en el imperio del derecho que contribuye a

desterrar intereses sectoriales, políticos o personales. Además, coadyuva al control judicial de constitucionalidad de actos públicos y privados y fortalece la tutela de derechos y garantías personales" (Zarina, Helio Juan. Derecho Constitucional. Buenos Aires, Astrea, 1ª ed., 1992, pág. 732).

Si bien este elemento teleológico, que depone a favor de la inamovilidad del magistrado en la hipótesis prevista en el segundo párrafo del Art. 252 de la Ley Suprema, aun mediando ascensos en el ejercicio de la misma, consideramos que dicha norma constitucional no es la aplicable al caso traído a estudio, habida cuenta que el accionante no tiene cumplidos los dos períodos completos siguientes al de su elección como Magistrado del Tribunal Electoral, lo cual surge de las documentales acompañadas con el escrito de esta acción, por lo que no corresponde hacer lugar a su pedido de declaración de certeza constitucional sobre este punto.

En casos anteriores, resueltos por el Ac. y Sent. N° 37 de fecha 23 de febrero de 2009, y el Ac. y Sent. N° 110, de fecha 19 de marzo de 2009, los Ministros accionantes tenían cumplidos más de dos periodos completos exigidos en el Art. 252 de la Ley Suprema, situación fáctica que robustecía la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia establecida en el Art. 261 de la Carta Magna.

Empero, aún cuando el actor no tiene reunidos los requisitos exigidos por el Art. 252 in fine de la Constitución, reiteramos que la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia tiene un régimen especial, establecido en el Art. 261 de la Constitución Nacional, conforme jurisprudencia ya uniforme de esta Corte Suprema de Justicia, y según la cual el antedicho Art. 261 establece para los Ministros de Corte, diferenciados nominativa y normativamente de los demás magistrados en la Carta magna, una inamovilidad en el cargo ya desde el nombramiento.

Corresponde, entonces, estudiar la situación concreta del accionante, Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, a los efectos de determinar si en su caso concurre la situación de inamovilidad prevista en el artículo 261 de la Constitución.

El Sr. Fiscal General del Estado, en su Dictamen N° 299, de fecha 19 de marzo de 2009, agregado a fs. 22/43 de autos, se expidió favorablemente a la petición del recurrente. Como primer punto, analizó la vía procesal y arguyó que esta acción puramente declarativa está contemplada para su ejercicio directo ante los Juzgados y Tribunales Ordinario de la República. Pero, al tratarse de un planteamiento de relevancia constitucional, la única instancia competente para entender y emitir pronunciamiento sobre la misma, es la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual encuentra disipada toda duda respecto a la idoneidad de la vía procesal intentada por la parte actora en el presente caso.

Como segunda cuestión, analizó el fondo de la petición y adujo que en nuestro sistema constitucional la inamovilidad, y en lo referente al caso de autos, protege a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, en el ejercicio del cargo; de donde resulta que un Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, amparado en dicha garantía consagrada por el artículo 261 de la Carta Magna, no podrá ser removido o destituido arbitrariamente, sino por las causales -comisión de delito o mal desempeño de sus funciones- definidas en la ley (art. 253 de la Constitución) y por el procedimiento establecido en la misma Carta Magna en el art. 261 -juicio político. Agregó que la remoción

de los miembros de la Corte solo puede hacerse por medio del juicio político y por las siguientes causales: a) Mal desempeño en sus funciones... b) Comisión de delitos... Estos presupuestos no se hallan configurados en el caso del accionante, razón por la cual dicha vía no se encuentra habilitada para su ejercicio efectivo, por parte del órgano facultado para dicho efecto, es decir, el poder legislativo, a través de sus representantes, los parlamentarios.

Señaló también la Fiscalía General del Estado que ha sostenido en posturas anteriores, que la inamovilidad de los magistrados no depende de las variaciones constantes que cada cinco años movilizan al Poder Ejecutivo, con la consecuente preponderancia del partido político que haya obtenido el triunfo electoral, ni a los vaivenes de la clase política legislativa, que amparados en la variable de mayorías y minorías parlamentarias, pueden nombrar o destituir magistrados a su preferencia, la inamovilidad es la permanencia, la estabilidad en el empleo del magistrado, precisamente para que los supuestos arriba mencionados nunca puedan plasmarse en realidades absolutamente adversas a los postulados y principios que rigen un estado de derecho.

El sistema de inamovilidad establecido por nuestra Carta Magna, en el artículo 261 de la misma, es conocido en la doctrina del Derecho Constitucional como el de la "inamovilidad cuasi-vitalicia o semi-vitalicia", para la cual los ministros de la Corte Suprema de Justicia continúan en sus cargos mientras dure su buena conducta e idoneidad, pero no indefinidamente, sino hasta la edad de 75 años, cuando debe acogerse a la jubilación obligatoria. Este sistema resulta congruente con nuestro sistema republicano de gobierno. Su punto de partida se encuentra en el principio de división de Poderes en virtud del cual el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial deben funcionar dentro de un marco de separación, equilibrio e independencia, siendo cada uno de ellos independientes y supremos en sus respectivas esferas, es decir, en tanto actúen en el ámbito de sus competencias que les asigna nuestra Constitución.

En el Ac. y Sent. N° 222 del 5 de mayo de 2000, la Corte Suprema de Justicia en virtud de sus facultades constitucionales sostuvo que *"Si la intención de los Constituyentes hubiera sido la de limitar a cinco años el periodo por el cual son designados los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, así lo hubieran consignado en la Constitución Nacional. No es dable pensar que la designación de Ministros de la Corte Suprema de Justicia para desempeñarse como tales hasta la edad de setenta y cinco años, se debiera a una simple omisión en establecer un plazo de duración del mandato, dado que esta supuesta e hipotética omisión, se repitió en el Art.275, al establecer la duración del mandato de los Miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral"*.

Ahora bien, a fs. 5 de autos obra la Resolución No 161, de fecha 15 de marzo de 2004, dictada por la Cámara de Senadores, en la que se establece que la designación del accionante como Ministro de la Corte Suprema de Justicia es por un período de 5 años. A mi criterio, el citado cuerpo legislativo al designar a un Ministro de Corte *"por el periodo de cinco años, previsto en el Artículo 252..."(sic)* incurrió en una decisión carente de validez constitucional por ser la misma frontalmente opuesta a lo que se establece en el Art. 261 de nuestra Carta Fundamental.

El artículo 137 de la misma expresa en su último párrafo que "*carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestas a lo establecido en esta Constitución*"

Es sabido en doctrina que las disposiciones contenidas en la Constitución constituyen lo que se denomina *norma fundamental*, que es un precepto fundante de la validez y la unidad de todo un orden normativo. La condición esencial para que un conjunto de normas constituya un orden, un sistema, es que todas ellas puedan ser referibles a una única norma que las fundamente, unifique y coordine en sus respectivos ámbitos de validez. La Cámara de Senadores dictó un acto administrativo contrario a lo que establece nuestra norma fundamental. Cabe entonces la pregunta: ¿Son válidas las sentencias y resoluciones administrativas contrarias a la Constitución? O la otra: ¿Puede sostenerse, en general, la validez de una norma de grado inferior o de un acto, que no concuerda con lo prescripto en una norma de grado superior o, en este caso, con una norma fundamental?

Si ha de partirse, como señala Hans Kelsen, del supuesto de que cada ordenamiento jurídico-estatal, gradual y orgánicamente estructurado, constituye "un todo en sí cerrado" esto es, un sistema lógico exento de contradicciones, tal sistema unitario parecería quedar destruido, o por lo menos alterado, en el mismo momento en que se destaca dentro de él la falta de correspondencia lógica entre dos o más normas de diferente grada.

Una primera observación sobre este fenómeno parecería evidenciar con claridad, dice Kelsen, que las sentencias y resoluciones *contra legem* y las leyes inconstitucionales carecen por completo de validez; es decir, son *intrínseca* y *originariamente* nulas, ya por haber sido dictadas en contra del procedimiento estatuido por la pertinente norma de grada superior, ya por contener sus partes dispositivas, prescripciones contrarias a las de las normas que las fundamentan.

Demás está señalar que la resolución 161 de la Cámara de Senadores y el Decreto N° 1980/04 que es su consecuencia, constituyen actos administrativos viciados de nulidad absoluta en cuanto al tiempo de duración del mandato de los Ministros designados, por lo que les es aplicable el artículo 558 inc. a) del Código Civil y no el Art. 551 del Código Procesal Civil, más aún teniendo en cuenta que ésta normativa procesal hace referencia a actos normativos. Esta tesitura traemos a colación solo como un argumento más de la viabilidad de la presente acción, a los efectos de disipar cualquier duda en relación al derecho que posee el accionante, dada la situación *sui generis* que se ha suscitado con relación al caso de los Ministros que se encontraban en la misma situación, al ser designados por la misma resolución y decreto emanados del Poder Legislativo y Ejecutivo, respectivamente.

En conclusión, se puede afirmar que la garantía de la independencia del Poder Judicial, constituye sin duda alguna la inamovilidad no solamente de los Ministros de la Corte, sino que también se extiende a los demás magistrados que integran la institución, con la sola condición de mantener la buena conducta. La cuestión de la inamovilidad, como se ha podido comprobar, ha acaparado la atención de propios y extraños, porque precisamente toca la garantía prevista en la Constitución, cual es la independencia del Poder Judicial. Es algo incuestionable, en el terreno de la doctrina y en el de los hechos,

que la independencia de los jueces, primera condición reclamada para el desempeño de sus funciones y esencial en el sistema de la división de los poderes, se obtiene con mayor seguridad con la inamovilidad mientras dure su buena conducta, que con su periódica renovación.

En base a todo lo expuesto, es criterio de este preopinante, que corresponde hacer lugar a la presente acción, declarando con alcance de certeza constitucional que el Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia, ha alcanzado la inamovilidad de conformidad con el Art. 261 de la Constitución Nacional. Es mi voto.

A SU TURNO EL DR. BLANCO DIJO: Se presenta el Prof. Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, en su carácter de Ministro de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, y promueve ante la Sala Constitucional una acción declarativa de certeza constitucional a fin de que por esta vía se declare que ha adquirido la inamovilidad en el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

LA ACCION PLANTEADA: En su escrito de promoción de la acción manifiesta entre otras cosas: *"...La carrera Judicial desempeñada por mi persona en calidad de Magistrado tuvo sus inicios en el Decreto N° 04 de fecha 15 de setiembre de 1995, por el cual fui designado en carácter de Miembro del Tribunal Electoral de Concepción, confirmado en el mismo cargo por Decreto N° 761 de fecha 21 de noviembre de 2002, siendo en última ratiio designado por Decreto N° 1980 en fecha 15 de marzo del 2004, como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, totalizando así más de 14 años en forma ininterrumpida en el ejercicio de loable labor Judicial. Actualmente se ha instaurado en todo el seno de la sociedad paraguaya e inclusive a nivel político y jurídico la discusión sobre la inamovilidad o no, que nos asiste a cada uno de los actuales Ministros de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, siendo ello de público conocimiento por lo cual se hace innecesaria prueba alguna en tal sentido, por constituirse en un hecho notorio. A más de las circunstancias descriptas precedentemente, existe otra duda, ya que también se ha establecido el debate sobre la aplicabilidad en mi caso particular de la colisión existente entre las normas establecidas en el Art.252 de la Constitución Nacional -a la cual se le atribuye el carácter general- con la llamada "norma especial" contemplada en el Art .261 del mismo cuerpo legal. Mi postura oficial al respecto no la puedo dar en esta acción declarativa, a raíz de que la misma podría ser tomada eventualmente como una suerte de preopinión para casos análogos, pero lo que sí puedo asegurar sin temor a equívocos; que ya sea en uno u otro caso, en mi persona se encuentran reunidos todos y cada uno de los requisitos exigidos por ambos articulados, a los efectos de ser beneficiado con la declaración de inamovilidad en el cargo que hoy ostento..."*. En este orden de ideas el accionante manifiesta que se encuentran reunidos los requisitos para el estudio de la acción por encontrarse compelido por los elementos del estado de incertidumbre, interés actual y la inexistencia de otra vía legal, continuando manifestando: *"...Como es bien sabido y ya lo referimos ab-initio, el régimen de inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia ha generado un gran debate a nivel nacional, que aún no se ha disipado. En este sentido, actualmente es incluso debatido si a los Ministros de Corte se les aplica el Art.252 in fine o el Art.261 de la Constitución Nacional en cuanto al régimen de la inamovilidad, siendo tal cuestión objeto de opiniones dispares incluso en el seno de la Corte Suprema de*

*Justicia. Por ende, la incertidumbre respecto de la cuestión es notoria, máxime considerando la índole de la declaración que se pretende, referida a la adquisición del a inamovilidad..."*

Así mismo requiere el pronunciamiento de esta Sala Constitucional a fin de que se declare con alcance de certeza constitucional que él mismo debe permanecer en el cargo en los límites dispuestos por el art. 252 in fine de la C. N. en concordancia con el art. 261 de la C. N. (edad de 75 años), para ello recurre a la normativa vigente (art. 3, 137, 247, 252 y 261 de la C.N.; art. 99 del C.P.C y art. 3 inc. a de la Ley 609-95), así como a la doctrina y a jurisprudencia nacional y extranjera sobre la materia.

EL DICTAMEN DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO. Por su parte, el Sr. Fiscal General del Estado por Dictamen No. 299 de fecha 19 de marzo del 2009 recomendó se deniegue la petición que ha sido fundada en lo dispuesto por el art. 252 in fine de la C.N. en razón a que a su criterio no se reúnen los presupuestos requeridos para la aplicación de dicha norma. Sin embargo, recomienda se acoja favorablemente la petición de conformidad a la norma del art. 261 de la C. N., entendiendo que resulta perfectamente aplicable al caso ya que dicha norma alude a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, su permanencia en el cargo y los modos en que produce su retiro del mismo (por jubilación o juicio político).

ANALISIS DE ADMISIBILIDAD: En primer término, corresponde hacer un breve análisis en relación a la admisibilidad de la acción planteada. Ciertamente, la misma se encuentra contenida en lo dispuesto por el art. 99 del C.P.C.: "El interés del que propone la acción podrá limitarse a la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento".

El fin claro de la norma y de la instancia prevista en la misma es la de un pronunciamiento con carácter de afirmación de certeza, ya sea de un derecho o estado jurídico de un acto con posibles efectos directos para el derecho de quien peticiona, ya sea positiva o negativamente. No implica constitución o ejecución de derechos, simplemente la declaración de la existencia de una situación de hecho, que es pasible de ser subsumida dentro de alguna de las normas que integran el elenco legal de la Nación.

Doctrinariamente se la ha definido como "...aquella que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico"(Haro, Ricardo "LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCOSNTITUCIONALIDAD", publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos))

Los profesores Lino Palacio y Adolfo Alvarado Velloso afirman: "...denominase pretensión declarativa a aquella que tiende a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico"(Alvarado Velloso, Adolfo y Palacio Lino "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo 7, p. 171, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe República Argentina, 1993).

Toda esta exposición doctrinal permite afirmar que la acción meramente declarativa tiene el rol principal de brindar certeza a situaciones, que dadas las circunstancias del momento o de las diversas pretensiones que pudieran efectuarse con respecto a una relación o estado jurídico determinados pudieran darse y afectar con ello los derechos de una o más personas.

Se tiene por tanto como primera premisa de este análisis de admisibilidad una acción procesal (derecho subjetivo material de reclamación ante las autoridades) cuyo contenido pretensional lo constituye una declaración, en este caso del derecho a permanecer en el cargo. Ahora, dado que las reglas cuya interpretación se requiere son de índole constitucional (art. 252 in fine de la C. N. y art. 261 de la C. N.), conforme a la normativa constitucional, corresponde a la máxima instancia judicial, en este caso la Sala Constitucional el estudio de la petición.

Que, teniendo presente que el art. 247 de la C. N. reza: "*El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir...*", siendo el máximo interprete de la Constitución Nacional la Corte Suprema de Justicia y en lo atinente a las declaraciones de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, la Sala Constitucional, conforme lo prevé el propio artículo 260 de la C.N., en consonancia con lo dispuesto por la ley 609/95.

Ello, en definitiva resulta procedente, por cuanto la declaración de certeza sobre la situación que se presenta en torno al presente caso concreto en cuanto a la relación de permanencia y estabilidad en el alto cargo de la magistratura – en aplicación de una norma de rango constitucional - a fin de disipar la duda y evitar que se avasallen principios contenidos en la Carta Magna, tales como la independencia del Poder Judicial, su institucionalidad, la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y de los demás Magistrados y el derecho a la carrera judicial, interpretación que por la naturaleza de las normas involucradas, corresponde indudablemente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En relación a los presupuestos normativos que condicionan el ejercicio de la acción meramente declarativa lo constituyen de acuerdo a la doctrina: a) Un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica; b) Perjuicio o lesión (daño) actual o inminente al demandante; c) Inexistencia de otro medio legal para poner término a la incertidumbre (Alvarado y Palacio, obra cit., p. 174; Haro Ricardo, artículo citado).

En cuanto al primer presupuesto, la incertidumbre se configura puesto que, como bien lo afirma el peticionante, la cuestión es materia de discusión en el ámbito nacional, lo cual constituye un hecho notorio, en cuanto a la inamovilidad de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y si la misma se debe a lo dispuesto por el art. 252 in fine de la C.N. o a lo reglado por el art. 261 de la Carta Magna y es ello lo que debe ser dilucidado por intermedio de la acción promovida, y la resolución que se adopta.

En cuanto al segundo requisito, existe una clara inminencia del daño, ya que del resultado (Sentencia) de la acción promovida se desprenderá si el peticionante es titular o no del derecho de permanencia en el cargo, que efectivamente ha sido cuestionada fuertemente, máxime si se tiene en cuenta que existe una actuación administrativa (Resolución No. 161 de fecha 15 de marzo del 2004 de la Cámara de Senadores) que se

refirió a un plazo de duración del mandato, lo cual implica que en ausencia de una acción como la planteada, el peticionante pudiera sufrir efectos negativos graves, cercenando los derechos que le amparan la propia Constitución Nacional con lo cual queda claramente acreditado este presupuesto.

Por último, en cuanto al tercer requisito legal, la pretensión del peticionante resulta clara: declaración de su carácter de Ministro de la Corte Suprema de Justicia, inamovible en el Cargo, sea en virtud a lo dispuesto por el art. 252 in fine o 261 de la C. N., por tanto, es precisamente la acción declarativa de certeza la que se erige como la vía procesal idónea para la reclamación realizada, por lo que al no realizar distingos la norma procesal, válidamente puede aludir a cuestiones meramente legales o a la interpretación de la norma constitucional y como la Corte Suprema de Justicia es el máximo intérprete de la Constitución Nacional, que ejerce el control de constitucionalidad a través de la sala constitucional, siendo el cuestionamiento de naturaleza meramente interpretativas de normas de rango constitucional, la acción declarativa de certeza constitucional constituye la vía oportuna para ello.

**EL PLAZO DE INTERPOSICION:** En cuanto al plazo requerido por la ley para la presentación de la acción corresponden ciertas precisiones. En ese orden de cosas el art. 551 in fine del C.P.C. determina: *"Imprescriptibilidad de la acción y sus excepciones... cuando el acto normativo tenga carácter particular, por afectar solamente derechos de personas expresamente individualizadas, la acción prescribirá a los seis meses, contados a partir de su conocimiento por el interesado"*. Por otro lado, el art. 658 del C.C. dispone: *"No prescriben: inc. a) la acción de impugnación de los actos nulos..."*

Se perciben dos normas que no se contraponen, sino se contemplan, por un lado la norma adjetiva que declara que la acción procesal no ejercida por el particular afectado contra actos normativos que lo afectan exclusivamente prescribe a los seis meses del conocimiento del hecho generador del reclamo. Por otro lado, la norma sustantiva que determina que los actos viciados de nulidad pueden ser anulados en cualquier tiempo, es decir que la reclamación puede ser opuesta en cualquier momento, sin limitación temporal alguna.

En este sentido, es mi opinión que la prescripción no puede operar en el caso concreto debido a que nos encontramos ante un notorio caso de "invalidez" al establecer el Congreso Nacional en la Resolución Nro. 161/02 un plazo para el ejercicio del cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia teniendo presente que la propia C.N. es que la determina el plazo concreto, no estando el Senado facultado a realizar tal actuación administrativa, por tal motivo podemos afirmar que nos encontramos ante un vicio del acto, en este sentido, }cabe mencionar que el plazo para cuestionar el vicio en la actuación del Senado al establecer periodo del mandato de los Ministros de la Corte es imprescriptible, de esta manera la doctrina sostiene que *"... un supuesto de inexistencia de acto administrativo... sin virtualidad jurídica para modificar la situación jurídica entre las partes, en cualquiera de esas terminologías o hipótesis no hay entonces acto alguno respecto del cual pueda empezar a correr el plazo... en otras palabras la acción es imprescriptible..."* (Gordillo. El acto administrativo. tomo 3. 9º Edición. pag XI 26 cita a Conf MAIRAL. Héctor)

Por tanto, esta Sala Constitucional puede avocarse a estudiar el vicio existente en la Resolución 161/02 del Congreso Nacional, debido a que la prescripción de la instancia no puede operar, por tanto corresponde el estudio de la presente acción de declaración de certeza constitucional.

Sin embargo la cuestión no resulta tan sencilla o matemática como se pretende. Ciertamente, el acto normativo particular por el que se designa Ministro de la Corte Suprema de Justicia al Prof. Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini por parte de la Cámara de Senadores en su art. 1 señala, como ya se ha dicho que el nombramiento se hace por el periodo de cinco años conforme a lo dispuesto por el art. 252 de la C.N., sin embargo, ello merece ciertos reparos y reflexiones que conducen, indefectiblemente a la admisibilidad para estudio, sin que exista impedimento temporal al respecto, en los parámetros de nulidad atento lo dispuesto por el art. 658 del C.C. citado.

**PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCION DE MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Conforme a la normativa del art. 264 inc. 1 de la C. N. en la designación de los Ministros de la Corte intervienen tres órganos diversos: el Consejo de la Magistratura (órgano extra poder), la Cámara de Senadores (Poder Legislativo) y el Presidente de la República (Poder Ejecutivo).

En tal sentido el art. 264 de la Constitución Nacional establece: *"...Son deberes y atribuciones del Consejo de la Magistratura: 1) proponer las ternas de candidatos para Integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe, con acuerdo del Poder Ejecutivo..."* De conformidad a la interpretación normativa de la norma citada, previa selección de los postulantes el Consejo de la Magistratura eleva ternas a la Cámara de Senadores para su designación, esto en concordancia con el artículo 224 de la Carta Magna por el cual establece que dentro de las atribuciones de la Honorable Cámara de Senadores se encuentra en el inc. 4) *"...designar o proponer a los magistrados y funcionarios de acuerdo con lo que establece esta Constitución..."* una vez designada la persona entre los ternados por la Cámara de Senadores se comunica la designación, en el caso que nos ocupa por la Resolución 161 de fecha 15 de marzo de 2002, a fin de que el Poder Ejecutivo brinde el acuerdo Constitucional si así lo considera pertinente conforme las disposiciones del citado artículo 64 del C.N.

Abocándonos al caso concreto identificamos que la Resolución Nro. 161/02 por la cual se pronuncia la Honorable Cámara de Senadores contiene dos actuaciones, la primera, la Designación conforme lo establece la Constitución Nacional de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y en segundo lugar, el plazo en el cual ejerce sus funciones. La primera actuación, es una actividad propia del Senado y no merece análisis alguno ya que contiene todos los elementos de legalidad, ahora bien, la segunda actuación; si es objeto de análisis ya que contiene los vicios de competencia y objeto, que son elementos del acto administrativo, aplicándose por tanto los parámetros de lo dispuesto por el art. 658 del C.C. citado.

Ahora bien, al realizar un análisis pormenorizado del proceso de elección de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia varias consideraciones pueden realizarse al respecto. En primer término, que tanto el Consejo de la Magistratura como los demás órganos concurrentes en la designación de Ministros de Corte lo hacen en su carácter de

órganos con la facultad administrativa de adoptar decisiones que producen efectos jurídicos (emiten actos de gestión administrativa) intermedios o preparatorios, pero la peculiaridad del acto decisorio de designación reviste calidad de lo que en doctrina se conoce como acto administrativo de configuración compleja, que es caracterizado por Marienhoff como *"...el emanado de la voluntad concurrente de varios órganos o de varios sujetos administrativos cuyas voluntades se funden en una sola voluntad"* (Marienhoff, Miguel "Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, editorial Abeledo Perrot, p.408). Por otro lado se ha dicho también: *"...Lo que singulariza al acto complejo es que la declaración de voluntad administrativa se concreta con la intervención conjunta o sucesiva, de dos o más órganos"* (Emilio Fernández Vázquez, "Diccionario de Derecho Público, ed. Astrea, p. 44, año 1981, Buenos Aires).

Los precitados tres órganos públicos, ejercitan funciones en diversos ámbitos de la administración pública, dentro de sus respectivas esferas de competencia, y en definitiva, confluyen en un decisorio expresivo de la voluntad estatal en asuntos determinados.

El consejo de la Magistratura, llamando a concurso de méritos y aptitudes y seleccionando candidatos en ternas, agotando con ello su tarea legal. Al Senado compete escoger uno de los ternados (designación), lo que implica otra etapa procedimental en grado de preclusión. Finalmente, el Poder Ejecutivo prestará o no su acuerdo constitucional.

Entonces, se advierte que el trámite de referencia está sometido al rigor de los actos preparatorios sucesivos, finalizando con la emisión del Decreto gubernamental otorgando o no ese "acuerdo" ya mencionado.

En consecuencia la labor del Consejo de la Magistratura equivale a la tarea desarrollada por cualquier "comisión de licitaciones" que se estructura a los efectos de monitorear todo proceso de contratación pública, de obras y servicios, proponiendo, finalmente tres alternativas igualmente válidas, para que el órgano subsiguiente - el Senado - escoja uno de ellos, sugiriéndolo posteriormente al Poder Ejecutivo. Este último podrá o no otorgar el acuerdo constitucional. En este punto, múltiples son las opiniones respecto del temperamento a adoptar especialmente para el supuesto del rechazo, entre ellos están los que niegan tal posibilidad, o los que afirman que el Senado debe escoger a uno de los restantes y también, quienes afirman que debe regirse por el procedimiento previsto para el veto presidencial. En última instancia, se preguntan, que pasaría si el Senado se ratificara en el primer candidato?. Las cuestiones controvertidas son abundantes, pero de insuficiente regulación constitucional en la materia.

Está también lo relativo a la naturaleza jurídica atribuida a los decisorios de cada uno de los estamentos administrativos intervinientes. Es o no: ¿Acto administrativo definitivo? o por el contrario ¿simplemente preparatorios o interlocutorios?. Si es lo primero, cada uno de ellos por si solo constituiría técnicamente "acto administrativo" y por ende, habilitante para la interposición de demandas judiciales, para el caso de discordancia. Si es lo segundo, acto interlocutorio, inhabilitaría la promoción de demandas judiciales en razón de la falta de agotamiento de la instancia administrativa previa, tal como así lo exige el art. 3 de la ley 1462/35. Es más, siendo el conjunto de trámite señalado de eminente carácter administrativo, a quien recurrir para encontrar aquella autoridad pública que tenga la potestad de dirimir la eventual controversia. Es al Senado?, es al Poder Ejecutivo? o a la

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia?. Se excluiría la competencia del Tribunal de Cuentas por causa del expresado art. 3 de la ley 1462/35.

Se anticipa opinión apresurada: el acto administrativo cuando se trata de los de carácter complejo no se perfecciona, no existe mientras el Presidente de la República no exprese su voluntad. A partir del cumplimiento de este requisito se podría atribuir al Estado toda consecuencia jurídica emergente.

Esta relación secuencial tiene importancia superlativa considerando que estamos hablando de la contratación pública de servicios, siempre sometida al proceso licitatorio de rigor, que como se sabe está regida por los principios jurídicos de legalidad, debido proceso legal, igualdad de oportunidades, transparencia, independencia, objetividad, etc. y lo más importante, el de no sorpresa.

El pliego de "bases y condiciones" del concurso de méritos y aptitudes normalmente no aparece en la convocatoria del Consejo de la Magistratura, y como se sabe, es la primera ley de la competencia, y tal omisión está salvada por la normativa relativa al caso, y que para los candidatos a Ministros de Corte Suprema de Justicia, básicamente está contenida en la C.N., en especial, los artículos 252 y 261, relativos a la inamovilidad en discusión. El primero haciendo referencia a los sucesivos quinquenios en el ejercicio de la función jurisdiccional y el segundo para el supuesto de acceso, con prescindencia de la carrera judicial, al cargo de Ministro, munito o no\_ el candidato\_ de la condición de estar o no en ejercicio de cargo judicial. En resumen estas disposiciones refieren tres hipótesis posibles, las cuales se tienen por sabidas por parte del postulante ante el Consejo de la Magistratura.

Finalmente ese Consejo "adjudica" a tres candidatos la condición de "ternados" y estos están convencidos, porque la normativa constitucional así lo señala, de la inamovilidad hasta los 75 años, en los términos del art. 261 y en esa inteligencia elaboran su proyecto de vida y establecen las expectativas personales que llegan a incluir la posibilidad de adquirir o completar alguna jubilación en curso y otros valores que pudieran estar en juego.

El caso es que al llegar al Senado se encuentra con la sorpresa de que la vigencia del mandato no es hasta los 75 años como lo prescribe la Constitución, sino solamente un quinquenio, con lo cual el pliego de bases fue variado de modo inconstitucional, extemporáneo e ilegal, debiendo tenerse por inexistente aquella clausula.

En el caso puntual, y volviendo al acto de designación, tanto el llamado a concurso de méritos (Edicto No. 8/03) y la integración de ternas no determina un plazo de duración del mandato constitucional del ejercicio del cargo de Ministro de Corte, por su parte la Resolución emanada de la Cámara de Senadores (No. 161 de fecha 15 de marzo del 2004) si lo hace sin estar facultado Constitucionalmente a realizarlo para que posteriormente en aplicación del principio de reformatio in melius el Decreto emitido por el Presidente de la República (No. 1980 del 15 de marzo del 2004) no aplica plazo alguno de conformidad a las disposiciones del artículo 261 de la C.N.

Claramente se vislumbra que dos de los tres órganos que intervienen en el proceso de nombramiento de Ministros de la Corte Suprema de Justicia interpretan que su designación no está sometida a plazo alguno, lo cual condice expresamente con lo dispuesto por el art. 261 de la C.N., en cuanto a que su remoción solo puede producirse por el Juicio

Político. El único plazo que rige para los mismos, en lo que hace a su retiro de la función jurisdiccional, es el de su edad cronológica.

Ahora bien, aclarada tal cuestión, con la certeza de que la cláusula de limitación temporal del cargo introducida por la Cámara de Senadores en la Resolución No.161, constituye una norma aislada del conjunto de actos inexistentes emanados de órganos públicos (Consejo de la Magistratura -Cámara de Senadores- Poder Ejecutivo) que finalmente determinan el acceso al cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

De igual manera, porque resulta contraria a lo dispuesto por el art. 261 de la C. N. que no determina una plazo de duración del mandato de los Ministros de la Corte, sino que establece las reglas de remoción (Juicio Político), así como el límite de edad para el retiro de la función (setenta y cinco años).

Tampoco lo hace la norma del art. 264 inc. 1 de la Carta Magna al determinar el procedimiento para el nombramiento de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, se alude a los presupuestos y a la necesidad del Acuerdo del Poder Ejecutivo a la elección realizada ante la Cámara de Senadores, pero en ninguna parte se refiere al plazo de cinco años como de duración del mandato, por lo que indudablemente se puede hablar de la mencionada *reformato in mejus* a favor del Ministro recurrente.

VICIOS DE LA RESOLUCION Nro. 161/02H.C.S. El razonamiento precedente encuentra un fundamento doctrinal fuerte, principalmente en la obra del doctrinario nacional Prof. Dr. Juan Carlos Mendonca, específicamente en su obra "Cuestiones Constitucionales", páginas 99 a 105, Editora Litocolor, Asunción\_Paraguay, año 2007, desarrolla la tesis de los actos constitucionales inválidos Y los actos inconstitucionales nulos.

Sostiene que los actos inconstitucionales inválidos son aquellos definidos por la norma del art. 137 in fine de la C. N. que declara: "...Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido por esta Constitución". Por otro lado, los actos inconstitucionales nulos son aquellos prescriptos por el art. 248, 2º. Párrafo que determina: "...En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable..". Ambos casos encuentran la razón de su invalidez o nulidad en la inconstitucionalidad de su origen.

En cuanto a la categoría de actos inconstitucionales inválidos desarrolla una tesis que por ser bastante esclarecedora se reproduce in extenso: *"...Válida es la norma que ingresa al sistema porque cumple con todas las reglas de admisión impuestas por el sistema y además no viola regla alguna de rechazo impuesta por el sistema. Para poner un ejemplo: Si se dictara una ley con efecto retroactivo, o que pretendiera tener efecto retroactivo, ella se enfrentaría a la regla del sistema, contenida en la Constitución, que no admite las leyes con efecto retroactivo. La consecuencia sería que no puede ingresar al sistema, por consiguiente no puede llegar a ser válida. Pero, de acuerdo con nuestra Constitución, por esa irracionalidad que señalamos, sin embargo, la norma puede ingresar al sistema y permanecer en él, pues lo que único que va a ocurrir con ella, si se declara su*

*inconstitucionalidad, es que va a ser inaplicable. No se le va a poder aplicar, pero va a quedar dentro del sistema. Y no se le va a poder aplicar solamente a aquel que obtuvo la declaración de inconstitucionalidad, aunque se le va a aplicar a todos los que no obtuvieron esa declaración. La norma continua formando parte del sistema, porque no hay disposición alguna en la Constitución Nacional que permita declarar que no es parte del mismo o, expresado de otro modo, ninguna disposición que permita su expulsión. El art.137, que nos dice que es inválida, no está complementado por otro caso que designe el órgano competente para excluirla del sistema. La Corte únicamente puede declararla inaplicable, y por añadidura, sólo para el caso concreto, con valor "interpartes".."* (páginas 101 y 102).

Más adelante advierte que como regla general los actos inconstitucionales nulos afectan a sentencias o procesos y que por otro lado, la invalidez afecta a leyes o actos de autoridad similares. En este caso, se advierte que *efectivamente* del texto expreso de las aludidas normas *constitucionales*, cuando dice que son inválidos "los actos de autoridad opuestos a la Constitución" alude a leyes o actos normativos de naturaleza similar, derivados del órgano administrativo con la expresa facultad para ello. Cuando por otro lado sostiene que son nulos los actos ejecutados por otras autoridades, diferentes a las judiciales, que impliquen graves injerencias en la actividad jurisdiccional, ello trasluce que dicha injerencia sea para revivir procesos fenecidos, paralizar los procesos existentes o intervenir de cualquier modo es efectuada en el propio ámbito procesal, sea en las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales o en el proceso que los precedió.

Admite el citado autor, que en el último de los casos - actos inconstitucionales nulos- la acción respectiva debe ser presentada dentro del plazo -que la ley procesal determina (art. 551 in fine del C.P.C.), ello por imperio de lo dispuesto por el art. 260 inc. 2 de la C. N. que determina al regular los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: "...inc. 2. Decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución".

De todo lo cual se deduce: 1) que la Carta Magna reconoce dos categorías de actos inconstitucionales, aquellos nominados NULOS y los conocidos como INVALIDOS; 2) que los actos inconstitucionales nulos son propios de las resoluciones judiciales o los procesos que le precedieron, en virtud a lo dispuesto por el art. 248 inc. 2 de la C.N., en tanto que lo actos inconstitucionales inválidos aluden a actos normativos de autoridad de acuerdo a la norma del art. 137 de la Carta Magna; 3) que la regla de prescripción establecida en el art. 551 del C.P.C. afecta UNICAMENTE a los actos procesales inconstitucionales nulos, ello por imperio de lo dispuesto por el art. 260 inc. 2).

Resulta por tanto, la cláusula inserta en la resolución emanada de Senadores tiene un carácter de inválida, por cuanto no ha sido expresamente prevista en la Constitución Nacional, por lo que conforme al principio de legalidad del Derecho Público: todo lo que no esta expresamente permitido, está prohibido, la misma debe ser declarada ineficaz y en consecuencia inaplicable para el presente caso.

Al analizar la Resolución Nro. 161/02 nos referimos a una actuación del Congreso Nacional, en razón que el mismo cumple con un eslabón en la cadena de elección del Ministro de la Corte, también no debemos dejar de mencionar que mal podríamos referirnos a un acto administrativo de la Cámara de Senadores al establecer el tiempo de duración del

mandato de los Ministros de la Corte Suprema, ya que no reúnen todos los elementos del acto administrativo, el cual se compone: por la competencia (estar facultado por ley para dictar el acto), causa, objeto (es aquello que el acto decide), procedimiento, motivación y fin, asimismo, otros doctrinarios sostienen como elementos, la voluntad y la legalidad del acto, por lo que de la simple lectura se constata que si bien es cierto el Senado ha establecido el plazo, no así el ejecutivo, dotando esta duda a favor del accionante, más aun cuando la imposición, del plazo es a todas luces inconstitucional y por lo tanto arbitraria, elementos fundamentales, que hacen de base a la acción incoada. En este sentido, la actuación del Senado al atribuirse la función de establecer el plazo por el cual ejercen su mandato los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, infringe contra el elemento del acto administrativo de competencia, ya que no existe norma Constitucional o ley que otorgue al mismo esta facultad, también, existe un vicio en otro elemento del acto administrativo como es el objeto, debido a que el objeto de la Resolución 161/02 es el de designación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia según mandato constitucional, y no el de establecer el plazo de duración del ejercicio del cargo de los miembros del Máximo Tribunal del País. En este orden de ideas, debemos acotar que "*... el vicio del acto deviene no tanto de que le falte un elemento que teóricamente pueda considerarse pertinente, sino más bien de la magnitud del incumplimiento del orden jurídico que signifique el requisito concretamente violado*" (Gordillo. El Acto Administrativo. Tomo 3. 9ª Edición. Pág. VIII 4).

Puntualizamos en consecuencia que la Resolución 161/02 al determinar el plazo de cinco años para el ejercicio de cargo de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia cae en el vicio del objeto ya que la actuación del Senado al determinar el plazo de ejercicio no es facultad del mismo, por tanto, la actuación objeto de la Resolución mencionada es la Designación de los Ministros de la Corte y no otro. En lo referente a la vulneración de la competencia, primero debemos establecer que la "*...competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer...*" (Gordillo. El Acto Administrativo. Tomo 3. 9ª Edición. Pág. VIII 33). en el caso que nos ocupa el Senado no está facultado por la Constitución, ni Ley alguna a determinar el plazo por el cual los Miembros de la Corte Suprema de Justicia duraran en su cargo, ya que dicho plazo lo determina la Constitución Nacional (art. 261), por tanto, nos encontramos con un vicio en una parte de la Resolución.

Por tanto, en relación al plazo establecido por la Honorable Cámara de Senadores en relación a la designación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia corresponde tratarlo como un no -acto administrativo, "*...como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica...*", por cuanto, los efectos de plazos que mal pretendió el Senado establecer no produce consecuencia alguna, por estar viciado al no contener todos los elementos del acto administrativo.

*"...El acto inexistente es una categoría ajena a la nulidad o invalidez. El argumento aquí es que la invalidez se, refiere a actos que existen, pero que, por algún motivo, no producen o dejan de producir sus efectos propios. En la inexistencia, en cambio, no habría acto; de manera que el negocio ni siquiera puede ser considerado como válido o inválido. También se aduce que la inexistencia no es algo que pueda ser tenido en cuenta*

por el Derecho y, aquí, suele citarse invariablemente a Moyano, quien dijera que "más que un principio jurídico, es una noción primordial del razonamiento y de la lógica..." (Moyano; JA, "Efectos de la Nulidad de los Actos Jurídicos", N° 77 cit. Llambías, Jorge J., Op.cit., p. 506)

En este entendimiento, el art. 261 de la C.N., establece en la parte que alude a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia (Sección II del Capítulo III del Título I intitulado: DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA) que el retiro de la función jurisdiccional únicamente puede efectivizarse por juicio político o por haber llegado a la edad de setenta y cinco años. Con lo cual ninguna declaración, acuerdo, ley, reglamento u ordenanza pueden modificar o contravenir una expresa disposición constitucional, y ello viene impuesto por la propia Carta Magna en su art. 137 in fine que claramente determina: "Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución" por tanto, la misma debe considerarse inexistente, sin virtualidad jurídica, sin efectos es decir, no crea, ni modifica, ni extingue derechos.

Ya la Corte Suprema de Justicia de Catamarca ha dispuesto en un caso, donde se pretendía aplicar a un Magistrado disposiciones que reñían con el espíritu y normas expresas de la Constitución de la Nación Argentina, con el pretexto de que se había "sometido voluntariamente" a tales condicionamientos, lo cual al entender de dicha instancia provincial, vulneraba la garantía de inamovilidad judicial prevista en la Carta Magna por cuanto "...resulta irrazonable que un acto de voluntad subjetiva y personal pueda purgar, de algún modo, una inconstitucionalidad objetiva que la Jurisdicción de este Tribunal se limita a detectar y así declarar" (Sentencia No. 38 de fecha 05 de diciembre del 2006/06, exp. Corte N° ma-31/06 "LILLJEDAHL, Enrique Ernesto c/ Estado Provincial s/ Acción Declarativa de Certeza e Inconstitucionalidad).

Ha dicho además: "...el sometimiento voluntario a determinado régimen jurídico debe entenderse como la aceptación de los principios rectores que establece el orden constitucional para el ejercicio de la función que se asume, pero nunca a las normas que lo vulneren, ya se que deriven de una norma constitucional o infra constitucional, tal es el criterio que surge del propio juramento que prestan los magistrados y otros funcionarios cuando asumen el cargo (...) por lo que nunca pudo el actor cohonestar lisa y llanamente una norma de la constitución local que, desde su origen contravenía un principio rector la inamovilidad mientras dure su buena conducta contemplado por la Carta Magna Nacional."

Más contundente aún resulta la afirmación realizada por la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso Iribarren, cuando al considerar los alegatos del demandado (Estado Provincial) que aludían a que él mismo se había sometido a la normativa que en ese momento atacaba, señaló que tales argumentos deben ser desestimados por cuanto el peticionante "...se vio obligado a someterse como única vía posible para Acceder al ejercicio de su actividad (Fallos: 311. 1132), situación fácilmente asimilable a los autos".

TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS Finalmente, en cuanto a la doctrina de los actos propios y su aplicabilidad al presente caso, que como se ha dicho entraña una nulidad clara, el Dr. Alejandro Borda en su obra "La Teoría de los Actos Propios", editorial Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina, año 1985, pág.117 ha dicho: "...Finalmente, cabe señalar que si se tratara de un acto nulo de nulidad absoluta, el negocio es impugnabile e inconfirmabile

*aún cuando se actuara contrariando los propios actos. Exceptuando este supuesto, no es invocable la nulidad de un convenio cuando ha existido comienzote ejecución.."*

Claramente, no sólo la normativa constitucional de la República del Paraguay, sino también las normas constitucionales de países latinoamericanos, la doctrina y la Jurisprudencia determinan la inamovilidad de los Magistrados judiciales como garantía de independencia del Poder Judicial, constituyéndolos como inherentes al cargo en el caso de Paraguay, de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia - y por sobre todo, se ha declarado, que ningún acto anterior o posterior, sea del Magistrado en cuestión o de algún órgano constitucional o privado, puede vulnerar sus principios y normas constitucionales, los cuales son de cumplimiento obligatorio, ello por imperio de lo dispuesto por el art. 137 in fine de la C. N. siendo la Corte Suprema de Justicia su máximo garante en este caso la Sala Constitucional a los fines de reconocer y declarar el derecho reclamado.

En este sentido, el Tribunal Supremo de España resolvió que *"...para que los actos propios puedan ser tenidos en cuenta es necesario que los mismos representen de modo con concluyente, trascendental y bien precisado la creación, modificación o extinción de algún derecho causando estado y definiendo jurídicamente la situación del que los crea, pues de este modo se queda sometido a sus consecuencias y efectos..."*.. Por lo cual la teoría de los actos propios no puede ser aplicada al caso que nos ocupa en razón que nos encontramos ante actos inválidos, que no pueden producir efectos jurídicos alguno.

Igualmente, conforme a lo dispuesto por el art. 658 del C.C. los actos nulos pueden ser impugnados y eventualmente declarada su ineficacia en todo tiempo, lo que ocurre en el presente caso, dada la evidente contradicción de la clausula temporal inserta en la Resolución No. 161 de fecha 15 de marzo del 2004 emanada de la Cámara de Senadores en relación a lo previsto por las normas constitucionales contenidas en los artículos 137, 261 y 264 inc. 2, debiendo declararse admisible para su estudio la acción promovida.

ANALISIS DE LA INAMOVILIDAD -Interpretación del artículo 261 de la C.N. por la Convención Nacional Constituyente Al adentrarnos al análisis del artículo 261 de la Constitución Nacional, para atender el sentido de la norma debemos analizar a sus antecedentes en la Convención Nacional Constituyente, donde se puede observar en la Sesión Ordinaria Nro. 37 el artículo 261 de la C.N. se ha tratado con la numeración Art. 253 presentándose tres propuestas alternativas, ahora bien, en el desarrollo de la sesión se han discutido los siguientes puntos.

El primero, es en relación a la disquisición que se quería hacer entre el Presidente y los Miembros de la Corte Suprema de Justicia, para posteriormente sostenerse que la nomenclatura correcta es "Los Miembros de la Corte Suprema de Justicia".

La segunda cuestión debatida, hace relación a la edad que los Ministros de la Corte deben cesar en sus funciones, en este respecto debemos resaltar que el Ciudadano Convencional Oscar Pacciello manifiesta entre otras cosas: *"...Que la edad en la cual los miembros de la Corte deberán cesar, es la..."* manifestando su intención de que la única posibilidad de cesación del cargo sea por el límite de edad, en este mismo sentido cita a la figura del Juez Black en los Estados Unidos quien ejerció el cargo hasta llegar cerca de los 90 años. En idéntico sentido el Ciudadano Convencional EMILIO ORIOL ACOSTA manifestó en relación al acápite del artículo en estudio que: *".. se debe contemplar*

*cesación, porque acá dice " de la remoción de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia" a mi criterio, debería decir " de la remoción y cesación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, para ser completo el acápite de este artículo, ciudadano Presidente, porque la primera idea se refiere a la remoción, pero también contempla el caso de cesación, que está establecido en este proyecto de artículo..."*.

Como podemos apreciar la intención de los Constituyentes fue la de determinar la forma en la cual podrían ser removidos y cesados en sus cargos los Ministros de la Corte Suprema de Justicia sin establecer plazo alguno más que el límite de su edad, para mayor claridad debemos recordar las disposiciones del artículo 196 de la Constitución de 1967 que si establecida el periodo por el cual debían ejercer los ministros de la Corte sus cargos.

En igual sentido el artículo 82 de la Constitución de 1940 establece un periodo de tiempo, con lo que podemos razonar con propiedad que la intención de los Convencionales constituyentes – lo cual se encuentra expreso en la Constitución Nacional en el artículo 261 – fue el de no establecer periodo de ejercicio de la función sin más obstáculo que el juicio político y la edad de 75 años. Por tanto, toda persona designada a ejercer la función de Ministro de la Corte Suprema de Justicia, que no haya sido sometido a Juicio Político posee la inmovilidad permanente hasta los 75 años de edad.

#### ANALISIS DE LA CUESTIÓN SOMETIDA A LA SALA CONSTITUCIONAL

La cuestión a resolver trasunta la interpretación de la normas constitucionales que aluden al permanencia en el cargo (INAMOVILIDAD) de los Magistrados Judiciales y muy especialmente de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Al iniciar el estudio de la petición, es de rigor determinar el marco normativo que dirigirá la argumentación que se expondrá a continuación y cuyos elementos constituyen fundamentos de la decisión que finalmente será propuesta. En ese sentido, el art. 252 señala: "*De la inamovilidad de los magistrados. Los magistrados son inamovibles en cuanto al cargo, a la sede o al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No pueden ser trasladados, ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Son designados por períodos de cinco años, a contar de su nombramiento. Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, adquirirán la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los ministros de la Corte Suprema de Justicia*".

El art. 261 dispone: "*De la remoción y cesación de los ministros de la Corte Suprema de Justicia. Los ministros de la Corte Suprema de Justicia solo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de Setenta y cinco años.*"

Por su parte, el art. 264 dispone: "*... son deber es y atribuciones del Consejo de la Magistratura: 1) proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previas selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe con acuerdo del Poder Ejecutivo*".

Igualmente corresponde traer a colación la Resolución No. 1113 de fecha 17 de mayo del 2007 dictada por la Corte Suprema de Justicia en relación a la calidad de Magistrado Judicial, así como los presupuestos para adquirir la inamovilidad en el cargo,

conforme a lo dispuesto por el art. 252 de la C. N., ello por constituir una decisión que vincula a la Sala Constitucional a los fines de la definición del planteo.

En la misma se sostuvo que son Magistrados Judiciales aquellos que ejercen la función jurisdiccional - Juez, de Paz, Juez de Justicia Letrada, Juez de 1ª Instancia, Miembros de los Tribunales de Apelación, Miembros del Tribunal de Cuentas, Jueces de los Tribunales y Juzgados Electorales, Miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral y Ministros de la Corte Suprema de Justicia- y a los que resulta aplicables lo dispuesto por el art. 252 de la C.N., y en los casos específicos, en concordancia con lo preceptuado por el art. 8 de la Disposiciones Finales y Transitorias.

Dentro del contexto de la citada Resolución 1113/07, se ha definido además el término "Confirmación", de la siguiente manera: *"... el acto o hecho de confirmación constituye la culminación de un proceso, que necesariamente debe repetirse, en dos ocasiones posteriores al primer periodo, para que el magistrado adquiera la inamovilidad en el cargo"* (Voto del Dr. Altamirano)

En cuanto a su alcance, el citado Ministro ha dicho: *"...Por otra parte un magistrado estando en ejercicio de su función, cualquiera sea el tiempo de transcurso del periodo para el cual fue designado, que concursa y es designado para un cargo de sede o rango superior, la designación del mismo tiene los alcances de una confirmación. Afirmando esto porque la confirmación implica; básicamente una nueva designación y en el caso corresponde tener como producida por tratarse de la misma función: Magistrado"*.

En ese orden de cosas, el Ministro César Garay ha precisado al expresar su opinión sobre el punto: *"...La inamovilidad permanente que prevé la Constitución Nacional, por lo demás no puede entenderse como el resultado de dos confirmaciones en el mismo cargo, grado o sede que desempeña el Magistrado respectivo, sino como la consecuencia necesaria de dos designaciones (confirmaciones) en el ejercicio de la función jurisdiccional, sea en el mismo cargo, grado y sede, como también en otro cargo, otro grado y otra sede, pues lo que interesa es que previo cumplimiento de los periodos completos de cinco años, luego de cada designación el interesado haya sido designado (confirmado) en la función jurisdiccional."* Igualmente, el Dr. Núñez ha dicho: *"...la inamovilidad a que se refiere el citado artículo 252 C.N. implica que una vez cumplido con el tercer periodo consecutivo en el cargo de magistrado judicial, el beneficiario ya no debe concursar para un periodo siguiente sino que adquiere el derecho de permanecer en el cargo hasta la edad de 75 años"*.

Tal como lo sostiene el peticionante, la Constitución Nacional contiene prescripciones relativas a la inamovilidad de los Magistrados Judiciales. En primer lugar, aquella que dispone el mecanismo de confirmaciones sucesivas (art. 252 In fine) que determina como presupuestos para adquirirla: un nombramiento y dos confirmaciones sucesivas. Por otro lado, la norma que alude a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a su procedimiento de remoción (juicio político) y duración en el cargo (hasta los 75 años). La materia de estudio se circunscribe a la aplicabilidad de alguna de dichas normas para el caso puntual del Magistrado peticionante.

En lo que hace a la previsión del art. 252 in fine de la C. N., el accionante al describir su carrera como Magistrado Judicial ha señalado: *"...La carrera judicial*

*desempeñada por mi persona en calidad de Magistrado tuvo sus inicios en el Decreto No. 04 de fecha 15 de setiembre de 1995, por el cual fui designado en carácter de Miembro del Tribunal Electoral de Concepción, confirmado en el mismo cargo por Decreto No.761 de fecha 21 de noviembre de 2002, siendo en última ratio por Decreto No. 1980 en fecha 15 de marzo del 2004 como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, totalizando e 14 años en forma ininterrumpida en el ejercicio de loable labor judicial...(sic)".*

En ese tren de cosas, acuerdo a la citada Resolución 1113 del año 2007 la Corte ha señalado que los Magistrados Judiciales adquieren inamovilidad, tal como lo dispone el mentado art. 252 in fine, luego de dos confirmaciones posteriores a su nombramiento, equiparando las confirmaciones a los ascensos, puesto que lo que se precautela es el derecho a la carrera judicial, en este caso, el ejercicio de la función jurisdiccional, con independencia del cargo, sede o grado que se ejerza.

Ahora bien, la misma resolución afirma más adelante (tal como se extractado precedentemente) que presupuesto para la operatividad de la disposición en estudio lo constituye el hecho de que los periodos ejercidos por los Magistrados deben ser completos cronológicamente. En otras palabras, si el nombramiento es por periodo de cinco años, cada confirmación o nuevo nombramiento debe serlo también por ese periodo, con lo cual la Corte ha concluido que debe verificarse un total de 15 años en el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir tener completos los años equivalentes a tres periodos. Ello no implica que exista una restricción para el ascenso de los magistrados que verbigracia, estando en su segundo periodo asciendan al grado inmediato superior aún sin haber completado el periodo correspondiente, sino que aún con ello, los años de ejercicio deben totalizar 15, se reitera el equivalente matemático a tres periodos constitucionales de ejercicio de función jurisdiccional.

En ese sentido, atendiendo a los antecedentes del caso y las constancias presentadas por el peticionante, se vislumbra que él mismo no ha alcanzado el periodo requerido para acceder a la inamovilidad en el cargo en virtud a lo dispuesto por el art. 252 in fine de la C.N. ello considerando la citada resolución de la Corte Suprema de Justicia que ha concluido como presupuesto para que la misma adquiera vigencia en cada caso particular que el magistrado haya cumplido en el ejercicio de la función jurisdiccional 15 años, en el cargo, sede o grado que fuere y que resulta equivalente a cumplir tres periodos constitucionales como Magistrado Judicial.

Ahora bien y tal como lo sostiene el Señor Fiscal General del Estado en su dictamen, no existe duda de que la norma del art. 261 de la C. N. resulta clara y directa en relación a la duración del mandato de los designados Ministros de la Corte Suprema de Justicia. Al determinar que los Ministros de la Corte Suprema de Justicia "solo" podrán ser removidos por Juicio Político y juntamente con ello, señalar que ejercen la función hasta los 75 años, esclarecedoramente se indica que: 1) *Los Ministros de la Corte Suprema de Justicia "únicamente", "sólo", "si y solo si" son sometidos a juicio político pueden ser "removidos", "separados", "apartados" de la función jurisdiccional que ejercen; y 2) el mandato "fenece", "se cumple", "termina" por ministerio de la ley al llegar el Magistrado a los 75 años de edad.* Con lo cual no existe otro modo, ajustado a la Constitución de separar a un Ministro de la Corte Suprema de Justicia, que no sea por el Juicio Político o por su jubilación.

Ello es así, en primer término por que al no requerir la Constitución como presupuesto excluyente para el acceso al cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia una carrera judicial previa, cualquier profesional que satisfaga los requerimientos del artículo 258 in fine de la C. N. puede ejercer tal función y la norma del art. 261 tiene como fin último proteger la independencia de los más altos magistrados de la República sustrayéndolos, como bien lo afirma el Fiscal General del Estado, de los procedimientos de nuevo concurso, puesto que de esta manera se desnaturaliza su función y especialmente la citada garantía de la independencia judicial, que lleva ínsita además al protección de otros derechos constitucionalmente reconocidos como la igualdad ante la ley, la libertad de las personas, la propiedad privada, etc, ya que el proceso de designación de Ministros de la Corte tiene su punto culmine en la participación de órganos estatales de raigambre eminentemente política (el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo).

Además, *resultaría un despropósito que los Ministros de la Corte provenientes de una carrera judicial pudieran ser declarados inamovibles en razón a ello y por el contrario, aquellos provenientes de la actividad profesional independiente o de la docencia estuvieren sometidos a otras reglas incluso con el deber de concursar cada cinco años.* Ello no es lo que la Carta Magna ha buscado, puesto que implicaría una desigualdad propiciada por ella misma y es esta una de las razones por las que los miembros de éste órgano Jurisdiccional \_ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – son inamovibles en razón al cargo que ejercen. Obviamente, si el magistrado accedió al cargo ya con la inamovilidad sobreviniente por el ejercicio ininterrumpido por tres periodos completos (15 años) de función jurisdiccional ya lo hace con un derecho adquirido, pero ello no obsta definitivamente a que es inamovible además, en razón a su cargo.

La doctrina ha desarrollado bastante la cuestión de la inamovilidad judicial y los fundamentos para ello. Así, el Diccionario de Derecho Público de Emilio Fernández Vázquez, ed. Astrea, p. 44, al definir la amovilidad, describe también el concepto contrapuesto, la Inamovilidad y señala: *" El instituto de la inamovilidad constituye una de las garantías -del funcionario público en general. Dejar que éste sea transferido, o removido o dimitido al libre arbitrio de la administración, a no ser en los casos expresamente previstos por la ley, sería tanto como permitir que el Estado aplicara sanciones indirectas por motivos políticos, religiosos o personales. La inamovilidad es una condición necesaria para un correcto y digno ejercicio del cargo público".*

Más esclarecedor aún, en cuanto al fundamento republicano de la inamovilidad jurisdiccional, el Dr. Carlos Fayt afirma: *"...Las inmunidades de las cuales se rodea a la magistratura no constituyen privilegios personales, sino que se relacionan directamente con la función que ejercen y su objeto es protegerla contra los avances, excesos o abusos de otros poderes en beneficio de los justiciables y, en definitiva, de toda la Nación. La magistratura se desempeña en el interés general y sus garantías explícitas tiene fundamento en el principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, de modo que todo avance sobre la independencia del Poder judicial, como lo es la abducción de la garantía de la inamovilidad, importa un avance contra la Constitución Nacional" (Fayt Carlos "El SELF MOVING de Garantía de Independencia del Poder*

Judicial. La inamovilidad de los Jueces Federales, Nacionales y Provinciales. P. 4, Editorial La Ley, Buenos Aires\_Argentina, año 2000).

Resulta indudable que el Paraguay adopta la forma republicana de gobierno, con una división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que conforme a la normativa constitucional ejercen sus funciones en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control, sin posibilidad que alguno de los integrantes de los mismos pueda arrogarse funciones que no le corresponden, ni afectar de manera alguna tal sistemática (art. 3 de la C.N.).

Tampoco puede desconocerse que la Carta Magna, en el art. 16 ha incluido como uno de los derechos individuales de gran jerarquía el derecho de los justiciables a ser juzgados por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales. Lo cual también ha sido acogido por Pactos Internacionales (art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica).

Invariablemente, la independencia e imparcialidad jurisdiccional están en relación directa con la inamovilidad de los juzgadores. Y es que, entiéndase bien, no sólo -constituye un derecho del Juez como profesional a que sea respetada su carrera judicial (art. 101 de la C. N), sino también una garantía para los ciudadanos de que los jueces que interpretaran el derecho en los casos que los involucran, resolverán única y exclusivamente conforme a la ley, y no atendiendo a condicionamientos como la posibilidad de un traslado o incluso destitución por criterios ajenos a lo expresamente establecido en la C. N. para los Magistrados de grado inferior lo dispuesto por el art. 253 y para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia lo dispuesto por el art. 261.

Afirmar lo contrario implica una clara intención de articular, nada más y nada menos que los miembros de un Poder del Estado, a los condicionamientos foráneos de políticos, miembros de medios de comunicación, y cualquier ciudadano que estime conveniente ejercer presión, puesto que en definitiva el Ministro o el Juez puede ser "movido" de su cargo sin razones de peso o fuera del procedimiento legalmente establecido para ello. Ello resulta a todas luces inconcebible e inaceptable en una República que adopta el sistema democrático de gobierno, pero que en tal caso, abjura de una de sus garantías más preciadas: la inamovilidad de sus Magistrados Judiciales, carácter asegurativo del derecho a ser juzgado por Jueces Independientes e imparciales.

*"...La inamovilidad no es privilegio personal o de clase. Se concede para defender a magistrados políticamente débiles contra otros más fuertes, en beneficio exclusivo del pueblo y para garantizar una justicia más imparcial e independiente. Ese es el origen y la razón de la garantía. El principio de la inamovilidad no puede ser restringido ni aún temporariamente, ni por el Poder Ejecutivo ni por el Congreso, porque precisamente se ha concedido la inamovilidad a los jueces para que se abroquelen en ella contra los parlamentos y los ejecutivos provinciales o nacionales (...) Con rara unanimidad los mismos pueblos que habían luchado por la institución de funcionarios especiales que administrasen justicia, empezaron a luchar por su inamovilidad... Exigieron la inamovilidad bajo la presión de la necesidad que se sentía de garantizar la independencia de la justicia, constantemente amenazadas por el peligro permanente de la remoción de los jueces"* (Fayt Carlos, citando a Octavio Amadeo, ob. cit. P. 166).

Y es que la función de Ministro de la Corte Suprema de Justicia no es un cargo de confianza de los políticos. En los términos del derecho administrativo y a su normativa específica en cuanto a los funcionarios públicos \_ ley 1626/00\_ quien accede al cargo de confianza y es removido, deberá ser reubicado en un cargo anterior, equivalente en rango y jerarquía anterior.

En el caso del Camarista del Poder Judicial que accede al rango de Ministro de Corte, ello es jurídicamente imposible. Justamente porque la propia Constitución Nacional en sus artículos 261 y 252 in fine, establecieron un rígido sistema jurídico protector del derecho a la estabilidad judicial del Juez, Camarista o Ministro de Corte, según el caso.

El cargo de Ministro de Corte no está, ni puede estar en la categoría de "cargo de confianza", de ninguna persona, autoridad u órgano público, porque si fuera así, sencillamente se "aniquila" la garantía constitucional de la independencia de los Jueces, Camaristas y Ministros o del propio Poder Judicial y con ello el derecho de los justiciables a obtener pronunciamientos acordes a derecho basados en la conciencia del juzgador y no a la contingencias cronológicas, políticas o de la índole que fueran de su designación.

La idea fundamental de la Convención Nacional Constituyente fue de sustraer la estabilidad funcional de los Ministros de Corte, de las veleidades, oportunismos, interpretaciones erráticas o acomodadas de la clase política. Por ello, la Única vía para la remoción de un Ministro de Corte es la de una condena en un juicio político por un hecho concreto, lo cual traduce en una pérdida de confianza del pueblo a su labor jurisdiccional.

En este punto, cabe transcribir una frase del Dr. Fayt, quien tan magistralmente ha desarrollado el instituto, traduciendo la idea de que los Jueces no son empleados de los políticos ni de los poderes del Estado, sino que están al servicio del pueblo. Señala el insigne profesional del derecho: "...*La independencia del Poder Judicial tiene profundas relaciones de conexidad con la existencia de un verdadero Estado. Los jueces no son empleados del Poder Ejecutivo, ni dependen del Poder Legislativo; su poder proviene del pueblo. Son los guardianes de la Constitución y del ordenamiento jurídico, teniendo a su cargo el contralor constitucionalidad de leyes sancionadas por el Congreso y los actos y decretos dictados por el Presidente. De este modo, mantienen a poderes políticos dentro de la órbita asignada por la Constitución Nacional, siendo los Intérpretes finales de la Ley fundamental en los casos de lagunas históricas y conflictos entre derechos y valores constitucionales. No hay, por la Constitución, otro medio para separar de sus cargos a los jueces de la Corte Suprema de Justicia que el juicio político*". (Fayt, Carlos, ob. Cit. P. 54).

En conclusión, considero que están reunidos plenamente los presupuestos requeridos a fin de acoger favorablemente la acción declarativa de certeza constitucional promovida por el señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Prof. Dr. MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI declarando que el mismo es inamovible en su cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia por imperio de lo dispuesto en el art. 261 de la C.N, hasta el límite de edad de 75 años. ES MI VOTO.

A SU TURNO EL DOCTOR BRAY MAURICE DIJO: Como en el presente juicio, se trata de resolver por la vía de acción de inconstitucionalidad la declaración de certeza constitucional de la duración en el cargo del accionante el Prof. Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, que embebe el estudio y consideración de los efectos de la Resolución

161/02 del Senado de la Nación, por la cual el mismo procedió a determinar el lapso de cinco años como plazo máximo de ejercicio del cargo de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se encuentra en discusión la cuestión relacionada con la permanencia o no en la Corte Suprema de Justicia de uno de los Sres. Ministros, concretamente la del referido accionante. Como paso previo, considero que deviene necesario el dejar bien aclarado la forma con que este Magistrado encarará la cuestión planteada, principalmente por tratarse de un tema de alta significación no sólo jurídica sino también por su significativa connotación política, conforme se explicitará más adelante y que guarda relación nada menos que con la independencia del Poder Judicial y también al equilibrio, coordinación y recíproco control de los Poderes del Estado (Arts. 3 y 248 de la C.N.).

En este contexto dejo bien sentado que en toda tarea intelectual, como lo es el estudio y resolución por la vía jurisdiccional de la cuestión debatida, se debe comprender con exactitud, que para poder incursionar con propiedad en dicho campo de la especulación del pensamiento, como en cualquier otro si se pretende conservar la pureza del mismo, deviene necesario tratar de despojarse en el espíritu, o sea, en la intimidad, de todo aquello que pueda guardar o tener connotación de subjetividad. Ello porque se trata de un lastre o residuo que de manera muy particular acompaña a uno permanentemente, y con carácter engañoso hace creer al individuo que constituye o forma parte de su yo, cuando en esencia no es más que mera subjetividad provocada por reacciones o conclusiones aparentemente elaboradas como juicios de valor, que por su alto contenido de auto – sugestión en la realidad objetiva no lo son, pero que forman parte de la personalidad. PAUL C. JAGOT y J. G. NOGUÍN en la obra de su coautoría “El arte de triunfar en la vida con la palabra y la memoria”, al respecto dicen: “Al lado del espíritu objetivo, que discierne las realidades, los valores, las posibilidades – por lo menos durante el estado de vigilia, funciona casi a espaldas del primero el espíritu subjetivo o subconsciente, centro de los automatismos, de la imaginación, de las tendencias, de la sensibilidad y de la memoria. Esta dualidad se manifiesta familiarmente en la lucha frecuente de la razón y de los impulsos, de la voluntad y sensibilidad, de la noción del deber y de las avideces, etc.”. (aa.cc., o.c., T II, pág. 80, Edit. Joaquín Gil – Bs. As., año 1949). Y es esa lucha frecuente entre la razón y los impulsos, entre la noción del deber y las avideces o los intereses creados, que puede con mucha facilidad confrontar valores con antivalores, lo que determina la importancia del obrar con objetividad.

Que, si se pretende despojar, - aunque sea en alguna medida – de ese ropaje de subjetividad que de manera imperceptible reviste toda personalidad, sólo la inteligencia ejercida con agudeza resulta gratificante para escapar de dicha rémora del pensamiento, pero a riesgo de embargar el espíritu, en una confirmación del fenómeno de los pares de opuestos llevado al campo del ente pensante, como toda tarea del intelecto. LUÍS LEZCANO CLAUDE en su libro “El control de Constitucionalidad en el Paraguay”, en su Nota Preliminar, al respecto, dice que para “la solución de cuestiones que se presentan conflictivas, o que, por lo menos, dan origen a opiniones diversas”, resulta “necesaria una formulación teórica que conduzca a la definición de criterios objetivos aplicables a los casos concretos sometidos a su jurisdicción, de manera tal que permita soslayar en la medida de lo posible todo subjetivismo, con la consiguiente seguridad de los justiciables”. (a.c., o.c., pág. 11, Edit. La Ley, año 2000). Y es con el propósito de contribuir en la tarea

de la búsqueda necesaria de la correcta solución de la pretensión jurídica del accionante, que debe obrarse coherentemente en dicha encaminadura objetiva del pensamiento, para su realización práctica justa y encañime. Luego de este previo análisis, que resulta necesario para el encaminamiento conceptual, cabe encarar la materia en estudio.

Que, el accionante en su escrito de promoción de “Acción declarativa de certeza constitucional”, encamina su argumentación en la búsqueda de obtención de la protección de la carrera judicial del mismo, la cual explica en su desarrollo fáctico que tuvo inicio “en el Decreto N° 04 de fecha 15 de setiembre de 1995” por el que fuera designado “en carácter de Miembro del Tribunal Electoral de Concepción, confirmando en el mismo cargo por Decreto N° 761 de fecha 21 de noviembre de 2002”, y que “en última rattoo” fue designado por Decreto N° 1980 de fecha 15 de marzo del 2004, como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, totalizando así más de 14 años en forma ininterrumpida en el ejercicio de la loable labor judicial”, acompañando “copia de las Resoluciones mencionadas”. De esa manera el accionante ha demostrado haber tenido tres designaciones o nombramientos, ya que la confirmación a que alude como efectuada por el eludido Decreto N° 761 de fecha 21 de noviembre de 2002”, no fue tal, o sea la confirmación de que habla el Art. 252 in fine de la C.N., sino que dicho Decreto recayó luego de otro concurso de méritos y aptitudes hecho ante el Consejo de la Magistratura, conformación de terna por parte de dicha Institución y posterior designación o nombramiento por parte de la Excma. Corte Suprema de Justicia, conforme lo explicitaré más adelante.

Que, conforme lo señalará precedentemente, se trata de una acción declarativa de certeza constitucional, cuyo pronunciamiento se impone, dado que se busca dilucidar una cuestión relacionada directamente con la independencia y cuestión relacionada directamente con la independencia y fortalecimiento del Poder Judicial, que a mi criterio es de importancia capital, conforme lo señalo en el libro de mi autoría: “El poder – Su estudio analítico y proyección ideal”. Por ello considero también pertinente hacer una referencia a la evolución histórica de dicho Poder del Estado, desde su creación o concepción como tal muy debilitado o disminuido con relación a los dos Poderes del Estado, hasta la actualidad en que se lo coloca constitucionalmente en el mismo nivel que los demás Poderes en los modernos Estados republicanos.

Que, se tiene así que Carlos de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu, en su obra “El espíritu de las leyes”, en el Libro Undécimo, Capítulo VI, al desarrollar su idea de los tres Poderes, con referencia al Poder Judicial dice que el mismo “no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad”. Agrega que dicho modo “se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tiene jueces constantemente a la vista; podrá tenerse a la magistratura, no a los magistrados. Y luego de expresar su deseo de que en los casos de mucha gravedad sea el mismo acusado el que pueda nombrar al juez que lo juzgue, o que “a lo menos, que tuviera el derecho de recusar a tantos que los restantes parecieran de su propia elección, pasa a expresar literalmente: “Los otros dos poderes, esto es, el Legislativo y el Ejecutivo, pueden

darse a magistrados fijos o a cuerpos permanentes, porque no se ejercen particularmente contra la persona alguna; el primero expresa la voluntad general del Estado, el segundo ejecuta la misma voluntad”. Pasa a referirse más adelante al Poder Judicial, diciendo: “De los tres poderes del que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo. Y como los dos tienen necesidad de un fuerte poder moderador, servirá para este efecto la parte del poder legislativo compuesta de aristócratas”, agregando que debe ser hereditario dicho cuerpo de nobles. (a.c., o.c., pág. 202/205 y sgtes.). Se tiene así que la concepción de Montesquieu daba nacimiento a un Poder Judicial ya disminuido de origen, debilitado al limitar el tiempo de ejercicio de la magistratura, e incluso al circunscribir también la calidad de los jueces a la condición de los acusados. Sobre el punto expresa, que: “Es necesario también que los jueces sean de la condición del acusado, sus iguales, para que no pueda sospechar ninguno que ha caído en manos de personas inclinadas a maltratarle”. Esto tenía explicación la época de MONTESQUIEU en que los países de su entorno se regían por gobiernos monárquicos absolutistas, con una aristocracia privilegiada, situación ésta que no tiene razón de ser en la actualidad con los gobiernos republicanos. Pero, aun así, el limitar tan severamente el tiempo de ejercicio del poder de la magistratura a los magistrados judiciales, conlleva dicha limitación una consiguiente disminución de su “imperium”, que es potestad o poder de los magistrados para hacer cumplir, incluso por la fuerza, sus decisiones o resoluciones. O al decir de GUILLERMO CABANELLAS: “la vigencia práctica, la coacción jurídica en acción”. (a.c., Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. IV, pág. 348, Edit. Heliasta, año 1996).

Que, el enfoque dado por MONTESQUIEU, de que “los Tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley”, resulta rescatable porque da cabida a la inmutabilidad o permanencia de la Ley marco de los juicios, que no es otra que la ley procesal. Pero, el razonamiento anterior de que los otros dos poderes “pueden darse a magistrados fijos o a cuerpos permanentes porque no se ejercen particularmente contra persona alguna”, ya no resiste a la crítica. Ello porque el ejercicio del poder que se trate, no solo el ejercido por los magistrados del Poder Judicial, puede ser dirigido también contra las personas en forma individual. Y cuando este abuso de poder proviene del Poder Ejecutivo, por ejemplo, causando un perjuicio al individuo, la manera más efectiva y rápida de defenderse el afectado, es con la promoción del juicio de amparo, del habeas corpus o el habeas data; o sea, a través del ejercicio de las garantías constitucionales acudiendo ante la autoridad jurisdiccional competente. Y ese problema de la desigualdad del Poder Judicial con relación a los otros dos Poderes es mencionado por ANGEL OSSORIO Y GALLARDO en su obra “El mundo que yo deseo – Bases político – económico – jurídicas de una sociedad futura”, cuando dice: “..se ve que el mayor y más grave defecto de la Justicia en todas partes es la subordinación al poder político. Si examinamos la Justicia en cualquier país, casi siempre encontraremos en ella las mismas características. Los jueces muestran una capacidad y una laboriosidad regulares, ya que los merecimientos de excepción suelen estar reservados al Foro, a la cátedra y a los grandes tratadistas. Pero en cuanto a la independencia con relación a la política, no suele existir. Esta verdad es dolorosa e indiscutible. En algunos países los Gobiernos se han reservado la concesión de ascensos y traslados, con lo que el personal judicial suele vivir siempre pendiente de la misericordia del Gobernante”, para más adelante y luego de

expresar que los nombramientos deberían ser discernidos por el Jefe del Poder Judicial “con sujeción a la propuesta del Tribunal calificador”, ocupándose de los aspectos que contribuirán a robustecer el Poder Judicial, agrega: “...la necesidad de que la Justicia cuente con la policía propia, no sólo para auxiliarla en la investigación de los delitos sino también como elemento de defensa personal para proteger la firme independencia de su actuación. Frecuentemente se ve el caso bochornoso de un Juez que tiene toda su majestad pendiente de la atención que le quiera rendir un guardia analfabeto y desconsiderado. He ahí, pues, constitucionalmente esbozaba una justicia independiente. No tengo duda alguna sobre las excelencias del sistema. Si algunos riesgos ofreciera, serían muchísimo menores que los que hoy se dan con una justicia subordinada y atemorizada”, para finalmente concluir: “La nación necesita que todos sus órganos marchen acordes en las líneas fundamentales de su política. Si hay un órgano que se empeñe en contrariarla, debe dejar de existir”. (a.c.,o.c pág. 251 y 254, Edit. Americalee, año 1946).

Que, sea debilidad del Poder Judicial que fuera señalada con anterioridad, consistente en limitar en el tiempo o “Por poco tiempo o el que exija la necesidad”, con que originariamente Montesquieu en su concepción triádica había colocado al Poder Judicial dentro del Estado con relación a los demás Poderes; no obstante el tiempo transcurrido desde entonces, y pese a los adelantos logrados en materia constitucional, lamentablemente, se la tiene todavía hoy en día en nuestro país, a más de otras limitaciones o relaciones de dependencia. Esa situación de falta del debido equilibrio, o equiparación de fuerzas – que en todo Estado democrático moderno debe mediar entre sus tres Poderes – en el Estado paraguayo aún persiste, pese a las varias Convenciones Nacionales Constituyentes que se fueron celebrando, aún con toda amplitud de debate en las asambleas, sobre todo en la última que culminó con la Ley Fundamental del año 1992. Resulta entonces preocupante que no que no se haya podido mejorar esa situación de debilidad o dependencia en que se sigue colocando a dicho Poder Jurisdiccional, con lo cual no se lo pone en el mismo pie de igualdad que le corresponde tener en todo Estado republicano, para asegurarle una adecuada cuan eficiente funcionalidad operativa, necesaria en todo Estado de Derecho. No sólo debe desvincularse al Poder jurisdiccional de todo tipo de dependencia del Poder administrador como legislador, sino que incluso – si se quiere armonizar la función pública – deberá velarse que dentro de la estructura del Poder Ejecutivo exista una eficiente y controlada descentralización. ALBERTO DEMICHELI en su libro “El Poder Ejecutivo – Génesis y transformaciones”, al respecto y bajo el subtítulo “El control del Estado”, dice: “Cuando el intervencionismo inició su avance, lo hizo bajo la égida del Ejecutivo presidencial, que, con tan extraordinario crecimiento, se transformó en una permanente amenaza política. Fue entonces que se ideó la descentralización de los servicios y su método autonómico, encaminado a quitarle gravedad a esa intensa socialización”; para luego agregar: “Pero se advirtió otro peligro político: el excesivo autonomismo podía destruir la unidad del Estado. Se idearon, pues, fórmulas especiales de tutela administrativa a cargo del gobierno central, naciendo junto con la autonomía, determinados enlaces coordinadores y de control...” y al tratar “La tutela administrativa”, expresa: “El ente autónomo, por amplio que sea su grado de especialización, conserva siempre su carácter de persona pública, integrante de un conglomerado político – el Estado – que se caracteriza

por la cohesión orgánica de su estructura. Entidades libres destruirían esa unidad. De ahí el régimen de tutela administrativa, encaminado a definir el quantum autonómico, delimitando los poderes del ente sobre sus servicios". (a.c., o.c., págs. 125, 126 y 127, Edit. DePalma – Bs. As., año 1950). Si de un control directo del Poder administrador a los entes autónomos ejercidos en el intervencionismo, se debe pasar a la tutela administrativa, con mayor razón aún, se debe independizar al Poder jurisdiccional de los otros dos Poderes del Estado. MIGUEL ANGEL PANGRAZIO CIANCIO en su libro "Los fraudes electorales en el Paraguay", al respecto y con solvencia intelectual nos dice: "Es pertinente afirmar que el Poder Judicial en el Paraguay siempre fue un poder sometido al Ejecutivo. Durante los gobiernos de Eligio Ayala y de Eusebio Ayala tal intervención no fue conocida y quizá constituya una de las pocas excepciones en esos períodos presidenciales". (a.c.,o.c., pág. 233, Edit. Intercontinental, año 2005). Se tiene así lamentablemente reconocida la malhadada trayectoria por la que ha atravesado y sigue haciéndolo en la historia nacional el Poder Judicial con la excepción de las también excepcionales presidencias de los Dres. Eligio Ayala y Eusebio Ayala, y que requiere un urgente correctivo cívico para que dé la excepción pasemos a la normalidad institucional, fundamental característica en todo Estado de derecho.

Que, el tema desidendum tiene mucha trascendencia ya que su decisión genera preocupación en el ámbito de la magistratura judicial, y ello por las consecuencias que una descaminada determinación jurisdiccional podría fácilmente llevar a un pernicioso retroceso en los avances logrados para alcanzarse la anhelada meta de la independencia del Poder Judicial.

Que, conforme se mencionara precedentemente, el Ministro Miguel Oscar Bajac Albertino tuvo tres nombramientos en el Poder Judicial, dos por la vía del concurso de méritos y aptitudes vía Consejo de la Magistratura y Corte Suprema de Justicia y el tercero, vía Consejo de la Magistratura, Senado de la Nación, o sea con intervención del Poder Legislativo, y "con acuerdo del Poder Ejecutivo" (Art. 264 inc. 1) C.N.). Repito, tuvo tres nombramientos, no el nombramiento y las dos confirmaciones de que habla el Art. 252 de la Constitución Nacional, que es otra cosa bien diferente, conforme lo explícito en mi referido libro, que a continuación paso a aclarar para un cabal entendimiento de lo que seguidamente me ocuparé de exponer como fundamento de mi voto u opinión.

Que, las razones por las cuales se viene produciendo esa mencionada situación de injusta valoración del Poder Jurisdiccional en un plano de inferioridad y hasta de dependencia del Poder Ejecutivo, puede obedecer a varias causas, entre ellas a la falta de seguridad en el ejercicio del cargo de los magistrados judiciales, debido a la poca claridad en cuanto al mecanismo constitucional establecido para la confirmación de ellos y por esa vía la obtención de la inamovilidad hasta la edad de setenta y cinco años. Aún existe resistencia en los otros Poderes en aceptar la figura de inamovilidad de los magistrados judiciales que es uno de los factores que da fortaleza a la Administración de Justicia. Al encarar esta cuestión cabe formular unas consideraciones de carácter psicológico, demostrativas de la importancia que tiene el conocimiento de que la autoridad ejerce una función más prolongada en el tiempo que otra, en cuyo caso se transmite una suerte de poder para configurar en cierta medida una relación par asimétrica, en ese punto, también de gravitación y relación con la figura del poder, en esta caso del poder jurisdiccional.

Concretamente, se trata de que cuando una autoridad, por mayor jerarquía, mando o atribuciones que tenga sobre otra, toma conocimiento de que dicha otra autoridad le superará en el tiempo en cuanto al ejercicio de poder. O sea, que cuando la autoridad del Poder Administrador, como asimismo el Legislativo, termine su mandato o funciones, la Jurisdiccional perdurará más tiempo, psicológicamente producirá un freno, que cual permanente vigilante, le evitará cometer un abuso de poder o violación legal que requiera su juzgamiento por parte de la autoridad jurisdiccional. Ello, en razón de que cuando deje de tener poder, se encontrará en inferioridad de condiciones y estará expuesta a las consecuencias legales establecidas a la otra autoridad por seguir teniéndolo, lo que dará lugar a lógicas reacciones o conductas futuras a asumirse. Entre dichas conductas obviamente podrían estar una revisión del caso o la investigación del hecho. Y es así que al otorgarse una mayor vigencia temporal en el ejercicio de funciones a un Juez o Magistrado Judicial que a la Autoridad Administrativa o Legislativa del Estado, se mejora su figura, robusteciéndose con ello la Institución del ámbito jurisdiccional y se mejora el control del manejo del Estado. Cabe agregar que una prueba de la poca claridad en cuanto al mecanismo constitucional para la confirmación de los magistrados judiciales, se la tiene en la última designación o elección, que por el protagonismo que afanosamente busca seguir teniendo el Consejo de Magistratura incluso después de haber enviado las ternas originarias a la Corte Suprema de Justicia, y que una vez electo el magistrado de dicha terna, pretende nuevamente hacer concursar para ese mismo cargo incluyéndolo al mismo en otra terna, cuando que la Constitución habla de confirmación y no de nueva designación. O sea, que al tener la Corte Suprema de Justicia la facultad de confirmar, lo lógico es que el magistrado que se desempeña correctamente, o que a criterio de la Corte Suprema de Justicia, que a la postre por haber sido la autoridad que lo nombró o designo por Decreto del Poder Judicial, sea la única que pueda confirmarlo, no tienen razón de ser el volverse a incluir al mismo en otra terna, debido a que la preferencia, selección u opción de un postulante de una terna, no puede llamarse confirmación, sino simplemente otra elección. A estar por la Constitución Nacional, o sea, por el texto de la norma consagrada en ella, lo que corresponde es que la Corte Suprema de Justicia, con sesenta días de antelación a la fecha de vencimiento del término o plazo constitucional de los cinco años, debe proceder ya a la confirmación de aquellos magistrados que considere merecedores de ella, notificándoles a fin de disipar lógicas preocupaciones y tensiones con distracción de valioso trabajo; e informar también con esa suficiente antelación la no confirmación a los afectados, ello para que a su vez tengan tiempo suficiente de reorganizar sus labores en el futuro. Al propio tiempo y como corresponde, comunicar asimismo al Consejo de la Magistratura las vacancias que se producirán y que a su vez dará lugar a la formación o conformación de las respectivas ternas por parte de los concursantes. Ello, lamentablemente no ocurrió, por lo que la Corte Suprema de Justicia tuvo que resolver incluir necesariamente en las ternas a los magistrados en ejercicio de sus funciones, compitiendo con otros concursantes. Todo un despropósito conducente a un nuevo nombramiento y no a una confirmación como lo establece la Constitución. Eso fue lo que debió hacer la Corte Suprema de Justicia con todos los magistrados judiciales nombrados por la misma, evitándose con ello ese trajinar de gestiones y manoseos para volver a concursar y ser nuevamente electos, con pérdidas de

tiempo por los famosos “lobies” a los que están acostumbradas nuestras autoridades nacionales, amén de la situación de inseguridad durante dicho periodo que ha llegado a durar más de un año y hasta más de dos años por la lentitud del manejo institucional. Por ello no comparto la opinión del Dr. MARCOS RIERA HUNTER, vertida en el artículo o trabajo contenido en el libro de la compilación de los Dres. EMILIO CAMACHO y LUÍS LEZCANO CLAUDE, titulado: “Comentario a la Constitución”. El autor, al desarrollar el tema: “Principio de inamovilidad judicial”, bajo el subtítulo: “Confirmación e inamovilidad de magistrados”, dice: “La “designación” o “nombramiento” constituye el acto por el cual el órgano competente nombra a una determinada persona para el ejercicio de un cargo o función determinada” (hasta aquí se comparte o se puede coincidir con el autor del comentario o artículo, ya que “el órgano competente” que nombra en este caso es la Corte Suprema de Justicia); pero no así en lo que sigue al cambiar el estado de cosas, cuando agrega: “La “elección” no tiene en el caso que se analiza una acepción o significado conceptual diferente por cuanto “elegir”, por el mecanismo que fuere, importa designar (o nombrar), a una persona para un cargo o función. La “confirmación”, por último, implica en términos generales convalidar lo ya aprobado, o ratificar lo aprobado o resuelto con anterioridad por medio de otro acto o sucesión de actos de la misma naturaleza”. (aa.cc., o.c., T II, pág. 436, Edit. Liticolor – Asunción, año 2002). Pero ocurre que la Constitución Nacional no habla de “ratificar lo aprobado o resuelto con anterioridad”, sino de confirmar una elección o nombramiento vigente al finalizar el período de ejercicio, y no volverlo a hacer concursar para ser electo entre otros que no tienen dicho cargo. Y el Consejo de la Magistratura no es el “órgano competente que nombra”, sino otro diferente por el simple hecho de presentar los candidatos al “órgano que nombra”, y por ende, si vuelve a presentarlo al magistrado cuyo mandato feneció, no puede hablarse de que se “confirme” al mismo en dicho cargo, sino que es nuevamente electo o nombrado para dicho efecto; sea para volver a asumir o reasumir su cargo. Quien es conformado, no vuelve a asumir, sino que continúa en su ejercicio por otro período más.

Que, luego de hecha la precedente necesaria digresión, que considero valedera como encaminadura de la fundamentación jurídica requerida por la trascendencia del caso que nos ocupa, considero también más que prudente, necesario, el mencionar como hecho significativo de la evolución y mejoramiento hacia la independencia del Poder Judicial, por la clara redacción del mencionado Art. 261 de la Constitución Nacional de 1992 al rezar el mismo: *“Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años”*. Su antecedente es el Art. 196 de la Constitución del año 1967, que reza: *“Los miembros de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales, los Jueces y demás Magistrados serán designados por períodos de cinco años, coincidentes con el presidencial, y podrán ser reelectos. Sólo serán removidos por la comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones...”*. Con ello queda evidenciada una diferencia notoria entre ambas constituciones, ya que en la anterior (1967), se incluye o coloca a todos los integrantes del Poder Judicial, incluidos los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, en el plazo de duración del ejercicio de sus funciones de cinco años; pero al operarse el cambio en el ordenamiento estructural de la normativa constitucional de colocarse a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia en otro artículo, el Art. 261 que guarda relación justamente con

la remoción y con la cesación de los mandatos, diciendo que cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años, no cabe duda alguna del cambio sustancial y fundamental operado con relación a la duración del mandato de los Sres. Ministros una vez nombrados los mismos, cual es hasta llegar a cumplir la edad de 75 años si es que no son “removidos por juicio político”.

El avance hacia la inmovilidad de los miembros del más alto Tribunal de la República está claramente establecido en la referida norma constitucional.

Que, consecuentemente y por lógica jurídica y hasta sentido común por la clara forma de redacción del artículo 261 de la Constitución Nacional, no cabe duda alguna de que los únicos motivos de cesación en el cargo de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, son el juicio político ó la jubilación al llegar a cumplir la edad de 75 años. Ello deviene categórico, ya que la norma, o sea el artículo de referencia, tiene como acápite “DE LA REMOCIÓN Y CESACION DE LOS MINISTROS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”, o sea, que en dicho artículo se establece de manera prístina, original y determinante, cuáles son los motivos o causa, tanto de remoción por el juicio político, como de cesación por alcanzarse la edad de setenta y cinco años. De ahí que no cabe limitarla al período de cinco años del que habla o hace referencia el Art. 252 que trata de la “INAMOVILIDAD DE LOS MAGISTRADOS”, y que refiere obviamente a los jueces y miembros de los Tribunales de Apelación, y no a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, a los que la Constitución Nacional ubica en la “SECCION 2º - DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA” exclusivamente. Y es por dicho ordenamiento estructural de la normativa constitucional que considero a todas luces impropio mezclar o relacionar la disposición del Art. 252 con el Art. 261 de la Constitución Nacional, ya que éste último es exclusivo y excluyente de toda otra figura o institución que no sea la Corte Suprema de Justicia. Debido a la mencionada situación de ubicación normativa que divorcia o excluye la figura o persona de los Ministros del Poder Judicial, es que el Senado de la Nación – por su interés en controlar el otro Poder del Estado – se afaná entonces en tratar de fijar un plazo de duración de las funciones constitucionales de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia por una resolución que no sólo es nula de nulidad absoluta por tratar de modificar una norma constitucional, sino que debe ser considerada como inexistente o carente de existencia jurídica. En ello concuerdo también con el voto del Excmo. Sr. Ministro Prof. Dr. Sindulfo Blanco, quien bajo el subtítulo “VICIOS DE LA RESOLUCIÓN Nro. 161/02 H.C.S.”, luego de efectuar un enjundioso estudio y fundado en la norma del Art. 137 in fine de la Constitución Nacional, concluye que la referida resolución del Senado de la Nación que pretende limitar la duración de las funciones de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia a cinco años, equiparándolos a los demás Magistrados del Poder Judicial (Art. 252 C.N.), en cuanto a la cláusula inserta en la resolución emanada de la Cámara de Senadores tiene un carácter de inválida, por cuanto no ha sido expresamente prevista en la Constitución Nacional”, y que por el principio de legalidad la misma “debe ser declarada ineficaz y en consecuencia inaplicable para el presente caso”. A modo de ejemplo e incursionando para ello en el campo del derecho comparado constitucional, cabe recordar que SABINO ÁLVAREZ – GENDÍN – catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado del Tribunal Supremo español – en su obra “Tratado General de Derecho

Administrativo, al respecto dice: “También el Tribunal Constitucional de cada Estado, podrá declarar la inconstitucionalidad de sus leyes... En el artículo 10 de la Constitución de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949, se señala una ordenación jurídica de control de la constitucionalidad de la ley, quizá más a la manera norteamericana que a la europea, con un Tribunal que supera los tres poderes. Tal artículo, dice: “las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas; así como los actos de los que usurpan funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales...”. (a.c., o. c., T I, pág. 35, Edit. Bosch – Barcelona, año 1958).

Que, para una mejor comprensión de la diferencia existente entre el principio de legalidad, que fuera violado por la pretensión llevada al campo de una reglamentación modificatoria por parte del Senado de una norma constitucional claramente fijadora de la duración del mandato o ejercicio de las funciones de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, y del principio opuesto llamado de la autonomía de la voluntad, considero también oportuno efectuar un aporte al respecto. El derecho administrativo se rige por el principio de legalidad y no por el de la autonomía de la voluntad como en el ámbito privado o del derecho civil. El principio de la autonomía de la voluntad como condicionante o vigente en el ámbito privado o del derecho civil, es explicado por EMANUEL KANT, en su libro “Fundamentación de la Metafísica de las costumbres”, cuando en el Capítulo Segundo, bajo el subtítulo “La autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad”, dice: “La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por lo cual es ella para sí misma una ley – independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer -. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal”. (a.c., o.c., pág. 101, Edit. Espasa Calpe-Madrid, año 1963). Dicho principio de la autonomía de la voluntad que como se dijo rige en materia del derecho privado, consiste, al decir de RAYMUNDO M. SALVAT, en que “Los particulares pueden reglamentar libremente sus relaciones jurídicas con los otros hombres, establecer en sus convenciones las cláusulas que quieran, aunque sean distintas o contrarias a las disposiciones de la Ley, siempre que en la observancia de ésta no estén interesados el orden público o las buenas costumbres”. (a.c., Derecho Civil, T I, Parte General, pág. 147, Edit. Tipográfica Argentina – Décima edición, año 1954). El referido principio se halla contenido en el Art. 9 segundo párrafo de la Constitución Nacional, que reza: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe”, y del Art. 9 del Código Civil, que establece: “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres”. Ahora bien, en cuanto al principio de legalidad se refiere, resulta conveniente recurrir al Prof. SALVADOR VILLAGRA MAFFIODO, cuando el mismo en su libro “Principios de Derecho Administrativo”, al respecto dice: “Principio de legalidad de la administración. Es una de las grandes conquistas del Estado de Derecho de nuestro tiempo, consistente en el total sometimiento de la Administración a la ley”; para luego agregar: “Incluso las facultades discrecionales que las leyes confieran a las autoridades administrativas deben contener necesariamente limitaciones, de suerte que en su ejercicio no las traspasen o usen con otra finalidad, so pena de extralimitación o desviación de poder”. Por lo demás, la “legalidad” exigida para los actos de las autoridades administrativas es más estricta que la “licitud” de los actos jurídicos privados, en el sentido

de que para éstos basta que no estén prohibidos, en tanto que para los actos administrativos se requiere que estén autorizados expresa o implícitamente en la ley ó reglamento fundado en la misma”. (a.c., o.c., págs. 377/378 Editorial El Foro, Asunción, Año 1981). Con la precedente explicación se deja bien sentado el despropósito del Senado en pretender – por vía de una reglamentación violatoria de la normativa constitucional – limitar el plazo o término de duración del desempeño de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia a cinco años. La violación constitucional y legal condena a la resolución a su consideración de inexistencia jurídica, y por ende de todo efecto legal o normativo.

Que, conforme puede apreciarse de la lectura del presente voto, luego de hacerse una recapitulación histórica del Poder Judicial desde su creación como tal concebido entonces de una manera arcaica pero obviamente justificada en la época como lo señala en su mencionada obra ÁLVAREZ – GENDÍN al decir: “La doctrina de Montesquieu sacrifica, dice Orlando, el concepto orgánico del Estado, a la preocupación de prestar garantías contra el despotismo, terminando por legitimar la peor de las fuerzas, al inclinarse siempre porque un Poder esté por encima de los demás Poderes. Si aceptamos en hipótesis que el Poder Legislativo es el Poder supremo del Estado, Orlando considera que es el peor de los tres Poderes” (o.c., T I, pág. 30). Dicho equilibrio de Poderes ha comenzado a operarse en la actualidad para el Poder Judicial luego una afanosa búsqueda de robustecimiento de su protagonismo para conformar el Estado democrático. En este punto cabe recordar como una valiosa contribución hacia el aseguramiento de una convivencia pacífica, a EMMANUEL KANT (1724-1804), cuando en su libro “La paz perpetua”, como “BASE PRIMERA DEFINITIVA DE LA PAZ PERPETUA”, dice que “En todo Estado la constitución política debe ser republicana”, agregando: “La constitución cuyas bases sean las tres que siguen: 1º, principio de la “libertad” de los componentes de una sociedad – como hombres; - 2º, principio de la “dependencia” en que todos se encuentran de una legislación común única – como súbditos; - 3º, principio de la “igualdad” de todos – como ciudadanos, - es la única constitución que se crea de la idea del contrato de origen, sobre el cual ha de basarse toda la legislación de un pueblo. Tal constitución es “republicana”. (a.c., o.c., pág. 31/32, Edit. Nueva Biblioteca Filosófica-Tor, Bs. As.). Dicho libro de KANT se publicó por primera vez en Königsberg – ciudad donde nació y murió el filósofo – en el año 1795. Conforme se lee en la introducción a dicha obra en su publicación por la Editorial Espasa – Calpe de Madrid, “El éxito enorme alcanzado por este tratadito filosóficopolítico se explica fácilmente por dos grupos de motivos, ocasionales unos y permanente otros”, para más adelante agregarse: “Kant no duda de que algún día llegará el mundo a conocer y gustar los beneficios de una paz perenne. Más para ello deberán realizarse ciertas condiciones, tanto en la política interior como en la exterior de los Estados: respeto a los tratados, supresión de los ejércitos permanentes, organización política de los pueblos sobre principios de libertad y de igualdad, liga o federación de las naciones, constitución de un derecho de ciudadanía mundial, respecto a las naciones pequeñas, carácter público de todos los acuerdos, supresión de la diplomacia secreta, etc.”, (a.c., “Lo bello y lo sublime – La paz perpetua”, págs. 85 y 86/87, Edit. Espasa – Calpe, Madrid, año 1972). Y es ese respecto a la igualdad el que debe imponerse entre los Poderes del Estado e implantarse y fijarse con

claridad en toda Constitución republicana, como lo hace la nuestra, la de la República del Paraguay.

Que, sobre la base de las consideraciones constitucionales, legales y fácticas precedentemente expuestas, considero que en el presente juicio se encuentran reunidos a cabalidad todos los presupuestos requeridos para hacerse lugar a la declaración de certeza constitucional promovida por el Ministro de la Corte Suprema de Justicia, el Prof. Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, con lo cual el mismo deviene a todas luces inamovible en el ejercicio de su cargo por disposición de la norma contenida en el Art. 261 de la Constitución Nacional hasta la edad de setenta y cinco años. Es mi voto.

**RESUELVE:** HACER LUGAR a la presente Acción, declarando con alcance de Certeza Constitucional que el Dr. Miguel Oscar Bajac Albertini, actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia, ha alcanzado la inamovilidad de conformidad con el Art. 261 de la Constitución Nacional. Anotar, registrar y notificar.

*Ministros: Víctor Manuel Nuñez Rodríguez, Sindulfo Blanco, por inhibición del dr. José V. Altamirano, y Carlos Bray Maurice, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Penal, Primera Sala, de la Capital, por inhibición del Ministro Antonio Fretes. Ante mí: Abog. Héctor Fabián Escobar Díaz. Secretario.*

--°--

#### **HABEAS CORPUS.** Habeas Corpus Reparador

Habida cuenta que el procesado cuenta con 87 años de edad, la prisión preventiva fue dictada contra leyes, en consecuencia corresponde hacer lugar al habeas corpus reparados, debiéndose dictar para dichos casos el arresto domiciliario sin perjuicio de otras reglas.

#### **HABEAS CORPUS.** Habeas Corpus Reparador

Si bien es cierto en fallos anteriores la sala penal de la Corte Suprema de Justicia ha dado una respuesta negativa a los pedidos de habeas corpus fundados en el art. 238 del CPP, por no ser una tercera instancia para la modificación de actos procesales dictados por los jueces naturales, en el caso sostiene que al existir una disposición expresa de la ley que limita la posibilidad de disponer medidas cautelares de carácter personal, debe analizarse si el sujeto a favor del cual se solicita la garantía se encuentra comprendido o no dentro de tales excepciones. (Voto del Ministro Sindulfo Blanco)

#### **PRISION PREVENTIVA**

En materia de medidas cautelares y sus limitaciones, en los procesos iniciado por hechos punibles, cometidos bajo la vigencia de la ley procesal penal anterior, debe aplicarse lo dispuesto por la ley 1444/99, los juzgadores están obligados a aplicar, en los procesos regidos por la ley procesal anterior, lo dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo CPP y en virtud del art. 238 del CPP está prohibido decretar la prisión preventiva a los mayores de 70 años.

CSJ, Sala Penal. 26.06.2009 “Habeas Corpus Reparador presentado por la Sra. Martha Beatriz Talavera Spinzi de Montanaro bajo patrocinio del Abog. Eduardo González a favor del SR. Sabino Augusto Montanaro” (Ac. y Sent. N° 485)

Asunción, 26 de junio de 2009.-

CUESTIÓN:

ES PROCEDENTE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL SOLICITADA?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación arrojó el siguiente resultado: PUCHETA DE CORREA, BLANCO y BAJAC ALBERTINI.

A la Cuestión planteada la Doctora PUCHETA DE CORREA dijo: la Sra. MARTHA BEATRIZ TALAVERA SPINZI DE MONTANARO BAJO PATROCINIO DEL ABOG. EDUARDO GONZALEZ, presenta Habeas Corpus Reparador a favor del SR. SABINO AUGUSTO MONTANARO, con sustento en el Art. 133 inc. 2) de la Constitución Nacional.

La Sra. MARTHA BEATRIZ ALEJANDRA TALAVERA SPINZI DE MONTANARO, en representación de su esposo el Señor SABINO AUGUSTO MONTANARO, presenta HABEAS CORPUS REPARADOR, conforme al escrito obrante a fs. 14/21 de autos, manifiesta la recurrente: “...en virtud al art. 133 num. 2) de la Constitución Nacional, y los artículos 1, 2, 3, 6, 19y siguientes de la Ley N° 1500/99, vengo a solicitar se haga lugar al Habeas Corpus Reparador a favor del Señor Sabino Augusto Montanaro, paraguayo, con 87 años de edad, quien se encuentra ilegítimamente privado de su libertad por disposición del Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 3 Dr. Digno Arnaldo Fleitas, como así mismo del Juez Penal de Liquidación y sentencia N° 1 Dr. Andrés Casatti...El Señor SABINO AUGUSTO MONTNARO, regresó voluntariamente de su asilo político, que el mismo mantenía en la República de Honduras, el día 1 de mayo de 2009, es decir, a pesar de los pedidos de extradición, no concediendo dicha solicitud entendiend q que el mismo contaba con el derecho constitucional del asilo político establecido tanto en nuestro país como Honduras. El Juez a cargo del Dr. DIGNO ARNALDO FLEITAS, ordenó su prisión preventiva en todas las causas que se le sigue en dicho Juzgado, y que su reclusión la siga cumpliendo en el Hospital de la Policía Nacional “Rigoberto Caballero”, esto debido a su avanzada edad y delicada situación de salud(...)así mismo, el Juzgado a cargo del Dr. Andrés Casatti ordenó el día 22 de junio del 2009, la prisión preventiva de SABINO AUGUSTO MONTANARO, y su reclusión al penal de Tacumbu, en la causa individualizada como CAUSA (MARIO SCHAEERER PRONO) Pastor Coronel y otros s/ Secuestro, homicidio y otros(...)el 9 de junio del 2009, la Policía Nacional comunicó al Juzgado que el Sr. SABINO AUGUSTO MONTNARO, se encontraba en situación de alta médica, con respecto a los inconvenientes de salud, salvo la enfermedad de EPOC (ENFERMEDADES PULMONARES OBSTRUCTIVAS CRONICAS), enfermedad de Parkinson, doble fractura de cadera en ambos lados, incontinencia, e hipertensión arterial. Todas estas enfermedades se encuentran acreditadas en los en dos diagnósticos médicos de profesionales médicos de prestigio nacional e internacional...(sic).”, fs 14/21.

Sigue manifestando la recurrente. "...que la privación de libertad es toda luces hoy una medida cautelar totalmente arbitraria. Desde el punto de vista normativo, y por ende permitiría hacer lugar a la revocatoria de prisión se sustenta en lo que mencionara el art. 238 del C.P.P. ...".

Termina solicitando que se haga lugar al Habeas Corpus Reparador a favor del Sr. SABINO AUGUSTO MONTANARO.

A la garantía constitucional planteada se le imprimió el trámite de ley. Se dispuso, recabar informes al Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia N° 3 a cargo del Juez Penal Arnaldo Fleitas, a fin de elevar un informe en relación al Sr. SABINO AUGUSTO MONTANARO, en el marco de los procesos que se le sigue al incoado en las causas: 1. "SABINO AUGUSTO MONTANARO Y OTROS S/ SECUESTRO Y OTROS". CAUSA N° 255 (CASO HERMANOS RAMIREZ VILLALBA); 2. "SABINO AUGUSTO MONTANARO, PASTOR CORONEL, FRANCISCO ORTIZ TELLEZ Y OTROS S/ DELITOS CONTRA LA VIDA Y OTROS". CAUSA N° 2485 (CASO AGUSTIN GOIBURU); 3. "SABINO AUGUSTO MONTANARO Y AURELIO CACERES SPELT S/ ABUSO DE AUTORIDAD Y OTROS". CAUSA N° 1619 (CASO ANIBAL MIRANDA)4. "ALFREDO STROESSNER, SABINO AUGUSTO MONTANARO Y OTROS S/ HOMICIDIO Y OTROS". CAUSA N° 3154 (CASO CELESTINA PEREZ DE ALMADA) 5. "SABINO AUGUSTO MONTANARO Y OTROS S/ ABUSO DE AUTORIDAD". CAUSA N° (184) 3262/89 – número de entrada actualizado (CASO AMILCAR OVIEDO). "FRANCISCO BRITZ BORGES, PASTOR CORONEL, ALBERTO CANTERO, CAMILO ALMADA MOREL, JULIANO RUIZ PAREDES, AGUSTIN BELOTTO Y EUSEBIO TORRES S/ SECUESTRO, PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LIBERTAD, ABUSO DE AUTORIDAD, TORTURAS Y SUPUESTO HOMICIDIO". CAUSA N° 6621 (CASO MANCUELLO). Como si mismo al Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 1 a cargo del Juez Penal Andrés Casatti, en la causa caratulada "PASTOR CORONEL Y OTROS S/ SECUESTRO, HOMICIDIOS Y OTROS", detallando fecha de inicio de procedimiento, tiempo de reclusión, si se presentaron en los citados autos pedido de revisión de medidas cautelares y en su caso en los mismo se dictaron resolución y un informe pormenorizado sobre el estado procesal actual en la presente causa. (FS.22)

En respuesta al oficio que le fuera remitido, el Juez Penal de Sentencia N° 1, a cargo del Juez Dr. Andrés Casatti, informa: "...En cuanto a la fecha de inicio del procedimiento: la Sra. G.K., en representación de su menor hijo, M.S.K. promueve querrela criminal en contra de PASTOR MILCIADES CORONEL, JUAN MARTINEZ, LUCILO BENITEZ, CAMILO ALMADA SAPRISA, SABINO AUGUSTO MONTANARO, ALCIBIADES BRITZ BORGES, ALFREDO STROESNER MATIAUDA en fecha 31 de marzo de 1989. Sin embargo, por A. I. N° 288 de fecha 04 de abril de 1989 el juez, de aquel entonces, en lo Criminal del Primer Turno admitió la querrela solo en contra de Pastor Milciades Coronel, Juan Martínez, Lucilo Benítez y Camilo Almada Saprisa. No así, en contra de Sabino Augusto Montanaro. En el mismo auto interlocutorio señaló audiencia para Sabino Augusto Montanaro entre otros a los efectos de prestar declaración informativa. Por lo que, éste juzgado por A.I. N° 13 de fecha 18 de junio de 2009 resuelve ampliar el referido sumario e incluir en carácter de procesado a Sabino agosto Montanaro.

Tiempo de reclusión en concepto de medida privativa de libertad, las condiciones y lugar de reclusión: no existe constancia en los autos que obran en este juzgado, sobre la edad del procesado ni que el mismo haya cumplido medida privativa de libertad alguna con anterioridad a la decretada por éste magistrado por A. I. N° 14 de fecha 22 de junio de 2009, y en atención a los elementos surgidos y acreditados en la presente causa, conforme a diligencias cumplidas, y no existiendo medida cautelar alguna en autos y ante los hechos graves querellados, donde podría existir sospecha fundada de la participación en los mismos por parte del ciudadano Sabino Augusto Montanaro, el juzgado ha dictado Auto de Prisión en contra del procesado y su remisión a la Penitenciaría Nacional de Tacumbú en libre comunicación y a disposición del juzgado, oficiando a la Comandancia de la Policía Nacional en la misma fecha, y según trascendidos periodísticos, la Comandancia de la Policía Nacional ha dado cumplimiento en fecha 24 de junio de 2009 en horas de la tarde. Sin embargo, hasta el momento no fue comunicado oficialmente dicho cumplimiento. Cabe poner de manifiesto que éste juzgado oficio mediante solicita al jefe de servicios médicos del policlínico policial Rigoberto Caballero, Dr. Carlos Sánchez Narváez informe a ésta magistratura sobre el estado de salud actual del procesado Sabino Augusto Montanaro y en contestación a dicho oficio fue remitido, vía fax, informe del estado de salud que copiada textualmente dice: “EL PACIENTE SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI, SE ENCUENTRA CON ALTA CLINICA DESDE EL 08 DE JUNIO DEL AÑO EN CURSO...”. En cuanto al pedido de revisión de medidas cautelares: rola en el expediente escrito presentado en fecha 23 de junio de 2009, por el Abog. Luis Bernardo Troche solicitando la constitución del juzgado en el Policlínico Rigoberto Caballero a los efectos de la revisión de la medida decretada de prisión y su remisión al penal de Tacumbú. Así mismo, se informa que por providencia de fecha 23 de junio del corriente año se ordena la constitución del juzgado en el Policlínico Rigoberto Caballero a los efectos de sustanciar la audiencia de revisión de medidas solicitadas por la defensa del procesado Sabino Augusto Montanaro y al mismo tiempo, que el procesado preste declaración indagatoria. La citada constitución y audiencia no se llevaron a cabo en razón a que la supuesta esposa del procesado presenta recusación en contra de ésta magistratura. En cuanto al estado procesal actual de la presente causa: se informa que en cuanto al procesado Sabino Augusto Montanaro la causa se encuentra en estado sumario. Obra en autos una carta poder de la “supuesta” esposa del procesado Sabino Augusto Montanaro la cual no acredita tal situación. Y no habiendo constancia en la presente causa de la existencia de algún tipo de imposibilidad física o mental por parte del procesado para otorgar carta poder a un profesional de la matrícula, ni haya sido declarado judicialmente insano. Dando amplitud a la defensa consagrando los altos principios de la Declaración Mundial de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y los demás principios que protegen el derecho sangrado e inalienable de la defensa en juicio, ésta magistratura le da una interpretación extensiva a lo prescripto en el art. 60 Del C. P. C. y da validez a dicha carta poder procediendo al reconocimiento inmediato de la personería del profesional asignado, Abog. Luis Troche y en tal sentido ordena la constitución del juzgado en el Hospital Rigoberto Caballero y señala audiencia a los efectos de la tramitación de la solicitud de la aplicación de una medida menos gravosa prescripta en el art. 238 y 245 del C.P.P. y la posibilidad al

procesado de prestar declaración indagatoria (medio de defensa por excelencia). Todo esto se da en el marco de que en la presente causa el ciudadano Sabino Augusto Montanaro (prófugo hace más de 20 años) no tenía acreditada la edad ni contaba con medida cautelar alguna y ésta magistratura a raíz de los elementos surgidos y acreditados en la presente causa procedió a la aplicación de una medida cautelar. Cabe mencionar que en la presente causa por S. D. N° 25 de fecha 21 de mayo de 1992 se resolvió: CALIFICAR la conducta de los procesados Pastor Milciades Coronel, Lucilo Benítez, Camilo Almada Morel y Juan Martínez dentro de lo previsto y penado por el art. 337 inc. 2 y 3 en concordancia con los arts. 36, 37, 31 inc. 1, 2, 7, 10 y 14 todos del Código Penal y con relación Alcibiades Brites Borges dentro de lo previsto y penado por el art. 337 inc. 2 y 3 del Código Penal en concordancia con el art. 110 del C.P.P. y los arts. 44,1 y 100 del C.P. – CONDENAR a LUCILO BENITEZ, CAMILO ALMADA SAPRISA, JUAN MARTINEZ y PASTOR MILCIADES CORONEL a la pena privativa de libertad de 25 años; y al procesado FRANCISCO ALCIABES BRITIZ BORGES a la pena privativa de libertad de 5 años, sentencia definitiva que fuera confirmada tanto por la Excma. Cámara de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. (cuya copia se adjunta)”, FS. 31/43.

Por su parte el Juez Penal de Sentencia N° 3 Dr. DIGNO ARNALDO FLEITAS informa: “...en contestación a su oficio P.S.J. III N° 60 de fecha 24 de junio de 2009, en ese sentido se informa que las causas en las cuales se encuentra procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI se encuentran en de la siguiente manera:

1) “SABINO AUGUSTO MONTANARO Y OTROS S/ SECUESTRO Y OTROS”. CAUSA N° 255 (CASO HERMANOS RAMIREZ VILLALBA)

a) Inicio del Procedimiento: A I. N° 1730 de fecha 23 de noviembre de 1989. Instrucción de sumario en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI.

b) Tiempo de Reclusión : 01 de mayo de 2009 (desde su ingreso al país). A. I.N° 361 de fecha 26 de Mayo de 2009, por la cual el Juzgado resolvió DECRETAR la prisión preventiva del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI, con C. I. N° 27.842, quien deberá guardar reclusión en el Policlínico Policial “RIGOBERTO CABALLERO”, en libre comunicación y a disposición del Juzgado.

c) Lugar de Reclusión: A.I.N° 361 de fecha 26 de Mayo de 2009, por la cual el Juzgado resolvió DECRETAR la prisión preventiva del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI, con C. I. N° 27.842, quien deberá guardar reclusión en el Policlínico Policial “RIGOBERTO CABALLERO”, en libre comunicación y a disposición del Juzgado.

d) Solicitud de la defensa : Revocatoria de Auto de Prisión y pedido de Detención Domiciliaria en virtud alta médica del Policlínico Policial Rigoberto Caballero.

e) Resolución Adoptada: A I.N° 413 de fecha 18 de Junio de 2009, por la cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR AL INCIDENTE DE REVOCATORIA DEL AUTO DE PRISION deducido por la defensa por la defensa del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO. A.I.N° 405 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al pedido de detención domiciliaria del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI.

f) Estado Procesal Actual: Sumario. Con trámites para la realización de pericia psiquiátrica y neurológica.

2) “SABINO AUGUSTO MONTANARO, PASTOR CORONEL, FRANCISCO ORTIZ TELLEZ Y OTROS S/ DELITOS CONTRA LA VIDA Y OTROS”. CAUSA N° 2485 (CASO AGUSTIN GOIBURU)

a) Inicio del Procedimiento: A I. N° 558 de fecha 26 de Junio de 1989, por el cual el Juzgado ha resuelto INSTRUIR sumario en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO.

b) Tiempo de Reclusión : 01 de mayo de 2009 (desde su ingreso al país)

c) Lugar de Reclusión: A. I. N° 347 de fecha 20 de Mayo de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto DECRETAR la prisión preventiva de SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI, quien la deberá cumplir en el Policlínico Policial Rigoberto Caballero, en libre comunicación y a disposición del Juzgado.

d) Solicitud de la defensa: Revocatoria de Auto de Prisión y pedido de Detención Domiciliaria en virtud al alta médica del Policlínico Policial Rigoberto Caballero.

e) Resolución Adoptada: A I. N° 407 de fecha 18 de Junio de 2009, por la cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al INCIDENTE DE REVOCATORIA DE AUTO DE PRISION deducido por la defensa del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI. A I.N° 406 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al pedido de detención domiciliaria del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI. Las mencionadas resoluciones no han sido recurridas por las partes.

f) Estado Procesal Actual: Sumario. Con trámites para la realización de pericia psiquiátrica y neurológica.

3) “SABINO AUGUSTO MONTANARO Y AURELIO CACERES SPELT S/ ABUSO DE AUTORIDAD Y OTROS”. CAUSA N° 1619 (CASO ANIBAL MIRANDA)

a) Inicio del Procedimiento: A.I.N° 192 de fecha 04 de abril de 1989. instrucción de sumario en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO.

b) Tiempo de Reclusión: 01 de mayo de 2009 (desde su ingreso al país). A. I. N° 316 de fecha 16 de mayo de 1989, por la cual el Juzgado ha resuelto DECRETAR la prisión preventiva del encausado SABINO AUGUSTO MONTANARO

c) Lugar de Reclusión: por A I.N° 316 de fecha 16 de mayo de 1989, se había dispuesto la reclusión en la Penitenciaría Nacional, pero al momento de ser detenido, en oportunidad de su ingreso al país, esta magistratura ordenó su traslado al Policlínico Policial “RIGOBERTO CABALLERO” en virtud al estado de salud del mismo.

d) Solicitud de la defensa: Revocatoria de Auto de Prisión Preventiva. ARRESTO DOMICILIARIO en virtud al alta médica del Hospital Policlínico Policial “RIGOBERTO CABALLERO”

e) Resolución Adoptada: A.I. N° 411 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al INCIDENTE DE REVOCATORIA DE AUTO DE PRISIÓN deducido por la defensa del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO. A.I. N° 410 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al pedido de detención domiciliaria del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI. Las mencionadas resoluciones no han sido recurridas por las partes.

f) Estado Procesal Actual: Sumario. En espera a las resultados de las pericias psiquiátricas y neurológicas.

4) “ALFREDO STROESSNER, SABINO AUGUSTO MONTANARO Y OTROS S/ HOMICIDIO Y OTROS”. CAUSA N° 3154 (CASO CELESTINA PEREZ DE ALMADA)

a) Inicio del Procedimiento: AI.N° 651 de fecha 13 de Julio de 1989, por la cual se decreta la INSTRUCCIÓN DE SUMARIO en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO.

b) Tiempo de Reclusión : 01 de mayo de 2009 (desde su ingreso al país). AI.N° 292 de fecha 12 de abril de 2002, por el cual el Juzgado ha resuelto DECRETAR la prisión preventiva en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO.

c) Lugar de Reclusión: Esta Magistratura había ordenado el traslado al Policlínico Policial Rigoberto Caballero al momento de registrarse el ingreso del procesado al país.

d) Solicitud de la defensa: Revocatoria de Auto de Prisión y pedido de Detención Domiciliaria en virtud al alta médica del Policlínico Policial Rigoberto Caballero.

e) Resolución Adoptada: AI. N° 409 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al INCIDENTE DE REVOCATORIA DE AUTO DE PRISION deducido por la defensa del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI. AI. N° 408 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al pedido de detención domiciliaria de SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI. Las mencionadas resoluciones no han sido recurridas por las partes.

f) Estado Procesal Actual: Sumario. Con trámites para la realización de pericia psiquiátrica y neurológica.

5) “SABINO AUGUSTO MONTANARO Y OTROS S/ ABUSO DE AUTORIDAD”. CAUSA N° (184) 3262/89 – número de entrada actualizado (CASO AMILCAR OVIEDO)

a) Inicio del Procedimiento: AI.N° 1191 de fecha 20 de julio de 1989, por el cual el Juzgado ha resuelto INSTRUIR sumario en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO

b) Tiempo de Reclusión: 01 de mayo de 2009 (desde su ingreso al país). AI.N° 173 de fecha 22 de febrero de 1994, por el cual el Juzgado ha resuelto DECRETAR la DETENCION PREVENTIVA de SABINO AUGUSTO MONTANARO. Sin auto de prisión preventiva.

c) Lugar de Reclusión: esta Magistratura dispuso el traslado del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO al Policlínico Policial Rigoberto Caballero, al momento de registrarse su ingreso al país.

d) Solicitud de la defensa: Revocatoria de Auto de Prisión y pedido de Detención Domiciliaria en virtud al alta médica del Policlínico Policial Rigoberto Caballero.

e) Resolución Adoptada: AI. N° 412 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto DECLARAR inoficioso el estudio del INCIDENTE DE REVOCATORIA DEL AUTO DE PRISION. AI.N° 430 de fecha 18 de Junio de 2009, por el cual el Juzgado ha resuelto NO HACER LUGAR al pedido de detención domiciliaria del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI. Las mencionadas resoluciones no han sido recurridas por las partes.

f) Estado Procesal Actual: Sumario. A las resultados de las pericias psiquiátricas y neurológicas en las otras causas.

6) “FRANCISCO BRITZ BORGES, PASTOR CORONEL, ALBERTO CANTERO, CAMILO ALMADA MOREL, JULIANO RUIZ PAREDES, AGUSTIN BELOTTO Y

EUSEBIO TORRES S/ SECUESTRO, PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LIBERTAD, ABUSO DE AUTORIDAD, TORTURAS Y SUPUESTO HOMICIDIO”. CAUSA N° 6621 (CASO MANCUELLO)

a) Inicio del Procedimiento: A.I. N° 1349 de fecha 03 de Diciembre de 1990, por el cual el Juzgado ha resuelto INSTRUIR el sumario en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO

b) Tiempo de Reclusión: 01 de Mayo de 2009 (desde su ingreso al país)

c) Lugar de Reclusión: esta Magistratura ha dispuesto el traslado del procesado al Policlínico Policial Rigoberto Caballero al momento de registrarse su ingreso al país.

d) Solicitud de la defensa: Aceptación de Mandato. Solicitud de reconocimiento de personería y solicitud de junta médica y neurológica.

e) Resolución Adoptada: Reconocimiento de personería del Abog. Luis Bernardo Troche y en espera a la junta médica y psiquiátrica ordenada en las otras causas.

f) Estado Procesal Actual: Sumario. A las resultas de la pericia psiquiátrica y neurológica.

Se informa igualmente que por providencia de fecha 17 de junio de 2009, en las causas correspondientes a los casos AGUSTIN GOIBURU, CELESTINA PEREZ DE ALMADA y HERMANOS RAMIREZ VILLALBA, este Juzgado ha ordenado la realización del examen mental del procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI, en sede del Policlínico Policial Rigoberto Caballero. Como resultado del examen realizado por los psiquiatras designados por el Juzgado, los mismos han informado por nota presentada en fecha 22 de Junio de 2009 que necesitan previamente un estudio laboratorial toxicológico complementario y pericia neurológica, a fin de proceder a una nueva entrevista psiquiátrica al procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO. (fs.44/75 ) “.

Por Providencia de fecha 26 de junio de 2009, (fs.78) se solicitó a los Juzgados Penales de Liquidación y Sentencia, informe ampliatorio sobre las resoluciones emanadas por dichos Juzgados si fueron objetos de recurso alguno. A fs. 81 de autos se encuentra el Informe del Juez Penal Dr. Andrés Casati, en donde manifiesta que el A.I. N° 14 de fecha 22 de junio de 2009, no fue impugnado por vía recursiva. Por su parte el Juez Penal de Sentencia Dr. Arnaldo Fleitas en su informe ampliatorio de Fs. 82 de autos expresa que los A.I. N° 405 y 413 de fecha 18 de junio de 2009, no fueron objeto de recursos hasta el momento.

Conviene precisar que la garantía constitucional del Habeas Corpus, es por su naturaleza un procedimiento especial, en el cual solo corresponde examinar la procedencia o no de la petición del Habeas Corpus reparador presentado a favor del ciudadano SABINO AUGUSTO MONTANARO, de conformidad a las disposiciones contenidas en la norma del artículo 133 de la C.N y de la Ley 1.500/99.

La norma del artículo 133 de la Constitución Nacional, dice: “ todo persona que se hallase privado ilegalmente de su libertad podrá recabar la rectificación de la circunstancia del caso”.

La Ley reglamentaria de Garantía Constitucional del Habeas Corpus (Ley 1500/99) en su artículo 19 dispone: “Procedencia. Procederá el habeas corpus reparador en los casos en que se invoque la privación ilegal de la libertad física de una persona.”

Conviene precisar que el artículo 18 de la ley arriba citada, dispone: “De Las Disposiciones Generales: Juzgamiento de la competencia y de la legalidad del acto. El Juez del hábeas

corpus no juzgará solamente la competencia de la autoridad de la cual emana el acto, sino también la legalidad del mismo.”

Tratándose la situación específica de autos de una garantía constitucional solicitada (Habeas corpus reparador) y siendo cuestionados los actos dispuestos por los jueces (Dres. Andrés Casatti y Arnaldo Fleitas) de privación ilegítima de libertad del Sr. SABINO AUGUSTO MONTANARO, corresponde expedirme exclusivamente sobre la legalidad o no, del auto de prisión decretada por A.I. N° 14 de fecha 22 de junio de 2009, por el Juez Penal de Sentencia Andrés Casatti y de A.I. 361 de 26 de mayo de 2009 dictado por el Juez Penal de Sentencia Arnaldo Fleitas.

A. I. N° 14 DE FECHA 22 DE JUNIO DE 2009, dictado por el Juez ANDRES CASATTI.

El Auto Interlocutorio N° 14 de fecha 22 de junio de 2009, dictado por el Juez de Liquidación y Sentencia Andrés Casatti, se resolvió: DICTAR AUTO DE PRISION en contra de SABINO AUGUSTO MONTANARO, quien una vez aprehendido deberá pasar a guardar reclusión en la Penitenciaria Nacional de Tacumbú.

Del informe circunstanciado remitido por el Juez Andrés Casatti (fs.31/43 ) como también del informe ampliatorio (fs.81 ) se constata que el procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO, no prestó declaración indagatoria. Igualmente el magistrado arriba citado dictó el auto de prisión (A.I. 14 de fecha 22 de junio de 2009), cercenándole el derecho de ser oído (Artículo 242 CPP) al Sr. Sabino Augusto Montanaro, y por lógica consecuencia la resolución (A. I. N° 14 de 22 de junio de 2009) no contiene las exigencias del ítem 1 del Artículo 247 del CPP.. “...datos personales del imputado o lo que sirvan para identificarlo”. A consecuencia de lo antedicho el Juez soslayó la aplicación del Artículo 238 de CPP, que dice: “LIMITACIONES. No se podrá decretar la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años...” y en la situación particular de autos el Sr. SABINO AUGUSTO MONTANARO, quien a la fecha cuenta con 87 años de edad próximo a cumplir 88 el 30 de julio de este año, como se acredita con las instrumentales obrantes en autos (fotocopia de C.I. fs.1) y de acuerdo al acta de fecha 25 de junio de 2009. (fs. 75), razón por la cual la prisión preventiva fue dictada contra legem, por lo que a mi criterio no hay otra alternativa que la de hacer lugar al Habeas Corpus Reparador solicitado y disponer la solución que, para casos como el de autos, determina el mismo artículo 238 del CPP: el arresto domiciliario, el que deberá ser cumplido por el Juez Dr. Andrés Casatti Caballero, sin perjuicio de que conjuntamente pueda imponer otras reglas de acuerdo a las particularidades del caso.

A. I. No. 361 DE 26 DE MAYO DEL 2009, dictado por el Juez DIGNO ARNALDO FLEITAS.

El Auto Interlocutorio N° 361 de 26 de mayo de 2009 dictado por el Juez Penal de Liquidación y Sentencia Arnaldo Fleitas, se decretó la prisión preventiva del procesado en el Policlínico “Rigoberto Caballero”.

Del informe circunstanciado remitido por el Juez Arnaldo Fleitas (fs.44/74) como también del informe ampliatorio (fs. 82 ) se constata que el procesado SABINO AUGUSTO MONTANARO, desde su ingreso al país (fs. 73 vlto Del informe) no prestó declaración indagatoria. Igualmente el magistrado arriba citado dictó el auto de prisión (A.I. 361 de fecha 26 de mayo de 2009), cercenándole el derecho de ser oído (Artículo 242 CPP) al Sr. Sabino Augusto Montanaro, y por lógica consecuencia la resolución (A.I. N°

361 de 26 de mayo de 2009) no contiene las exigencias del ítem 1 del Artículo 247 del CPP. "...datos personales del imputado o lo que sirvan para identificarlo..."

A consecuencia de lo antedicho el Juez soslayó la aplicación del Artículo 238 de CPP, que dice: "LIMITACIONES. No se podrá decretar la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años..." y en la situación particular de autos el Sr. SABINO AUGUSTO MONTANARO, quien a la fecha cuenta con 87 años de edad próximo a cumplir 88 el 30 de julio de este año, como se acredita con las instrumentales obrantes en autos (fotocopia de C.I. fs. 1) y de acuerdo al acta de fecha 25 de junio de 2009. (fs. 75 ), razón por la cual la prisión preventiva fue dictada contra legem, por lo que a mi criterio no hay otra alternativa que la de hacer lugar al Habeas Corpus Reparador solicitado y disponer la solución que, para casos como el de autos, determina el mismo artículo 238 del CPP: el arresto domiciliario, el que deberá ser cumplido por el Juez Dr. Digno Arnaldo Fleitas, sin perjuicio de que conjuntamente pueda imponer otras reglas de acuerdo a las particularidades del caso.

Por tanto, a mérito de las consideraciones que anteceden y las disposiciones legales citadas, se constata que fueron vulnerados los derechos de rango constitucional del ciudadano SABINO AUGUSTO MONTANARO, contenida en la norma del Art. 133 de la Constitución Nacional, los Artículos 7, 8, 25, del Pacto de San José de Costa Rica, y las disposiciones de la Ley 1500/99, y los Artículos 238, 242 y 247 del CPP. Consecuentemente, corresponde que los respectivos Juzgados den cumplimiento a la medida cautelar de arresto domiciliario dispuesta, sin perjuicio que conjuntamente puedan imponer otras reglas de acuerdo a las particularidades del caso. Es mi voto.

A su turno, el Dr. BLANCO dijo: Que se adhiere al voto de la Señora Ministra Dra. Pucheta de Correa, por sus mismos fundamentos y agrega.

1) Pretensión: Por escrito de fecha 24 de junio del 2009 se presenta la Señora Martha Talavera Spinzi de Montanaro y plantea la garantía constitucional de habeas corpus reparador a favor de su esposo, el Señor Sabino Augusto Montanaro Ciarletti.

De acuerdo a la descripción realizada por la peticionante, el ciudadano Sabino Augusto Montanaro Ciarletti cuenta con 87 años de edad y se halla afectado por graves problemas de salud, que implican un estado de postración necesaria y además una falta total de autonomía para la realización de actividades básicas. Sostiene que la medida privativa de libertad dispuesta es arbitraria, debido a que los informes médicos obrantes en autos revelen la gravedad de la salud del mismo, con lo cual sostener tal medida conllevaría, incluso, la pérdida de su vida. (fs. 16).

Afirma además, que debido a lo dispuesto por el art. 238 del C. P. P., el Sr. Montanaro debe guardar reclusión domiciliaria, ya que sobrepasa la edad prevista en la citada norma como límite máximo cronológico para la imposición de medidas cautelares de carácter personal, por lo que concluye que las órdenes de prisión dictadas por los magistrados judiciales actuantes\_ El Juez de Liquidación y Sentencia No. 3, Dr. Digno Arnaldo Fleitas y el Juez de Liquidación y Sentencia No. 1, Dr. Andrés Casatti Caballero\_ resultan ilegales y arbitrarias.

Como fundamento normativo de su petición invoca lo dispuesto por: a) la Constitución Nacional: art. 133 inc. 2; b) Ley 1500/99: art. 1, 2, 3, 6 y 19; c) Código Procesal Penal: art. 238.

2. Análisis de procedencia: Los fundamentos de la decisión adoptada trasuntarán, dada la naturaleza de la garantía constitucional promovida \_habeas corpus reparador\_, por un lado si cuenta con orden de autoridad competente y por otro, el marco de legalidad de las medidas adoptadas por los señores Magistrados actuantes en la presente causa, dada la invocación de lo dispuesto por el art. 238 del C.P.P. (limitaciones a la prisión preventiva).

El artículo 133 de la Constitución Nacional establece la garantía del Habeas Corpus, disponiendo cuanto sigue:(...) El Hábeas Corpus podrá ser: (...) 2) Reparador: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad podrá recabar la rectificación de las circunstancias del caso. El magistrado ordenará la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las veinticuatro horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el Juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiese cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato; si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención.” En igual sentido, el artículo 19 de la Ley 1500/99, dispone: "Procederá el hábeas corpus reparador en los casos en que se invoque la privación ilegal de la libertad física de una persona".

La garantía constitucional del hábeas corpus ha sido prevista a los fines de asegurar la vigencia y el respeto de uno de los derechos individuales de mayor relevancia en un estado de derecho: la libertad. El propio preámbulo de la Carta Magna reconoce, como fin del sistema constitucional paraguayo, el de “asegurar la libertad, la igualdad y la justicia”.

De la declaración antes citada deviene la disposición constitucional que instituye tres tipos de habeas corpus: el preventivo y el reparador \_directamente implicados con la libertad física y la amenaza o represión ilegal de la libertad\_ y el genérico\_ comprensivo de otras formas de libertad e incluso, la seguridad personal de los privados de libertad\_

El habeas corpus reparador se erige como un protectivo de la libertad física, a fin de evitar que por medios no previstos legalmente una persona sea privada de su libertad.

El único medio legal que tanto la Constitución Nacional (art. 19) como la ley procesal penal (art. 234) reconocen a los efectos de la prisión preventiva de una persona es que la misma provenga de la autoridad competente, en éste caso, del Juez Natural de la causa.-

Entonces, como cuestión previa\_ para casos como éste\_ ante el requerimiento que denuncia la existencia de una privación de libertad ilegal, le corresponde al Juzgador de la garantía constitucional verificar, si la misma ha sido dispuesta por una autoridad y si ésta, es competente.

Igualmente, como segunda cuestión, la norma constitucional determina un examen de legalidad del acto emanado de dicha autoridad. Entiendo que dicho control alude a la existencia o no de prohibiciones legales o restricciones previstas expresamente por la ley penal, insoslayables por el órgano juzgador\_ sea el natural de la causa, como de aquel que entiende en la garantía constitucional.

En este punto cabe aclarar que si bien es cierto en fallos anteriores se ha tratado puntualmente lo relativo a la aplicación o no del art. 238 del C. P. P. por vía del Habeas corpus reparador, en los que la respuesta ha sido negativa, fundado en que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no constituye una tercera instancia para la modificación de actos procesales dictados por los jueces naturales.

Dicha decisión ha encontrado sustento legal en: 1) la competencia con que los Jueces Penales cuentan a los fines de revisar las medidas cautelares dispuestas por los mismos (art. 250 del C. P. P.) y; 2) en el derecho que tienen las partes a impugnar las resoluciones que disponen medidas cautelares (art. 253 del C.P.P.). Sin embargo, un análisis más acabado de la cuestión nos conduce a la conclusión de que, al existir una disposición expresa de la ley que limita la posibilidad de disponer medidas cautelares de carácter personal (art. 238 del C. P. P.), debe ser analizado si el sujeto a favor del cual se solicita la garantía se encuentra comprendido o no dentro de tales excepciones.

Una vez aclarada la cuestión de los alcances del estudio y decisión en el habeas corpus reparador \_acto de autoridad competente y legalidad\_, corresponde el análisis puntual de la cuestión traída a consideración de ésta Sala Penal.

En la presente causa, coexisten órdenes de prisión preventiva de dos Jueces Penales ante quienes radican causas iniciadas respecto al ciudadano Sabino Augusto Montanaro Ciarletti. De acuerdo a los informes obrantes en autos, ambos magistrados han dictado orden de prisión preventiva en el ámbito de las causas que se han iniciado en relación al mismo.

En el caso del Juzgado de Liquidación y Sentencia No. 3, ha sido dispuesta en cinco de las seis causas que se le siguen \_Causa No. 255 “Sabino Augusto Montanaro y otros s/ Secuestro y otros (Hnos. Ramírez Villalba); Causa No. 2485 “Sabino Augusto Montanaro, Pastor M. Coronel, Francisco Ortiz y otros s/ Delitos c/ la vida y otros” (Goiburú); Causa No. 1619 “Sabino Augusto Montanaro y Aurelio Cáceres Spelt s/ Abuso de autoridad y otros” (Anibal Miranda); Causa No. 3154 “Alfredo Stroessner, Sabino Augusto Montanaro y otros s/ Homicidio y otros” (Martin Almada); Causa No. 184 “Sabino Augusto Montanaro y otros s/ Abuso de autoridad y otros” (Amilcar Oviedo). En cuanto al Juzgado de Liquidación y Sentencia No. 1, la prisión preventiva fue decidida en el marco de la causa “Pastor Coronel y otros s/ Secuestro, Homicidio y otros” (Mario Schaerer Prono).

Consecuentemente, la privación de libertad que soporta Sabino Augusto Montanaro Ciarletti ha sido ordenada por jueces penales con competencia para ello, con lo cual, el primer presupuesto del habeas corpus reparador esbozado anteriormente, se considera satisfecho. Existe orden de autoridad competente.

Corresponde, como segunda cuestión, determinar la existencia o no de limitaciones legales a la prisión preventiva aplicables al presente caso.

Los procesos que se le siguen al ciudadano Sabino Augusto Montanario Ciarletti se originan en hechos punibles supuestamente cometidos durante la vigencia del sistema penal y procesal penal anterior. Resulta aplicable lo dispuesto por la ley 1444/99 “Que regula el período de transición al nuevo sistema procesal penal”, específicamente el art. 2º. inciso 8 que determina: “...Vigencia Parcial. A partir del día 9 de julio de 1999, la

aplicación de la Ley No.1286/98 “Código Procesal Penal” a los antiguos procesos y a aquellos abiertos a partir de la fecha, hasta su conclusión, bajo las formas del Código de Procedimientos Penales de 1890, se limitará a las siguientes instituciones: (...) inc. 8. Las medidas cautelares: serán aplicables las normas establecidas en el Libro IV, Parte General, Primera Parte, salvo los artículos 250, 2ª. Parte, 251, 252, inciso 3), que no serán aplicables sino a partir de la vigencia plena.”.

La norma cuya aplicación requiere la peticionante, dispone: “Art. 238. Limitaciones. No se podrá decretar la prisión preventiva de las persona mayores de setenta años, de las mujeres en los últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y Terminal debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario”

Fácticamente, conforme a los informes médicos adjuntados en autos y especialmente a los datos obrantes en el acta de la audiencia de constitución de la Señora Presidenta de ésta Sala Penal (fs. 75), consta que Sabino Augusto Montanaro Ciarletti cuenta, efectivamente con 87 años de edad.

Conforme a ello y a las normas expuestas se concluye: 1) que en materia de medidas cautelares y sus limitaciones, en los procesos iniciados por hechos punibles cometidos bajo la vigencia de la ley procesal penal anterior, debe aplicarse lo dispuesto por la ley 1444/99; 2) que la ley 1444/99 obliga a los juzgadores a aplicar, en los procesos regidos por la ley procesal anterior, lo dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo Código procesal Penal (Ley 1286/98); 3) que el art. 238 del C. P. P. determina una clara prohibición: no se podrá decretar la prisión preventiva a los mayores de setenta años.

Claramente, las resoluciones que dispusieron la prisión preventiva del ciudadano Sabino Augusto Montanaro Ciarletti, fueron dictadas en abierta contravención a las normas antes reseñadas y muy especialmente a lo dispuesto por el art. 238 del C. P. P.. Se verifica por tanto la existencia de una prohibición legal expresa, que funciona como garantía ante circunstancias específicamente regladas por ley, y que fueron vulneradas por los magistrados actuantes, lo cual debe ser rectificado de manera inmediata, dado que constituyen actos procesales contrarios a la ley.

Por otro lado, debido a que el caso ha tomado gran notoriedad y la multiplicidad de procesos que se le han iniciado, corresponde el aseguramiento de su presencia a los fines de la conclusión de los mismos mediante la aplicación de la medida cautelar de arresto domiciliario, la cual deberá ser adoptada por los señores Jueces Penales de las respectivas causas.

Por tanto, tal como expresé al inicio de la exposición, corresponde se haga lugar a la garantía constitucional de habeas corpus reparador promovida por la Señora Martha Talavera Spinzi de Montanaro a favor de su esposo Sabino Augusto Montanaro Ciarletti. En consonancia con ello, a los fines del aseguramiento de su sometimiento a los mandatos de la Justicia, los Jueces competentes en los procesos iniciados en relación a Sabino Augusto Montanaro Ciarletti deberán adoptar la medida cautelar de arresto domiciliario de conformidad a lo dispuesto por la ley 1444/99 y la ley 1286/98. Es mi voto.

A su turno el Ministro Dr. MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI dijo: que se adhiere a los votos que anteceden por sus 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:

RESUELVE: 1.- HACER LUGAR al Habeas Corpus Reparador planteado por la Señora MARTHA BEATRIZ TALAVERA SPINZI DE MONTANARO, bajo patrocinio del Abog. Eduardo González Báez a favor del señor SABINO AUGUSTO MONTANARO CIARLETTI, por los argumentos y con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución. 2.- REMITIR copia autenticada de lo resuelto a los señores Jueces de Liquidación y Sentencia, Dr. Andrés Casatti Caballero y Dr. Digno Arnaldo Fleitas, a los efectos de su inmediato cumplimiento.3.- ANOTAR, registrar y notificar.

*Ministros: Alicia Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Miguel Oscar Bajac. Ante mí: Karinna Penoni de Bellassai, Secretaria Judicial*

--°--

## TRIBUNAL DE APELACION EN LO CRIMINAL

### **RECURSO DE APELACION.** Agravios.

El agravio consiste en al insatisfacción total o parcial de cualquiera de las pretensiones tanto principales como accesorias que se plantean al iniciarse un litigio o durante su curso.

### **RECURSO DE APELACION.** Agravios.

Para estar en aptitud de interponer recurso, es menester que el acto impugnado cause agravio a la parte que lo haga valer, por tanto, si la existencia del agravio es presupuesto indispensable para la procedencia del recurso, entendiéndose como tal la ofensa que se hace en los derechos o intereses de una persona debe ser susceptible de apreciarse objetivamente, y si bien los abogados defensores de la condenada han recurrido la sentencia, es necesario que los mismos demuestren objetivamente la ofensa que pudo resentir su representada.

Trib. Apel. En lo penal Segunda Sala 21-04-2009. “Maria Luisa Flecha Ayala y otros s/ Producción de documentos no auténticos y otros” (Ac. y Sent. N° 20)

Previo a la deliberación y votación, el Tribunal convino plantearse el estudio de las siguientes cuestiones:

¿Resulta competente este Tribunal de Apelaciones para resolver el recurso interpuesto?

De serlo ¿debe admitirse dicho recurso?

Y en tal caso ¿es procedente?

Practicado el sorteo pertinente, resultó el siguiente orden de votación: Dres. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ANSELMO AVEIRO MONELLO y NATIVIDAD MERCEDES MEZA.

En cuanto a la primera cuestión planteada, el Abog. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ dijo que: No caben dudas respecto de la competencia territorial de este Órgano de Alzada, en virtud de su constitución en la Circunscripción Judicial en que fueron juzgadas y condenadas las ciudadanas María Luisa Flecha Ayala y Sonia Elizabeth Fernández Lovera, circunstancia ésta llanamente comprobable. Asimismo, procede la deliberación por parte de este Tribunal, en virtud del Art. 40 inc. 1° del Código Procesal Penal que reza: “...*Los tribunales de apelación serán competentes para conocer: 1) de la sustanciación y resolución del recurso de apelación, según las reglas establecidas por este código...*”. ES MI VOTO.

A sus turnos, los Dres. AVEIRO MONELLO y MEZA, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, el Abog. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ prosiguió diciendo que: Declarada la competencia de este Tribunal, seguidamente debe decidirse la admisibilidad del recurso de apelación especial planteado por los abogados defensores de las condenadas en la presente causa. Corresponderá la recepción del recurso de apelación especial si se constata el cumplimiento de los presupuestos formales previstos en los artículos 466 y 468 del Código Procesal Penal. El primero de los artículos citados expresa: “...*Objeto. Sólo podrá deducirse el recurso de apelación especial contra las sentencias definitivas dictadas por el juez o el tribunal de*

*sentencia en el juicio oral... ”. La resolución recurrida es una sentencia definitiva dictada por un Tribunal Colegiado que juzgó oral y públicamente a las condenadas María Luisa Flecha Ayala y Sonia Elizabeth Fernández Lovera, por tanto el mecanismo de impugnación utilizado es el adecuado.*

Observo también que los recurrentes han respetado el plazo legal previsto en el Art. 468 del C.P.P. y que han procedido a la presentación debidamente fundamentada y por escrito de sus pretensiones, por lo que corresponde admitir el recurso de apelación especial planteado por los abogados defensores de las condenadas María Luisa Flecha Ayala y Sonia Elizabeth Fernández Lovera. ES MI VOTO.

A sus turnos, los Dres. AVEIRO MONELLO y MEZA, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

Y en cuanto a la tercera cuestión planteada, el Abog. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ prosiguió diciendo que: El Tribunal de Apelaciones se halla facultado a conocer únicamente los puntos resolutivos impugnados, en virtud de lo dispuesto en el Art. 456 del Código Procesal Penal.

DEFENSA DE SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA: Los abogados Gabriela González Bogarín y José Lima Torres apelan los siguientes puntos resolutivos de la S.D. N° 84 de fecha 14 de abril de 2008: “...1.- DECLARAR la competencia del Tribunal de Sentencia Colegiado... 2.- DECLARAR, en mayoría, comprobada la existencia de los hechos de PRODUCCIÓN MEDIATA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE CONTENIDO FALSO y PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS NO AUTÉNTICOS. 3.- DECLARAR, en mayoría... como autora material del hecho punible de PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS NO AUTÉNTICOS, a la acusada SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA... 6.- CALIFICAR la conducta de la acusada SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA, dentro de las disposiciones del Artículo 246 inciso 1°, en concordancia con el Artículo 29, inciso 1°, ambos del Código Penal paraguayo. 7.- DECLARAR, la reprochabilidad de la conducta de las acusadas... 9.- CONDENAR a la acusada SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA... a la pena privativa de libertad de DOS (2) AÑOS, con SUSPENSIÓN A PRUEBA DE LA EJECUCIÓN DE LA CONDENA... 11.- IMPONER, las costas a los condenados...”.

DEFENSA DE MARÍA LUISA FLECHA AYALA: Los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Ricardo Lugo (h) objetan la sanción penal impuesta a su defendida.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA (fs. 471/482)

La sentencia judicial en estudio se halla fundada en los siguientes términos: “...Los Miembros del Tribunal dijeron que la causa que nos ocupa tuvo apertura con la formal denuncia formulada ante el Ministerio Público en fecha 16 de Marzo del 2004, por el Señor Alfonso Ferrara, en representación de la Firma “FEBOMA DEL PARAGUAY S.A.”; en contra de los Señores María Luisa Flecha Ayala, Sonia Elizabeth Fernández Lovera y Luis Miguel Fernández Lovera, por la supuesta comisión de los hechos punibles de Producción de Documentos no Auténticos, Producción Mediata e Inmediata de Documentos Públicos de contenido falso, y Uso de Documentos Públicos de contenido falso. La referida denuncia, en relación a la cronología de los hechos, señala cuanto sigue: En fecha 14 de Octubre del año 2003, la firma “FEBOMA DEL PARAGUAY S.A.”, ha

entablado una demanda por indemnización de daños y perjuicios a la Firma “WOOD INTERCONTINENTAL S.A.”, por el incumplimiento de un contrato de Explotación Forestal celebrado entre las mismas. A fin de asegurar el derecho reclamado, la Firma “FEBOMA DEL PARAGUAY S.A.”, el Juzgado respectivo ha decretado Embargos Preventivos sobre la Finca N° 20.442 del Distrito del Chaco, que pertenece a la Firma “WOOD INTERCONTINENTAL S.A.”, por las sumas de: Guaraníes Noventa y dos mil quinientos ochenta y siete (Gs. 92.587) y Dólares Americanos Sesenta y seis mil (U\$S. 66.000), que fueran asentados en la Sección 11ma. de los Registros Públicos en fechas 13 de Noviembre del 2003 y 25 de Noviembre del 2003, respectivamente. Sigue señalando el escrito de denuncia que en fecha 02 de Marzo del 2004, se ha presentado al Juzgado Civil el Abogado José Lima Torres en representación de la Señora Sonia Elizabeth Fernández Lovera a solicitar el levantamiento de los citados embargos por ser ésta última la propietaria del inmueble en cuestión. Lo grave del hecho (siempre según la denuncia), es que la Señora Sonia Elizabeth Fernández, en complicidad con la Escribana María Luisa Flecha Ayala y el Señor Antonio Macri, como así también funcionarios no individualizados de la Sección 11ma. de los Registros Públicos; han falsificado los sellos y firmas que obran en la Hoja de Seguridad N° 2070377 de la Escritura N° 20 del año 2003, donde supuestamente la Firma “WOOD INTERCONTINENTAL S.A.” transfiere a la Señora Sonia E. Fernández Lovera la Finca N° 20.442 ubicado en la Ciudad de Benjamín Aceval, Chaco paraguayo y todas las maquinarias detalladas en la misma... En primer lugar haremos referencia al hecho típico de PRODUCCIÓN INMEDIATA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE CONTENIDO FALSO. Al respecto, el primer presupuesto objetivo que describe ésta conducta es la calidad del agente, el autor debe ser funcionario. Esta circunstancia, a criterio mayoritario del Tribunal, no se da en el presente caso pues no se dan los condicionamientos presupuestados en la previsión típica, en razón de tratarse de un delito especial... En cuanto a la PRODUCCIÓN MEDIATA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE CONTENIDO FALSO, considera el Tribunal que efectivamente, la conducta de una de las acusadas si describe los presupuestos del tipo objetivo y subjetivo de la citada norma, en razón de que se ha probado acabadamente en juicio que se ha consignado en una escritura pública una fecha que no se compadece con los documentos utilizados. En este sentido se ha comprobado que los instrumentos específicos que se utilizan para el efecto, han sido adquiridos en fecha muy posterior a la del acto que dice el mismo se ha desarrollado; es decir, los hechos han acontecido de otra manera a la consignada. Por otra parte, el agente no ha procedido a la inscripción respectiva en el registro oficial correspondiente, tarea ésta inherente a su responsabilidad por la clase de documento que ha confeccionado. En cuanto a la existencia del hecho punible de Producción de Documentos no Auténticos, también éste ha quedado fehacientemente acreditado; las testimoniales así lo determinan y sirven de cargo; las evidencias levantadas también lo confirman. Se ha comprobado en juicio que una de las acusadas ha utilizado en un juicio civil, un documento con declaración no auténtica y con ello ha inducido a provocar un error en las relaciones jurídicas... En cuanto a la autoría de la imputada MARÍA LUISA FLECHA AYALA, no resiste a la menor duda, en razón de las pruebas producidas y la propia aceptación de la misma de haberlo cometido. Efectivamente, y reiterando, la acusada MARÍA LUISA FLECHA AYALA, en su calidad de Escribana

*Pública ha consignado en un documento de carácter público una fecha que no se compadece con la realidad. Es así que en la Escritura Pública N° 20 de transferencia de inmueble, otorgado por la empresa Wood Intercontinental a favor de la Señora Sonia Elizabeth Fernández Lovera; se consigna que el acto se realizó en fecha 15 de Julio del año 2003; sin embargo, el informe del Colegio de Escribanos del Paraguay dice que las hojas de sellados notariales utilizados en la citada escritura, fueron adquiridos en fecha 08 de Octubre del año 2003. Respecto a la autoría de la acusada Sonia Elizabeth Flecha Ayala en el hecho punible de producción de documentos no auténticos, la misma, a través de un profesional Abogado ha presentado en un juicio civil, la Escritura Pública N° 20 de fecha 15 de Julio del año 2003, que contiene el mismo texto de la que ha confeccionado la Escribana María Luisa Flecha y a la que se ha hecho alusión en el párrafo que antecede; pero con la numeración de las hojas de sellados notariales diferentes. La testigo Aureliana Franco de Orué, Jefa de la Sección N° 11 de los Registros Públicos, al respecto ha manifestado al Tribunal que su supuesta firma consignada al dorso de la hoja de seguridad N° 2070377 que acompañaba a la Escritura presentada en el Juzgado Civil, ha sido falsificada, como así también que el sello que supuestamente la identifican y el sello de la Sección a su cargo, tampoco son los utilizados en la misma. Es así que queda probado que la Señora Sonia Elizabeth Fernandez Lovera, por lo menos ha utilizado un documento no auténtico y con ello ha intentado inducir en las relaciones jurídicas al error sobre su autenticidad... las conductas de las citadas acusadas son típicas, antijurídicas, reprochables y en consecuencia punibles... A los efectos de establecer la sanción que debe ser impuesta a los acusados, es necesario recurrir a las bases de la medición de la pena, prevista en el artículo 65 del Código Penal... el Tribunal ha sopesado las circunstancias del caso, llegando a la conclusión que se trata de un caso de un contenido el injusto, atendiendo a que los documentos no auténticos producidos y usados eran considerados como oficiales por el Estado paraguayo. Además se ha demostrado que el ánimo de las mismas ha sido el lucro, lo que señala a su vez una actitud negativa frente al derecho. También se ha demostrado que sus conductas en los hechos respectivos, fueron para obtener ventajas ilícitas. Referente a la intensidad de la energía criminal debemos estimar los obstáculos que tuvieron que superar para la comisión de los hechos de lo que se deduce que actuaron con mucho empeño, astucia, creando y planificando su ejecución. Las consecuencias reprochables de los hechos y la importancia del daño son graves, ya que con sus conductas han inducido al error en las relaciones jurídicas. Referente a sus vidas anteriores, las mismas no poseen antecedentes penales. Sopesando todos los factores, circunstancias favorables y desfavorables, concluimos que la sanción a ser aplicada a María Luisa Flecha Ayala y Sonia Elizabeth Fernandez Lovera; es de DOS (2) AÑOS de pena privativa de libertad para cada una. Finalmente, teniendo en cuenta que las mismas siempre se han mantenido sujetas al proceso cumpliendo cabalmente cuando han sido requeridas por la Justicia; por lo que es criterio del Tribunal aplicar las disposiciones contenidas en el Artículo 44 inciso 1° del Código Penal, y en ese sentido nombra a sus defensores como asesores de prueba...”*

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL INTERPUESTO POR LOS ABOGADOS DEFENSORES DE LA CONDENADA SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ (fs. 484/499)

Al fundamentar la apelación especial interpuesta por su parte, los abogados Gabriela González Bogarín y José Lima Torres sostienen cuanto sigue: “...*El agravio específico de esta representación consiste en la errónea interpretación y por ende errónea aplicación del artículo 31 y 246 del Código Penal y la inobservancia de las garantías constitucionales y preceptos legales que disponen que todas las resoluciones judiciales deben estar fundadas... Debemos destacar que no ha configurado el hecho punible de producción de documentos no auténticos. No se ha probado la producción del hecho... En el juicio oral y público llevado a cabo no fue probado que la sra. sonia elizabeth fernández lovera fue autora de la falsificación de las firmas y sellos de los funcionarios de la sección 11ma. de los Registros Públicos, ya que, primeramente, debemos recalcar que fue juzgada como prueba una copia simple de la supuesta inscripción en los Registros Públicos... esta copia simple no debió ser valorada por el Tribunal de Sentencia y la valoración de los mismos para fundar una condena acarrea la nulidad absoluta de la citada resolución.- En segundo lugar, el Tribunal sustenta su sentencia sola y exclusivamente en la Declaración de la Sra. Aureliana Torres, Jefa de la sección 11ma. de los Registros Públicos... Si era ésta una prueba tan fundamental y decisiva, no era conveniente realizar una Prueba Caligráfica que disipe toda duda sobre la legitimidad de la firma?... Nuestra defendida, la Sra. SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA, fue condenada por usar un documento no auténtico con la intención de inducir en las relaciones jurídicas al error sobre su autenticidad, cuando ella, lo único que hizo al solicitar la escritura a la Escribana María Luisa Flecha, fue utilizar los procedimientos legales para defender su calidad de propietaria de la finca No. 20442 de Benjamín Aceval, ante los embargos preventivos trabados en el fuero civil. Cabe resaltar que los citados embargos ya fueron levantados a la fecha, lo que recalca una vez más su posición de legítima propietaria de la misma... errónea aplicación del derecho. fundamentación contradictoria. En cuanto al tipo subjetivo, el dolo, la defensa sigue sosteniendo que se da la institución del art. 18 del código penal, error de tipo, vale decir, desconocimiento en SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA de los elementos constitutivos del tipo penal, lo cual obviamente EXCLUYE EL DOLO... La Sra. Sonia Elizabeth Fernández Lovera demostró su Buena Fe al contratar los servicios de una profesional, como lo es la Escribana María Luisa Flecha, presentándole el acta de Directorio de la firma WOOD INTERCONTINENTAL, donde el Presidente de la misma, Sr. Antonio Macri, resuelve la venta de la finca en cuestión a la Sra. Fernández Lovera; y solicitando la Escritura Pública, creyendo que al solicitarla y pagar el canon requerido por la Escribanía, esto incluiría la correspondiente inscripción en los Registros Públicos. Esto es prueba de la ausencia de dolo en la persona Sonia Elizabeth Fernández... Además, igualmente se ha producido una clara inobservancia a lo que dispone el artículo 175 del CPP... Los jueces en ningún momento – y ello se puede colegir en una simple lectura del “fallo” – fundaron como se ha probado la responsabilidad de Sonia Elizabeth Fernández Lovera, como y donde estaba el dolo en su conducta. Se ha convertido en pernicioso costumbre que los jueces simplemente dicen este ciudadano es responsable, hay delito y vamos a condenarlo, pero no fundamental como se*

ha probado ello.- la acusada pudo haber realizado los actos que les han sido imputados, pero también pudo no haberlo hecho. Lo cierto y concreto es que los hechos no fueron probados y lo que prima es aquí un estado intelectual de duda o probabilidad, estados intelectuales intermedios que llevan necesariamente a la absolución... Consideramos que concurre este vicio de sentencia – ART. 403 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL -, porque el Tribunal de Sentencia ha incurrido en contradicciones fundamentales en el momento de interpretar la reglamentación, que a su vez constituye prueba documental y testimonial ofrecida por esta defensa...”. Los abogados defensores de la condenada Sonia Elizabeth Fernández Lovera, peticionan la anulación de la sentencia impugnada y la absolución de reproche y pena de su representada, por decisión directa.

#### FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL INTERPUESTO POR LOS ABOGADOS DEFENSORES DE LA CONDENADA MARÍA LUISA FLECHA AYALA (fs. 501/506)

Por su parte, los abogados Ricardo Lugo Rodríguez y Ricardo Lugo (h), fundamentan su apelación en los siguientes términos: “...El eje sobre el cual recae el agravio es la quinta cuestión resuelta en el fallo de marras, por la errónea aplicación de preceptos legales previstos en los artículos 2, 3, 65 del Código Penal respecto a la procesada María Luisa Flecha Ayala... Se agravia así esta defensa en el quantum de la reprochabilidad estimada por el A-quo, ya que a ambas procesadas se ha condenado a la misma pena (2 años con suspensión), sin que verse explícitamente en el cuerpo de la sentencia una explicación ECUÁNIME, EXPLÍCITA y sobretodo JUSTA, de POR QUÉ a nuestra defendida le corresponde el 66% de la pena y a la otra procesada solamente el 40% del maximun legal... Esta defensa considera, que de acuerdo a los hechos acaecidos recabados en la Sentencia recurrida, el exiguo reproche y el inexistente perjuicio, UNA CONDENA DE HASTA UN (1) AÑO con la pertinente suspensión de la misma, sería más que necesaria para lograr la finalidad misma de la sanción penal... ”.

#### POSICIÓN DE LA QUERRELLA ADHESIVA (fs. 516/534)

Al contestar el traslado que les fuera corrido, los representantes convencionales de la querrela, abogados Domingo Esquivel y Marcelo Halley, refieren cuanto sigue: “...Por lo que concierne al art. 65 del C.P., atacado por la defensa técnica de la Escribana FLECHA AYALA, mal se puede colegir en lo sustancial de los fundamentos esgrimidos, que la resolución proveída no respeta o versa sobre el mencionado precepto, ya que este ha sido de manera secuencial desmenuzado por el inferior, como prueba de ello nos remitimos al análisis, y al resumen de la sentencia recaída... En esa inteligencia, el Tribunal superior se servirá confirmar cada uno de los puntos del veredicto apelado, por corresponder así en estricto derecho... en relación a la condenada SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA... los abogados... relatan lo concerniente a la inexistencia del hecho, que los hechos no fueron probados en juicio oral y público, además de la errónea aplicación del derecho, citando una supuesta fundamentación contradictoria, intentando de una manera u otra que este tribunal de apelaciones, valore pruebas o ingrese a indagar respecto a los criterios que adoptaron los inferiores para dirimir el fallo y expresar sentencia, no excluyendo que los defensores en ningún lapso del juicio e incluso audiencia preliminar, dejaron constancia, o hicieron sus reservas de recurrir el precepto legal

*conculcado o aplicado erróneamente a los efectos de su saneamiento... ”. Los abogados de la querrela peticionan la confirmación integral del fallo definitivo impugnado.*

**POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO** (fs. 535/542)

Finalmente, el Agente Fiscal Abog. Alberto González Cáceres, contesta el traslado que le fuera corrido en los siguientes términos: **RESPECTO DE SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ:** “...*entrando a analizar el fondo de la cuestión suscitada, esta Representación Fiscal, considera que en el Juicio Oral y Público, se ha realizado la valoración de las distintas pruebas testificales, documentales e instrumentales que fueron producidas en su debida forma y tiempo, y que dieron motivo al dictamiento de tal sentencia... se ha demostrado que en la Escritura Pública N° 20 de transferencia de inmueble, otorgado por la empresa Wood Intercontinental a favor de la señora SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA, se consignó que el acto se realizó en fecha 15 de julio de 2003, sin embargo, el informe del Colegio de Escribanos del Paraguay, determina claramente que las hojas de sellados notariales utilizados en la citada escritura, fueron adquiridos en fecha 08 de octubre de 2003, o sea en fecha posterior... se ha demostrado mediante testimonios y documentos que la firma y sellos obrantes en la Escritura N° 20 de fecha 15 de julio de 2003, han sido falsificados, igualmente se ha probado que la señora SONIA ELIZABETH FERNÁNDEZ LOVERA, única y principal beneficiada con dicha Escritura, ha utilizado la misma, presentándola en un Juicio Civil, a los efectos de levantar los embargos trabados en contra de la finca en cuestión, en ningún momento se ha hablado de que la misma haya falsificado dicho documento pero no cabe dudas y se ha probado de que los ha utilizado... ”. **RESPECTO DE MARÍA LUISA FLECHA:** “...*a criterio de ésta Representación Fiscal, la calificación realizada por el Tribunal A-quo, del hecho condenado, es la que se subsume correctamente de la relación fáctica de los hechos probados en la Audiencia del Juicio Oral y Público, por los cuales resultó condenada la señora MARÍA LUISA FLECHA AYALA, en virtud a las pruebas producidas y a la propia aceptación de la misma de haberlo cometido, es decir se cumplen con todos los presupuestos del tipo objetivo requeridos para la configuración del hecho punible... ”.**

**ANÁLISIS DEL TRIBUNAL**

Denotadas las posturas de las partes, corresponde decidir la procedencia del recurso de apelación especial interpuesto por los abogados defensores de las condenadas María Luisa Flecha Ayala y Sonia Elizabeth Fernández Lovera. El precepto rector de esta cuestión se halla inmerso en el Art. 467 del Código Procesal Penal que reza: “...*Motivos. El recurso de apelación contra la sentencia definitiva sólo procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal... ”.*

Básicamente, los recursos procesales son los medios de impugnación que establece la Ley para obtener la modificación, enmienda o invalidación de una resolución judicial. Esta definición sólo se limita a señalar la consecuencia o finalidad de este medio de impugnación y deja de lado la sustancia o contenido del “porqué de los recursos” por eso es mejor decir que “son los medios de impugnación dirigidos a producir un nuevo conocimiento de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes”.

La característica principal de los medios de impugnación es la falta de firmeza de la resolución que se dirigen a atacar. La incorporación de estos medios se funda en que es conveniente que una cuestión sea examinada y resuelta más de una vez, esta afirmación

hace que el profesor Carnelutti señale que los recursos no son otra cosa que “el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto”.

En cuanto a la regulación jurídica de los recursos, conviene señalar que los motivos que llevan al legislador no tienen su base a primera vista en una norma constitucional expresamente formulada en tal sentido, que imponga al legislador el establecimiento de recursos en el proceso, entonces surge la pregunta de cuáles son las razones de política legislativa de establecer los medios de impugnación, considerando que en el Juicio Oral y Público se cumple con un procedimiento racional y justo.

La doctrina revela que los recursos procesales entran en juego cada vez que el Juez o Tribunal, conociendo un determinado proceso, se desvía de los medios o caminos señalados por el legislador para el correcto ejercicio de la jurisdicción, o bien, se aparta de los fines proyectados por aquél, haciendo una errada o injusta aplicación de las leyes de fondo, por lo que en definitiva, los recursos procesales tienden a evitar que las resoluciones judiciales adquieran el carácter de firmes o inmutables, mientras exista la posibilidad de subsanar cualquier error o injusticia que puedan contener, por haberse desviado el Juez o Tribunal de los medios y de los fines previstos por el legislador al regular el ejercicio de la jurisdicción a cargo de los mismos, por imperio de la división tripartita del poder estatal.

Por lo tanto, la apelación puede definirse como *“el recurso mediante el cual, en función de la naturaleza de la resolución apelada, o bien se abre la segunda instancia, o bien se somete al conocimiento de un órgano jurisdiccional superior, una resolución de dirección procesal”*.

Justamente, en función de esta “dirección procesal” es que este Órgano de Alzada se halla facultado a revisar la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal A Quo, tomando como parámetro los fundamentos vertidos por los recurrentes.

Los abogados defensores de la condenada Sonia Elizabeth Fernández Lovera alegan, en primer lugar, la errónea aplicación de los artículos 31 y 246 del Código Penal. El primero de los artículos señalados tipifica la figura de la complicidad, sin embargo, de una simple lectura del escrito de fundamentación del recurso, puede notarse la ausencia absoluta de algún argumento que se refiera a tal figura jurídica. El segundo de los artículos citados tipifica el hecho punible por el cual ha recaído condena sobre la ciudadana Sonia Elizabeth Fernández Lovera.

En efecto, el Tribunal A Quo ha resuelto calificar definitivamente la conducta de la misma conforme a lo prescripto en el Art. 246 inciso 1° del Código Penal que reza: *“...Producción de documentos no auténticos. 1° El que produjera o usara un documento no auténtico con intención de inducir en las relaciones jurídicas al error sobre su autenticidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa...”*. Conforme a la relación fáctica establecida en el Juicio, la señora Sonia Elizabeth Fernández Lovera se valió de un documento “no auténtico” (la Escritura Pública N° 20 de fecha 15 de julio de 2003) para inducir al error sobre su autenticidad en la relación procesal que vinculaba a las firmas Wood Intercontinental S.A. y Feboma del Paraguay S.A. Al respecto, cabe señalar que la “no autenticidad” del documento queda configurada, en caso de pluralidad de autores sea por intervención simultánea o sucesiva, con la concurrencia de por lo menos una persona que figure como autora y que no lo sea realmente, siempre que su

intervención sea imprescindible para la materialización del documento. En este caso, el documento en cuestión es no auténtico por el hecho de que su inscripción -hipotética- en los Registros Públicos no fue realizada por la persona que figura como su autora, en este caso, por la Esc. Aureliana Franco de Orué, cuyo testimonio también fue producido en el Juicio.

Por otro lado, los abogados defensores de la condenada refutan medios de prueba cuya valoración compete exclusivamente al Tribunal inferior, por ser el estadio en que se concentran todos los principios y garantías procesales del acusado, habiéndose ya este Órgano de Alzada pronunciado en reiteradas ocasiones al respecto.

Finalmente, en lo que respecta a la exclusión del dolo alegada por la defensa de la condenada Sonia Elizabeth Fernández Lovera, considero que conforme a los hechos probados en el Juicio ello no es factible, dado que para excluir el dolo en virtud de lo dispuesto en el Art. 18 del Código Penal es necesario que el autor obre por error o desconocimiento de cualquiera de los elementos constitutivos del tipo legal, es decir, que obre en consecuencia, lo cual no se halla acreditado en autos.

Por su parte, los abogados defensores de la condenada María Luisa Flecha Ayala se limitan a criticar la sanción penal impuesta por el Tribunal sentenciante, comparando la responsabilidad penal de su defendida con la responsabilidad penal de la otra condenada y alegando que ésta fue beneficiada con una medición de la pena “mucho más ventajosa”. También observo que los recurrentes pretenden una regulación matemática de la pena, lo cual no obedece a los principios de legalidad, reprochabilidad, proporcionalidad y prevención consagrados en el Código Penal vigente.

Prácticamente, podemos decir que agravia a los defensores de la condenada María Luisa Flecha la situación procesal de la otra persona sancionada, lo cual no constituye en lo absoluto un hecho capaz de generar agravio para los recurrentes. Al respecto, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Qué partes pueden intentar el recurso de apelación? La respuesta se halla contenida en el Art. 449 del C.P.P. que prescribe: “...*Reglas generales. Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravio al recurrente. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado...*”.

El agravio consiste en la insatisfacción total o parcial de cualquiera de las pretensiones tanto principales como accesorias que se plantean al iniciarse un litigio o durante su curso. Por tanto, *ser parte agraviada* significa que la resolución que se pretende apelar los ha perjudicado en razón de haber negado en todo o en parte lo que habían solicitado.

En consecuencia, para estar en aptitud de interponer recurso, es menester que el acto impugnado cause agravio a la parte que lo haga valer. Por tanto, si la existencia del agravio es presupuesto indispensable para la procedencia del recurso, entendiéndose como tal la ofensa que se hace en los derechos o intereses de una persona, debe ser susceptible de apreciarse objetivamente, y si bien los abogados defensores de la condenada María Luisa Flecha Ayala han recurrido la sentencia, es necesario que los mismos demuestren objetivamente la ofensa que pudo resentir su representada, lo cual no es deducible del escrito de fundamentación obrante a fs. 501/506 de autos.

En definitiva, considero que el Tribunal inferior ha realizado un examen bastante conglutinado de todo el caudal probatorio producido en Juicio, que no ha sido mínimo. No encuentro incongruencia alguna en el proceso de valoración probatoria, por el contrario, el enlazamiento de pruebas ha determinado con suficiente claridad la responsabilidad penal de las condenadas María Luisa Flecha Ayala y Sonia Elizabeth Fernández Lovera, conforme al rol delictivo que les cupo desempeñar a las mismas.

En conclusión, las cuestiones planteadas por los recurrentes no proceden, por lo que la sentencia recurrida debe ser confirmada en cuanto a los puntos impugnados por los mismos. Las costas procesales deben ser impuestas a la perdidoso, en virtud de lo dispuesto en el Art. 269 del Código Procesal Penal.

Finalmente, atendiendo a que el Tribunal sentenciante ha dispuesto la suspensión a prueba de la ejecución de la condena sin establecer las condiciones de su cumplimiento, conviene realizar la fundamentación complementaria prevista en el Art. 475 del Código Procesal Penal, en los siguientes términos: Conforme a las normas penales pertinentes, la condenada María Luisa Flecha Ayala será sometida a un periodo de prueba de 2 (dos) años en el que deberá: 1) Prestar servicio profesional gratuito bajo la asesoría del Colegio de Escribanos del Paraguay, que deberá informar mensualmente al Juzgado de Ejecución sobre el cumplimiento de esta obligación; 2) presentarse ante el Juzgado de Ejecución entre los primeros 5 (cinco) días de cada mes y firmar el registro correspondiente; 3) no salir del país sin autorización del Juzgado de Ejecución y 4) pagar la suma de Gs. 3.000.000 (Guaraníes Tres Millones) a ser pagaderos fraccionadamente en la medida de su posibilidad económica, a una entidad de beneficencia dispuesta por el Juzgado de Ejecución.

Por su parte, la condenada Sonia Elizabeth Fernández Lovera será sometida a un periodo de prueba de 3 (tres) años en el que deberá: 1) Pagar la suma de Gs. 5.000.000 (Guaraníes Cinco Millones) a ser pagaderos fraccionadamente en la medida de su posibilidad económica, a una entidad de beneficencia dispuesta por el Juzgado de Ejecución; 2) presentarse ante el Juzgado de Ejecución entre los primeros 5 (cinco) días de cada mes y firmar el registro correspondiente; 3) no salir del país sin autorización del Juzgado de Ejecución y 4) prestar servicio social a cargo de la Pastoral Social Arquidiocesana dependiente del Arzobispado de la Santísima Asunción, sito en la casa de las calles Independencia Nacional esq. Mcal. López, designándose como asesor de prueba al Secretario Ejecutivo Sr. Ricardo González o en su defecto a quien sea el responsable de dicha organización religiosa. Demás está decir que estas condiciones podrán ser modificadas o revocadas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 48 y 49 del Código Penal. ES MI VOTO. -

A sus turnos, los Dres. AVEIRO MONELLO y MEZA, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

Concluida la deliberación y realizadas las votaciones, se dio por terminada la Sesión Deliberativa de los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala, quienes refrendaron el presente Acuerdo, consignándose así la Sentencia que inmediatamente sigue:

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala, en nombre de la República del Paraguay,

RESUELVE: DECLARAR la competencia de este Tribunal de Apelaciones para entender en la presente causa. ADMITIR el recurso de apelación especial interpuesto por los abogados defensores de las condenadas María Luisa Flecha Ayala y Sonia Elizabeth Fernández Lovera. CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto a los puntos impugnados por los recurrentes. ORDENAR la suspensión a prueba de la ejecución de la condena, en los términos expuestos en el Acuerdo que antecede. IMPONER las costas a la perdidosa. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Anselmo Aveiro, José Agustín Fernández, Natividad Mercedes Meza. Ante mí: Blanca Ramírez, Actuaría Judicial.*

--°--

**MANDATO.** Impedimentos constitucionales.

No se advierte impedimentos constitucionales para que los legisladores que son abogados intervengan en los juicios como apoderados o representantes de las partes ya que la norma del art. 248 no prohíbe lisa y llanamente tal intervención, sino que prohíbe que la intervención se efectúe “de cualquier modo”, es decir, de cualquier manera, de cualquier forma o fuera de todo marco legal o constitucional, lo que en su caso, sí constituiría una violación de la independencia judicial que consagra el artículo 248 de la Constitución Nacional. (Voto de la minoría)

**PODER LEGISLATIVO.** Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo.

La intervención de legisladores abogados como representantes de los litigantes en un juicio no quebranta la norma constitucional del art. 248 porque dicha intervención no se efectúa “de cualquier modo”, sino de un modo legal ya que, obviamente, el legislador debe ser abogado matriculado y solicita (y obtener) la intervención al órgano judicial competente. (Voto de la minoría)

**PODER LEGISLATIVO.** Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo.

Se estima que los legisladores que son abogados matriculados pueden intervenir en los juicios como apoderados o letrados en las partes en litigio porque tal intervención no se efectúa de cualquier modo, es decir, que indebida o irregularmente sino todo lo contrario, regularmente conforme las normas legales y procesales que rigen la materia de la intervención de apoderados en juicios, sin perjuicio por supuesto, de la sumisión que como mandatarios de las partes asumen respecto del órgano jurisdiccional que les confiere la intervención quien podrá en caso de inconducta aplicar las medidas disciplinarias previstas en el art. 17 del CPC ya que si tal facultad no se admitiera se estaría volando la independencia y el imperium judicial. (Voto de la minoría)

**DIFAMACION.** Honor. **DOLO**

El dolo es un elemento esencial de los delitos contra el honor, por lo que constatada fehacientemente la ausencia del animus injuriandi por el juzgador en al conducta del acusado –además de la ausencia de elementos del tipo objetivo- debe concluir

necesariamente al rechazo de la querrela, de conformidad al principio de legalidad penal previsto en el art. 1 del C.P. (Voto de la minoría)

**PODER LEGISLATIVO.** Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo.

El art. 248 de la Constitución Nacional tratando de preservar la independencia del Poder Judicial, impide expresamente la intervención de los miembros de otros poderes del Estado en los juicios, declarando anticipadamente la nulidad de las actuaciones que resulten de sus actos. (Voto de la mayoría)

**PODER LEGISLATIVO.** Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo.  
**ABOGADO**

En virtud del art. 248 del C.N. la sentencia recurrida se encuentra viciada de nulidad por la intervención en el juicio de un miembro del Congreso Nacional, quien se ha presentado como abogado del imputado juntamente con otro abogado- a quien el juez le otorgó el cargo de defensor. (Voto de la mayoría)

**PODER LEGISLATIVO.** Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo.  
**ABOGADO**

Al prescribir la norma constitucional la prohibición que los legisladores que son abogados matriculados pueden intervenir en los juicios como apoderados o letrados en las partes en litigio, esta constituye un impedimento para los miembros de los otros poderes de intervenir en los juicios y el legislador ha incluido la frase "...de cualquier modo...", abarcando con ello todas las formas posibles de intervención de algún miembro de otro poder del Estado en los juicios. (Voto de la mayoría)

**PODER LEGISLATIVO.** Incompatibilidades de miembros del Poder Legislativo.  
**ABOGADO.**

La intervención de un Senador de la Nación en un proceso judicial, rompe la prohibición de la regla, que tiene como consecuencia una sanción prevista taxativamente en la propia ley que finalmente sentencia: "Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable" (Voto de la mayoría)

**PODER JUDICIAL.** Independencia de otros poderes.

El art. 248 C.N. ha sido dictada a fin de salvaguardar la independencia del Poder Judicial, tal el título del artículo, y al haberse permitido la intervención de un miembro de otro poder del Estado como abogado de una de las partes en un proceso judicial, este hecho ha ocasionado, como efecto de la contravención de la norma constitucional la fractura del principio de igualdad entre las partes, que se encuentra preservado en las reglas del art. 15 del CPC, en particular por la condición de una de las partes, que ha dejado a la otra en evidente desventaja ante el juez, hecho del que se debió haber percatado el ad-quo –y las partes- a fin de garantizar el debido proceso. (Voto de la mayoría)

Trib. Apel. En lo penal Cuarta Sala 16-07-2004. “Diego Abente Brun s/ Calumnia, Difamación e injuria” (Ac. y Sent. N° 50)

Asunción, 16 de julio de 2004.-

En cuanto a los hechos, DIEGO ABENTE BRUN, ha sido acusado por JORGE RALLO, por ser autor penalmente responsable de los hechos punibles de Difamación e Injuria, previstos en los arts. 151, 152 del C.P. en concordancia con el art. 29 inc. 1 del mismo cuerpo legal.

El mismo ha sido juzgado en juicio oral y público y siendo Absuelto de culpa y pena.

La cuestión llega a estudio de este Tribunal, ante la impugnación del fallo por el representante de la querrela Carlos Alberto Rufinelli.

Previo al estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las sgtes. cuestiones:

1.- Es competente este Tribunal de Apelación para entender en el presente Recurso de Apelación Especial?

2.- Es admisible el recurso interpuesto o en su caso, se debe rechazar?

3.- Es justa la Sentencia Apelada?

Practicando el sorteo de ley, para determinar el orden de votación arrojó el siguiente resultado: Luis María Benítez Riera, Emiliano Rolon y Arnulfo Arias.

A LAS CUESTIONES PLANTEADAS, el Dr. Benítez Riera, dijo: Que, en cuanto a la primera cuestión planteada, se debe señalar, que este Tribunal está facultado para entender el recurso interpuesto en la presente causa, en virtud a lo dispuesto en los Arts. 40 inc. 1, 2, y 3 y el Art.456 y 466 in fine todos del C.P.P. y al no haber sido objetada la competencia del mismo por el recurrente.

En cuanto a la SEGUNDA CUESTION, el Dr. Benítez Riera dijo, que debemos puntualizar que es deber inexcusable del Tribunal de Alzada examinar acerca de la admisibilidad o rechazo del recurso que fuera interpuesto por el recurrente conforme al mandato que nos confiere el Art. 464 del Código Procesal Penal vigente. Así se debe determinar, si existe en el fallo: a) inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal; b) que el precepto legal que se invoque como inobservancia o erróneamente aplicado constituye un defecto de procedimiento y c) que el interesado haya reclamado oportunamente su saneamiento o haya hecho reserva de recurrir”, finalmente establece la excepción, cuando se da el caso de la nulidad absoluta visible o se noten vicios de la sentencia, que son de tratamiento obligatorio por ser de orden público. Sobre estos puntos, no se den las condiciones previstas en el art. 166 del C.P.P. para declarar la nulidad del fallo, en consecuencia corresponde entrar a estudiar la siguiente cuestión o de conformidad a lo precedentemente expuesto y verificado los puntos a), b) y c) dándose los presupuestos legales, constitucionales y de conformidad a lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica.

Se ha discutido doctrinariamente si los legisladores, sean Diputados o Senadores, que son abogados matriculados pueden intervenir en los juicios en carácter de apoderados o mandatarios de las partes en litigio.

En algunos casos, se ha dado al planteamiento una solución negativa en el sentido de entender que los legisladores que tienen título de abogados no podrían intervenir en los juicios en carácter de apoderados o mandatarios de las partes litigantes porque ello constituirían una violación a la norma del artículo 248 de la Constitución que prohíbe a los miembros de otros Poderes del Estado intervenir de cualquier modo en los juicios.

Sin embargo, la lectura atenta de la citada norma constitucional arroja un resultado normativo distinto porque, en realidad, dicho precepto ha sido legislado para amparar al máximo la independencia del Poder Judicial que podría ser lesionada si se configuraran los actos que señala la misma norma constitucional. En efecto, el artículo 248 dice textualmente: *“queda garantizada la independencia del poder judicial, solo este puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. en ningún caso los miembros de otros poderes. ni otros funcionarios podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios: actos de esta naturaleza conlleva nulidad insanable”*.

Como puede observarse, la Constitución eleva a la categoría de principio normativo fundamental la independencia del Poder Judicial, único órgano que tiene competencia para conocer y decidir en actos de carácter contencioso, disposición que, interpretada a contrario sensu, conlleva una prohibición tácita respecto de otros organismos que no pertenezcan al Poder Judicial a los cuales se les veda la facultad o competencia. Al propio tiempo, enumera aquellos actos que prohíbe expresamente y a los cuales, en caso de ser efectuados, fulmina con nulidad insanable: 1) Arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, lo que significa que al tiempo de formularse la prohibición se prevé la posibilidad de que la misma Constitución establezca funciones equivalentes a las judiciales respecto de otros órganos distintos de los estrictamente jurisdiccionales; 2) Revivir procesos fenecidos, aunque, como es sabido, la misma Constitución (art. 17 inc. 4) contempla la posibilidad de revisión de sentencias penales que han pasado en autoridad e cosa juzgada desde el punto de vista de los recursos ordinarios, al igual que el actual Código Procesal Penal, art. 418 y sges; 3) Paralizar los procesos existentes, aunque, sin embargo, el Código Procesal Civil contempla la posibilidad de que procesos judiciales puedan ser paralizados por acuerdo de partes, o por disposición judicial (art. 173), sin contar que la FERIA Judicial, establecida por el Código de Organización Judicial, también importa una paralización de los juicios en general, salvo aquellos caracterizados por la urgencia; 4) Intervenir en cualquier modo en los juicios, prohibición que solamente puede entenderse como absoluta cuando la intervención pretenda ser indebida, es decir, irregular o ilegal, pero no cuando se ajusta a las leyes.

Las consideraciones anteriores ponen en evidencia que la norma del artículo 248 de la Constitución, que ampara la independencia judicial, debe ser interpretada en su contexto y atendiendo a su finalidad o teleología ya que, como se ha visto, todas las prohibiciones de la Constitución reconocen excepciones fundadas en preceptos legales, incluso constitucionales.

En cuanto atañe específicamente la cuestión a la posibilidad de que los legisladores que son abogados intervengan en los juicios como apoderados o representantes

de las partes, no se advierte impedimentos constitucionales ya que la norma del art. 248 no prohíbe lisa y llanamente tal intervención, sino que prohíbe que la intervención se efectúe “de cualquier modo”, es decir, de cualquier manera, de cualquier forma, o fuera de todo marco legal o constitucional, lo que en su caso, sí constituiría una violación de la independencia judicial que consagra el artículo 248. la intervención de legisladores abogados como representantes de los litigantes en un juicio no quebranta la citada norma constitucional porque dicha intervención no se efectúa “de cualquier modo”, sino de un modo legal ya que, obviamente, el legislador debe ser abogado matriculado y solicita (y obtener) la intervención al órgano judicial competente.

Si la prohibición del artículo 248 en el punto tratado, se entendiera en forma absoluta y sin las reservas señaladas anteriormente, se caería en el absurdo de que los senadores y diputados, por el mero hecho de serlo no podrían ser ni demandantes ni demandados en juicios civiles, laborales o penales, tampoco podrían operar como testigos en las causas en las cuales dichas declaraciones son requeridas a los efectos propios de la investigación, todo lo cual conduciría a negar en tales legisladores ciertos derechos subjetivos de rango constitucional, como el derecho a la jurisdicción, extremo que no puede ser la conclusión de una correcta hermenéutica de la norma del artículo 248 de la Constitución.

En el sentido que ha sido apuntado se ha sostenido en un meduloso análisis constitucional que “la prohibición de realizar ciertos actos, contenida en el artículo 248 de la Constitución, supone el carácter indebido de los mismos por ser contrarios a la independencia del Poder Judicial y a su potestad exclusiva en materia jurisdiccional...no se puede impedir a abogados que al mismo tiempo sean legisladores, la posibilidad de intervenir en juicios como representantes de terceros” (Luis Lezcano Claude, Inhabilidades, Incompatibilidades y Pérdida de Investidura de los Miembros del Congreso” en Comentario a la Constitución, Tomo II, Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude (compiladores) Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2002, pag 400).

En conclusión, se estima que los legisladores que son abogados matriculados pueden intervenir en los juicios como apoderados o letrados en las partes en litigio porque tal intervención no se efectúa de cualquier modo, es decir, indebida o irregularmente sino todo lo contrario, regularmente conforme las normas legales y procesales que rigen la materia de la intervención de apoderados en juicio, sin perjuicio, por supuesto, de la sumisión que como mandatarios de las partes asumen respecto del órgano jurisdiccional que les confiere la intervención quien podrá en caso de inconducta aplicar las medidas disciplinarias previstas en el art. 17 del CPC, ya que si tal facultad no se admitiera se estaría –aquí sí– violando la independencia y el imperium judicia

Referente al TERCER PUNTO DEL CUESTIONARIO, el Dr. Benítez Riera manifestó que la sentencia es justa.

El apelante en su escrito de expresión de agravios (fs. 161/165), manifestó que “...en la sentencia se observa una errónea aplicación de la norma, pues la misma sostiene que no existen frases lesivas al honor o a la reputación del Sr. Jorge Rallo. Señalando que las declaraciones que han sido publicadas en los medios, han sido realizadas imprudentemente, con ligereza, ya que se ha obrado si la previsión de que se podía causar un daño de tan grandes proporciones a su representado, divulgando en medios masivos

hechos que afectan su reputación y estima, y lo han privado de ejercer la profesión para la que él se ha preparado. Deviniendo aún más grave por tratarse el autor del hecho, de una autoridad de derecho público, la cual se ve constreñida por el principio de legalidad a ceñirse estrictamente a lo que la ley le permite, y a manejarse en sus actividades con extrema previsión y responsabilidad para no vulnerar los preceptos legales, siendo en esa ocasión vulnerado de carácter constitucional por lo cual su protección debe ser aún más enérgica, solicitando la revocación de la sentencia recurrida y se declare responsable a Diego Abente Brun de los hechos punibles de difamación e injuria”.

Al presentar el traslado el defensor (fs. 167/171), sostiene que la acertada conclusión del a-quo al juzgar el alcance y el contenido de las manifestaciones realizadas por Diego Abente Brun con respecto al sumario administrativo incoado a los respectivamente, director y girador de la Dirección de Administración y Finanzas, dado que claramente están desprovistas del *ánimus injuriandi* que requieren los delitos de difamación e injuria, y ha simple lectura, se denota que han sido realizadas con el único objeto de informar a la opinión pública del inicio y luego, la conclusión de un sumario en la citada cartera, tal cual exige la transparencia en la gestión de la cosa pública. Cabe destacar que el dolo es un elemento esencial de los delitos contra el honor, por lo que constatada fehacientemente la ausencia del *ánimus injuriandi* por el juzgador en la conducta del acusado – además de la ausencia de elementos del tipo objetivo -, debe concluir necesariamente al rechazo de la querrela, de conformidad al principio de legalidad penal previsto en el art. 1 del CP., solicitando se declare desierto el recurso interpuesto o rechace el mismo, confirmando la sentencia recurrida en todas sus partes, con costas.

Después de realizar un análisis del caso en estudio, nos encontramos que para que exista difamación deben existir ciertos elementos, y de acuerdo a los pruebas documentadas admitidas por el a-quo, el hecho no puede ser considerado como tal, en razón de no existir todos los elementos exigidos del tipo penal, por lo que el hecho no podría ser reprochable, así como los elementos de la injuria razón por la cual este Tribunal de Alzada, sostiene que el Inferior no ha incurrido en errónea aplicación de la ley o inobservancia de algún precepto legal. La conducta del Sr. Diego Abente Brun no se encuadra en lo dispuesto por los Arts. 151 y 152 del Código de Forma (Difamación e injuria, teniendo en cuenta el conjunto de pruebas producidas, en su momento, por el Tribunal A-quo, en la audiencia oral y pública. Así también, con respecto a la difamación e injuria señaló que: “...los respectivos tipos penales simplemente requieren que el hecho referido a otro sea idóneo para lesionar el honor de la persona ofendida. A este respecto el querrellado no hizo otra cosa que informar a la opinión pública del inicio y luego la conclusión de un sumario en la citada cartera administrativa, en consecuencia corresponde confirmar la sentencia, por hallarse ajustada a derecho.

Con relación al método previsto por la ley, para la valoración de las pruebas, es admitido por ley el de “la libre convicción o sana crítica”.

La apreciación del Tribunal unipersonal sobre la comprobación de la existencia del hecho punible investigado, descartando la autoría del acusado ha resultado de la convicción que ha obtenido por el juicio sobre las pruebas admitidas y producidas en el desarrollo de la audiencia oral y pública.

La sana crítica racional como método para meritar la prueba, exige al juzgador que extraiga libremente sus conclusiones a condición de que, para llegar a ellas, respete las reglas que gobiernan el razonamiento humano como: la lógica, la psicología y la experiencia común y a más de ello exige la necesidad de motivar las resoluciones expresando las razones de su convencimiento "...demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de pruebas utilizados para alcanzarlas...".

En el examen de la sentencia recurrida, se observa la exposición de los motivos que llevaron al tribunal Unipersonal a decidir sobre la absolución del imputado, expresando los motivos razonables de dicha determinación, por lo que, los cuestionamientos sobre el mayor o menor valor de las evidencias recibidas en el juicio o las pruebas no deben ser medidas nuevamente por este Tribunal ad-quem por los motivos apuntados, en consecuencia corresponde la confirmación del fallo recurrido. Es mi voto.

**OPINIÓN DEL DR. ARNULFO ARIAS M. PARA CONTESTAR A LA PRIMERA CUESTION, dijo:**

Este Tribunal está facultado para entender los recursos interpuestos en la presente causa, en virtud a lo dispuesto en los Arts. 40, inc.1 , y 466 del C. P. P., y al no haber sido objetada la competencia del mismo .

A LA SEGUNDA CUESTION, dijo: La normativa procesal establece como prioridad para el estudio de la sentencia recurrida, el tratamiento de la admisibilidad de los recursos interpuestos, por ende corresponde analizar si se tuvieron en cuenta los presupuestos necesarios que establece la ley para admitirlos, a fin de entrar a estudiar luego la cuestión de fondo.

Independientemente del tratamiento sobre la admisibilidad , propongo un análisis serio con respecto a la nulidad del fallo por disposición constitucional, en aplicación del Art. 248 de la Constitución Nacional (1), como presupuesto esencial antes de entrar a estudiar la admisibilidad del recurso, en particular, por que el tema fue tratado por el miembro preopinante, advirtiéndonos de la calidad de Miembro del Congreso Nacional de uno de los Abogados representantes de la defensa del imputado, me refiero al Dr. EMILIO CAMACHO .

Sobre el punto quiero señalar lo siguiente:

El Art. 248 citado, tratando de preservar la independencia del Poder Judicial, impide expresamente la intervención de los miembros de otros poderes del Estado en los juicios, declarando anticipadamente la nulidad de las actuaciones que resulten de sus actos.

En virtud a la norma citada, la sentencia recurrida se encuentra viciada de nulidad por la intervención en el juicio de un miembro del Congreso Nacional, quien se ha presentado como Abogado del imputado DIEGO ABENTE BRUN - juntamente con el Abg. Prisciliano Alberto Sandoval- a quien el juez le otorgó el cargo de defensor, por providencia de fecha 05 de noviembre de 2003 - fs. 137- .

El Dr. Camacho, conforme al acta del juicio – fs.184-, participó del acto de la audiencia oral y pública que juzgó a DIEGO ABENTE, y firmó como patrocinante, junto al Abg. Sandoval, el escrito por el cual contestan el traslado que le fuera corrido por el apelante de la sentencia- fs. 167/171.

De todos estos hechos señalados, se desprende su participación efectiva en el presente juicio como abogado de Diego Abente Brun quien fue absuelto de culpa y pena de los cargos que le fueron atribuidos por la acusación.

Debemos admitir, por que es de público conocimiento, que el Dr. Camacho es Senador de la Nación, electo como tal por voto popular, e integrante, en consecuencia, de la Honorable Cámara de Senadores como uno de sus miembros a partir de las últimas elecciones nacionales del 1ro. de julio del año 2003.

La presente causa ha tenido su inicio el 04 de julio de 2002- fs. 10- y aquel ha pedido intervenir en la misma el 30 de octubre de 2003- fs. 134- o sea luego de asumir sus funciones como miembro del Congreso de la Nación, lo que no le estaba permitido por la disposición contenida en el Art. 248 de la Constitución Nacional.

Al prescribir la norma constitucional la prohibición, esta constituye un impedimento para los miembros de los otros poderes de intervenir en los juicios y el legislador ha incluido la frase “.. de cualquier modo...”, abarcando con ello todas las formas posibles de intervención de algún miembro de otro poder del Estado en los juicios. En el presente proceso la participación del Dr. Camacho como abogado defensor del Dr. Abente ha sido efectiva, hecho que desde todo punto de vista constituye un “modo” de participación en el juicio.

Esta intervención de un Senador de la Nación en un proceso judicial, rompe la prohibición de la regla, que tiene como consecuencia una sanción prevista taxativamente en la propia ley que finalmente sentencia: “Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable”.

La referida prescripción constitucional ha sido dictada, a fin de salvaguardar la independencia del Poder Judicial, tal el título del artículo, y al haberse permitido la intervención de un miembro de otro poder del Estado como abogado de una de las partes en un proceso judicial, este hecho ha ocasionado, como efecto de la contravención de la norma constitucional, la fractura del principio de igualdad entre las partes, que se encuentra preservado en las reglas del Art. 15 inc. f) 3, del Código Procesal Civil, en particular, por la condición de una de las partes, que ha dejado a la otra en evidente desventaja ante el juez, hecho del que se debió haber percatado el ad-quo – y las partes- a fin de garantizar el debido proceso.

Sobre el particular, *Calamandrei*, en su obra, “ELOGIO DE LOS JUECES”, señala: “..... los clientes buscan con sorprendente constancia, los defensores entre diputados o profesores...Esta conducta es el indicio sintomático de un mal gravísimo: LA FALTA DE INDEPENDENCIA JUDICIAL. Lo que es necesario es una absoluta independencia del Poder Judicial, cuya organización no puede ser del caso plantear ahora. ¡Pero sí es preciso que la justicia tenga un brío tal de autonomía, que pueda mediante ella residenciar a los políticos; En otro caso, sucumbiría la libertad y se corromperá indefectiblemente la Administración Pública. Con justicia libre, no importa la política, ni la intromisión de profesores en política. Éste último sería el problema en el aspecto pedagógico; pero en el judicial no habría conflicto alguno”.

Finalmente, ante la imposibilidad de reparar directamente la inobservancia de la ley, en particular por tratarse de una prescripción constitucional, debe declararse la nulidad

de la sentencia y devolverse estos antecedentes, a fin de la reposición del juicio por un nuevo juez.

Sobre la procedencia de la nulidad, he obtenido mi convicción luego del análisis de la cuestión suscitada y esencialmente por el deber supremo de cada uno de los magistrados de respetar y hacer respetar el precepto consagrado en el Art. 248 de la C.N. . Esta misma opinión he sostenido en la causa: “LUIS ALBERTO FORNERA LÓPEZ/ ESTAFA” que ha sido llevada por ante el Juzgado de Liquidación y Sentencia No. 6, del que fuera titular, habiendo dictado en dicha ocasión el A.I. No. 915 del 2 de agosto de 2000. Es mi voto.

**VOTO DEL DR. EMILIANO ROLÓN FERNÁNDEZ:** Al compartir las autorizadas opiniones del Dr. Arnulfo Arias m., agrego que con el sistema acogido el ritual que nos rige, ciertamente no se halla legislado el recurso de nulidad. Sin embargo, ello no es óbice para su atención en alzada, cuando el conflicto jurídico- penal deviene, vía mecanismo de impugnación reglado, según lo estatuye el Art. 170 del C.P.P., que dice: “DECLARACIÓN DE NULIDAD. Cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá declarar su nulidad por auto fundado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva.

En todo caso se debe intentar sanear el acto antes de declarar la nulidad de las actuaciones”.

Por dicha disposición y las razones expuestas por quien me precediera, debe hacerse lugar a la nulidad del fallo.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Cuarta Sala, por ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

**RESUELVE:** DECLARAR la competencia de este Tribunal de Apelaciones para entender en el presente recurso. ANULAR la S.D. N° 32, del 17 de noviembre del año 2.003, dictada por el Tribunal de Sentencia, en todas sus partes, por los fundamentos expuestos. REENVIAR estos autos a la oficina correspondiente conforme lo previsto en el Art. 473 del C.P.P., a los efectos de realizarse un nuevo juicio. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Luis María Benítez Riera, Emiliano Rolón Fernández, Arnulfo Arias. ante mi: José Emilio Gardel, actuuario.*

--°--

### **CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.** Garantías procesales.

El principio de congruencia o consonancia entre al sentencia y la acusación, constituye una de las garantías que orienta el debido proceso y el derecho de defensa y como tal impone que entre tales actos procesales deba existir una adecuada relación y correspondencia en sus tres aspectos básicos: personal, fáctico, y jurídico.

**PROCESO PENAL.** Sistema acusatorio.

La congruencia personal alude a la conformidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere la acusación y aquellos a que se contrae la sentencia. La fáctica, a la identidad entre los hechos, conductas y las circunstancias definidas en la acusación y los que sirven de sustento al fallo. Y la jurídica, a la correspondencia entre la calificación o juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica que contiene la acusación y la que preside la sentencia.

**PROCESO PENAL.** Sistema acusatorio.

La congruencia personal y fáctica son absolutas, es decir, que los sujetos y los supuestos fácticos de la sentencia deben ser necesariamente los mismos de la acusación. La jurídica, en cambio, es relativa, pues nuestra legislación en materia penal le permite al Juez –por imperio del Principio Iura Novit Curia- condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en la acusación, siempre que pertenezca al mismo género y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor.

**PROCESO PENAL.** Sistema acusatorio. **SENTENCIA.** Principio generales

La falta de congruencia entre la sentencia y la acusación es un error que afecta al debido proceso, pues, la formulación de la acusación exige, en virtud del art. 347 del CPP la precisión de la conducta que será objeto del juicio, dicho en otros términos, la concreción de los hechos –imputación fáctica- pero además, debe expresarse la calificación jurídica que tales hechos concitan –imputación jurídica- traducida en el señalamiento del tipo en el cual se subsume la conducta, con deducción de todas aquellas circunstancias que la especifican.

**PROCESO PENAL.** Hechos en la sentencia. **JUEZ PENAL.** Facultades

Nuestra legislación acoge el Principio de Congruencia entre la sentencia y la acusación en cuanto a los hechos y al derecho, pero consciente de la natural potestad del juez de aplicar la ley, el órgano legislativo ha acogido el Principio Iura Novit curia al disponer que el Juez tenga la libertad de apartarse de la calificación jurídica expuesta en la acusación, pudiendo inclusive sobrepasar la pretensión punitiva de los acusadores.

**PROCESO PENAL.** Principio de congruencia.

El Principio de congruencia limita la discreción del Tribunal al aplicar el principio iura novit curia al requisito de la previa advertencia de la posible calificación jurídica a atribuirse a los hechos contenidos en la acusación.

**MINISTERIO PÚBLICO.** Funciones de los agentes fiscales

La titularidad del ejercicio de la acción penal pública la ostenta el Ministerio Público, no es menos cierto que la querrela adhesiva adquiere dotes propias al formular su pretensión punitiva que puede diferir de la pretensión punitiva pública, pues de lo contrario vano sería otorgarle participación.

**ACUSACION.** Interpretación.

La norma procesal del art. 400 del CPP, no discrimina la acusación pública de la parte de la particular, por lo que es permisible englobarlas a los efectos de determinar el alcance del término “acusación” empleado en dicho artículo.

**MINISTERIO PÚBLICO.** Carga de la prueba.

No consta la vulneración del principio de congruencia entre la sentencia y acusación, puesto que el Tribunal A Quo ha establecido una condena sobre la base de un tipo legal que ya fue invocado por la querella adhesiva al tiempo de acusar y que sí fue tenido en cuenta ab initio del juicio oral y público, estadio procesal oportuno para la fijación definitiva de los hechos y la aplicación también definitiva del derecho, además de habersele dado a la defensa oportunidad suficiente para refutar los argumentos expuestos tanto por el Ministerio Público como por la querella adhesiva.

Trib. Apel. En lo penal Segunda Sala 09-03-2009. “Osvaldo Vázquez Lesmo y Richard René Martínez Rojas s/ Homicidio Doloso” (A. y S. N° 4)

Previo a la deliberación y votación, el Tribunal convino plantearse el estudio de las siguientes cuestiones:

1. ¿Resulta competente este Tribunal de Apelaciones para resolver el recurso interpuesto?
2. De serlo ¿debe admitirse dicho recurso?
3. Y en tal caso ¿es procedente?

Practicado el sorteo pertinente, resultó el siguiente orden de votación: Dres. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DELIO VERA NAVARRO y ANSELMO AVEIRO MONELLO.

En cuanto a la primera cuestión planteada, el Abog. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ dijo que: No caben dudas respecto de la competencia territorial de este Órgano de Alzada, en virtud de su constitución en la Circunscripción Judicial en que fueron juzgados y condenados los ciudadanos Osvaldo Vázquez Lesmo y Richard René Martínez Rojas, circunstancia ésta llanamente comprobable. Asimismo, procede la deliberación por parte de este Tribunal, en virtud del Art. 40 inc. 1° del Código Procesal Penal que reza: “...*Los tribunales de apelación serán competentes para conocer: 1) de la sustanciación y resolución del recurso de apelación, según las reglas establecidas por este código...*”. ES MI VOTO.

A sus turnos, los Dres. VERA NAVARRO y AVEIRO MONELLO, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, el Abog. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ prosiguió diciendo que: Declarada la competencia de este Tribunal, seguidamente debe decidirse la admisibilidad del recurso de apelación especial planteado por los condenados en la presente causa. Corresponderá la recepción del recurso de apelación especial si se constata el cumplimiento de los presupuestos formales previstos en los artículos 466 y 468 del Código Procesal Penal. El primero de los artículos citados expresa: “...*Objeto. Sólo podrá deducirse el recurso de apelación especial contra las*

*sentencias definitivas dictadas por el juez o el tribunal de sentencia en el juicio oral...".* Los recurrentes emplearon el mecanismo de impugnación adecuado para habilitar la jurisdicción de este Órgano de Alzada.

Por otro lado, analizando el escrito de interposición del recurso obrante en autos, observo que los recurrentes se han presentado dentro del plazo legal previsto en el Art. 468 del C.P.P. y que han procedido a la exposición debidamente fundamentada y por escrito de sus pretensiones, por lo que corresponde admitir el recurso de apelación especial planteado por los condenados Osvaldo Vázquez Lesmo y Richard René Martínez Rojas. **ES MI VOTO.**

A sus turnos, los Dres. VERA NAVARRO y AVEIRO MONELLO, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

Y en cuanto a la tercera cuestión planteada, el Abog. JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ prosiguió diciendo que: Corresponde un breve recuento de las últimas actuaciones acaecidas en la presente causa, a partir de la resolución judicial impugnada, en virtud de la cual el Tribunal A Quo ha resuelto: "...1.- **DECLARAR** la competencia del Tribunal de Sentencia Colegiado... 2.- **DECLARAR** por comprobada la existencia del hecho punible de **HOMICIDIO DOLOSO**. 3.- **DECLARAR** como co-autores del hecho punible de **HOMICIDIO DOLOSO**, a los acusados **OSVALDO VÁZQUEZ LESMO** y **RICHARD RENÉ MARTÍNEZ ROJAS**. 4.- **DECLARAR** la reprochabilidad de la conducta de los acusados... 5.- **CALIFICAR**, la conducta de los acusados... dentro de lo dispuesto en el Artículo 105 incisos 1º y 2º numeral 3; en concordancia con el Artículo 29 inciso 2º, ambos del Código Penal. 6.- **CONDENAR** al acusado **OSVALDO VÁZQUEZ LESMO**... a la pena privativa de libertad de **VEINTE (20) AÑOS**... 7.- **CONDENAR** al acusado **RICHARD RENÉ MARTÍNEZ ROJAS**... a la pena privativa de libertad de **VEINTE (20) AÑOS**... 8.- **MANTENER** la medida cautelar de la Prisión Preventiva... 9.- **OFICIAR**... 10.- **IMPONER**, las costas a los condenados. 11.- **ANOTAR**, registrar..."

**FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA** (fs. 483/494)

La sentencia judicial en estudio se halla fundada en los siguientes términos: "...En cuanto a la existencia del hecho punible de Homicidio en la presente causa... se ha producido la muerte de **OSCAR GERARDO CHIOLA VALLAUD**, no por causas naturales sino por efecto de una actividad provocada por un evento extraño al proceso natural de la vida... Este Tribunal colegiado al realizar la valoración de las pruebas producidas en juicio... en virtud de la sana crítica y la libre convicción, considera que las pruebas producidas son reveladoras y clarificantes, por lo que se inclina a dar valor positivo a las declaraciones de los testigos que han estado en las inmediaciones del lugar donde ha ocurrido el hecho y a la hora que ha ocurrido, como así también al testimonio del personal policial que interrogó a los acusados; en lo que se refiere específicamente al núcleo fáctico sustancial de la causa que nos ocupa... este Tribunal... **CONCLUYE** que se ha acreditado plenamente en juicio la participación en calidad de co autores del hecho punible de **HOMICIDIO DOLOSO**, de los acusados **OSVALDO VÁZQUEZ LESMO** y **RICHARD RENÉ MARTÍNEZ ROJAS**... las conductas de los acusados son típicas, antijurídicas, reprochables y en consecuencia punibles, pues, tampoco existen motivos o argumentos para concluir con alguna causa de exclusión de reproche... Respecto a la conducta de los acusados Osvaldo

Vázquez Lesmo y Richard René Martínez Rojas: el Tribunal ha sopesado las circunstancias del caso, llegando a la conclusión que se trata de un caso de un contenido muy alto del injusto, atendiendo a que los mismos han actuado en forma muy violenta. Además se ha notado que los acusados han intentado deshacerse del vehículo utilizado para cometer el crimen y borrar las evidencias al incinerarlo, lo que señala una actitud negativa frente al derecho. Referente a la intensidad de la energía criminal debemos estimar que para llegar a su objetivo, los acusados actuaron con extrema violencia, al someter a la víctima a graves e innecesarios dolores físicos. En cuanto a la forma de la realización, los medios empleados, los mismos han utilizado un arma blanca, con el cual se produjo la muerte de la víctima; las consecuencias reprochables del hecho y la importancia del daño son graves, ya que han producido la muerte de una persona, así como la conmoción causada en la sociedad. Referente a sus vidas anteriores, los mismos poseen antecedentes penales; en cuanto a la conducta posterior a la realización del hecho; se mantuvieron ocultos por varios años y en ningún momento; desde sus aprehensiones hasta la finalización del juicio han demostrado ningún arrepentimiento, ni intentaron reconciliarse con los familiares de la víctima. Sopesando todos los factores, circunstancias favorables y desfavorables, concluimos que la sanción a ser aplicada a los acusados, es de 20 años de pena privativa de libertad para cada uno, por la ausencia total de respeto hacia los bienes fundamentales de la persona humana, como ser su vida...”.

FUNDAMENTOS DEL CONDENADO RECURSO DE APELACIÓN ESPECIAL INTERPUESTO POR LOS CONDENADOS OSVALDO VÁZQUEZ LESMO Y RICHARD RENÉ MARTÍNEZ (fs. 496/501)

Al fundamentar la apelación especial interpuesta por su parte, los condenados Richard René Martínez y Osvaldo Vázquez Lesmo sostienen cuanto sigue: “...a)- *Violación por el Tribunal de Sentencia del Principio de Congruencia... Nos causa agravio el veredicto arbitrario emitido por el tribunal de sentencia, pues el mismo ha sido dictado en total violación o inobservancia de lo establecido en el art. 400 del CPP., pues en este sentido obra en el expediente el escrito de acusación fiscal, presentado por el Representante del Ministerio Público Abog. Juan Claudio Gaona, en la cual señala en FUNDAMENTOS DE LA ACUSACIÓN: LOS HECHOS RELATADOS SE ENCUADRAN DENTRO DE LAS PREVISIONES DEL ART. 105 INC. 1 DEL CÓDIGO PENAL” y en la CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS: “Esta representación considera que las conductas punibles realizadas por Richard René Martínez y Osvaldo Vázquez Lesmo, deben ser subsumidas dentro de lo que dispone el Art. 105 inc. 1 del C.P. en concordancia con el Art. 29 inc. 2 del mismo cuerpo legal”, (fs. 293 y 294 de autos). EN EL AUTO DE APERTURA A JUICIO ORAL Y PÚBLICO A.I. No. 911 de fecha 23 de mayo del 2007 (Fs. 368 y sgtes.) en la cual en su parte resolutive establece: “CALIFICAR hecho atribuido a los imputados RICHARD RENE MARTINEZ y OSVALDO VAZQUEZ LESMO dentro de las disposiciones del art. 105 inc. 1 del Código Penal en concordancia con el art. 29 del mismo cuerpo legal”. En contrapartida, consecuente con dicha acusación nuestra defensa técnica, como es lógico, estaba fundamentada en todo el transcurso de estas etapas procesales, en defenderse de dicha acusación por el H.P. DE HOMICIDIO DOLOSO O SIMPLE hasta el alegato final... Pero sorpresivamente en la S.D. ahora impugnada el tribunal de Sentencia nos condena a ambos a veinte años (20 años), por un TIPO PENAL*

*DISTINTO A LOS INVOCADOS durante todo el proceso, Tipo Penal de HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO, art. 105 inc. 1 y 2 numeral 3, SIN HABERNOS EN NINGÚN MOMENTO DEL JUICIO ADVERTIRNOS PARA QUE EJERZAMOS NUESTRA DEFENSA POR EL HECHO PUNIBLE DE HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO tal como lo exige el último párrafo del art. 400, causándonos de esta forma el más grande de los agravios al cercenarnos el más sagrado de nuestros derechos, que es el de LA DEFENSA EN JUICIO... La parte acusadora (el fiscal y el querellante) en ningún momento solicitaron una ampliación de la acusación o el cambio de calificación en nuestra contra durante el juicio... Ni en el acta del juicio que relata la secuencia del Juicio Oral, ni mucho menos en la sentencia, consta que el tribunal nos haya advertido que nos defendamos de un eventual cambio de tipo penal de homicidio doloso o simple a doloso agravado, dejándonos en total indefensión... b) VIOLACIÓN POR EL TRIBUNAL DE SENTENCIA DEL PRINCIPIO DE LA DEFENSA EN JUICIO... Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PROCESALES... Al ser erróneamente aplicado el art. 400 del C.P.P. por los fundamentos esgrimidos más arriba se lesiona gravemente el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. En la S.D., impugnada en su parte resolutive, se puede notar que el tribunal al calificar nuestra conducta dentro de lo dispuesto en el art. 105 inc. 1 y 2 numeral 3, DEMUESTRA CLARAMENTE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA entre la sentencia y la acusación... REITERAMOS, que jamás tuvimos la oportunidad de defendernos contra la acusación por el tipo penal de homicidio doloso agravado, por el que sorpresivamente fuimos condenados en la S.D. arbitraria dictada por el tribunal de sentencia...". Los recurrentes invocan el Art. 403 numeral 8 del C.P.P. y peticionan la nulidad de la sentencia y la reposición del Juicio.*

#### POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO (fs. 505)

Al contestar el traslado que le fuera corrido, el Agente Fiscal Abog. Ángel Ramírez manifiesta que: "...En relación a la supuesta incongruencia que existe entre la Sentencia, la Acusación y el Auto de Apertura a Juicio, los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelación podrán darse cuenta que no existe esa incongruencia con la simple lectura de la S.D. N° 127 de fecha 20 de mayo de 2008, la Acusación que fuera presentada por Requerimiento N° 02 de fecha 12 de enero de 2007 y el A.I. N° 911 de fecha 23 de mayo de 2007. Los hechos descriptos tanto en la Acusación, el Auto de Apertura a Juicio y la Sentencia son los mismos no existiendo diferencia en el relato fáctico de los mismos. Asimismo es importante destacar que la calificación que hacen los Jueces Penales de Garantía y/o de la Etapa Intermedia son simplemente provisorios, además el Ministerio Público manifestó desde el inicio del Juicio que probaría la participación de los acusados y la existencia del homicidio doloso, previsto en el art. 105 inc. 2°, numeral 3, 4 y 8 del CP., en concordancia con el Art. 29 inc. 2 del mismo cuerpo legal, o sea que los acusados tenían conocimiento desde el primer momento por que hecho punible estaban siendo juzgados...". El representante del Ministerio Público solicita la confirmación de la sentencia apelada.

### POSICIÓN DE LA QUERRELLA ADHESIVA (fs. 506/508)

Finalmente, el representante convencional de la querrela, Abog. Víctor Ilich Sánchez Cano, contesta el traslado que le fuera corrido en los siguientes términos: “...no existe violación al principio de congruencia esgrimido por la defensa de los acusados, pues los mismos desde un principio han estado en pleno conocimiento de los hechos que se les atribuyen, así como de la calificación legal de los mismos y fueron esos mismos hechos, sin variación alguna los analizados por el Tribunal de Sentencia, los que motivaron su pronunciamiento, pues al tomar en consideración el Art. 105 inc. 1º del C.P. el cual determina el tipo legal (previsto en el Art. 14 inc. 1º num. 2 C.P.), o modelo de conducta que describe un hecho penalmente sancionado (el que mata a otro) a los efectos de su tipificación, y el inciso 2º del Art. 105 del mismo cuerpo legal, determinado por el verbo podrá, lo cual faculta al Tribunal de Sentencia a aumentar la pena en los casos previstos en los numerales 1 al 8 de dicho articulado (previsto igualmente en el Art. 14 inc. 1º num. 3 del C.P.)...”. El abogado de la querrela peticiona la confirmación de la sentencia impugnada.

### ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

Denotadas las posturas de las partes, corresponde decidir la procedencia del recurso de apelación especial interpuesto por los condenados Osvaldo Vázquez Lesmo y Richard René Martínez, quienes fueron enjuiciados y condenados a la pena privativa de libertad de 20 (veinte) años por la comisión del hecho punible de Homicidio Doloso con ensañamiento, previsto en el Art. 105 incisos 1º y 2º numeral 3 del Código Penal que reza: “...Homicidio doloso. 1º El que mata a otro será castigado con pena privativa de libertad de cinco a quince años. 2º La pena podrá ser aumentada hasta veinticinco años cuando el autor... 3. al realizar el hecho sometiera a la víctima a graves e innecesarios dolores físicos o psíquicos, para aumentar su sufrimiento...”.

El precepto rector de la cuestión que nos ocupa resolver se halla inmerso en el Art. 467 del Código Procesal Penal que reza: “...Motivos. El recurso de apelación contra la sentencia definitiva sólo procederá cuando ella se base en la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto legal...”.

Básicamente, los recurrentes alegan que el Tribunal A Quo incurrió en la inobservancia de lo dispuesto en el Art. 400 del C.P.P. que regula el Principio de Congruencia entre la sentencia y la acusación y que establece: “...Sentencia y acusación. La sentencia no podrá dar por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descriptos en la acusación y admitidos en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o del auto de la apertura a juicio, o aplicar sanciones más graves o distintas a las solicitadas. Sin embargo, el imputado no podrá ser condenado en virtud de un tipo penal distinto del invocado en la acusación, su ampliación o en el auto de apertura a juicio y que en ningún momento fue tomado en cuenta durante el juicio. Si el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes advertirá al imputado sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa...”.

El Principio de Congruencia o Consonancia entre la sentencia y la acusación, constituye una de las garantías que orienta el debido proceso y el derecho de defensa y como tal impone que entre tales actos procesales deba existir una adecuada relación y

correspondencia en sus tres aspectos básicos: personal, fáctico y jurídico. La congruencia personal alude a la conformidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere la acusación y aquellos a que se contrae la sentencia. La fáctica, a la identidad entre los hechos, conductas y las circunstancias definidas en la acusación y los que sirven de sustento al fallo. Y, la jurídica, a la correspondencia entre la calificación o juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica que contiene la acusación y la que preside la sentencia.

Las dos primeras (congruencia personal y fáctica) son absolutas, es decir, que los sujetos y los supuestos fácticos de la sentencia deben ser necesariamente los mismos de la acusación. La jurídica, en cambio, es relativa, pues nuestra legislación en materia penal le permite al Juez -por imperio del Principio *Iura novit curia*- condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en la acusación, siempre que pertenezca al mismo género y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor.

Indudablemente considero que la falta de congruencia entre la sentencia y la acusación es un error que afecta al debido proceso, pues, la formulación de la acusación exige, en virtud del Art. 347 del C.P.P., la precisión de la conducta que será objeto del juicio, dicho en otros términos, la concreción de los hechos -imputación fáctica-, pero además, debe expresarse la calificación jurídica que tales hechos concitan -imputación jurídica-, traducida en el señalamiento del tipo en el cual se subsume la conducta, con deducción de todas aquellas circunstancias que la especifican.

Entonces, la sentencia no puede recaer sobre hechos diferentes a los que fueron materia de la acusación, ni desconocer la calificación jurídica predicada en ellos. Podrá el Juzgador a lo sumo, dado el carácter provisional de esta última, concretar definitivamente la adecuación típica del hecho punible pero sin trascender los límites o parámetros impuestos por el núcleo central de la acusación. Dicho en otros términos, el pronunciamiento del Tribunal sentenciante debe versar sobre los cargos elevados en la acusación, absolviendo o condenando por los hechos en ella consignados.

Nuestra legislación acoge el Principio de Congruencia entre la sentencia y la acusación en cuanto a los hechos y al Derecho, pero, consciente de la natural potestad del Juez de aplicar la Ley, el Órgano legislativo ha acogido el Principio *Iura novit curia* al disponer que el Juez tenga la libertad de apartarse de la calificación jurídica expuesta en la acusación, pudiendo inclusive sobrepasar la pretensión punitiva de los acusadores.

Diversos tratadistas han debatido la problemática de la congruencia entre la sentencia y la acusación. Por ejemplo, Clariá Olmedo es partidario de la posición más tradicional, ya que señala que “...*la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud el principio iura curia novit...*”. En el mismo sentido se pronuncia Vélez Mariconde, al afirmar que la facultad de dar al hecho una calificación jurídica distinta no representa una violación del derecho de defensa. Los acompaña Creus, quien sostiene que “...*el principio de congruencia refiere a los ‘hechos’ no a su calificación jurídica...*”.

Sin embargo, la aplicación del principio *Iura novit curia* sólo resulta legítima en la medida en que se respete el principio de congruencia entre acusación y sentencia y las exigencias derivadas del derecho de defensa. El principio de congruencia entonces exige, por un lado, que el Tribunal de Sentencia no se exceda de los hechos contenidos en la acusación -o en su posible ampliación durante el debate- en caso de dictar sentencia condenatoria. Por otro lado, el principio de congruencia limita la discreción del Tribunal al aplicar el principio *iura novit curia* al requisito de la previa advertencia de la posible calificación jurídica a atribuirse a los hechos contenidos en la acusación.

En efecto, la calificación o calificaciones jurídicas integran la acusación y, por ende, constituyen un límite para el Tribunal al momento de dictar sentencia condenatoria, límite que deriva de dos exigencias del derecho de defensa: a) el derecho a que se le comunique previa y detalladamente el contenido de la imputación y b) el derecho a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (Art. 17 inc. 7° de la Constitución Nacional).

En consecuencia, en el supuesto de que la posibilidad de aplicar una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación surja durante el juicio, es ineludible que el acusado y su representación tomen razón de ello.

En el caso concreto, el Tribunal A Quo ha calificado el hecho ilícito atribuido a los condenados conforme al Art. 105 incisos 1° y 2° numeral 3 del Código Penal, apartándose ciertamente de la acusación fiscal y del auto de apertura a juicio, que sólo contemplan el primer inciso del Art. 105 como calificación jurídica. Sin embargo, amén de la acusación fiscal, obra en autos la acusación presentada por la querrela adhesiva, en la cual expresamente se halla consignada, a modo de precepto jurídico aplicable, la norma contenida en el Art. 105 incisos 1° y 2° numerales 3, 4 y 8 del Código Penal. Ambas acusaciones han sido admitidas en virtud del A.I. N° 911 de fecha 23 de mayo de 2007, el cual fue debidamente leído al inicio del Juicio Oral y Público, conforme consta a fs. 476 vlto. de autos.

Entonces, en puridad, el Tribunal A Quo ha respetado el panorama acusatorio del caso, pues si bien la titularidad del ejercicio de la acción penal pública la ostenta el Ministerio Público, no es menos cierto que la querrela adhesiva adquiere dotes propias al formular su pretensión punitiva que puede diferir de la pretensión punitiva pública, pues de lo contrario vano sería otorgarle participación. La norma procesal por su parte, no discrimina la acusación pública de la particular, por lo que es permisible englobarlas a los efectos de determinar el alcance del término “acusación” empleado en el referido Art. 400 del C.P.P.

Allende de lo expuesto, es preciso considerar que tanto el Ministerio Público como la querrela adhesiva han exteriorizado desde el inicio del Juicio su intención de probar la comisión del hecho punible de Homicidio Doloso agravado, lo cual consta en el Acta del Juicio en la parte que reza: “...son convocadas las partes a presentar sus alegatos iniciales: La Fiscalía manifiesta que probará la participación de los acusados y la existencia del hecho de homicidio doloso, previsto en el Art. 105 inciso 2° Numerales 3, 4 y 8 del Código Penal... La Querrela manifiesta que también indicia a los acusados por el hecho punible de homicidio... Intentará demostrar el grado de participación de los acusados en el Art. 29 inciso 2° del Código Penal y Artículo 105 inciso 2°, numerales 3, 4 y

*8 del mismo cuerpo legal...”. Dicha intención persistió en la etapa de alegatos finales, lo cual también consta en el Acta del Juicio en la parte que reza: “...El Representante de la querrela, luego de relatar el presupuesto fáctico, manifiesta entre otras cosas: “...se ha demostrado a cabalidad la coautoría de los acusados en el hecho de homicidio doloso agravado... La representante del Ministerio manifiesta que... se ha comprobado la hipótesis del Ministerio Público...solicita que la conducta de los acusados sean incursadas dentro de lo que dispone el Artículo 105 inciso 2º numerales 3, 4 y 8 del Código Penal... solicita que los acusados sean condenados a la pena privativa de libertad de 25 años para cada uno...”.*

Entonces, no es cierto que la calificación jurídica resuelta por el Tribunal A Quo jamás fue tenida en cuenta durante el Juicio, máxime cuando en el Acta del Juicio consta que ellos y sus representantes conocieron el petitorio final de los acusadores y que lo han refutado en ejercicio de sus derechos procesales (fs. 480/481 de autos), por lo que tampoco es cierto el hecho de que los recurrentes no hayan tenido oportunidad suficiente para preparar su defensa.

Finalmente, demás está decir que cualquier calificación jurídica que se efectúe hasta antes del pronunciamiento definitivo del Juzgador es meramente provisorio, pues la calificación jurídica definitiva sobrevendrá de la determinación también definitiva de los hechos objeto de enjuiciamiento que, en este caso, ocurrió en el Juicio Oral y Público.

En conclusión, la inobservancia del precepto procesal contenido en el Art. 400 del C.P.P. no se halla acreditada, es decir, no consta la vulneración del Principio de Congruencia entre sentencia y acusación, puesto que el Tribunal A Quo ha establecido una condena sobre la base de un tipo legal que ya fue invocado por la querrela adhesiva al tiempo de acusar y que sí fue tenido en cuenta *ab initio* del Juicio Oral y Público, estadio procesal oportuno para la fijación definitiva de los hechos y la aplicación también definitiva del Derecho, además de habersele dado a la defensa oportunidad suficiente para refutar los argumentos expuestos tanto por el Ministerio Público como por la querrela adhesiva. Por tanto, el recurso de apelación especial interpuesto por los condenados Osvaldo Vázquez Lesmo y Richard René Martínez no procede, situación ésta que trae aparejada la ratificación de la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal de Sentencia. Las costas procesales deben ser soportadas por los condenados, en virtud de lo dispuesto en el Art. 269 del C.P.P. ES MI VOTO.

A sus turnos, los Dres. VERA NAVARRO y AVEIRO MONELLO, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

Concluida la deliberación y realizadas las votaciones, se dio por terminada la Sesión Deliberativa de los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala, quienes refrendaron el presente Acuerdo, consignándose así la Sentencia que inmediatamente sigue:

**RESUELVE:** DECLARAR la competencia de este Tribunal de Apelaciones para entender en la presente causa. ADMITIR el recurso de apelación especial interpuesto por los condenados Osvaldo Vázquez Lesmo y Richard René Martínez. CONFIRMAR la sentencia apelada. IMPONER las costas a la perdidosa. -ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Delio Vera Navarro, José Agustín Fernández, Anselmo Aveiro. Ante mí: Blanca Ramírez, Actuaría*

--°--

**SENTENCIA.** Sentencia absolutoria. Sobreseimiento definitivo.

El efecto más relevante del sobreseimiento definitivo es la imposibilidad concluyente de poder seguir con la persecución penal, desvinculando totalmente al imputado de la relación procesal, por lo que muchos autores a este tipo de sobreseimiento lo equiparan a una sentencia absolutoria, produciendo los efectos de cosa juzgada, razón por la cual el hecho delictivo investigado no pudiera ser perseguido posteriormente.

**SENTENCIA.** Sentencia absolutoria. Sobreseimiento definitivo.

Sumamente prematuro sería emitir el sobreseimiento definitivo cuando existen elementos de convicción que pueden arrojar datos acerca de la materialización del injusto penal y la conjunción de indicios suficientes para decidir con lógica y fundada probabilidad la supuesta e hipotética participación de los incoados en un ilícito de investigación, puesto que el sobreseimiento definitivo, como una forma de conclusión del procedimiento y por las causales de naturaleza sustanciales previstas en la ley, necesita de estados de convicción de certeza, o de duda insuperable.

**SENTENCIA.** Sobreseimiento provisorio.

Nuestro Código Procesal Penal establece que cuando exista la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba que posibiliten que se elimine la situación de duda, dando lugar a una probabilidad sobre la culpabilidad del imputado, de modo que podría resultar procedente requerir la apertura a juicio, no procede el sobreseimiento definitivo sino el sobreseimiento provisional.

**SENTENCIA.** Sobreseimiento provisorio.

En el caso resulta equivocado afirmar certeza sobre la procedencia de la aplicación del inc. 2º del art. 359, del CPP, cuando claramente el Ministerio Público argumenta que aún existen diligencias pendientes de realización, no existiendo así lo que en doctrina se conoce como incertidumbre insuperable, como para que resulte procedente el sobreseimiento definitivo, pues existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba que puedan establecer un nexo vinculatorio entre el hecho reputado criminoso y el imputado.

Trib. Apel. En lo penal Segunda Sala 10-06-2009. “Mario Héctor Pastore Bareiro s/ Apropiación y otro” (A. I. N° 113)

Asunción, 10 de mayo de 2009.-

VISTO: El recurso de apelación general interpuesto por el Agente Fiscal Abog. Miguel A. Vera Zarza, contra el A.I. N° 115 de fecha 24 de febrero de 2009, emanado del Juzgado Penal de Garantías N° 6 de esta Capital, a cargo del Juez Penal Abog. Pedro Mayor Martínez y obrante a fs. 387 bis/393 de autos, y

CONSIDERANDO:

En cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto que: Las condiciones de tiempo y forma de interposición previstas en los artículos 461 y 462 del C.P.P. se han cumplido, por lo que corresponde admitir la apelación general interpuesta a los efectos de determinar la procedencia de la cuestión planteada por el recurrente.

Y en cuanto a la procedencia de la apelación general planteada que: En virtud del auto interlocutorio impugnado, el A Quo ha resuelto: "...1) *HACER LUGAR al planteamiento de sobreseimiento definitivo formulado por el Abog. Guillermo José Duarte Cacavelos... por la defensa del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro en el marco de la presente causa y en consecuencia corresponde disponer el sobreseimiento definitivo del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro... ello en el marco de la presente causa que se le sigue por la supuesta comisión de los hechos punibles de apropiación, estafa y producción mediata de documentos públicos de contenido falso establecidos en los arts. 160, 187 y 251 del Código Penal, con la expresa mención de que la formación de la presente causa no afecta su buen nombre y reputación.* 2) *DISPONER el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas en el marco de la presente causa que pesan sobre Mario Héctor Pastore Bareiro...* 3) *COSTAS en el orden causado.* 4) *LIBRAR los oficios correspondientes.* 5) *CONVOCAR a las partes...* 6) *ANOTAR, registrar...*".

El A Quo decretó el Sobreseimiento Definitivo del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro, en virtud de la siguiente fundamentación: "...el Ministerio Público ha solicitado el sobreseimiento provisional del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro sobre la base de que se encontraría pendiente de brindarle suficientemente de la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa mediante la declaración indagatoria. Por otro lado, el representante de la defensa técnica del imputado en cuestión ha planteado el sobreseimiento definitivo sobre la base de la inexistencia de hecho punible alguno conforme a las previsiones contenidas en el art. 359 inc. 1º del C.P.P.... Es dable destacar que esta Magistratura al momento de la celebración de la audiencia preliminar se encontró imposibilitada de determinar con precisión los hechos por los que eventualmente debería de abrirse la causa a juicio conforme a lo dispuesto en el art. 363 del C.P.P., como consecuencia de las diferencias e imprecisiones expresadas por el representante del Ministerio Público interviniente... Los hechos justiciables que hacen a la presente causa se basan exclusivamente en la relación existente entre el imputado Mario Héctor Pastore Bareiro y el Abog. Eduardo Livieres Guggiari, denunciante, las cuales hacen referencia a la supuesta comisión del hecho punible de apropiación por parte del primero, ello al momento de instrumentar la Escritura N°.: 23 pasada ante el Escribano José María Livieres Guggiari con respecto a la transferencia de un inmueble ubicado en el Chaco, individualizado como Finca N°.: 1.205, en cuyo acto el denunciado supuestamente habría vendido su parte del condominio a la firma NATIVO S.A. En dicha ocasión, es decir al momento de la firma de la Escritura Pública correspondiente, le habría sido entregado a Mario Héctor Pastore Bareiro en pago del precio dos cheques gerencia con cargo INTERBANCO S.A. a la orden del mismo por valores diferentes. Según lo expuesto por el Ministerio Público uno de los cheques correspondía al monto exacto supuestamente pactado con el Escribano José María Livieres Guggiari, establecido para pactar el pago de honorarios por los trabajos realizados. Oportunidad en la cual Mario Héctor Pastore

*Bareiro habría procedido a completar de su puño y letra la leyenda “páguese a la orden de José María Livieres”, ello sin estampar su firma. Posteriormente, una vez que se percataron de tal situación le habrían exigido al mismo estampe su firma para de esta manera completar el endoso efectuado, y de esta manera viabilizar la efectivización de dicha suma, a lo que Mario Héctor Pastore Bareiro finalmente habría accedido. Finalmente, conforme a lo expuesto por el Ministerio Público el imputado habría denunciado con posterioridad dicho cheque como extraviado. En este punto al parecer de esta Magistratura resulta pertinente estudiar a esta altura del procedimiento penal los hechos atribuidos... a los efectos de establecer si ellos reunirían los elementos constitutivos de los tipos penales... Con respecto al primero de ellos... APROPIACIÓN... al imputado Mario Héctor Pastore Bareiro en caso de que considerásemos como su conducta inmersa dentro de lo preceptuado en la norma... se le estaría atribuyendo el hecho de no haber dispuesto de parte de su patrimonio a favor de una persona determinada (denunciante), lo que a criterio de esta Magistratura devendría un sin sentido, puesto que el cheque cuya transferencia fue pretendida le correspondía enteramente a la persona a la que fue librada la orden de pago, en este caso a Mario Héctor Pastore Bareiro, por lo que mal podría considerarse que el mismo se apropió de algo que en primer término le pertenece y como tal se encuentran establecidas en su favor amplias facultades de disposición. Por lo tanto encontrándose establecidas en su favor amplias facultades de disposición, este podría decidir cuándo, la forma y mediante qué bienes de su propiedad satisfacer eventuales obligaciones contractuales pactadas, las cuales en su defecto o en caso de incumplimiento se tratarían eminentemente de cuestiones que escaparían a la jurisdicción penal y serían exigibles civilmente mediante el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, puesto que en modo alguno el no pago de obligaciones contraídas o el incumplimiento de cláusulas contractuales de pago establecidas entre las partes, podrían ser consideradas relevantes y suficientes para excitar la jurisdicción penal... Razones por las cuales a criterio de este Juzgado no se encontrarían reunidos en su conjunto en modo alguno los elementos constitutivos del tipo penal de apropiación, por lo que procederá a referirse al tipo penal de estafa... Sobre el punto y tratándose igualmente de un tipo penal de naturaleza y contenido eminentemente patrimonial, corresponde referir que los denunciante independientemente al presente procedimiento penal aún cuentan con las vías procesales adecuadas para satisfacer sus pretensiones en cuanto a los honorarios profesionales correspondientes... Específicamente con respecto al tipo penal de estafa a criterio de esta judicatura en modo alguno ni tan siquiera podría considerarse como mínimamente configurado, puesto que no ha sido acreditado suficientemente el perjuicio patrimonial sufrido por el denunciante, ya que a lo sumo en su favor se trataron de derechos en expectativa, cobro de honorarios y otros, que en ningún momento pasaron a formar efectivamente parte integrante de su patrimonio, y por lo tanto mediante la supuesta manifestación falsa atribuida, no haber endosado el cheque, no se le habría hecho disponer de parte de su patrimonio, ya que como se ha expresado con dicha operación no se encontró comprometido en modo alguno su patrimonio, tan solo una eventual posibilidad de incrementarlo el cual aún sería viable puesto que se hallaría aún expedita para su reclamo ante la jurisdicción competente... Por último, con respecto al tipo penal contenido en el art. 251 del Código Penal... la conducta atribuida al imputado de*

*haberse presentado en sede INTERBANCO S.A. y completado un formulario en el cual hizo referencia a una circunstancia que no coincidirían con la realidad, en modo alguno podría ser considerada como la descripta en la norma... En otras palabras, independientemente a la incorporación de la declaración indagatoria del imputado, pretendida por el Ministerio Público, esta Magistratura observa que no se podría hacer variar la situación en uno u otro sentido con respecto al mismo... por lo que esta Magistratura una vez analizadas las constancias obrantes en autos, las manifestaciones vertidas por las partes durante el desarrollo de la audiencia preliminar así como los diferentes planteamientos formulados por ellas, considera que no encuentra mérito suficiente para proceder a un mayor debate sobre ellos ante un tribunal de sentencia en el contradictorio propiamente dicho... ya que a todas luces surge que nos encontraríamos ante hechos que a lo sumo serían de naturaleza eminentemente civil y por lo tanto exigibles exclusivamente por esta vía... En lo que respecta a las costas procesales, al parecer de esta Magistratura corresponde que las mismas sean soportadas por su orden conforme a lo preceptuado en los arts. 192 y sgtes. del C.P.C....”.* -

Al fundamentar la apelación general interpuesta por su parte, el Agente Fiscal recurrente sostiene cuanto sigue: “...A. Error in procedendo... En este punto, se puede afirmar dos cuestiones: 1) El juez, excluye el análisis y omite la fundamentación en su decisión judicial de lo que le fue planteado. Es decir, del sobreseimiento provisional basado en la necesidad de cumplir con la declaración indagatoria, observando este Ministerio Público las formas indicadas por la Constitución Nacional – Art. 16 - y el Código Procesal Penal y; 2) El Juez, analiza y fundamenta en su decisión judicial, una cuestión que no sólo no le está permitido, sino que además nadie planteó la acusación, lo cual en su caso, habría justificado al menos la incorrecta conducta del Juez, en violación al principio de congruencia – Ultra Petita... El Juez, afirma que la indagatoria, no podrá hacer variar la situación del imputado. Acerca de esto y de la conclusión rebuscada del Juez, recordamos que nadie planteó tal situación, por lo que resulta improcedente el pronunciamiento judicial acerca de este tema. Más parece la búsqueda de un argumento para una SENTENCIA DEFINITIVA, como si fuera que el Juez desea integrar un Tribunal de Sentencia y no un Juzgado Penal de Garantías... El Juez, no analiza la cuestión planteada por el Ministerio Público. Es decir, no formula ninguna fundamentación, ni exposición en relación a la falta de declaración indagatoria en violación al artículo 350 del C.P.P. y a los artículos 84 al 96 del mismo cuerpo legal y la necesaria observancia de este elemental paso para poder el ministerio público concluir la etapa preparatoria en el marco de sus facultades... En base a lo dicho, el agravio causado por esta resolución se determina en la privación al Ministerio Público de su deber legal exclusivo de promover y concluir la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, cumpliendo las normas y disposiciones constitucionales y procesales que le son exigidas para el desarrollo de sus actos de investigación y formulación de requerimientos... El requerimiento de sobreseimiento provisional, se sustenta en la necesidad – INSUSTITUIBLE - de dar cumplimiento a la declaración indagatoria de Mario Héctor Pastore Bareiro en relación a la ampliación de la imputación por el supuesto hecho punible de Estafa. No se trata aquí de pretender atribuir a la declaración indagatoria, el carácter de una prueba o acto de

investigación, sino, la de cumplir con una actuación reglada por la Constitución Nacional y las leyes y que no tiene una vía sustituta y, cuya inobservancia acarrearía la nulidad de cualquier pretensión del Ministerio Público... el sobreseimiento provisional constituye la vía procesal válida para cumplir lo indicado en los Arts. 84 al 96 del C.P.P. y, luego de cumplido esto, recién formular o no acusación por uno o más hechos punibles. Es en este punto donde se ilustra el agravio que causa la resolución impugnada, es aquí donde queda patente la privación del derecho al Ministerio Público de ejercer la Acción Penal Pública en todo su desarrollo procesal y de formular el requerimiento, sin riesgos de nulidades absolutas... el A-quo valoró e ignoró los elementos de convicción obrantes en el cuaderno de investigación y a consecuencia de dicha omisión llega a afirmar equivocadamente la ausencia de declaración falsa en la conducta del imputado. El A-quo no aplica convenientemente los conceptos de declaración falsa en el sentido de que el Abogado Eduardo Livieres hizo entrega del cheque cargo Interbanco por la suma de dólares americanos veintiún mil setecientos veinticinco (U\$S 21.725) a Mario Héctor Pastore Bareiro, en la inteligencia de que éste lo endosaría y lo devolvería al día siguiente, hecho tal que nunca aconteció... Asimismo, el A-quo parcialmente analizó la estructura de los hechos punibles de apropiación (Art. 160 del C.P.) estafa (Art. 187 del C.P.) y producción mediata de documentos públicos de contenido falso (Art. 251 del C.P.), el juzgador no ha desmenuzado cada uno de los elementos de la estructura del hecho punible doloso de acción de los tipos legales, mas bien trata de realizar una explicación de los mismos, careciendo de argumentos jurídicos, ya que no analiza los elementos objetivos y subjetivos de cada tipo legal, conforme lo establece la dogmática penal. Un problema grave de contradicción con el contenido probatorio de los documentos surge de la conclusión del A-quo de que no existe perjuicio cuando consta que Mario Héctor Pastore Bareiro se apropió de la referida orden de pago que le había entregado el Abogado Eduardo Livieres, ya que con este acto, se frustra que el mencionado letrado y el Escribano José Maria Livieres obtengan la incorporación a su patrimonio de la prestación por la cual se realizó el pago, en el tiempo correcto. De esta hipótesis errada, el A-quo construye en forma endeble una supuesta inexistencia de la tipicidad de los hechos punibles investigados por esta Fiscalía, del nexo causal entre la declaración falsa causante del error en la víctima y entre la disposición patrimonial realizada por ésta y probada en la etapa preparatoria y el perjuicio patrimonial que se afirma existe y es irreversible... Consideramos que el Juez se apresuró al dictar la resolución hoy recurrida de sobreseimiento definitivo, sin permitir a esta Fiscalía la posibilidad de incorporar la declaración indagatoria y presentar la petición que corresponda... B. Error in Indicando: 1. Por Error de Facto: falsedad de la premisa menor del silogismo judicial (conclusión errónea sobre los hechos como consecuencia de la valoración de las reglas de la sana crítica y el error en la estructura lógica interna del razonamiento)... 2. Por Error in Iure: Violación de las garantías de legalidad y tipicidad. Criterio parcialista de interpretación... El A-quo apreció erróneamente los hechos y la decisión resulta equivocada por haberse apreciado y encuadrado mal los hechos demostrados en la Audiencia Preliminar. Por tanto, como consecuencia de este error de valoración probatoria, el A-quo construye una premisa fáctica falsa que le lleva a extraer una conclusión errónea por error in indicando, en el sentido de afirmar que no existió declaración falsa previa. de las probanzas citadas

*observadas armónicamente surge que se realizó dicha declaración falsa previa en el momento en que el Abogado Eduardo Livieres hace entrega del cheque mencionado precedentemente al imputado Mario Hector Pastore Bareiro, en su creencia de que éste lo endosaría y lo devolvería al mismo. Por tanto es imposible que no pueda considerarse probada la existencia de este elemento objetivo típico de la estafa... En conclusión resulta que de la correcta aplicación del Art. 187, resultaría la aprehensión de Mario Héctor Pastore Bareiro, hoy no gozaría de un sobreseimiento definitivo y la tipicidad objetiva y subjetiva de su conducta y la verificación a su respecto de los presupuestos de la punibilidad previstos en la ley... reparación procesal... Esta Fiscalía afirma que el A-quo no puede ingresar al estudio de cuestiones propias de un juicio oral, privativas de un Tribunal de Sentencia, por lo que la solución propuesta es la del sobreseimiento provisional. Por la injusticia del fallo consideramos que es procedente su anulación con el fin de hacer justicia a las víctimas. Igualmente, existiendo motivos de nulidad puestos a consideración del honorable Tribunal de Apelaciones, se pretende que el mismo anule el Auto Interlocutorio impugnado...”.*

Por su parte, al contestar el traslado que le fuera corrido, el Abog. Guillermo Duarte Cacavelos, quien ejerce la defensa técnica del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro, sostiene la improcedencia del recurso de apelación general, manifestando que: *“...claramente el juzgado ha expuesto que independientemente a la incorporación de la declaración indagatoria del imputado, pretendida por el Ministerio Público como fundamento del Sobreseimiento Provisional, el juez consideró que la incorporación de la declaración indagatoria, efectivamente realizada, no podría hacer variar la situación en uno u otro sentido con respecto al mismo, y adicionó a estos argumentos que el representante del órgano acusador no pudo ni tan siquiera controvertir mínimamente el planteamiento formulado por el representante de la defensa de forma tal como para ameritar el hecho de activar el mecanismo de control vertical mediante la aplicación de lo dispuesto en el art. 358 del C.P.P.... el A-quo no se refirió a la “Falta de Declaración Indagatoria” en razón a que la misma fue prestada por el Dr. Mario Héctor Pastore en oportunidad de la Audiencia Preliminar, es decir no se dio en autos el obstáculo señalado por el Ministerio Público como para poder formular acusación, y pese a ello de manera hasta cobarde el Agente Fiscal se refugió en una supuesta ausencia de éste acto, para ratificarse en la Solicitud de Sobreseimiento Provisional... se debe advertir que el apelante tampoco ha especificado cuales son los hechos erróneamente establecidos por el A-quo, que lo habrían llevado a concluir equivocadamente, lo cual es comprensible pues los hechos fueron aprehendidos correctamente por el juzgador... Independientemente de que el vicio alegado en autos no se da, olvida el apelante que si la “declaración falsa” que pretende atribuir al Dr. Mario Héctor Pastore se dio en el momento en que Eduardo Livieres hace entrega del cheque, tropieza con el problema de la constatación de cual fue la disposición patrimonial ocurrida luego de esa declaración falsa, que no existe, pues lo único que Eduardo Livieres puede considerar erogación es el servicio prestado, pero que fue antes de la supuesta “Declaración falsa”... Entonces, es evidente que de uno u otro modo los hechos investigados por el Agente Fiscal son atípicos, y no pueden ser*

*considerados delitos conforme a las normas penales analizadas correctamente por el A-quo...*". El abogado defensor peticiona la conformación del auto interlocutorio impugnado. Denotadas las posturas de las partes, este Tribunal debe decidir la procedencia del recurso de apelación general interpuesto por el Agente Fiscal Abog. Miguel Vera Zarza. Preliminarmente, llamamos a las partes a que mantengan la cortesía y el buen trato, dado que ciertas palabras empleadas por los mismos en sus escritos tienden a quebrantar la cordialidad que debe regir en cualquier relación procesal, aún ante su naturaleza controversial.

Básicamente, el A Quo ha decretado el sobreseimiento definitivo del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro, invocando el Art. 359 inc. 2º del C.P.P. que establece: "*...sobreseimiento definitivo. Corresponderá el sobreseimiento definitivo... 2) cuando, a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y sea imposible requerir fundadamente la apertura a juicio...*". Sin embargo, la extensa parte analítica de la resolución recurrida contiene argumentos que se inclinan más bien a demostrar la atipicidad de la conducta atribuida al imputado, por lo que a *prima facie* nos encontramos con una incongruencia procesal.

El representante del Ministerio Público se siente agraviado por la resolución impugnada, dado que no se compeadece con su requerimiento conclusivo, cual es el sobreseimiento provisional del imputado, fundado en la incorporación de la declaración indagatoria del mismo, en virtud de lo dispuesto en el Art. 350 del C.P.P. y atendiendo a la ampliación de la Imputación fiscal obrante a fs. 293 de autos.

Afirma el recurrente que el A Quo se ha pronunciado *extra petita* al decretar el sobreseimiento definitivo del imputado, lo cual no es cierto, puesto que dicha resolución ha sido dictada sobre la base de un planteamiento formulado por la defensa técnica del imputado. También sostiene que el A Quo no puede abocarse a la valoración de los elementos de convicción para resolver la desvinculación procesal del imputado, dado que ello es tarea privativa del Tribunal de Sentencia en el Juicio Oral y Público. Al respecto, este Órgano de Alzada ha sentado el criterio de que el Juez Penal de Garantías tiene suficiente competencia para resolver el sobreseimiento definitivo del imputado en cualquier estadio procesal previo al Juicio, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 359 del C.P.P.

También refiere el recurrente que el A Quo le ha restringido el ejercicio de la acción penal pública en razón de vedarle la posibilidad de fundar su requerimiento conclusivo definitivo con la inclusión de la declaración indagatoria del imputado. En efecto, si bien se ha desarrollado la fase de investigación, que es precisamente la que tiene por objeto buscar, recoger y seleccionar el material que servirá para fundar o no la acusación del fiscal y preparar la defensa del imputado, consideramos que esta fase del proceso es demasiado prematura para concluir que no es posible fundamentar la acusación y mucho menos para lograr el estado cognitivo de certeza de que los hechos punibles no han existido o de que el imputado no ha participado en la comisión de los mismos, puesto que de una valoración integral de los elementos de convicción recabados hasta el momento, no es posible disipar la duda existente y la posición asumida por el titular de la acción penal pública busca revertir este estado de duda hacia un sentido definitivo, es decir, va en búsqueda de la verdad, presupuesto éste esencial en virtud de lo dispuesto en el Art. 172 del C.P.P.

Entonces, ante este estado de incertidumbre, decretar el sobreseimiento definitivo sería adelantarse a una etapa cuya realización aún se reputa razonable, y por otra parte, se estaría cerrando precozmente el procedimiento. En el proceso penal se agota y se patentiza un esfuerzo que lo estimula y lo impulsa incesantemente desde su comienzo hasta la decisión última. Para lograr este objetivo se requiere una serie de múltiples y variadas actuaciones encaminadas todas a recoger y a presentar los elementos que sirven para reconstruir la historia de los hechos a fin de que la hipótesis de la imputación se concrete como hecho comprobado o se evapore y desaparezca en el vacío como hipótesis falsa, atendiendo además que el efecto más relevante del sobreseimiento definitivo es la imposibilidad concluyente de poder seguir con la persecución penal, desvinculando totalmente al imputado de la relación procesal, por lo que muchos autores a este tipo de sobreseimiento lo equiparan a una sentencia absolutoria, produciendo los efectos de cosa juzgada, razón por la cual el hecho delictivo investigado no pudiera ser perseguido posteriormente.

Por consiguiente, sumamente prematuro sería emitir el sobreseimiento definitivo cuando existen elementos de convicción que pueden arrojar datos acerca de la materialización del injusto penal y la conjunción de indicios suficientes para decidir con lógica y fundada probabilidad la supuesta e hipotética participación del incoado en los ilícitos investigados, puesto que el sobreseimiento definitivo, como una forma de conclusión del procedimiento y por las causales previstas en la Ley, necesita de estados de convicción, de certeza, o de duda insuperable. Con esta aclaración, el Juez debe, sobre la base de los elementos de convicción, plantearse si ellos arrojan esa certeza necesaria o si no desvirtúan el estado de duda insuperable.

En el caso concreto, no puede arribarse al estado intelectual de certeza que posibilite el dictado de un sobreseimiento definitivo, ni de probabilidad positiva que habilite el dictado de una elevación a juicio. Dicho de otro modo, en esta hipótesis, no se tiene la convicción de la inocencia del imputado y no puede sobreseérselo, y tampoco se estima como muy probable su culpabilidad porque no hay indicios vehementes que justifiquen la apertura a juicio y, puesto que esa situación dudosa (donde hay elementos insuficientes que afirman la culpabilidad) exige proseguir la investigación, se vuelve procedente el dictado de un sobreseimiento provisional.

Concluyendo, el recurso de apelación general interpuesto por el Agente Fiscal Abog. Miguel Vera Zarza es procedente, debiendo revocarse el auto apelado y en consecuencia, corresponde decretar el sobreseimiento provisional del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro, exhortando al representante del Ministerio Público a que proceda a la incorporación del elemento de convicción señalado en el requerimiento obrante a fs. 347/348 de autos, en la brevedad posible.

Ante la ausencia de temeridad o mala fe en las actuaciones de las partes, salvo la llamada de atención señalada *ut supra*, las costas procesales deben ser impuestas en el orden causado. Es la opinión del Miembro Abog. José Agustín Fernández, compartida por los Conjueces.

POR TANTO, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala,

RESUELVE: ADMITIR el recurso de apelación general interpuesto por el Agente Fiscal Abog. Miguel Vera Zarza. REVOCAR el auto apelado, y en consecuencia, DECRETAR el sobreseimiento provisional del imputado Mario Héctor Pastore Bareiro, de conformidad con los argumentos expuestos en el considerando de la presente resolución. IMPONER las costas en el orden causado. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Ministros: Delia Vera Navarro, Anselmo Aveiro, José Agustín Fernández. Ante mí: Blanca Ramírez. Actuaría Judicial.*

--°--

## **TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL**

**MAGISTRADO.** Facultades del magistrado.

Los jueces tienen que dar cumplimiento estricto al principio de congruencia por el cual los órganos jurisdiccionales tienen el deber de declarar íntegramente el derecho de todas las partes litigantes, concediendo o denegando únicamente lo que ha sido objeto de petición, sin conceder lo que no se pidió o más de lo que se pidió.

**PRESUNCION DE FALLECIMIENTO.** Prueba.

En un juicio de presunción de fallecimiento el Juez debe fijar el día presuntivo del fallecimiento pues a partir de él comenzarán a surtir efectos, con respecto a los herederos y legatarios del presunto fallecido, todos los derechos que le pudieren corresponder. Al no configurarse resulta una sentencia incongruente del tipo citrapetita que provoca la nulidad de la misma.

**PRESUNCION DE FALLECIMIENTO.** Requisitos.

La presunción de fallecimiento de una persona, en casos ordinarios, solamente puede ser declarada cuando concurren los siguientes requisitos o condiciones. 1) la desaparición o ausencia de la persona 2) el último domicilio o residencia conocido 3) incertidumbre de su existencia por falta de noticias y 4) plazo de cuatro años, contado desde la última información que se ha tenido de la misma.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 22-06-2009. “Virginia Cáceres s/ Presunción de Fallecimiento” (Ac. y Sent. N° 26)

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

**CUESTIONES:**

Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado DR. MARCOS RIERA HUNTER, VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ y OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: La parte recurrente (Defensoría de Pobres y Ausentes) desistió expresamente del recurso de nulidad interpuesto. No obstante, dicho recurso debe ser analizado de oficio por el Tribunal no solamente por aludir a cuestiones de orden público (particularmente en este juicio de declaración de fallecimiento presunto), sino, además, por hallarse contenido tácitamente en el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 405 del CPC.

Como esta Magistratura ha declarado en numerosos precedentes jurisprudenciales, los Jueces tienen que dar cumplimiento estricto al principio de congruencia por el cual los órganos jurisdiccionales tienen el deber de declarar íntegramente el derecho de todas las partes litigantes, concediendo o denegando (según el caso) Únicamente lo que ha sido objeto de petición, sin conceder lo que no se pidió o más de lo que se pidió. Las

resoluciones citrapetitas, extrapetitas, o ultrapetitas infringen el principio de congruencia y adolecen de vicio de nulidad, de conformidad con el artículo 15, inc. "b", del CPC.

En el caso en estudio, advierte la Magistratura que el Juzgado de Primera Instancia ha incurrido en una incongruencia citrapetita por cuanto que no ha declarado integralmente el derecho conforme lo exigido expresamente por la ley. En efecto, el artículo 70 del C.C., dispone que "Ejecutoriada la sentencia que fije el día presuntivo del fallecimiento, el Juez pondrá en posesión provisional de los bienes del desaparecido a los herederos y legatarios que la hayan solicitado, previo inventario y fianza...". Del texto legal que ha sido transcrito se desprende sin posibilidad de discusión que en la sentencia respectiva el Juez debe fijar "el día presuntivo del fallecimiento", lo cual refiere Moreno Ruffinelli, "reviste la mayor importancia", pues a partir de él comenzarán a surtir efectos con respecto a los herederos y legatarios del presunto fallecido. Todos los derechos que le pudieran corresponder" (JOSE A. MORENO RUFFINELLI, DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, PERSONAS, INTERCONTINENTAL EDITORA, Asunción, 2005, pag. 387). En la especie, tal pronunciamiento relevante no ha sido dictado por el Juzgado de Primera Instancia configurándose, por consiguiente, una sentencia incongruente del tipo citrapetita que provoca la nulidad del fallo así dictado.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal declare la nulidad de la sentencia en grado de alzada por corresponder así en Derecho. Las costas al Juez por imperio del artículo 408 del CPC. ASI VOTO

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS VALENTINA NUNEZ GONZÁLEZ y OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: Dada la forma como ha sido resuelta la primera cuestión planteada, se hace innecesario el estudio de la segunda cuestión planteada (recurso de apelación).

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIO DICIENDO: Habiéndose declarado la nulidad de la sentencia en alzada, corresponde que el Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 del CPC, resuelva la cuestión de fondo y, en consecuencia, dicte la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de nulidad.

De las constancias de estos autos surge que el Sr. Julio Belotto Cáceres, por sus propios derechos y con patrocinio de abogado, promovió juicio por presunción de fallecimiento de su hermana Virginia Cáceres en razón, según expresa en el escrito inicial, de que la misma se encuentra desaparecida de su último domicilio conocido, Caaguazú, desde el año 1985/1990, sin tener noticias de ella y sin tener conocimiento de su paradero a pesar de la búsqueda intensa que se hiciera en todo el País. Acredita su legitimación (hermano de la presunta fallecida) con los documentos o certificados pertinentes e invoca como fundamento de la pretensión la norma del artículo 64 del Código Civil, solicitando que, previos los trámites de rigor, se dicte resolución declarando la presunción de fallecimiento de Virginia Cáceres a los efectos legales pertinentes.

A pedido de la Defensoría de Pobres y Ausentes, el Juzgado dispuso la información sumaria respectiva a fin de acreditar el último domicilio de la presunta fallecida, produciéndose las declaraciones de Smilce Yudis de Noceda y Rafaela Balbuena quienes depusieron conforme e! interrogatorio de fs. 21, que fue luego ampliado a fs. 23 de autos, dictándose, finalmente, el auto interlocutorio de fs. 25 por el cual el Juzgado resolvió "Aprobar la información sumaria de testigos rendida en autos y en consecuencia declarar que el último domicilio conocido de la Sra. Virginia Cáceres, fue en la ciudad de Caaguazú, hasta hace aproximadamente 20 años atrás", Previo informe del Registro de Poderes, del cual no surge que la presunta fallecida haya otorgado poder alguno, y previa publicación de los edictos de ley, conforme los artículos 140 y sptes. del CPC, el Juzgado dio intervención a la Defensoría de Pobres y Ausentes que contestó la demanda en los términos del escrito de fs. 44 de autos; señalando que se atenderá a las pruebas a ser producidas en este juicio.

Abierto el periodo de pruebas, no se produjeron más probanzas que las instrumentales ya ofrecidas, razón por la cual, previo informe del actuario a fs. 50, vlta. de autos, el Juzgado dispuso la entrega de los autos a las partes para que aleguen de bien probado, hallándose agregados los alegatos de la parte accionante y del Ministerio Público a fs. 52 y 54, respectivamente, no así el de la Defensoría de Pobres y Ausentes. Finalmente, el Juzgado llamó autos para resolver por providencia de fecha 27 de abril del 2006 (fs. 53, vlta.) que quedó firme.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.C. la presunción de fallecimiento de una persona, en casos ordinarios, solamente puede ser declarada cuando concurren los siguientes requisitos o condiciones: 1) La desaparición o ausencia de la persona; 2) El último domicilio o residencia conocido; 3) Incertidumbre de su existencia por falta de noticias, y 4) Plazo de cuatro años, contado desde la última información que se ha tenido de la misma.

En el caso de autos se han producido algunas pruebas relacionadas con el presunto fallecimiento de la Sra. Virginia Cáceres.

Así, por ejemplo, la información sumaria de testigos que ha sido rendida por Smilce Yudis de Noceda y Rafaela Balbuena a fs. 21 de autos; quienes manifestaron que desde aproximadamente 20 años (las declaraciones se efectuaron en el año 2004) no tienen noticias de Virginia Cáceres y que "según sus familiares viajó a la República Argentina, pero nunca más supieron de la misma". Dichas declaraciones, salvo en lo que concierne al viaje a la Argentina, han sido ratificadas en esta instancia de alzada por la Sra. Rafaela Balbuena (fs.82) con motivo de la declaración de la misma dispuesta por el Tribunal en carácter de medida ordenatoria. En tal oportunidad la testigo manifestó que "sabe y le consta que la Srta. Virginia Cáceres está desaparecida, aproximadamente desde el año 1986/1987". Agregó, igualmente que desde ese año ya no la ve más y que tenía (la desaparecida) su domicilio en la ciudad de

Caaguazú, y que vivía con su madre, pero que luego del fallecimiento de éste, Virginia Cáceres, que era muy joven, 16 años, fue llevada por su gente. A todo lo dicho debe agregarse que el último domicilio de la presunta fallecida fue fijado en la ciudad de Caaguazú por auto de fs. 25 y, además que el Tribunal, en carácter de medida ordenatoria,

dispuso se libre oficio a la Dirección de Migraciones a fin de que informe si Virginia Cáceres ha salido o no del Paraguay con rumbo a la Argentina u otro País en los últimos 20 años (la medida fue ordenada en el año 2007). En respuesta a la medida ordenatoria la Dirección de Migraciones informó al Tribunal que "la ciudadana Virginia Cáceres, paraguaya, nacida en fecha 09/10/1968, no registra entrada ni salida del País por los Puestos de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional "Silvio Pettirosi", Aeropuerto Internacional "Guaraní", Puerto Falcón, Ciudad del Este, Encarnación, Pedro Juan Caballero...", señalando, igualmente, que faltan datos correspondientes a los archivos extraviados desde el 5/10/05 al 31/01/07" del Puesto de Control de Pedro Juan Caballero.

No obstante, la Magistratura estima que los elementos probatorios que se han producido en este juicio resultan notoriamente insuficientes como para concluir la presunción de fallecimiento de Virginia Cáceres.

En efecto, en primer lugar, es necesario destacar que la parte accionante ha producido solamente las declaraciones testificales de dos testigos, Smilce Yudis de Noceda y Rafaela Balbuena, pero solamente esta última ha declarado compareciendo personalmente ante la Magistratura Judicial, el Tribunal de Apelación, por vía de una medida ordenatoria. Por otra parte, llama la atención la testigo Smilce de Noceda, que tiene su domicilio en la ciudad de Luque, haya podido ofrecer información de una persona que tenía su último domicilio conocido en la ciudad de Caaguazú. Las declaraciones de la Sra. Rafaela Balbuena, además, no resultan muy coincidentes por cuanto que en la información sumaria de fs. 21 manifestó que "según sus familiares viajó a la República Argentina", en tanto que en esta instancia, en la declaración de fs. 82. Vlt., manifestó que "no le consta que Virginia Cáceres haya viajado a la Argentina pero sí sabe que su gente o su familia la llevó a otro lado porque quedó sola y era joven". Las afirmaciones de los testigos de que "hace aproximadamente 20 años que no tienen noticias de la misma", y de que tienen conocimiento de lo declarado "porque nunca más la vieron desde aquel tiempo y por manifestaciones de sus propios parientes", no resultan persuasivas ni convincentes puesto que el conocimiento por referencias de terceras personas carece de valor probatorio y, por otra parte, por cuanto que el mero hecho de sostener que "no tienen noticias de la misma" constituye una afirmación que puede ser formulada por cualquier persona. Para que tal afirmación pueda tener una connotación probatoria es necesario acreditar un relacionamiento más o menos frecuente con la persona ausente o desaparecida, extremo que solamente fue medianamente cumplido por la Sra. Rafaela Balbuena quien manifestó en esta instancia que "conoció a la Srta. Virginia Cáceres aproximadamente en el año 1986 porque visitaba a su tía Manuela Balbuena quien vivía cerca de la casa de la Srta. Cáceres", aunque aclaró que no tenía trato frecuente con ella pero que la veía de tanto en tanto (fs.82).

En cuanto a las publicaciones efectuadas (edictos), si bien se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la ley, no deja de tener razón la Defensoría de que por lo menos uno de los periódicos (Correo Comercial) no haya podido llegar a conocimiento de la ausente, en la ciudad de Caaguazú, por ser de difusión limitada.

Pero, sin perjuicio de lo antes expuesto, fundamentalmente, lo que no permite admitir como viable la pretensión de la parte accionante se funda en dos circunstancias específicas.

Por una parte, no se ha efectuado en este juicio ningún esfuerzo probatorio para acreditar que se han realizado intentos serios para ubicar el paradero de la persona ausente o desaparecida, extremo esencial para la procedencia de acciones de esta naturaleza por cuanto que, como resulta obvio, si los parientes o familiares no han desarrollado mecanismos diversos para la búsqueda de la persona mal podrían concluir ni pretender la declaración de desaparición con presunción de fallecimiento. Sobre el punto refiere Moreno Ruffinelli que "Debe igualmente probarse la fecha de la última noticia que se haya tenido del ausente; también serán indispensables las probanzas que demuestren de una manera fehaciente los esfuerzos que se han hecho para intentar ubicar a la persona. A este respecto, Morello insiste en que estas investigaciones deben ser serias" (AUTOR CITADO, op. cit., pag. 385).

Por otra parte, tampoco se ha intentado acreditar o determinar el día presuntivo del fallecimiento de la persona fallecida, requisito necesario, como se dijo antes, por tener estrecha y directa relación con los derechos de los herederos y legatarios. Sobre el punto, refiere Moreno Ruffinelli que el Código Civil no establece las pautas o criterios que deben ser tenidos en cuenta para la fijación del día presuntivo del fallecimiento, razón por la cual, dice, "La omisión para los casos ordinarios de la fijación del día presuntivo de fallecimiento nos obliga a establecer como tal el último día del que se haya tenido noticias ciertas del presunto fallecido, tal como lo preceptuaba el Código Argentino en su artículo 111" (AUTOR CITADO, op-cit. pag. 387). Pues bien: el día presuntivo del fallecimiento de Virginia Cáceres, y más específicamente, conforme la doctrina del tratadista citado, el último día del que se hayan tenido noticias ciertas de la presunta fallecida, no ha sido probado en modo alguno en estos autos. Como se dijo, ni siquiera se han ofrecido pruebas destinadas a acreditar dicho extremo. Desde el momento en que no se puede determinar el día presuntivo del fallecimiento, no es posible declararlo en la sentencia definitiva, como lo exige expresamente el artículo 70 del Código Civil, y ello, a su vez, constituye un claro impedimento legal para hacer lugar a la acción de fallecimiento presunto en los casos de personas desaparecidas o ausentes.

En consecuencia, no hallándose acreditados los presupuestos legales, corresponde rechazar la demanda promovida por el Sr. Julio Belotto Cáceres sobre presunción de fallecimiento de Virginia Cáceres, por improcedente. Las costas deben ser impuestas en el orden causado atendiendo a la naturaleza de la representación ejercida por la Defensoría de Pobres y Ausentes y el Ministerio Público.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ y OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

**RESUELVE:** DECLARAR la nulidad de la sentencia en alzada, con costas al Juez. RECHAZAR la demanda promovida por el Sr. Julio Belotto Cáceres sobre presunción de fallecimiento de Virginia Cáceres, por improcedente. IMPONER las costas en el orden causado. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez González. Ante mi: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario.*

--°--

**CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.** Recurribilidad

La resolución que se pronuncia sobre el incidente de caducidad de la instancia, sea declarando o desestimando el pedido de caducidad, es recurrible de tal modo que en la Alzada dichos recursos sean tramitados y finalmente resueltos conforme a Derecho, confirmando o revocando la decisión objeto de impugnación.

**CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.** Recurribilidad

Si solamente la resolución que declara la caducidad de la instancia es recurrible (norma producto de la interpretación del texto del artículo 178 del CPC), un simple razonamiento “a-contrario sensu” conduce a la elaboración de una norma tácita prohibitiva por al cual se establece implícitamente que la resolución que rechaza la caducidad no es apelable, o lo que es lo mismo, se prohíbe (no se permite) interponer el recurso de apelación contra el auto que desestima el pedido de caducidad de la instancia.

**CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.** Recurribilidad

La resolución que rechaza la caducidad debe ser impugnada por quién se considere afectado por vía de reposición de conformidad con el artículo 390 del CPC que impone dicha vía recursiva no sólo contra providencias de mero trámite, sino también contra autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable, como ocurre con la resolución que resuelve desestimar el pedido de caducidad de la instancia, aún cuando a dicho pedido, en el presente caso, se le haya dado trámite incidental, ya que esta situación no modifica la figura o los efectos procesales.

**CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.** Recurribilidad

Las resoluciones que recaigan sobre la caducidad son apelables y por tanto, el recurso ha sido bien concedido, permitiendo la doble instancia sobre todo.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 12-03-2009. “Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios c/ Pedro Nolasco Cárdenas Fleitas s/ Preparación de Acción Ejecutiva” (A. I. N° 78)

Asunción, 12 de marzo de 2009.-

VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el Ab. Edgar Luis Rolón sosa, en reparación del Sr. Pedro Nolasco Cárdenas Fleitas, contra el A.I. N° 1035 del 12 de julio de 2005, dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno, y;

**CONSIDERANDO**

QUE por la mencionada resolución la a-quo había dispuesto: "NO HACER LUGAR al pedido de caducidad de la instancia en los autos caratulados: “CAJA DE

JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS c/ PEDRO NOLASCO CARDENAS FLEITAS S/ PREPARACIÓN DE ACCION EJECUTIVA” por improcedente. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

CUESTION PREVIA – OPINION DEL DR. MARCOS REIRA HUNTER: Antes que nada, corresponde que el Tribunal, en ejercicio de facultades que le son propias, determine si los recursos interpuestos han sido correctamente concedidos.

En términos generales, puede afirmarse que la jurisprudencia nacional ha considerado invariablemente que la resolución que se pronuncia sobre el incidente de conducida de la instancia, sea declarado o desestimando el pedido de caducidad es recurrible de tal modo que en la Alzada dichos recursos sean tramitados y finalmente resueltos conforme a Derecho, confirmado o revocado la decisión objeto de impugnación.

No obstante, un análisis jurídico más severo y, fundamentalmente, sistemático de los textos legales del Código Procesal Civil en materia de caducidad de la instancia arroja una conclusión distinta a la que, hasta hoy, viene declarando la jurisprudencia nacional, en el sentido de que la única resolución recurrible es la que declara la caducidad de la instancia, pero no la que desestima.

En efecto, el artículo 172 del CPC dispone que “Se operará la caducidad de la instancia...”, el artículo 174 establece que “La caducidad se opera de derecho...”, el artículo 175 preceptúa “La caducidad será declarada de oficio o a petición de parte...”, el artículo 176 determina “No se producirá la caducidad...”, el artículo 177 dispone “La caducidad se operará también contra el Estado...”, y el artículo 179 del mismo cuerpo procesal establece que “La caducidad operada en primera instancia no extingue la acción...La caducidad opera operada en instancias superiores acuerda fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida...La caducidad de la instancia principal comprende...Operada la caducidad, la demanda se tiene por inexistente...”

Del contexto normativo que ha sido esquematizado precedentemente surge con claridad que lo que se regula en tales disposiciones es la declaración de la caducidad de la instancia que, obviamente, se formaliza a través del auto interlocutorio respectivo.

Es en este contexto normativo en el cual debe darse al artículo 178 del CPC la interpretación correcta, entendiéndose por “interpretar” el acto científico y razonable de atribuir a las palabras de la ley un sentido, un alcance y un significado, constituyendo, precisamente, ese sentido, *alcance* y *significado*, la norma jurídica que se traduce o se manifiesta a través de las palabras de la ley ya que “texto legal” y “norma jurídica” no son conceptos equivalentes o intercambiables.

El artículo 178 del CPC dispone textualmente. “La resolución sobre la caducidad será apelable. En tercera instancia será susceptible de reposición”.

Pues bien: se estima que la expresión lingüístico “La resolución sobre la caducidad” no puede ser interpretada en un sentido amplio o lato al punto de comprender o incluir en dicho enunciado tanto a la resolución que declara la caducidad de la instancia, como también a aquella que la rechaza o desestima. Se estima que el citado texto legal debe ser interpretado en sentido estricto, vale decir, entendiéndose que la ley al referirse a la resolución sobre la caducidad está aludiendo solamente a “la resolución que declara la caducidad”.

Ello es así por las siguientes razones:

1) Porque, como se dijo antes, todo el contexto normativo de la materia tratada alude a la caducidad de la instancia como figura procesal que provoca la terminación de los procesos, de la misma manera que el desistimiento, el allanamiento de los juicios.

2) Porque si la ley hubiera querido otorgar el carácter de la recurribilidad a la resolución que admite la caducidad de la instancia como también a aquella que la desestima, no tendría sentido ni finalidad práctica la norma del artículo 178 del CPC (que alude a “la resolución sobre la caducidad”) puesto que bastaría con el silencio de la ley para poder entender que tanto la resolución que declara la caducidad como aquella que la desestima son recurribles por aplicación del principio general legislado en el artículo 395 del CPC.

3) Porque debe tenerse en cuenta que solamente el auto que declara la caducidad de la instancia es susceptible de ocasionar agravios ya que pone fin al proceso (resolución con fuerza de sentencia definitiva), pero no el auto que desestima el pedido de caducidad.

4) Porque con un criterio análogo se interpreta la norma del Art. 77 del CPC que dispone: “La resolución del Juez que deniegue la intervención será apelable...”, disposición que restringe la recurribilidad solamente al auto que deniegue el pedido de intervención del tercero, no extendiéndose dicha recurribilidad al auto que la admite precisamente porque tal determinación (al igual que el auto que rechaza el pedido de caducidad) no ocasiona agravios que justifiquen la interposición de recursos ante la Alzada.

Así, pues, el enunciado del artículo 178 del CPC que dice “le resolución sobre la caducidad será apelable”, debe interpretarse, conforme los fundamentos antes expresados, como “Solamente la resolución que declara la caducidad será apelable...”.

En consecuencia, si solamente la resolución que declara la caducidad de la instancia es recurrible (norma producto de la interpretación del texto del artículo 178 del CPC), un simple razonamiento “a-contrario sensu” conduce a la elaboración de una norma táctica prohibida por la cual se establece implícitamente que la resolución que rechaza la caducidad no es apelable, o, lo que es lo mismo, se prohíbe (no se permite) interponer el recurso de apelación contra el auto que desestima el pedido de caducidad de la instancia. La construcción de esta norma prohibitiva tácita es posible porque a consecuencia de la interpretación sistemática del artículo 178 del CPC (con los argumentos que sostienen la interpretación) se elabora una norma jurídica procesal que contiene el adverbio de cantidad, o cuantificador lógico, “solamente”, condición suficiente y necesaria para permitir el razonamiento a-contrario sensu en forma válida.

A partir de este momento, todo el razonamiento judicial transita por medio de un simple razonamiento silogístico o deductivo. Si la norma jurídica procesal tácita que se desprende de la interpretación sistemática del texto del artículo 178 del CPC y del argumento a-contrario prohíbe o no permite la apelabilidad de la resolución judicial que rechaza la caducidad de la instancia (premisa mayor), y si el auto que hoy se encuentra en grado de alzada ante este Tribunal rechaza la caducidad de la instancia (premisa menor), la

conclusión lógica, necesario y forzosa que se obtiene es que se prohíbe o no se permite la apelación del auto que hoy se encuentra en grado de Alzada ante el Tribunal.

La resolución que rechaza la caducidad debe ser impugnada por quien se considere afectado por vía de reposición de conformidad con el artículo 390 del CPC que impone dicha vía recursiva no sólo contra providencias de mero trámite, sino también contras los autos interlocutorios que no causan gravamen irreparable, como ocurre con la resolución que resuelve desestimar el pedido de caducidad de la instancia; aún cuando a dicho pedido, en el presente caso, se le haya dado trámite incidental, ya que esta situación no modifica la figura o los efectos procesales.

Atendiendo a lo dicho, el Juzgado de Primera Instancia debió haber denegado los recursos que han sido interpuestos contra el mismo. Al no haber procedido de la manera que ha sido indicada y, antes bien, al haber concedido dichos recursos, corresponde que el Tribunal los declare mal concedidos y disponga, consiguientemente, la devolución de los autos al Juzgado de origen.

En cuanto a las costas, en este caso particular se estima justo imponerlas en el orden causado atendiendo a que la cuestión ha exigido una interpretación que ha conducido a una conclusión contraria a la que hasta la fecha viene sosteniendo la jurisprudencia nacional.

**CUESTION PREVIA – OPINION DEL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS:** En el caso en estudio y planteada la cuestión previa, como facultad del Tribunal de analizar y estudiar si los recursos han sido bien concedidos.

Este Conjuez, disiente con su distinguido colega preopinante en cuanto las consideraciones de las vertidas como cuestión previa en el análisis de los recursos interpuestos y en dicho sentido considera en cuanto al primer apartado de la resolución en cuestión, por la cual se rechaza el pedido de caducidad de instancia por su improcedencia, que el Código Procesal Civil en su artículo 178, al referirse a la resolución que recaiga o resuelve el pedido o incidente de caducidad, dice: “La resolución que recaiga sobre la caducidad será apelable. En tercera Instancia será susceptible de reposición.

Este Conjuez ha venido sosteniendo en resoluciones anteriores, que la disposición contenida en el artículo del C.P.C. citado precedentemente, no distingue, o mejor dicho, no hace distinción alguna a los efectos de considerar recurrible o no el pronunciamiento del Juzgado según éste, haya sido por el rechazo o por la admisibilidad de la caducidad de instancia.

El Profesor Dr. Casco Pagano, en su conocida obra del Código Procesal Civil Comentado y Concordado, página 329, Tomo I, señala al comentar el artículo 178, sobre la apelabilidad: “Cualquiera sea el sentido del pronunciamiento judicial declarado o no la caducidad de la instancia será susceptible de apelación.”. Es cierto que los tratadistas argentinos en su mayoría y en especial Palacio en su tratado de Derecho Procesal Civil, hacen distinción para la recurribilidad, según el fallo sea por el rechazo o la admisión de la caducidad, conforme al Código de rito argentino (CPN) Art. 317, en su primer párrafo prescribe que “la resolución sobre caducidad solo será apelable cuando esta fuere declarada procedente”, considerando que, en caso de rechazo no es recurrible. Agregando que en lo

que concierne a instancias superiores: “En segunda o ulterior instancia, la resolución solo será susceptible de reposición, si hubiese sido dictada de oficio.

También es verdad que, nuestra legislación comparada. Pero también es cierto que, nuestra legislación procesal, es totalmente distinta (artículos 178 y 174 CPC). Nuestra normativa, no admite la purga de la caducidad de instancia por actividades posteriores de las partes y se opera de puro de derecho. Rige desde el mismo momento en que se produjo y no podrá ser convalidada por la actividad posterior de las partes.

Lo expuesto precedentemente, a más del texto claro de la ley en los artículos 174, 178 del CPC ya citados, permite concluir que la resolución del a-quo, en cualquiera de los sentidos que se hubiese pronunciado, según su criterio único, puede causar agravios a cualquiera de las partes, por lo que, este Conjuez, es de parecer que las resoluciones que recaigan sobre la caducidad son apelables y por lo tanto, el recurso ha sido bien concedido, permitiendo la doble instancia sobre todo, como este caso, cuando se hace presente la duda.

Con respecto a las cuestiones apuntadas más arriba, las mismas serán objeto de análisis posteriormente a la opinión de los demás miembros de este Tribunal, respecto de la cuestión de la cuestión previa.

**EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ:** el recurrente ha desistido expresamente de este recurso. Por otra parte, no se observan en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal por lo que corresponde declarar desierto el recurso.

**OPINION DEL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS:** manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

**EN CUANTO AL RECURSO DE APELACIÓN – OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ:** se agravia el recurrente por el rechazo del planteamiento de caducidad, sosteniendo que la A-quo resolvió teniendo solamente en cuenta el informe de la Actuaría, obrante a fs. 46 vlto. Donde señala que: “en el presente juicio se ha dictado al S.D. N° 438 de fecha 22 de mayo del 200.” Sin considerar que la misma había declarado de oficio la nulidad de las actuaciones realizadas en estos autos, desde la providencia de fecha 25 de abril de 2003 (fs. 26 vlto.) hasta fs. 38, que comprende la sentencia definitiva N° 438 del 22 de mayo de 2003. Desde la fecha de la resolución que anulaba todas esas actuaciones a la presentación del pedido de caducidad, habían transcurrido el plazo previsto por la ley para que se produzca la misma, por lo que solicita la revocatoria de la resolución recurrida.

Corrido traslado a la otra parte, por A.I. N° 308 de fecha 12 de julio de 2006, se dio por decaído el derecho que dejó de usar la Ab. Mirta Dávalos Montiel representante legal de la parte actora, disponiendo el Tribunal que la instancia siga su curso según su estado.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio, se observa que efectivamente la A-quo dictó el A.I. N° 2676 de fecha 26 de diciembre de 2003, disponiendo la nulidad de oficio de las actuaciones desde la providencia de fecha 25 de abril de 2003 (fs. 26 vlto.) en adelante hasta al fs. 38 que antecede, todo ello de conformidad a las consideraciones

expuestas en el exordio de la presente resolución. CORRER TRASLADO a la parte actora de la excepción de pago parcial opuesta por la demanda en fecha 26 de febrero de 2003 (fs. 14/15). NOTIFIQUESE por cédula a las partes. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Habiéndose declarado la nulidad de todo lo actuado de fs. 26 a 38 de autos, es nula también la S.D. N° 439 de fecha 22 de mayo del 2003, al cual se refiere la Actuaría en el informe que sirve de base al rechazo de la caducidad de instancia, por consiguiente, habiendo transcurrido desde la fecha de dictamiento del auto interlocutorio que decretaba la nulidad al pedido de caducidad de instancia, opuesto en fecha 8 de julio de 2005, el plazo de seis meses previstos en la ley para que se produzca la caducidad, corresponde revocar la resolución recurrida y hacer lugar a la caducidad solicitada, con imposición de costas a la parte perdedora.

OPINION DEL MAGISTRASO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: manifiesta que se adhiere a la opinión vertida por la Magistrada Valentina Núñez González, por compartir sus mismos fundamentos.

POR LO TANTO, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

RESUELVE: DECLARAR desierto el recurso de nulidad. REVOCAR, con costas, la resolución recurrida. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Oscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter y Valentina Núñez González. Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario*

--°--

### **REGULACION DE HONORARIOS.** Negociaciones.

Si bien la ley arancelaria protege y resguarda a los abogados y procuradores estableciendo garantías básicas, tampoco se puede objetar que éstos puedan negociar sobre sus propios derechos porque de todas formas, la remisión de deuda, la renuncia de derechos o la concesión de prórrogas y plazos, también es posible siempre de que los negociadores sean sus titulares.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 06-04-2009. “Regulación de honorarios profesionales del Abog. Luis Gauto Tani y Juan O. Modiga en SMB c/ IPS s/ cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes” (A. I. N° 133)

Asunción, 6 de abril de 2009.-

VISTOS: los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 1758 dictado el 18 de noviembre de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Undécimo Turno, y;

### **CONSIDERANDO**

RECURSO DE NULIDAD Ante pedido de los Abogados LUIS GAUTO TANI Y JUAN O. MODIGA, el A quo, por A.I. N° 1758 del 18 de noviembre de 2004 (fs. 11), fijó dichos honorarios en Gs. 232.132.210 y Gs. 116.066.105 respectivamente, para los

abogados Juan O. Módica como procurador y Luís Gauto Tani en calidad de patrocinante. Por A.I. N° 1927 del 20 de diciembre de 2004, en complementación del primer interlocutorio, se agregó, por vía de aclaratoria, la suma de Gs. 34.819.830 en concepto de IVA.

El A quo ha tomado como base inicial de cálculo el monto de la condena de pago, esto es, Gs. 2.418.043.859, con la reducción al 80% por aplicación del inc. b) del art. 26 de la Ley N° 1376/88 y además, los artículos 21, 25, 32 arriba a las sumas referidas.

Contra la decisión judicial, se alzan los peticionantes y el representante convencional del Sanatorio Migone Battilana S.A. (fs. 19) oponiendo recursos de nulidad y apelación. Tanto una como otra parte, no fundamentan el recurso de nulidad, razón por la que se tiene, en virtud a lo dispuesto en el art. 419 CPC, dar desierto ambos recursos de nulidad.

**OPINION DEL MAGISTRADO GERARDO BAEZ MAIOLA RECURSO DE APELACIÓN DE LOS ABOGADOS GAUTO TANI Y MODICA** Dos son los cuestionamiento:

1° Que el A quo ha aplicado erróneamente la disminución del monto en un 80% por “allanamiento primero y acuerdo de parte posteriormente”. Sostienen los recurrentes que dicha norma legal no obliga disminuir cuando por sentencia firme la suma resulta inmodificable aun por voluntad de partes.

2° El A quo no adicionó al capital los intereses (13%) al calcular los honorarios.

En consecuencia, piden retasar en Gs. 471.564.768/ 314.376.512 + 157.188.256.

**APELACION DEL Abog. / Troche Robbiani** Sostiene que el monto base de cálculo no puede superar el 75% de la suma de Gs. 1.649.009.457, por cuya razón, sostiene que corresponde regular los honorarios del Abog. patrocinante Gs. 20.612.619 y Gs. 10.306.310 para el profesional que actuó como procurador.

Estas son las dos posiciones que debe decidirse en esta Alzada.

A - En primer lugar hay que tener presente que por S.D. N° 993 del 3 de diciembre de 2002 (fs. 563/570 vta), resolución que se halla firme, se condenó al IPS al pago de Gs. 1.386.280.859...por los servicios impagos de atención a pacientes derivados por el mismo a las Unidades de Terapia Intensiva de la parte actora, más sus correspondientes intereses a razón del 2, 75 % dos coma setenta y cinco por ciento) mensual desde el vencimiento del plazo en que debió abonarse cada uno de los servicios que conforman el reclamo y hasta la fecha del pago efectivo de la obligación.(sic).

Es de notar que el Abog. Hugo A. Hermosa Fleitas interpuso de apelación (fs. 574) desistido a fs. 577.

A f. 578, las partes, bajo patrocinio de respectivos abogados, presentan “...acuerdo de pagos de intereses y pedir su homologación” (sic) cuyas cláusulas, sintetizadas, dicen:

1° Reconocimiento de deuda Gs. 1.649.009.457 compuesta por saldo deudor e intereses correspondientes (Gs. 1.244.672.135).

2° El Sanatorio Migone Battilana S.A. incluyendo a sus representantes convencionales, Abog. Gauto Tani y Módica “...asumen de su cuenta y cargo el pago de todos los costos, costas y demás accesorios que corresponden a sus abogados, liberando expresamente al IPS las costas del juicio que fuera condenado en los términos de la S.D. N°

846... Consecuentemente, también el Instituto de Previsión Social a través de su representante legal manifiesta y acepta la imposición de las costas en el orden causado...” (sic, f. 578).

3° El IPS se impone como “plazo máximo” de pago el 20 de abril de 2.003.

4° En prueba de conformidad de lo acordado precedentemente, suscriben el presente escrito el Dr. Cecilio Cano Flores, Presidente del Consejo de IPS y el Dr. Oscar Raúl García Espínola y Dr. Miguel Ángel Martínez Yaryes en su carácter de Presidente en ejercicio y Director, respectivamente, el Sanatorio Migone Battilana S.A. (sic).

A f 574, el Abog. Juan O. Módicta en base a dicho acuerdo ha solicitado al Tribunal, Primera Sala según A.I. N° 264 del 16 de junio de 2003 (f 580).

Por A.I. N° 1251 del 27 de agosto de 2004 (f. 613) el acuerdo es homologado.

B. En segundo lugar, hay que tener presente que los representantes convencionales del Sanatorio Migone Battilana S.A. han participado en la negociación entre las partes con posterioridad a la sentencia y en este aspecto, no solamente han tenido conocimiento de la misma sino también han negociado sobre sus propios intereses derivados del ejercicio de la profesión de abogados. En este sentido, si bien la ley arancelaria protege y resguarda a los abogados y procuradores estableciendo garantías básicas, tampoco se puede objetar que éstos puedan negociar sobre sus propios derechos porque de todas formas, la remisión de deuda, la renuncia de derechos o la concesión de prórrogas y plazos, también es posible siempre de que los negociadores sean sus titulares.

En cuanto a la objeción respecto a la aplicación de la reducción a 80% del monto base de cálculo, tampoco puede ser reparada extemporáneamente por esta vía.

De acuerdo a lo expuesto, se puede señalar dos circunstancias a modo de comentario:

1° Que en el acuerdo homologado se ha establecido plazo para el pago de capital pero sin determinación al que corresponde a intereses. De todas, formas, desligada el IPS de la obligación respecto a las costas de los peticionantes Módicta y Gauto Tani, la obligación de pago quedó a cargo del Sanatorio Migone S.A.

2° Desde mi óptica, desde el momento que se estableció la carga de los honorarios con sus detalles, bastaba presentar el pedido a la parte obligada por el acuerdo.

Solamente ante la negativa, se tendría que proceder al reclamo judicial.

Así también, las partes, no objetaron el porcentaje aplicado por él A quo, pues reclamaron sólo el monto en concepto de honorarios, han aceptado la petición en regulación y teniendo en cuenta los detalles que individualiza al sub examine, corresponde justipreciar en Gs. 249.195.621 los honorarios del patrocinante Juan O. Módicta más el diez por ciento en concepto de IVA y en Gs. 124.597.810 para el procurador Luis Gauto Tani, también con la adición señalada.

**OPINION DEL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS;** manifiesta que se adhiere a la opinión del Magistrado Gerardo Báez Maiola por compartir sus mismos fundamentos.

**OPINION EN DISIDENCIA DEL DR. ARNALDO MATÍNEZ PRIETO:** Se discute aquí la retasa de los honorarios regulados a favor de los Abogs. Luis Gauto Tani y Juan O. Módicta. La retasa se ha pedido tanto en más como en menos, por lo que este

Tribunal puede, a tenor del art. 420 del Cód. Proc. Civ., decidir en cualquiera de ambos sentidos.

En primer término debemos estudiar el monto base. El artículo 26 inc. a) establece que lo constituye el monto de la condena pecuniaria. Por S.D. N° 993 de fecha 3 de diciembre de 2002 el inferior condenó a la demandada al pago de la suma de G. 1.386.280.859. Posteriormente las partes arribaron a un acuerdo respecto de la cancelación de dicha deuda por la suma de G. 1.649.009.457, el cual fue homologado por A.I. N° 1251 de fecha 27 de agosto de 2004 y su aclaratoria A.I. N° 1357 de fecha 13 de septiembre de 2004. Tenemos entonces que es esta última suma la que debe tomarse como base para el justiprecio de los honorarios y no la que solicitan los solicitantes de los honorarios, ya que es respecto de esta última suma que existe un pronunciamiento del órgano.

Establecido el monto base pasaremos al estudio de los porcentajes aplicados. Atendiendo al elevado monto base, corresponde aplicar los porcentajes mínimos establecidos en el art. 32 de la ley arancelaria en un 5% para el patrocinante y 2,5 % para el procurador. En cuanto a la aplicación del 75% por el inferior el mismo no corresponde ya que el juicio ha llegado a su término a través de una sentencia definitiva. En artículo 26 inc. b) contempla aplicación de dicho porcentaje cuando el juicio llega a su fin por un modo distinto de la sentencia definitiva, es decir, cuando el pleito culmina por un modo anormal. El acuerdo al que arribaron las partes es justamente respecto de la sentencia definitiva, es decir, sobre el pago de la condena y costas establecidas en ella, por lo que en este caso en particular dicha normativa citada no se aplica. Tenemos entonces que aplicando los porcentajes establecidos supra para el procurador y patrocinante nos da la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS GUARANÍES (G. 82.450.472) para el patrocinante, Abog. Luís Gauto Tani y la suma de CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS GUARANÍES (G. 41.225.236) para el procurador, Abog. Juan O. Módiga.

En cumplimiento de la Acordada N° 337, de fecha veinticuatro de noviembre de 2004, dictada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, debe adicionarse el importe del Impuesto al Valor Agregado – IVA -, que de conformidad con la legislación tributaria vigente en el tema, la ley 2.421/04, es el 10% sobre el monto base, que en este caso es la suma, regulada, conforme lo disponer la Acordada de referencia que asciende a la suma de OCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y SIETE GUARANÍES (G. 8.245.047) para el Abog. Luis Gauto Tani y la suma de CUATRO MILLONES CIENTO VEINTIDOS MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS GUARANIES (G. 4.122.523) para el Abog. Juan I. Módica.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA;

**RESUELVE**: REGULAR los honorarios del abogado patrocinante Juan O. Módiga, dejándolo establecido en la suma de Gs. 249.195.621, más el diez por ciento en concepto de IVA y en Gs. 124.597.810 para el procurador Luis Gauto Tani, también con la adición señalada. ANOTAR registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Arnaldo Martínez Prieto, Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Gerardo Baez Maiola. Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario*

--°--

**RECURSO DE QUEJA.** Procedencia del recurso de queja. Requisitos.

La procedencia de la queja por recursos denegados queda subordinada a la concurrencia de tres requisitos: 1) Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; 2) que los recursos interpuestos contra la misma hayan sido interpuestos en tiempo y forma y; 3) Que la Queja interpuesta sea deducida dentro del plazo previsto en la Ley Procesal.

**RECURSO DE QUEJA.** Procedencia del recurso de queja.

Independientemente de que el Juzgado Letrado haya denegado el recurso de reposición por razones de fondo, igualmente corresponde hacer lugar al recurso de queja, por recurso denegado porque el Juzgado inferior carece de competencia para analizar por vía de reposición una providencia que no es de mero trámite (porque rechaza la prueba pericial)

**RECURSO DE REVISION.** Revisión de providencia de mero trámite.

El Juzgado inferior tiene competencia para analizar por vía de reposición el fondo de una providencia de mero trámite, pero no aquellas que no tienen esa categoría, las cuales, a su vez, sólo pueden ser revisadas y eventualmente revocadas por el Tribunal de Apelación por vía de recursos.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 03-04-2009. “Queja por recursos denegados interpuestas por al abog. Maria Teresa Nunes en “Martha Johanna Meza González c/ Nidia Augusta Prieto Vda. De Álvarez s/ Cobro de Guaraníes” (A. I. N° 148)

Asunción, 03 de abril de 2009.-

VISTO: El recurso de queja por recursos denegados interpuesto por la Abog. María Teresa Nuñez, y;

CONSIDERANDO:

OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: La recurrente interpone queja por apelación denegada en contra del Auto Interlocutorio N° 1255 de fecha 07 de agosto de 2008 (fs 7), dictado por el Juzgado de Justicia Letrada del Segundo Turno, por el cual se resolvió no hacer lugar recurso de reposición y denegar el recurso de apelación en subsidio interpuestos contra la providencia de fecha 31 de julio de 2008 (fs 5 vlt)

La procedencia de la queja queda subordinada a la concurrencia de tres requisitos 1) Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible. 2) Que los recursos interpuestos contra la misma hayan sido interpuestos en tiempo y forma 3) Que la Queja interpuesta sea deducida dentro del plazo previsto en la Ley Procesal.

Revisadas las constancias de estos autos de queja, así como los autos principales, se advierte que la recurrente interpuso recurso de reposición y apelación en subsidio contra

la providencia de fecha 31 de julio de 2008, específicamente en cuanto rechaza la prueba pericial ofrecida por la parte demandada.

La Jueza Letrada rechazó el recurso de reposición manifestando que el ofrecimiento de la prueba pericial no cumplió con los requisitos establecidos por el Art 334 del CPC y denegó el recurso de reposición.

Independientemente de que el Juzgado Letrado haya denegado el recurso de reposición por razones de fondo, igualmente corresponde hacer lugar al recurso de queja por recurso denegado porque el Juzgado inferior carece de competencia para analizar por vía de reposición una providencia que no es de mero trámite (porque rechaza la prueba pericial). El Juzgado inferior tiene competencia para analiza por vía de reposición el fondo de una providencia de Mero Trámite, pero no aquellas que no tienen esa categoría, las cuales, a su vez, sólo pueden ser revisadas, y eventualmente revocadas por el Tribunal de Apelación por vía de recursos como ocurre en el caso de autos. Por lo demás, el recurso de apelación en subsidio contra la providencia de 31 de julio de 2008, y el presente recurso de queja por recursos denegados, han sido interpuestos en tiempo y forma

Por consiguiente, corresponde que el Tribunal haga lugar a el presente recurso de queja por recursos denegados interpuesto por la Abogada María Teresa Nunes, y en consecuencia, conceda los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la providencia de fecha 3 de julio de 2.008, en relación y con efectos suspensivos.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ y RAUL GOMEZ FRUTOS: manifiestan que se adhieren a la opinión del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

POR TANTO: En mérito a lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL,

RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de queja por recursos denegados interpuesto por la Abogada María Teresa Nunes, y en consecuencia, conceder los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la providencia de fecha 31 de julio de 2008, en relación y con efectos suspensivos. AUTOS. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Raul Gomez Frutos, Marcos Riera Hunter, Valentina Nuñez. Ante mi: Arnaldo Martinez Rozzano, Actuario*

--°--

### **PRESCRIPCIÓN.** Excepción de prescripción.

Las defensas opuestas (excepción de prescripción) deben ser consideradas como defensa general, dado que la presentada por la demandada fue opuestas como parte de la contestación realizada y no de manera autónoma y previa, mientras que la realizada por al actora, fue desarrollada en al contestación de la reconvencción, adoleciendo también de autonomía, tal como lo requiere el art. 223 del CPC.

**EXCEPCION DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.**

En el caso se inicia un juicio por lesión contra la cual la parte demandada interpuso excepción de prescripción además contestó la demanda e interpuso demanda reconvenional de todo lo cual se corrió traslado a la actora quien a su vez interpuso excepción de prescripción, por lo cual estas no pueden ser consideradas como excepciones previas sino como defensas generales, por lo que , no debían haber sido tramitados de la manera en que se hizo, sino que tenían que ser resultas conforme el art. 104 del CPC.

**SENTENCIA.** Vicios de la sentencia. Incongruencia.

Habiéndose realizado el proceso dando forma de excepción previa aquello que no tenía dicha naturaleza y omitiendo además resolver todas las excepciones, se configura el vicio de incongruencia en la resolución objeto de estudio, que obliga a este Tribunal a declarar la nulidad de la resolución en cuestión.

**SENTENCIA.** Vicios de la sentencia. Incongruencia.

El art. 406 del CPC resulta inaplicable por cuanto que existen en este caso no solamente vicios formales o de incongruencia que afectan a la validez de la resolución dictada, sino que ella ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento vicioso que impide el dictamiento de la resolución definitiva, que es la resolución que debía haber sido dictado luego de tramitarse la causa conforme a derecho resolviendo la cuestión de fondo que incluye, obviamente las dos excepciones opuestas como medios generales de defensa (no previas).

Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 21-04-2009. “Antonio Bareiro Almada c. Selva Margarita Bobadilla Gaona s/ Demanda Ordinaria Lesión” (A. I. N° 176)

Asunción, 21 de abril de 2.009.-

VISTO: Los recurso de apelación y nulidad interpuestos contra el A.I. N° 072 de fecha 11 de marzo de 2005, dictado por la Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Capiatá.

**CONSIDERANDO:**

Que la resolución recurrida dispuso: “...No hacer lugar, con costas, a la excepción de prescripción por la demandada Sra. Selva Margarita Bobadilla Gaona, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.

**RECURSO DE NULIDAD – OPINIÓN DEL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS:** El recurrente no ha fundamentado el presente recurso. No obstante en virtud de las potestades reconocidas al Tribunal para el análisis de la resolución, en lo que hace a la observancia de las formas y solemnidades, este Miembro se procede al estudio de la misma en referencia a dichos aspectos.

Se tiene que el presente juicio se ha iniciado con la interposición de una demanda por lesión instaurada por el Sr. Antonio Bareiro Almada contra la Sra. Selva Margarita Bobadilla.

Contra la referida demanda se ha interpuesto excepción de prescripción, habiendo además sido contestada la demanda e interpuesto demanda reconvenzional.

De la excepción planteada y de la citada reconvección se ha ordenado el correspondiente traslado, siendo contestado por la parte actora, quien a su vez ha interpuesto excepción de prescripción.

Las defensas opuestas deben ser consideradas como defensa general, dado que la presentada por la demandada fue opuestas como parte de la contestación realizada y no de manera autónoma y previa, mientras que la realizada por la actora, fue desarrollada en la contestación de la reconvección, adoleciendo también de autonomía, tal como lo requiere el Art. 223 del código de ritual.

Tal como se señaló precedentemente. Por la forma como fueron opuestas las excepciones, estas no pueden ser consideradas como excepciones previas sino como defensas generales, por lo que, no debían haber sido tramitados de la manera en que se lo hizo, sino que tenían que ser resueltas con la cuestión principal lo que acontece recién en la sentencia, con lo que se ha infringido lo dispuesto por el Art. 104 del Código Procesal Civil.

Esta trasgresión no puede pasar desapercibida, puesto que desvirtúa el proceso, lo cual no puede ser permitido y es así que, al no haberse desarrollado el trámite pertinente, que desemboque en una sentencia definitiva, porque es lo que correspondía conforme a las presentaciones realizadas. En este caso, habiendo realizado el proceso de la manera como se hizo, dando forma de excepción previa a aquello que no tenía dicha naturaleza y omitiendo además, resolver todas las excepciones, configura el vicio de incongruencia en la resolución objeto de estudio, que obliga a este Tribunal a declarar la nulidad de la resolución en cuestión.

**OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER:** Tiene sobrada razón el Conjuez preopinante cuando, por los fundamentos expresados en el voto respectivo, resuelve declarar la nulidad del autos en alzada y el reenvío.

En efecto, de las constancias de los autos surge que la actora promovió contra la demandada juicio de conocimiento ordinario por lesión. Al contestar el traslado que le fue corrido, la demandada opuso la excepción de prescripción y, al propio tiempo, promovió contra la accionante demanda reconvenzional por restitución o reivindicación del inmueble individualizado en el título respectivo. Corrido el traslado pertinente de la demanda reconvenzional, la actora la contestó en los términos del escrito de fs. 50 oponiendo, asimismo, la excepción de prescripción. Posteriormente, el Juzgado dictó la providencia del 30 de Junio del 2004 (fs. 54) por la cual dispuso la apertura de la excepción a prueba, dictándose, finalmente, previos los trámites que ilustran los autos, el auto interlocutorio hoy en alzada ante este Tribunal por el cual se resolvió desestimar la excepción opuesta por la parte demandada.

Resulta evidente que en el caso e estudio se han configurado vicios considerables, no solamente procesales, sino incluso de forma o de estructura que provocan la nulidad del auto interlocutorio en grado de revisión.

En primer término, de la lectura de los escritos de contestación de la demanda y de contestación de la demanda reconvenzional surge claro que existen no una, sino dos

excepciones de prescripción: una, opuesta por la demandada al contestar la demanda de la parte actora; otra, opuesta por la accionante al contestar el traslado de la demanda reconvenional promovida por la accionada. Por la forma como han sido opuestas, ninguna de estas excepciones constituyen defensas de previo y especial pronunciamiento, sino medios generales de defensa que las respectivas partes opusieron a contestar las demandas (la del actor, y la reconvenional de la demandada), razón por la cual lo que correspondía, una vez trabada la litis, era disponer la apertura de la causa a prueba (de todo el juicio) para dictarse en su momento una sentencia definitiva. Sin embargo, no se comprende por qué el Juzgado dispuso la apertura a prueba de la excepción, y, además, solamente de una cuando, en rigor, como se dijo, se habían opuesto dos excepciones distintas.

La irregularidad que se ha detectado no es solamente procesal, sino de forma por cuanto que cuando las excepciones son opuestas como medios generales de defensa, como en este caso, luego de la substanciación de la causa principal, debe dictarse no un auto interlocutorio, sino una sentencia definitiva que debe cumplir con las exigencias formales legisladas en el artículo 159 del CPC, es decir, debe el órgano jurisdiccional pronunciar íntegramente el derecho de las partes litigantes. En este caso, no se ha pronunciado sentencia en cuanto al fondo de la cuestión planteada con motivo de las demandas (la del actor y la reconvenional de la demanda), y tampoco se ha resuelto la excepción articulada por la parte actora como medio general de defensa, configurándose así un notable vicio de incongruencia que provoca la nulidad de la resolución pronunciada por imperio del artículo 15, inc. "b", del CPC.

Lo señalado es más que suficiente para que el Tribunal resuelva declarar la nulidad de las actuaciones procesales desde la fs. 54 y del auto recurrido por corresponder en Derecho.

OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ: Manifiesta que se adhiere a las opiniones de los distinguidos Conjuces por ser coincidentes y complementarios.

RECURSO DE APELACIÓN - OPINIÓN DEL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO

PAIVA VALDOVINOS: atendiendo a la forma en que fue resuelta la primera cuestión, y habiendo entendido que se han violentado cuestiones que hacen al proceso, hace imposible la aplicación del Art. 406 del C.P.C., puesto que debe realizarse el trámite correctamente, para luego dictarse la correspondiente sentencia, por lo corresponde el reenvío, a los efectos de su tramitación desde la foja 54 de autos.

OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER: Dada la forma como ha sido resuelto el recurso de nulidad, se hace innecesario el estudio de la apelación también deducida.

Y EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER PROSIGUIO DICIENDO:

Habiéndose declarado la nulidad del auto en alzada, correspondería que el Tribunal dé cumplimiento al artículo 406 del CPC y dicte, en consecuencia, la resolución que fuese pertinente en reemplazo de la que ha sido objeto de anulación. No obstante, en este caso particular dicha normativa resulta inaplicable por cuanto que, debe recordarse, existen en

este caso no solamente vicios formales o de incongruencia que afectan a la validez de la resolución dictada, sino que ella (la resolución recurrida) ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento vicioso que impide el dictamiento de la resolución definitiva, es decir, de la sentencia definitiva, que es la resolución que debía haber sido dictada luego de tramitarse la causa conforme a derecho resolviendo la cuestión de fondo que incluye, obviamente, las dos excepciones opuestas como medios generales de defensa (no previas).

En estas condiciones, solamente resta disponer el reenvió y por tanto la remisión de los autos al Juzgado que sigue en el orden de turno a fin de que dicho órgano jurisdiccional tramite la causa desde la foja 54 y, oportunamente, la resuelva conforme con el Derecho.

**OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ:** Manifiesta que se adhiere a las opiniones de los distinguidos Conjuces por ser coincidentes y complementarios.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA; RESUELVE:DECLARAR LA NULIDAD del A.I. N° 72 de fecha 11 de marzo de 2005 y las actuaciones procesales desde la fs. 54 de autos, DISPONER la remisión de estos autos al Juzgado que sigue en el orden de turno a los efectos de la tramitación del proceso, en el sentido y con el alcance establecido en el exordio de la presente resolución. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Oscar Augusto Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter, Valentina Nuñez. Ante mi: Arnaldo Martínez Rozzano .Actuario.*

--°--

**REGULACION DE HONORARIOS.** Base del cálculo para la regulación de honorarios. Sociedades.

A los efectos de la regulación de honorarios sobre la base del patrimonio de la sociedad demandada, la tasación del perito podrá ser acertada pero el valor de comercialización de un bien es siempre inferior a su tasación y es la tasación presentada por el abogado la que define el valor real no solo porque se encuadra a la realidad sino que el mismo interesado reconoce que es este y no un valor superior al valor real de la sociedad.

**REGULACION DE HONORARIOS.** Base del cálculo para la regulación de honorarios. Sociedades.

Se estima que cuando es elevado el monto que representa la importancia económica del litigio obliga a la aplicación estimamos que el elevado monto que representa la importancia económica del litigio obliga a la aplicación del porcentaje mínimo del 7,5% sobre el monto del juicio, en razón de la regla según la cual, a mayor monto, menor porcentaje, sin que ello implique soslayar la complejidad de la cuestión planteada y de los trabajos.

**REGULACION DE HONORARIOS.** Base del cálculo para la regulación de honorarios. Sociedades.

Los honorarios profesionales por los trabajos cumplidos en el marco de la demanda de nulidad de asamblea de una sociedad deben quedar establecidos en un tercio de la suma establecida para la demanda de disolución anticipada.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 03-06-2009. "Regulación de Honorarios Profesionales del Abog. Eugenio Jiménez R. en: Leopoldo Américo Seifart Spinzi c/ Sociedad Anónima s/ Nulidad de Asamblea" (A. I. N° 279)

Asunción, 3 de junio de 2009.-

Y VISTO: los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abogado Eugenio Jiménez R. en contra del A.I. N° 746 del 11 de mayo del 2007; dictado por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno. y;

CONSIDERANDO:

QUE por la resolución recurrida la A-quo había dispuesto: "ESTABLECER como monto base para la demanda de disolución anticipada en la suma de Guaraníes Diecinueve mil quinientos cincuenta y nueve millones trescientos un mil quinientos veintiuno (Gs.19.559.301.521). REGULAR los honorarios profesionales del abogado EUGENIO JIMENEZ (MAT. 1330), por los trabajos realizados en su carácter de procurador y patrocinante de la parte gananciosa de la demanda de nulidad de asamblea en la suma de Guaraníes MIL QUINIENTOS SEIS MILLONES SESENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS DIEZ Y SIETE (Gs.1.506.066.217). Establecer en concepto de impuesto al valor agregado la suma de Guaraníes CIENTO CINCUENTA MILLONES SEISCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS VEINTIUNO (Gs.150.606.621).- REGULAR los honorarios profesionales del abogado EUGENIO JIMENEZ (Mat.1330: por los trabajos realizados en la demanda de disolución anticipada, en su carácter de procurador y patrocinante de la parte gananciosa en la suma de Guaraníes OCHO MILLONES SIENTO TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS (Gs. 8.131.966). Establecer en concepto de impuesto al valor agregado la suma de Guaraníes (OCHOCIENTOS TRECE MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS (Gs. 813.196). IMPONER las costas de la pericia al Abog. Eugenio Jiménez, conforme a lo expuesto en el considerando de esta resolución. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte suprema de Justicia".

RECURSO DE NULIDAD - OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ

GONZALEZ: El recurrente desiste expresamente de este recurso. Por otra parte no se observan en la resolución recurrida vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal de la resolución recurrida, por lo que corresponde declarar desierto el mismo.

OPINIONES DE LOS MAGISTRADOS OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y DR. MARCOS RIERA HUNTER; manifiestan que se adhieren a la opinión de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

RECURSO DE APELACION - OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ: Cuatro son las cuestiones que agravan al recurrente: a) la forma *que se estableció la importancia económica del litigio*: b) la estimación de honorarios en la demanda de disolución anticipada de la sociedad demandada; c) la estimación efectuada para regular honorarios en cuanto a la demanda por nulidad de asamblea, y d) la imposición de las costas en relación a la pericia realizada para determinar la importancia económica del litigio. La representante del condenado al pago de las costas en juicio principal no ha fundamentado en tiempo sus recursos, por lo que este Tribunal los declaro desiertos por A.I. No 252 del 29 de mayo del 2008 (fs. 174 de autos). Por tanto, al no existir recurso de la contraria, el Tribunal no tiene facultad para modificar la resolución apelada en perjuicio del recurrente. Ello, en virtud del principio "reformatio in peius", que se halla vinculado al principio de congruencia.

QUE examinada la primera cuestión, esto es, el monto del juicio en la demanda de disolución anticipada de la firma Sociedad Anónima Cooperadora Rural, Industriosa y Comercial, considero que la conclusión arribada por la inferior y que determinara "no puede, tratándose del patrimonio social, estarse a otra determinación que no sea la del balance de la sociedad en cuestión, pues en definitiva ese documento es el que indica. a fines contables y fiscales, d patrimonio que ha de ser liquidado" no se adecua a la situación planteada. Esta conclusión no se ajusta a la disposición del artículo 26 de la Ley de Arancel que dispone, que si bien puede servir de base el valor que asigne a los mimos la Inspección General de Hacienda, tomando en consideración el último balance, el profesional puede optar por estimar el valor real del patrimonio de la empresa conforme al procedimiento establecido en los incisos c) y d) del mismo artículo. Al admitir el legislador, como otra opción, que se tasen los bienes para "estimar el valor real del patrimonio de la empresa" obvio resulta que este valor real puede no ser el que resulta del último balance: cual señalara la inferior. De lo contrario no tendría sentido alguno el nombramiento de un perito, como el propio Juzgado lo ha hecho en autos. Por lo demás, tal criterio ya ha sido sostenido unánimemente por este Tribunal por A.I.No 506 del 09 de septiembre del 2008: dictado en un juicio distinto en el que se ha discutido derechos vinculados a la misma "COOPERADORA RURAL, INDUSTRIOSA Y COMERCIAL" S.A. estableciéndose entonces que el monto que debe servir de base a la regulación es el valor real del patrimonio de la empresa, si esa fue la opción elegida por el peticionante y a la que se ha dado curso por la A - quo en el presente caso.

Que en ese sentido, el apelante había valorado en Gs. 40.000.000.000 (cuarenta mil millones guaraníes) (fs. 2 de autos) el patrimonio de la sociedad demandada. El perito designado, (Lic. Alejandro Cáceres E.), lo hizo en la suma de Gs. 73.801.468.806. Estimamos algo exagerada la cifra que menciona el profesional designado para la tasación, de los "bienes muebles e inmuebles, rodados y semovientes pertenecientes a la Sociedad Anónima Cooperadora Rural Industriosa y Comercial", casi el doble a la estimación hecha por el abogado. La tasación del perito podrá ser acertada, pero no debemos olvidar que el valor de comercialización de un bien es siempre inferior a su tasación y es el primero el que define el valor real. Así, si el profesional abogado estima el valor real 40.000.000.000 y el perito la señala Gs. 73.801.468.806 resulta prudente concluir que es primero el que debe

prevalecer, no solo por encuadrarse sobradamente a la realidad -conforme surge de la tasación pericial sino que el mismo interesado reconoce que es este y no un valor superior el valor real de la sociedad mencionada. Estima que el Tribunal entonces como una correcta la suma de Gs.40.000.000.000, la que deberá ser tomada para el cálculo de los honorarios.

Establecido en la suma de 40.000.0000.000 el valor red del patrimonio de la empresa corresponde la retasa aplicando la escala-del artículo 32 de la Ley de Arancel sobre el monto. En cuanto al porcentaje aplicable estimamos que el elevado monto que representa la importancia económica del litigio obliga a la aplicación del porcentaje mínimo del 7,5 % sobre el monto del juicio, en razón de la regla según la cual, a mayor monto, menor porcentaje, sin que ello implique soslayar la complejidad de la cuestión planteada y de los trabajos, así como el proveído innegable obtenido. En este sentido, debe disminuirse el que fue aplicado por el inferior. Aplicado el porcentaje citado a la que representa el valor real del patrimonio, resulta la suma de GS. 3.000.000.000. Es esta suma la que corresponde percibir al profesional por los trabajos realizados en la acción de disolución anticipada de sociedad en su doble carácter de abogado y procurador, más IVA correspondiente.

En cuanto a la demanda por nulidad de Asamblea, la Inferir afirma que "dicha demanda no se puede regularse sobre la base del patrimonio, y en rigor tampoco se aprecia una base que pueda ser adoptada" por lo que entendió aplicable el art. 4° de la Ley arancelaria. Resulta sin embargo, que el art. 40 se limita a definir los jornales mínimos, sin otra referencia. El apelante sostiene que la estimación debe guardar relación con el patrimonio social y que no debió ser menor al que le correspondería por los trabajos en un incidente en la otra acción, "hasta el 25% del monto estimado para la demanda de disolución anticipada". Estimamos incorrectas ambas conclusiones. La demanda de nulidad de Asamblea tenía por objeto la remoción de los Directores nombrados en ella. El fin perseguido se asemeja más a una medida cautelar que a una incidencia dentro del principal. Por otro lado considerar a una acción ordinaria como un incidente, es decir, reducirla a un incidente, no nos parece apropiado. Por ello, estimamos procedente la aplicación del art. 36 de la Ley 1376/88 que establece, como criterio para la estimación, la tercera parte del monto que correspondería al principal. Resulta, en consecuencia, que los honorarios del abogado Jiménez R. por los trabajos cumplidos en el marco de la demanda de nulidad de asamblea deben quedar establecidos en un tercio de la suma establecida para la demanda por disolución anticipada, esto es, en la suma de Gs. 999.900.0000. (Novecientos noventa y nueve millones novecientos mil guaraníes) más IVA .

En cuanto al último punto, la imposición de las costas en la pericia, la misma guarda íntima relación con el monto que sirve de base a la tasación. Si tomamos como base el estimado por este en Gs. 40.000.000.000, la imposición de las costas corresponde al Sr. Leopoldo Américo Seifart, por ser el valor asignado al inmueble por esta resolución más próximo al propuesto por el profesional apelante que al estimado por el obligado al pago.

**OPINION DEL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS;** manifiesta que se adhiere a la opinión de la Magistrada Valentina Núñez González por compartir sus mismos fundamentos.

**OPINION DEL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER:** De las constancias de estos autos regulatorios se desprende que el Juez de Primera Instancia

resolvió: 1) Establecer el monto base para la demanda de disolución anticipada de la sociedad en la suma de Gs. 19.559.301.521.- 2) Regular los honorarios profesionales del abog. Eugenio Giménez Rolón en la suma de Gs. 1.506.066.217 más el diez por ciento en concepto de IVA en la demanda de nulidad de asamblea; 3) Regular los honorarios profesionales del mismo abogado en la suma de Gs. 8.131.966, más el diez por ciento en concepto de IVA en la demanda de disolución anticipada de sociedad; 4) Imponer las costas de la pericia al abogado Eugenio Giménez Rolón.

La resolución interlocutoria antes mencionada ha sido objeto de notificación a todas las partes dl juicio principal y, por supuesto al profesional interesado en la regulación de los honorarios quien apeló el auto interlocutorio respectivo expresando sus agravios conforme a los fundamentos contenidos en el escrito de fs. 156 de estos autos incidentales.

En esta instancia de Alzada manifiesta 1) Que en relación al monto base de la estimación de los honorarios el mismo debe fijarse la suma de Gs. 40.000.000,000; 2) Que en relación a los honorarios que le corresponden en la acción de disolución anticipada de sociedad los mismos deben ser fijados en la suma de Gs. 3.080.000.000 equivalentes al 7,7 % sobre el valor o monto de la estimación, siendo este, dice, el porcentaje que aplicó el Juzgado de Primer Instancia, con el cual manifiesta estar de acuerdo; 3) Que en relación a los honorarios que le corresponden en la acción de nulidad de asamblea dichos honorarios deben ser fijados en el 25% de los honorarios que deben ser justipreciados en la demanda de disolución anticipada, es decir, en la suma de Gs. 770.000.000; 4) Que, finalmente, en cuanto a la imposición de las costas de la pericia de tasación, ellas deben ser soportadas por la parte obligada al pago de los honorarios, vale decir, a la parte vencida en el juicio principal (la actora).

En cuanto la cuestión sujeta a la decisión del Tribunal se relaciona con la determinación o fijación del monto que debe servir de base para el justiprecio de los honorarios del apelante, cabe anotar que esta Magistratura comparte por completo los fundamentos y criterios sostenidos a dicho respecto por la Magistrada preopinante, debiendo fijarse, en consecuencia, el valor del justiprecio en la suma de Gs. 40.000.000.000.

Asimismo, comparte igualmente el criterio sostenido por la misma Magistrada en cuanto a la estimación de los honorarios que deben ser fijados en la acción de disolución anticipada de sociedad, debiendo aplicarse al monto base de la estimación -atendiendo a su elevado valor - el porcentaje mínimo, es decir, el de 7,50%, que arroja la cantidad de guaraníes 3.000.000.000 en concepto de honorarios del citado profesional como patrocinante y procurador. Cabe necesario señalar en cuanto a este punto que el Tribunal de Alzada no se encuentra constreñido por el hecho de que el Juzgado de Primera Instancia haya aplicado un porcentaje ligeramente superior (7,7 %) y que el único apelante sea el abogado Eugenio Giménez Rolón por cuanto que la limitación que le viene impuesta al Tribunal por el principio de congruencia -y específicamente por la noma del artículo 420 del CPC- no le viene dada por los fundamentos de la resolución ni por el porcentaje aplicado, sino por la decisión judicial contenida en la parte resolutive del auto que es objeto de recurso. En este caso, el Juzgado reguló los honorarios del peticionante por sus actuaciones en la demanda de disolución anticipada de sociedad en la suma de Gs.

8.131.966 (véase el apartado tercero del auto recurrido), debiendo, por los fundamentos antes expresados, retasarse dicha suma en el monto señalado precedentemente (Gs. 3.000.000.000).

En cuanto a los honorarios que le corresponden al apelante por las actuaciones cumplidas en la acción de nulidad de asamblea debe señalarse que se configura en autos una situación peculiar. En efecto, conforme surge del apartado segundo del auto recurrido, el Juzgado reguló dichos honorarios en la suma de Gs. 1.506.066.271. Interpuesto el recurso correspondiente, el apelante manifestó en la Alzada que los honorarios que le corresponden en dicha acción debieran fijarse en el 25 por ciento de los honorarios que le corresponden ser determinados para la otra acción, la demanda de disolución anticipada, señalando –conforme sus cálculos - la suma de Gs. 770.000.000, esta cifra es notoriamente inferior a la que ha sido determinada por el Juzgado en el auto recurrido, razón por la cual la decisión respectiva contenida en el auto recurrido en grado de recurso no le puede ocasionar agravio ninguno. Como es sabido, así como el interés es la medida de la acción, el agravio lo es de la apelación. No existiendo agravio, mal podría impugnarse una resolución que, como en este caso, antes de perjudicarlo, le beneficia, más aun teniendo en cuenta, conforme se dijo antes, que el auto regulatorio de honorarios ha sido notificado a todas las partes y el único recurrente es el propio abogado Eugenio Giménez Rolón. Resulta laudable la posición asumida por el citado profesional quien manifiesta querer justipreciar sus honorarios en aquella suma pero el Tribunal debe fallar la causa conforme con el Derecho, y en este caso particular, no existiendo agravio o perjuicio que pudiera fundar válidamente la apelación, no resta sino declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto en relación con el apartado segundo del auto regulatorio recurrido.

Finalmente, en cuanto a la; costas emergentes de la pericia, ellas deben ser impuestas a la parte vencida en el juicio principal. En efecto, si en esta resolución el valor de la pericia ha sido fijado en la suma de Gs. 40.000.000.000, y si la evaluación del profesional (abogado E. Giménez Rolón) ha sido propuesta en la misma suma, siendo la evaluación propuesta por la otra parte de Gs. 20.000.000.000, resulta claro, conforme lo dispuesto en el artículo 26, inc. "c", de la ley de aranceles profesionales, que las costas de la pericia deben ser soportadas por la parte obligada al pago de tales honorarios. Se comparte, por tanto, en este punto, el criterio sostenido por la Magistrada preopinante debiendo, en consecuencia revocarse el apartado cuarto de la resolución en alzada imponiendo las costas al Sr. Leopoldo Seifart Spinzi por corresponder tal decisión en Derecho.

En consecuencia, por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal resuelva: 1) MODIFICAR el apartado primero del auto recurrido fijando el monto base del justiprecio de los honorarios profesionales del abogado Eugenio Giménez Rolón en la suma de Gs. 4 000.000.000 2) RETASAR los honorarios que corresponden al abogado Eugenio Giménez Rolón en la acción de disolución anticipada de sociedad dejándolos fijados en la suma de Gs. 3.000.000.000 por las actuaciones cumplidas como patrocinante y procurador, más el 10% en concepto de IVA 3) DECLARAR mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el abogado Eugenio Giménez Rolón en relación al apartado segundo del auto recurrido.4) REVOCAR el apartado cuarto del auto en alzada imponiendo las costas de la pericia Sr. Leopoldo Sifart Spinzi.

POR TANTO, en merito a lo expuesto y al examen de las disposiciones de los arts. 21, 26,32, y 36 de la Ley 1376188, EL TRIBUNAL DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CAPITAL, PRIMERA SALA; RESUELVE: 1.- DECLARAR desierto el recurso de nulidad. 2.- REVOCAR el apartado primero de la resolución recurrida estableciendo como monto que servirá de base a la tasación de los honorarios profesionales del Abogado Eugenio Jiménez R. la suma de Guaraníes Cuarenta mil millones (40.000.000.000). 3.- RETASAR los honorarios del abogado Eugenio Jiménez R. por los trabajos realizados en la acción de nulidad de Asamblea de la sociedad Cooperadora Rural Industriosa y Comercial S.A. en su doble carácter de abogado y procurador, dejándolos establecidos en la suma de Gs. 999.900.00 (NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS MIL GUARANÍES), más el impuesto al Valor agregado que representa la suma de Gs. NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA MIL (Gs. 99.900.000). 4.- RETRASAR los honorarios del abogado Eugenio Jiménez R. por los trabajos realizados en la acción de disolución anticipada de la sociedad Cooperadora Rural Industriosa y Comercial S.A. en su doble carácter de abogado y procurador, dejándolos establecidos en la agregado, que asciende a la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE GUARANIES (Gs. 300.000.000). 5.- REVOCAR el apartado cuatro de la resolución apelada, impidiendo las costas de la pericia al Sr. Leopoldo Seifart Spinzi. 6.- ANOTAR, registrar y remitir copia a la Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Valentina Nuñez, Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Dr. Marcos Riera Hunter. Ante mi: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario Judicial.*

--°--

### **SUCESIÓN.** Petición de herencia.

La finalidad de la acción de petición de herencia, que es precisamente obtener el reconocimiento de la vocación hereditaria, sea preferente o concurrente y, por tanto, la entrega total o parcial de los bienes que componen la herencia del causante.

### **SUCESIÓN.** Petición de herencia. **LEGITIMACION**

El legitimado activo de la acción, que esta otorgada a todos aquellos que tienen derecho a los bienes de la herencia específicamente a los herederos, pero también a los cesionarios de aquellos que tienen vocaciones excluyente o concurrente en la herencia, a los acreedores del titular de una vocación preferente o concurrente, a los legatarios e incluso al Estado en los casos de sucesiones vacantes.

### **SUCESIÓN.** Petición de herencia.

El legitimado pasivo de la acción, que esta dirigida específicamente contra el heredero o los herederos que se encuentran en posesión de los bienes yacientes, en general, contra “quien los tiene a título de sucesor del causante (art. 2510 C.C.)

**SUCESIÓN.** Petición de herencia.

Constituye un error entender que la acción de petición de herencia solo puede ser dirigida contra el o los herederos del causante que se hallan en posesión de la herencia y no contra el cesionario de los derechos sucesorios que correspondían a uno o varios herederos por cuanto que, precisamente, como consecuencia de la cesión el cesionario se convierte en un sucesor particular del causante y, por tanto, se subroga en los derechos del cedente y ocupa el mismo lugar que tenía esta en sus relaciones con los otros coherederos de la misma sucesión.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Primera Sala 12-03-2009. “Juan Carmelo Rojas c. Lucía Collarte s/ Petición de Herencia” (Ac. y Sent. N° 10)

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

**CUESTIONES:**

Es nula la sentencia en alzada?

En caso contrario, es ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; el Magistrado Dr. MARCOS RIERA HUNTER, VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ y OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad en forma directa discriminada y distinta del recurso de apelación también deducido, sino en forma promiscua conjuntamente con este último. Por tal motivo, no existiendo, por lo demás, vicios o defectos en la sentencia en alzada que impongan al Tribunal el deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que el recurso de nulidad sea declarado desierto. ASI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de los autos surge que el actor promovió demanda de petición de herencia contra la demanda fundado en que es heredado del Sr. Carmelo Rojas Centurión, causante de la sucesión correspondiente en la cual fue declarada heredera la cónyuge supérstite, Agustina Avalas Vda. De Rojas, quien, a su vez, cedió y transfirió sus derechos a la hay accionada, Lucía Collante, quien se subrogo en los derechos de la cedente. En la sentencia definitiva que se encuentra en grado de apelación ante el Tribunal el Juez de Primera Instancia resolvió desestimar la pretensión fundado en que la acción de la petición de herencia tiene como único legitimado pasivo al heredero o coherederos que se encuentran en posesión de los bienes hereditarios, pero no a aquellos que se han subrogado en los derechos sucesorios del o de los herederos que han efectuado cesión de sus respectivos derechos hereditarios, siendo, en el caso de autos, la demanda no una heredera o coheredera, sino cesionaria y subrogatoria de los derechos que le fueron cedidos por la Sra. Agustina Avalos Vda. De Rojas.

En primer término, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 2510 del C.C. "Compete la acción de petición de herencia para reclamar los bienes de la herencia detentados por quien los tiene a título de sucesor del causante". A su vez, el artículo 2511 del mismo cuerpo legal dispone que "Procede la petición de herencia contra el que ha sido decido heredero, sea para excluirlo de la sucesión o para ser reconocido como coheredero". Finalmente, el artículo 2512 del C.C. establece que "El que por contrato adquiere del poseedor de bienes hereditarios toda o una parte alcuota de la herencia, queda equiparado al poseedor hereditario en sus relaciones con los herederos".

De la normativa legal antes transcrita se desprenden claramente tres extremos: 1) La finalidad de la acción de petición de herencia, que es precisamente obtener el reconocimiento de la vocación hereditaria, sea preferente o concurrente y, por tanto, la entrega total o parcial de los bienes que componen la herencia del causante; 2) El legitimado activo de la acción, que esta otorgada a todos aquellos que tienen derecho a los bienes de la herencia, específicamente a los herederos, pero también a los cesionarios de aquellos que tienen vocaciones excluyente o concurrente en la herencia, a los acreedores del titular de una vacación preferente o concurrente, a los legatarios e, incluso, al Estado en los casos de sucesiones vacantes; 3) El legitimado pasivo de la acción, que está dirigida específicamente contra el heredero o los herederos que se encuentran en posesión de los bienes vacantes, en general, contra "quien los tiene a título de sucesor del causante" (at. 2510, C. C.)

En cuanto a la legitimación activa y pasiva de la acción de petición de herencia refiere ZANNONI que ella se concede "a) Al titular de una vocación legítima actual contra quien le niega llamamiento preferente y ha obtenido la posesión de la herencia ... b) Al titular de la vocación legítima actual contra quien le niega llamamiento concurrente... c) Al titular de una vocación testamentaria contra quien opone una vocación legítima insubsistente...". Asimismo, señala que "la petición de herencia se confiere básicamente contra quien niega al accionante su vacación preferente o concurrente" (EDUARDO A. ZANNONI, Manual de Derecho de las Sucesiones, Astrea, Bs Aires, 1980, Págs. 211. 213). Er, términos similares. BORDA sostiene que "la acción de petición de herencia puede ser ejercida por todo el que invoque un derecho mejor o igual a la persona que se encuentre en posesión y goce de la herencia. En el primer caso la acción tendrá por objeto excluir totalmente al demandado, en el segundo, compartir con él la herencia" (GUILLEROMO A. BORDA. Manual de Sucesiones, Ed. Perrot, Bs. Aires, 1966, Pág. 133).

En el caso en estudio surge claro que el *actor* tiene legitimación activa para promover la petición de herencia por cuanto que, conforme se desprende de la documentación aportada y agregada s autos, el mismo es hijo del Sr. Camelo Rojas Centurión, fallecido (fs. 2 y 4). Asimismo, también concurre, en el caso, la legitimación pasiva contra la demandada, Lucia Collante, por cuanto que la misma se ha subrogado en los derechos y acciones que correspondían a la Sra Agustina Avalos Vda de Rojas, cónyuge supérstite del causante Carmelo Rojas Centurión, habiendo sido declarada heredera del mismo en la sucesión respectiva (véase a fs 5 la sentencia declaratoria del herederos a favor de Agustina Avalos Vda. de Rojas en la sucesión del Sr Camelo Rojas Centurión).

Constituye un error entender que la acción de petición de herencia solo pueda ser dirigida contra el o los herederos del causante que se hallan en posesión de la herencia y no contra el cesionario de los derechos sucesorios que correspondían a uno o varios herederos por cuanto que, precisamente, como consecuencia de la cesión el cesionario se convierte en un sucesor particular del causante y por tanto se subroga en los derechos del cedente y ocupa el mismo lugar que tenía en sus relaciones con los otros coherederos de la misma sucesión. Es por ello por lo que el artículo 2510 del C.C. establece que la acción de la petición de herencia detentados “por quien los tiene a título de sucesor del causante”, como lo es el cesionario. El criterio sustentado, por tanto, tiene base legal, más aún si se tiene en cuenta la norma del artículo 2512 del mismo C.C. que dispone que tiene en cuenta la norma del artículo 2512 del mismo C.C. que dispone que “el que por contrato adquiere del poseedor hereditario en sus relaciones con los herederos”, condición esta que precisamente le corresponde al cesionario que por tal vía ha adquirido y se ha subrogado en los derechos que correspondían al cedente o poseedor de la herencia.

En síntesis: Lucía Callante (la demandada); al constituirse como cesionaria de los derechos de la Sra. Agustina Avalos Vda de Rojas en la sucesión de Camelo Rojas Centurión, se subrogo en los derechos de la misma quedando equiparada a la misma cedente en sus relaciones con los otros herederos de la misma sucesión. Entonces, si la Sra. Agustina Avalos Vda de Rojas fue declarada heredera del Sr Carmelo Rojas Centurión, siendo por ello sucesor del citado causante, tal condición tramitó a la demandada Lucía Collante como consecuencia de la cesión de derechos sucesorios, asumiendo, en consecuencia, la accionada la condición de legitimada pasiva frente a quien, como el Sr. Juan Carmelo Rojas, ha acreditado con los documentos correspondientes tener vocación hereditaria respecto del fallecido Sr. Carmelo Rojas Centurión, su padre. A todo lo dicho *solamente* cabe agregar lo siguiente: 1) Que la demandada Lucía Collante no solamente se ha subrogado por la vía de la *cesión* en los derechos de la Sra. Agustina Avalos Vda. De Rojas, sino también en los derechos de otros herederos del mismo causante, entre ellos Pastor Rojas, Oscar Rojas y Quirina Rojas, conforme los testimonios de las respectivas cesiones obrante en autos; 2) Que la pretensión de la parte actora, Juan Carmelo Rojas, debe ser admitida por la Magistratura, pero no con un sentido preferente y, por tanto, excluyente de los derechos que corresponden a la demandada Lucía Collante, sino con un sentido concurrente por cuanto que los derechos del accionante concurren en condominio y en la proporción correspondiente con los derechos de la demandada, subrogatoria de los derechos de Agustina Avalos Vda. De Rojas, Pastor Rojas, Oscar Rojas, y Quirina Rojas, derivados de la sucesión del causante Sr. Carmelo Rojas Centurión.

En consecuencia, por los fundamentos antes expresados, corresponde que el Tribunal revoque la sentencia en alzada haciendo lugar a la acción de petición de herencia promovida por el Sr. Juan Carmelo Rojas contra la Sra. Lucía Collante con el alcance expresado precedentemente. En cuanto a las costas, se estima que este accesorio debe ser impuesto en el orden causado, en ambas instancias, por cuanto que no se ha acogido la pretensión de accionante en el sentido de ser declarado como único heredero en la sucesión de Carmelo Rojas Centurión (petición de herencia con sentido preferente y, por ende,

excluyente de todo otro derecho similar), sino con un sentido concurrente, tal como se ha explicitado en esta misma fundamentación. ASI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS VALENTINA NUÑEZ GONZÁLEZ y OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Riera Hunter por compartir sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE:DECLARAR desierto el recurso de nulidad.

REVOCAR la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer a la demanda de petición de herencia promovida por el Sr. Juan Carmelo Rojas contra la Sra. Lucía Collarte con el alcance expresado en el cuerpo de la presente resolución. IMPONER las costas en el orden causado, en ambas instancias. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Valentina Nuñez, Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Dr. Marcos Riera Hunter. Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario Judicial.*

--°--

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Culpa.

La culpa objetiva se encuentra dada para asignar el deber de resarcir a quien, con la cosa, que tenía el potencial de daño, produjo el menoscabo en algún sentido de la víctima.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad objetiva.

En la responsabilidad objetiva rige la simple causalidad material, y por ello prescinde de la culpa de aquel que produce la intervención de una cosa con potencial de daño. Lo único que se verifica es el daño, la utilización de una cosa con potencial de dañar y que el primero es consecuencia de la intervención de la cosa.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Responsabilidad objetiva.

En la responsabilidad objetiva se prescinde del análisis de la culpa de la dueña del vehículo, en razón que debe responder por el solo hecho de que un vehículo haya sido introducido por ella en el tránsito y a raíz de ello, esta debe responder por los perjuicios que se ocasionen en razón del uso de dicha cosa de su propiedad.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño emergente.

En cuanto al daño emergente siendo la muerte del marido de la actora en el hecho del accidente es un hecho no negado e incontrovertible, este Tribunal pese a no haber comprobantes de los gastos realizados tiene facultades que le son otorgadas en virtud del art. 452 del Código Civil para hacer una estimación del valor de los mismos.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Lucro cesante.

En relación al lucro cesante en el caso se tiene en cuenta el monto de sus ingresos más la expectativa laboral peticionada.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral.

Para el resarcimiento del daño moral no se requiere prueba fehaciente y se asienta en los dolores y padecimientos íntimos sufridos en este caso por el accionante como consecuencia del hecho dañoso, es evidente que la actora ha sufrido un desmedro, perturbación y angustia espiritual a raíz de la muerte de su esposo.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Daño moral.

En relación al daño moral de la pérdida del jefe de familia, en el dolor emocional que ocasiona no puede ser equiparado al resarcimiento por daños materiales, estos tienen independencia es decir son autónomos en cuanto su posibilidad de asignación.

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Ejercicio de la acción penal.

La norma del art. 1868 del C.C. , ultima parte es aplicable al caso puesto que aunque el chofer del vehículo haya resultado condenado en sede penal, la restricción que determina la primera parte del artículo no se extingue a la propietaria del mismo, puesto que esta constituye una tercera persona que no ha tenido oportunidad de ejercer su defensa con anterioridad. (Voto del DR. Riera Hunter en minoría)

**DAÑOS Y PERJUICIOS.** Prueba de daños y perjuicios.

Al no haberse probado que el camión que conducía el chofer, propiedad de la accionada, no contaba con luces reglamentarias debe concluirse que el único responsable del luctuoso accidente ha sido la propia víctima por no haber mantenido la distancia y velocidad prudencial, conclusión que obviamente no habilita a la viuda, la accionante, a reclamar indemnización en concepto de daños y perjuicios. (Voto del DR. Riera Hunter en minoría)

T de Apel. Civ. Y Com. Primera Sala, 17-04-09. Ricarda Agüero Vda. de Samudio c. Leda M. Fretes de Insfrán s/ Indemnización de Daños y Perjuicios. (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 ella justa?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación. Preopinante; el Magistrado OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS, Dr. MARCOS RIERA HUNTER Y VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El recurrente no fundamentó el presente recurso. Por otra parte, no se observan vicios de forma o solemnidades que ameriten la declaración de nulidad de oficio de la sentencia recurrida, por lo que corresponde declarar desierto dicho recurso. ASI VOTO.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS DR. MARCOS RIERA HUNTER y VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ manifiestan que se adhieren al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS DIJO: El recurrente en su escrito de fs. 130/131 de autos, se agravia contra la S.D. N° 332 de fecha 14 de mayo de 2007, fundado en que la A-quo rechazó por improcedente la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por la Sra. RICARDA AGÜERO VDA. DE SAMUDIO en contra de la Sra. LEDA M. FRETES DE INSFRAN argumentado que: "...no ha existido responsabilidad de la demandada sino del actor que conducía, quién debió guardar el mayor de los cuidados y mantener las distancias reglamentarias exigidas para evitar la colisión.

El recurrente sigue manifestando que: "...Es evidente que la responsabilidad de los hechos recae sobre la demandada por ser la propietaria del camión protagonista del fatal accidente, donde fallece el marido de mi representada. Está acreditado en causa: "CRISTINO OVIEDO INSFRAN S/ HOMICIDIO CULPOSO", que el camión es propiedad de la señora LEDA MERCEDES FRETES DE INSFRAN y que el señor CRISTINO era el chofer del camión debidamente autorizado por la señora Leda y el mismo, en la audiencia preliminar, reconoció expresamente su culpa... Y siendo reconocido en sede penal la responsabilidad por el hecho, en la instancia civil ya no se discute el punto: "Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado (Art. 1868 C.C.P.),por lo que el recurrente solicita se revoque la sentencia de alzada en todos sus términos.

Corrido traslado a la adversa, la misma contesta en su escrito de fs. 133/135 de autos, solicitando que la resolución en alzada sea confirmada. Señala que el rechazo de la apelación debe estar dado en que no se probado la falta total de culpa o responsabilidad del fallecido. En segundo término, señala que su representada no ha tenido participación en el juicio penal que instaurara contra el señor Cristino Oviedo Insfrán, pues entiende que los efectos de la condena del que fuera objeto el Sr. Oviedo no puede serle opuesta, dado que no ha podido defenderse en el juicio penal.

Analizadas las alegaciones de las partes como asimismo las constancias del expediente, se tiene que el objeto del presente recurso, se encuentra dado en el análisis de la responsabilidad la Sra. Leda Fretes de Insfrán.

¿Qué tipo de responsabilidad se le intenta imputar a la demandada? La responsabilidad asignada por la parte actora, a la Sra. Fretes de Insfrán, es una responsabilidad objetiva. Esta caracterización está dada en que se intenta responsabilizar a la referida demandada de un hecho dañoso que fuera ocasionado por la cosa (camión) de la cual es dueña. Todo esto como consecuencia de la aplicación de la teoría del riesgo creado, que es aceptado por nuestra normativa.

Al respecto cabe señalar que están dados en el presente juicio, los presupuestos necesarios para el análisis del tipo de responsabilidad señalada (objetiva), fundado en que existe un hecho dañoso (muerte), el mismo se ha realizado por medio de una cosa, esta tiene la propiedad de causar daño mediante su uso. La cosa (camión) es propiedad de la

demandada y estaba conducido por su chofer en la oportunidad del accidente (extremos aceptados por la misma en el expediente), además del hecho de que la demandada no ha opuesto defensa alguna para señalar que no es propietaria.

Para la determinación de la responsabilidad, la parte actora se ha validado para demostrar el hecho del expediente penal en el que fue condenado el Sr. Cristino Oviedo. Este no puede ser tenido en cuenta a los efectos de la determinación de la responsabilidad de la demandada.

La demandada la Sra. Fretes, ha utilizado una cosa con aptitud para dañar, puesto que la misma es propiedad del vehículo (circunstancia aceptada por la demanda) y que efectivamente, con su uso se ha generado un perjuicio (muerte). La culpa objetiva se encuentra dada para asignar el deber de resarcir a quien, con la cosa, que tenía el potencial de daño, produjo el menoscabo en algún sentido de la víctima.

El A-quo ha exonerado de responsabilidad a la demandada por el hecho de que no se le puede trasladar la culpa, asignada a su dependiente en un juicio penal por el hecho dañoso, en razón de que la misma no ha tenido la oportunidad de defenderse.

En el tipo de responsabilidad que se analiza no puede traerse a colación, como se dijo, el juicio en el que fue condenado su dependiente por dicho hecho, porque es otro de otro tipo.

En la responsabilidad objetiva rige la simple causalidad material, y por ello prescinde de la culpa de aquel que produce la intervención de una cosa con potencial de daño. Lo único que se verifica es el daño, la utilización de una cosa con potencial para dañar y que el primero es consecuencia de la intervención de la cosa (daño por la cosa). En este tipo de responsabilidad se prescinde del análisis de la culpa de la dueña de vehículo. Esta debe responder por el solo hecho de que un vehículo (cosa con potencial de dañar) haya sido introducido por el ella en el tránsito y a raíz de ello, esta debe responder por los perjuicios que se ocasionen en razón del uso de dicha cosa de su propiedad.

Otro extremo alegado por la Jueza en su resolución, y que eximiría de responsabilidad a la parte demandada, se encuentra dado en la culpa de la víctima, en la realización del hecho. La Jueza señala que se presume la responsabilidad de aquel conductor que embiste a otro vehículo en su parte trasera.

Esta conclusión a la que arribó la A-quo no se puede aplicar en el presente caso, dado que dicha presunción se quiebra desde el momento que se ha alegado en la demanda, que el camión estaba sin luces, sin que se haya negado ni desvirtuado con las actuaciones que el vehículo que fue impactado, contase con luces reglamentarias. Tampoco la demandada probó lo contrario. Es lógico pensar que en las condiciones en las que transitaba el camión (sin luces traseras) podía ser impactado en cualquier momento, dada la oscuridad existente a la hora en que ocurrió el hecho que disminuye la visibilidad a distancia. Es más, esta situación acrecienta la responsabilidad de la dueña al poner en circulación un vehículo que no cumple con las reglas de tránsito respecto a las luces pues aumenta o amplía la posibilidad de daño y de ocasionar un accidente.

Por otro lado a todo esto, se suma el hecho de que la parte demandada tampoco ha demostrado y probado la culpabilidad de la parte actora para que se pueda exonerar de

culpa, conforme alega o por lo menos establecer una culpa concurrente. El escrito de contestación a la demanda se basa en especulaciones pero no en evidencias.

Por tanto la demandada resulta responsable del hecho dañoso y en consecuencia debía la inferior hacer lugar a la demanda.

En cuanto a la estimación de los daños reclamados, se han reclamado daño emergente, lucro cesante y daño moral.

En lo que se refiere a daño emergente reclaman los gastos referentes al sepelio, traslado del fallecido pago de féretro y carroza fúnebre, adquisición de terreno en el cementerio, construcción de panteón. Ninguno de estos aspectos fueron demostrados en el presente proceso y en el monto reclamado en la demanda. Ahora bien, siendo que la muerte del marido de la actora en el hecho del accidente es un hecho no negado e incontrovertible, este Tribunal pese a no haber comprobantes de los gastos realizados, tiene facultades que le son otorgadas en virtud del Art. 452 del Código Civil para hacer una estimación del valor de los mismos que, en este caso, este Conjuetz los estima en Guaraníes ocho millones (8.000.000) en concepto de daño emergente.

En lo que respecta a lucro cesante, señalan que el fallecido podía seguir trabajando por lo menos cuatro años mas. Fundado en ello, solicitan, teniendo en cuenta expectativa laboral señalada, se reconozca el rubro de lucro cesante en el monto señalado en su petición dado que, el fallecido podía seguir percibiendo, por el señalado periodo, su sueldo. En tal sentido, se encuentra demostrado en autos el monto que el fallecido percibía, conforme al comprobante de pago de sueldos obrante a fs. 2 de autos. Entonces, teniendo en cuenta el monto de sus ingresos mas la expectativa laboral peticionada por el recurrente en su demanda, el mismo asciende a la suma de ochenta y seis millones diez y siete mil quinientos ochenta y cuatro guaraníes (Gs. 86.017.584), lo cual corresponde le sea otorgado en el concepto por las razones señaladas.

En lo que hace al daño moral, su resarcimiento en dicho concepto según se tiene afirmado en votos anteriores, no requiere prueba fehaciente y asienta en los dolores y padecimientos íntimos sufridos en este caso por el accionante, como consecuencia del hecho dañoso. En este caso es evidente que la actora ha sufrido un desmedro, perturbación y angustia espiritual a raíz de la muerte de su esposo.

Ahora bien, el problema se centra en la determinación del monto que debía ser asignado por el daño moral, dado que el mismo es de índole aleatorio y subjetivo. El desmedro existencial por pérdida sufrida deriva de la infracción a una obligación legal genérica de no dañar a otro, en este caso de ocasionar la muerte en un accidente. Aún así, y en este caso extremo, se hace difícil determinar una cantidad como consecuencia del daño espiritual y en sus efectos por la desaparición de un ser querido (esposo) que es inconmensurable. Como consecuencia de esto último, se ha venido realizando una práctica, equivocada que es la de fijar el monto por daño moral en proporción de los bienes patrimoniales, pero ello no tiene posible sustento en razón de la diferencia entre una y otra forma.

El daño moral como se dijo, debe ser establecido de manera subjetiva y en dicho sentido deben ser atendidos, tan solo el padecimiento emocional y espiritual, para que puedan ser compensados de alguna forma. No se pretende, en modo alguno cotizar al dolor

pero ante la lesión inferida a los sentimientos se recurre a la única forma posible de reparar sus efectos que es la compensación monetaria. Debe atenderse a los padecimientos sufridos por los familiares como consecuencia del hecho ilícito que ocasionara la muerte del esposo. Por todo esto se entiende que el monto impuesto por la A – quo es ínfimo puesto que la pérdida del jefe de la familia en el dolor emocional que ocasiona no puede ser equiparado al resarcimiento por daños materiales. Estos tienen independencia, es decir son autónomos en cuanto su posibilidad de asignación.

En este caso, este Miembro considera que el monto asignado como daño moral debe estar conforme a lo solicitado por la propia actora, estableciendo en dicho concepto la suma de sesenta y cinco millones. ASI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De las constancias de estos autos y, en particular de las que surgen de las copias del procedimiento penal inicial con motivo de un accidente de tránsito con desenlace fatal, se desprende que el esposo de la parte hoy accionante falleció como consecuencia de un accidente (choque de vehículos) conforme las circunstancias detalladas en el parte policial respectivo en el cual se hace constar que el vehículo (ambulancia) en el cual se desplazaba como conductor el fallecido embistió contra la parte trasera al vehículo (camión) conducido por el Sr. Cristino Oviedo. Como consecuencia del hecho luctuoso se inició el procedimiento penal que con posterioridad, fue encausado por los trámites propios del procedimiento penal que con posterioridad, fue encausado por los trámites propios del procedimiento abreviado en el cual el procesado, Cristino Oviedo, habiendo aceptado expresado respecto de tal procedimiento, con el consentimiento de la Fiscalía, fue condenado a la pena privativa de dos años suspendiéndose a prueba la ejecución de la condena, conforme la S.D. N° 142/2005 (fs.78). Con posterioridad, la viuda del fallecido promovió contra la demanda Legal Mercedes Fretes de Insfran, la presente demanda ordinaria por indemnización de daños y perjuicios en su carácter de propietaria del vehículo (camión) conducido en el momento del accidente por el citado Cristino Oviedo.

En primer término, es necesario determinar el efecto que cabe atribuir a la sentencia penal condenatoria en relación a la pretensión indemnizatoria promovida contra la accionante. Al respecto, el artículo 1868 del C.C. establece que: “Después de la condena del acusado en el juicio criminal, no se podrá negar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, no impugnar la culpa del condenado. La sentencia dictada en juicio criminal no será oponible al obligado a responder por el hecho de otro, si aquel no tuvo ocasión de ejercer su defensa.

Conforme la primera parte del enunciado normativo citado, una vez dictada la sentencia penal no resulta posible cuestionar en el juicio civil la existencia del hecho que ha invertido el procedimiento penal, no cuestionar la culpa del condenado, debiendo por tanto entenderse que si el condenado es posteriormente demandado por resarcimiento de daños y perjuicios en sede civil no podrá intentar cuestionar los extremos señalados en la norma legal. Pero tal restricción no se extiende tratándose de terceras personas que siendo eventualmente obligadas a responder por la conducta del condenado, no hayan podido ejercer su defensa. La norma legal última parte, es aplicable al caso en estudio puesto que aunque el Sr. Cristino Oviedo haya resultado condenado en sede penal, la restricción que

determina la primera parte del artículo citado no se extingue a la hoy demandada, puesto que ella constituye una tercera persona que no ha tenido que no ha tenido oportunidad de ejercer su defensa con anterioridad. Es por ello por lo que en el presente juicio civil la parte actora no puede invocar en su beneficio la primera parte del artículo 1868 del C.C. por el contrario es la parte demandada la que tiene derecho a invocar en su apoyo la segunda parte de la misma disposición legal pudiendo por tanto, ejercitar su defensa en dicho juicio, el cual solamente podrá ser admitido por la Magistratura si se acreditan los extremos legales para poder para concluir en su caso, la responsabilidad de la accionada y su obligación de indemnizar a la accionante.

Determinada la cuestión que antecede, es necesario señalar que la demanda le es promovida a la demandada en su carácter de propietaria del vehículo (camión)conducido por el Sr. Cristino Oviedo que resulto involucrado en el accidente con consecuencia fatal. Se advierte que el único elemento de juicio que puede hacer concluir que una persona es propietaria de un bien registrable como un vehículo automotor es el título de propiedad parte actora, o la consignación de tal dato en el parte policial, en modo alguno puede constituir un dato exclusivo y determinante puesto que, como se dijo la ley ya establece el modo de acreditar la titularidad de dominio de un automotor.

En estos autos no existe ningún instrumento público (título) que acredite que la demandada es la propietaria del camión conducido por el Sr.Cristino Oviedo en el momento del accidente circunstancia que impondría en principio, a la Magistratura resolver el rechazo de la demanda por falta de legitimación ad causam pasiva por no concurrir las condiciones del artículo 1852 del C.C. No obstante, la parte demandada ha recocado en esta instancia de Alzada ser la propietaria de tal vehículo automotor (fs.133), lo cual torna innecesaria la exigencia del título de propiedad desde el momento en que el artículo 1847 del C.C. determina la responsabilidad civil no solamente del dueño o propietario, sino del guardián de la cosa inanimada.

Ahora bien, tratándose de cuestiones fácticas que hacen a la responsabilidad civil perseguida, cabe anotar que el accidente con resultado fatal se produjo porque el vehículo (ambulancia) en el cual se desplazaba el esposo de la accionante (como conductor)chocó contra la parte trasera o posterior del camión conducido por el Sr. Cristino Oviedo, conductor del automotor de propiedad de la hoy accionada. Tal circunstancia (colisión por detrás) implica ya desde el inicio la responsabilidad del vehículo (ambulancia) conducido por el posteriormente fallecido que obviamente, no ha mantenido la distancia prudencial y presumiblemente atendiendo al impacto y a las consecuencias fatales, no se desplazaba a velocidad prudencial. La parte actora sostiene en el escrito de querrela adhesiva, que dicha ambulancia por razones mecánicas no podía transitar a una velocidad superior a 80 kilómetros por hora. Pero tal extremo no ha sido probado. También señala en el mismo escrito presentado en sede penal que el camión conducido por El Sr. Cristino Oviedo carecía de luces traseras. Pero, tampoco dicho extremo ha sido acreditado en el juicio penal, ni en estos autos. No se han producidos pruebas a las instrumentales. Las fotografías que dice haber presentado en el juicio penal no se encuentran agregadas en este expediente civil, razón por la cual los extremos antes alegados a través de ningún medio probatorio, sin contar con que el Sr.C.Oviedo, en su declaración indagatoria, manifestó que el vehículo

conducido por el mismo se desplazaba a velocidad prudencial y que contaba con todas las “luces reglamentarias”, como ser luz chica, luz de freno y luces de giro”.(fs.21, vlta.)

Si la parte actora hubiera probado que el vehículo (camión) conducido por el Sr. Cristino Oviedo no contaba con las luces reglamentarias-como afirmo en su escrito de querrela-entonces hubiera podido concluirse que en el accidente ha existido una culpa concurrente, por una parte, del conductor de la ambulancia (fallecido) por no mantener la distancia reglamentaria y presumible exceso de velocidad y por otra parte del conductor del camión, Cristino Oviedo, por carecer de luces reglamentarias en ruta. Pero como se dijo, el extremo atribuido al conductor del camión (de propiedad de la accionada) no ha sido probado razón por la cual debe concluirse que el único responsable del luctuoso accidente ha sido la propia víctima del mismo, conclusión que obviamente, no habilita a la viuda, la accionante a reclamar indemnización en concepto de daños y perjuicios.

Por los fundamentos expresados, corresponde que el Tribunal confirme, con costas, la sentencia apelada (por la cual se rechaza la demanda de la actora) por hallarse la decisión ajustada a Derecho. ASI VOTO.

A SU TURNO LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ; manifiesta que se adhiere al voto del Magistrado Oscar Augusto Paiva Valdovinos por compartir sus mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mi de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. REVOCAR con costas la Sentencia Definitiva N° 332 de fecha 11 de mayo de 2007, dictada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Primer Turno de la Capital, y en consecuencia condenar a la parte demandada al pago de guaraníes ciento cincuenta y nueve millones diez y siete mil quinientos ochenta y cuatro (Gs. 159.017.584)mas intereses, a la parte actora, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Exma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Valentina Nuñez, Oscar Augusto Paiva Valdovinos y Dr. Marcos Riera Hunter. Ante mi: Arnaldo Martínez Rozzano. Actuario Judicial.*

--°--

**ACCION DE AMPARO.** Derechos y garantías protegidos por la acción de amparo.  
**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

La unilateralidad de la decisión de no inscribir al alumno por parte de la institución educativa no comunicada debida y fehacientemente a los padres, la minoridad y las disposiciones del propio reglamento interno y de la Circular 06/08 sobre la especial situación de los alumnos que culminan un nivel y las disposiciones de la Ley 1264/98 que amparan y protegen la educación y los derechos de los niños y que se funda en el art. 3 del C.N.y A. hacen viable el amparo promovido por estar fundada en el interés superior del menor.

**ACCION DE AMPARO.** Derechos y garantías protegidos por la acción de amparo.

Por encima de la discusión sobre el sometimiento rígido al reglamento interno que debe tener cada alumno y sus padres, se han dado en el caso hechos como que en el mes de febrero se niega en forma verbal la inscripción del alumno, con lo que el mismo queda imposibilitado de rendir las materias reprobadas y que se exige que debe tener salvadas para cursar el año.

**ACCION DE AMPARO.** Derechos y garantías protegidos por la acción de amparo.  
**MENORES.**

La cuestión que se plantea en esta acción de Amparo como remedio de urgencia y vía apropiada para lograr el cese de la violación grave de las garantías de rango constitucional que ampara a un menor en cuanto hace a su derecho a la educación va mas allá del alcance y cumplimiento de un Reglamento Interno del Colegio que, como se ha demostrado, no ha sido observado ni cumplido por las autoridades del mismo y por el contrario ha sido aplicado unilateralmente sin que se produzca notificación fehaciente y válida de la determinación tomada en perjuicio del afectado.

**ACCION DE AMPARO.** Derechos y garantías protegidos por la acción de amparo.  
**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

El interés superior del menor debe ser considerado más allá de los límites de las regulaciones internas de un instituto de educación privado que, por el orden de prelación de las leyes vigentes y la protección global del menor, debe arbitrar procedimientos claros y transparentes que garanticen la bilateralidad, de manera tal a que las medidas y determinaciones que se tomen en cada oportunidad, se ajusten a derecho y sean tomadas luego de considerar que el menor siempre está sujeto a errores y traspiés en su conducta que la mayoría de las veces son corregibles mediante las orientaciones dadas por el propio colegio con participación de los padres, de no obrarse de esa manera se corre el riesgo de estigmatizar y discriminar al niño y adolescente.

**RECURSO DE APELACION.** Forma de interponer el recurso de apelación.

El recurso de apelación debe declararse desierto en razón que la presentación es la trascripción del escrito de memorial presentado por la parte recurrente, no contiene una crítica razonada de la sentencia judicial y se ha referido a los argumentos consignados por el sentenciante como fundamento del fallo impugnado.

T de Apel. Civ. Y Com. Primera Sala, 13-05-09. R. D. O. y otra por sus hijos menores c/ Colegio San Jose s/ Amparo. (Ac. y Sent. N° 20).

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

**CUESTIONES:**

Se halla ajustada a derecho la resolución recurrida?

Practicado el sorteo de ley, este, arrojó el siguiente orden de votación: Preopinante; la Magistrada VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ, OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y DR. MARCOS RIERA HUNTER.

A LA UNICA CUESTION – OPINION DE LA MAGISTRADA VALENTINA NUÑEZ GONZALEZ DIJO: la Sentencia objeto de recurso había dispuesto lo siguiente: I.- NO HACER LUGAR, con costas, a la presente acción de amparo constitucional promovida por los Sres. M. V. R. D. O., A. M.E. V. DE D., en nombre y representación de su menor hijo E. B. D. V., contra el COLEGIO SAN JOSÉ, por su improcedencia en atención a las consideraciones del exordio que antecede, y en consecuencia dejar sin efecto la medida de urgencia decretada en autos. II.- ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Se agravia el recurrente señalado que en el exordio de la resolución recurrida puede leerse que además de entrar en controversia la situación académica del citado alumno y su comportamiento disciplinario, se disponen en oposición para poder ser objeto de una debida y libre matriculación. En tal sentido, consideran que la acción de amparo promovida no tiene por objeto el estudio de controversias acerca de la situación del menor de edad ni su comportamiento disciplinario, sino se está solicitando un remedio excepcional para que el menor quien desea seguir estudiando lo pueda hacer libremente de conformidad a los mandatos de la Constitución Nacional Art. 73, en concordancia con el artículo 9° inciso i) de al precedentemente citada preceptúa el art. 20 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Agrega que el acto es ilegítimo por cuanto viola derechos consagrados por los cuerpos legales mencionados precedentemente concluyendo de ello que la arbitrariedad consiste en un modo de proceder contrario a lo justo razonable y legal e ilegítimo es todo aquello que es contrario a la ley.

Señala el recurrente que la negativa de matriculación de un alumno es violatoria de los derechos reconocidos por la Constitución, las leyes y convenciones internacionales sobre los Derechos del Niño, siendo una medida nada razonable por cuanto que ninguna institución educativa del mismo nivel social y académico admite alumnos nuevos en esta época del año, considerando que lo más razonable sería que el menor pueda continuar sus estudios en el colegio donde estuvo estudiando más de diez años.

Agrega que la negativa de la matriculación del alumno expresado en forma verbal, es absolutamente ilegal y arbitrario. Cuestiona que el A-quo ha resultado el caso conforme a un reglamento privado y supuestas decisiones del colegio que ni siquiera constan por escrito por lo que no pueden servir de fundamento para una decisión judicial, como tampoco puede servir de base un Reglamento interno y los dichos de directivos de la institución dejando de lado el mandato constitucional y legal de fundar sus resoluciones en la Constitución y en las leyes. Agrega que el Juez interviniente en base a lo señalado precedentemente califica de legítimo un acto arbitrario fundándose en lo que el Colegio sostiene conforme a una resolución ministerial que ni siquiera especifica pasando por alto el objeto del amparo.

Efectúa otras consideraciones de índole doctrinaria citando nuevamente las regulaciones legales que habrían sido violadas con el acto atacado aclarando que no se ha

solicitado al Juzgado que soluciones cuestiones académicas sino se ha recurrido a la única vía legal que permite que los derechos de su representado obtenga una tutela jurídica inmediata y eficaz.

Menciona que el A-quo ha reconocido la urgencia del caso al dictar una medida de urgencia que ordenaba la matriculación del alumno a lo que el Consejo Directivo hizo caso omiso desacatando la orden judicial.

Señala también que la imposibilidad de recurrir a la vía ordinaria se funda en que tanto en el Reglamento interno como en la Ley General de Educación no se halla contemplado ninguno de los recursos administrativos propios (reconsideración y jerárquico) como tampoco existe un acto administrativo individual que sea pasible de recurrir en lo contencioso administrativo, vías que no pueden ser agotadas por las circunstancias mencionadas precedentemente. No existe otra vía para obtener la tutela jurídica de los derechos enunciados que no sea el amparo por otra parte menciona que la urgencia esta dada por el hecho que las clases comenzaron el 2 de marzo y el menor se encuentra perdiendo meses de clases. Solicita del Tribunal el dictamiento de una medida cautelar de urgencia disponiendo la inscripción del menor como alumno de la institución demandada así como la revocatoria de la S.D. N° 190 de fecha 23 de marzo, dictada por el Juez en lo Civil y comercial del Duodécimo Turno.

Corrido traslado a la otra parte esta contesta en escrito obrante de fs. 191/195 de autos efectuando una serie de apreciaciones en cuanto a los agravios señalados por la parte apelante. Reproduce los argumentos esgrimidos en la contestación del amparo refutando los argumentos de la parte apelante y sosteniendo la validez del Reglamento interno como instrumento válido para la medida adoptada y concluye efectuando consideraciones de índole general relativas a la responsabilidad de los padres en la educación de los hijos, la participación que deben tener los mismos y que tanto los demandantes como el menor se encontraban en conocimiento de las normas de comportamiento de la resolución recurrida.

Entrando a analizar la cuestión sometida a estudio nos encontramos ante una acción de amparo promovida por los Sres. R. D. O.y A. V. B. contra el Colegio San José ante la negativa de dicha Institución en inscribir al menor E.B. D. V. como alumno de la misma, decisión expresada en forma verbal por la Directora General M. de G. en el acto de solicitar la inscripción en el mes de febrero del corriente año.

El art. 134 de la Constitución Nacional que reglamenta el amparo estipula que: "Toda persona que por un acto u omisión manifiestamente ilegítimo de una autoridad o de un particular se considere lesionada gravemente ó en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley y que debido a la urgencia del caso no pudiere remediarse por la vía ordinaria podrá promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad de salvaguardar el derecho o garantía o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Los requisitos para la procedencia del amparo pueden circunscribirse a) la existencia de un acto u omisión manifiestamente ilegítimo de una autoridad o particular que viole derechos o garantías consagrados en la Constitución y en la ley; b) que por la urgencia del caso no puede remediarse por la vía ordinaria.

Enmarcando la cuestión sometida a estudio tenemos que el amparo promovido tiene por objeto revertir la decisión comunicada verbalmente a los padres del menor E. B. D. V. por la Directora de la Institución demandada M. de G. de no inscribir al menor como alumno de la Institución, comunicación efectuada a los mismos al presentarse para inscribir a su menor hijo en el mes de febrero del corriente año siendo este el acto atacado por considerar que lesiona gravemente los derechos del mismo amparado por disposiciones constitucionales legales y de convenciones internacionales en contraposición a un Reglamento Interno que es el que sirvió de base al A-quo para resolver el amparo.

Corresponde en consecuencia analizar si existe otra vía que permitiese plantear el caso y obtener un pronunciamiento en tiempo oportuno atendiendo a las peculiaridades del mismo. Y efectuada la revisión del Reglamento Interno del Colegio, se observa que el mismo no prevé el manejo de este tipo de situaciones ni se establece cuales serían los recursos en los casos de sanciones, es decir las decisiones son adoptadas unilateralmente y sin posibilidad de recurso ante quien las dicta ni tampoco ante una autoridad educativa superior, atendiendo a que el Colegio San José pese a ser privado se halla regido por la Ley de Educación 1264/98.

Por otra parte en el caso en estudio no existe ningún pronunciamiento escrito debidamente comunicado al afectado o sus padres que permita servir como cabeza de algún juicio por la vía ordinaria, la que desde luego, sería inocua por el tiempo que generalmente duran los juicios lo que desembocaría en un pronunciamiento tal vez estéril y que no otorgue la tutela jurídica solicitada. Por ello considero que el amparo es la vía adecuada por no existir vías paralelas que permitan el tratamiento y solución del problema. En cuanto a la urgencia la misma está dada por la necesidad del menor de proseguir sus estudios en el tiempo hábil.

Establecida la procedencia de la vía escogida y la existencia de la urgencia corresponde analizar si existe o no un acto u omisión ilegítimo que lesione gravemente derechos o garantías consagrados en la Constitución Nacional o en la ley.

Sostiene la parte demandada que el Colegio San José ha actuado dentro de las facultades establecidas en el Reglamento interno del Colegio ya que el mismo había sido inscripto como alumno condicional en el rasgo responsabilidad habiéndose hecho firmar a los padres una carta de compromiso en tal sentido y que no habiendo reunido los requisitos exigidos se determinó que ya no fuera admitido en el Colegio.

La parte actora por su parte sostiene que el Colegio se negó a tomar los exámenes extraordinario contrariando la disposición contenida en la circular 11/08 (fs.4), lo que motivó a realizar gestiones ante el Ministerio de Educación habiendo conseguido la autorización correspondiente para que el menor de los exámenes adeudados en el Colegio Nacional de Enseñanza Media Diversificada Pablo L. Avila (fs. 9), habiendo aprobado las materias pendientes en el mes de diciembre del 2008, presentándose a solicitar la inscripción correspondiente siendo informados verbalmente por la Directora General que el menor ya no sería inscripto para cursar el año lectivo 2009.

El problema se centra en el perjuicio que ocasiona al menor esta comunicación hecha en forma verbal al momento de solicitar la inscripción en otra institución de similar categoría al del colegio demandado.

Si bien es cierto que el menor fue admitido en el 9° grado como alumno condicional en el rasgo responsabilidad no menos cierto es que en la nota que se hiciera firmar a la madre del menor (fs. 89), no se hace referencia a la existencia de alguna disposición que permita inferir la aplicación automática de alguna sanción, debiendo existir obviamente pronunciamiento expreso al respecto por parte del Colegio y de haber existido tampoco puede quedar notificada en forma automática sin conocimiento por parte del afectado o sus padres.

El propio Reglamento Interno cuya copia fuera presentada por la parte demandada (fs 102/118), estipula en el capítulo II al referirse a los Alumnos (pag. 8) en el punto 14 Disposiciones finales, que: “Es prerrogativa exclusiva de la Institución la admisión o no de un alumno/a al finalizar el año escolar”.

Esta disposición concuerda con lo dispuesto en la circular 6/08 (fs.3) que establece que los alumnos/as del noveno grado culminan un nivel del Sistema Educativo Nacional en ese sentido necesitan un tratamiento diferenciado en cuanto a las instancias de evaluación para la promoción y reiteran que la excepción se debe a que los alumnos/as que culminan este nivel para pasar a otro necesitan en algunos casos realizar cursillos de ingreso en Colegios técnicos, buscar colegios donde proseguir sus estudios, etc.

Por su parte la Circular 11/08 (fs 4 parte actora y fs. 36, parte demandada) señala que “en ningún caso el alumno/a debe ser despedido de la institución por tener materias pendientes negándose el derecho a presentarse al examen de regularización”, haciendo hincapié sobre disposiciones contenidas en la Ley 1264/98 que protegen la educación y los derechos del niño y muy especialmente hace referencia al art. 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia que establece que toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior se respetará sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo el equilibrio entre sus derechos y deberes así como su condición de persona en desarrollo. Y concluye solicitando a los actores educativos a quienes va dirigida esta circular garantizar el cumplimiento de estas normativas atendiendo a la cantidad de demandas de padres de familia que llegan hasta esta instancia ministerial.

De manera que conforme al propio Reglamento Interno y con mayor énfasis en el caso del menor Dolsa, quien concluía un nivel del sistema educativo al finalizar el año escolar 2008, el colegio ya debió determinar y sobre todo comunicar en forma fehaciente al interesado y sus padres la decisión de no admitirlo mas como alumno a fin de dar cumplimiento al propio Reglamento y a las disposiciones ministeriales señaladas precedentemente o que permitiría a los mismos arbitrar las medidas necesarias para asegurar la normal prosecución de la educación del mismo e impedir que se viese violado su derecho a una educación integral y permanente.

Sin embargo, esto no fue realizado y recién en el mes de febrero al solicitarse la inscripción del menor es comunicada verbalmente la decisión de no aceptarlo como alumno

(este hecho no fue rebatido en ningún momento por la parte demandada) con el consecuente perjuicio para el mismo. Podrá alegar la parte demandada que el menor incumplió el requisito de condicionalidad, y por ello fue sancionado, pero no existió pronunciamiento expreso y oportuno del Colegio al respecto de manera a tomar conocimiento de dicha situación al afectado o sus padres, o que no se presentó a los exámenes de regularización que debían realizarse en el Colegio y que por ello incurrió en violación al reglamento interno pero si en el mes de febrero le fue denegada la inscripción mal podría el mismo rendir los exámenes en el mes de marzo como se sostiene con lo que queda claramente configurada la prohibición contenida en la Circular 11/08 que establece que “en ningún caso el alumno/a debe ser despedido de la institución por tener materias pendientes negándoles el derecho a presentarse al examen de regularización” situación que se produce al negársele la inscripción” .

De manera que la omisión en el cumplimiento de su propio Reglamento así como las disposiciones especiales contenidas en las circulares 6/08 y 11/08 torna ilegítima la medida adoptada, ocasionando una lesión al menor en sus derechos ya que el mismo difícilmente pueda obtener inscripción en algún Colegio atendiendo a la fecha en que se le hizo saber que no sería admitido como alumno haciendo viable el amparo solicitado debiendo revocarse la resolución recurrida haciendo lugar al amparo y ordenando la inmediata inscripción del menor imponiéndole las costas en el orden causado habida cuenta que lo aquí resuelto ha sido objeto de interpretación. ASI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS: Que adhiere al voto de la Magistrada preopinante, por los mismos fundamentos y conclusiones formulados en el mismo y se permite agregar cuanto sigue: Que del análisis de las constancias de autos y de las expresiones, manifestaciones y pretensiones de las partes contenidas en el escrito de promoción de la presente acción de Amparo, su contestación como así mismo de la expresión de agravios y lo expresado en esta Instancia por la parte demandada al evacuar el traslado y de los documentos e instrumentos agregados, se tiene que tal como lo sostiene la distinguida colega, la presente acción contra el colegio San José y la cuestión planteada es motivada y se origina en la negativa de la citada Institución de Enseñanza de inscribir al hijo menor de los actores, E. B. D. V. (alumno), decisión que es manifestada en forma verbal por la Directora del Colegio en oportunidad de solicitarse la inscripción en el mes de febrero del presente año lectivo.

A partir de este hecho y escogida por los actores la vía de la acción del Amparo Constitucional previsto en el art. 134 de la Constitución cabe en primer término determinar si se dan los requisitos en la Carta Magna y sobre todo si existen un acto u omisión que viole las garantías previstas en la misma o en otras disposiciones de la ley. En tal sentido determinar si se da en el requisito de la urgencia y la gravedad del hecho no permita escoger otra vía que le lleve en tiempo y forma oportunos a subsanar o restituirla observancia de los derechos que se consideran omitidos o violados.

Este Conjuetz, itera que comparte los fundamentos del voto de la Magistrada que le precede en la opinión y que por ello omite volver considerar detalladamente y abundar en cuestiones ya analizadas como la falta de pronunciamiento o comunicación por escrito y

debida notificación al interesado de la negativa de la inscripción. Omite igualmente referirse al hecho cierto de que el Reglamento Interno de la institución no contempla el manejo de situaciones como la planteada y la secuencia procedimental, para concluir en sanciones y su posible recurrencia a otras instancias ante Instituciones del ámbito de la Educación que se rige por las leyes de rango superior al Reglamento del Colegio. Esto sube de grado al tratarse decisiones unilaterales (inaudita pars) que involucran el interés superior del menor que se hallan no solo protegidos o reglados por la propia Constitución, sino también por leyes y convenios internacionales de los cuales nuestro País es signatario. Todos ellos citados por la preopinante.

En tales condiciones, y aclarada la procedencia de la vía de la acción de amparo y de tenerse por cumplido el requisito de la urgencia o a la inversa la inexistencia de otra que permita revertir o devolver la vigencia de los derechos o garantías que se reclaman corresponde ocuparse de lo más importante como lo es la existencia o no del acto ilegítimo u omisión que lesione como ya se dijo las garantías claramente establecidas en la Carta Magna y en otras leyes nacionales e internacionales.

Sin ir a repeticiones ni pretender reseñar el voto al cual adhiere este Magistrado si es necesario expresar que el fundamento principal del Juez para rechazar la presente acción de amparo se basa en las disposiciones del Reglamento Interno del Colegio demandado y la obligación del acatamiento sin excepciones del mismo por parte del alumno o de sus padres como en este caso ya que se trata de un menor. Este punto de vista le ha hecho tener al Juzgador una opinión sesgada al punto tal de no considerar situaciones que no debió obviar como que el alumno a quien se le negó verbalmente la inscripción estaba concluyendo un ciclo (el 9º grado). La unilateralidad de la decisión no comunicada debida y fehacientemente, su minoridad (preeminencia de los intereses del menor) y lo que es más no consideró las propias disposiciones del reglamento en el cual se basa (pag. 8 punto 14). Lo dispuesto en la Circular de la 6/08 (fojas 3) sobre la especial situación de los alumnos que culminan un nivel del Sistema Educativo Nacional. Lo mismo puede decirse de lo que señala la Circular 11/08, admitida por la parte actora a fojas 4 y por la demandada a fojas 36 de autos, que dice “en ningún caso el alumno/a debe ser despedido de la institución por tener materias pendientes negándoles el derecho de presentarse al examen de regularización”, a lo que se recalca libre las disposiciones contenidas en la Ley 1264/98 que amparan y protegen la educación y los derechos de los niños y que se funda en el art. 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia que manda que toda medida que se adopte respecto del niño i el adolescente siempre deberá estar fundada en su interés superior.

Ya finalmente, no se puede dejar de comentar que en el caso que nos ocupa por encima de la discusión sobre el sometimiento rígido al Reglamento Interno que debe tener cada alumno y sus padres como pretende la demandada se han dado hechos como por citar algunos: a) En febrero se niega en forma verbal la inscripción del alumno con lo que el mismo queda imposibilitado de rendir las materias reprobadas y que se exige que debe tener salvadas para cursar el año. Como va a rendir o examinarse en las materias que tiene pendiente si no se inscribe?. Podrá cuestionarse la determinación tomada por el Ministerio de Educación de autorizar los exámenes pero debe tenerse en cuenta que esta es la máxima instancia administrativa que rige y establece disposiciones, reglamentos y pautas en materia

de educación en el país y a ellos se halla sometida el colegio demandado; b) De las constancias de autos se tiene que el Juez a-quo ha ordenado como medida cautelar de urgencia la inscripción provisoria del alumno E. B. D.V. y se advierte que la Institución demandada no ha dado cumplimiento a la misma o ha desconocido la citada medida emanada de Juez competente que debió cumplirse inmediata e independientemente de que en su momento pueda ser recurrida o levantada. Más aun tratándose un caso donde están en juego los intereses de un menor que a esta altura de año (5° mes) no puede asistir aun a clases, pese a tratarse de un alumno que culmina un nivel (9° Grado).

La cuestión que se plantea en esta acción de Amparo como remedio de urgencia y vía apropiada para lograr el cese de la violación grave de las garantías de rango Constitucionales que amparan a un menor en cuanto hace a su derecho a la educación va mas allá del alcance y cumplimiento de un Reglamento Interno del Colegio demandado que, como se ha demostrado no ha sido observado ni cumplido por las autoridades del mismo y por el contrario no ha sido observado ni cumplido por las autoridades del mismo y por el contrario ha sido aplicado unilateralmente sin que se produzca notificación fehaciente y válida de la determinación tomada en perjuicio del afectado. Se itera el interés superior del menor debe ser considerado más allá de los límites de las regulaciones internas de un Instituto de educación privado que por el orden de prelación de las leyes vigentes y la protección global del menor debe arbitrar procedimientos claros y transparentes que garanticen la bilateralidad de manera tal a que las medidas y determinaciones que se tomen en cada oportunidad se ajusten a derecho y sean tomadas luego de considerar que el menor siempre está sujeto a errores y traspiés en su conducta que la mayoría de las veces son corregibles mediante la orientaciones dadas por el propio colegio con la participación de los padres. De no obrarse de esa manera se corre el serio riesgo de estigmatizar y discriminar al niño y adolescente.

Por las consideraciones y fundamentos expuestos este Conjuez adhiere al voto de la Magistrada preopinante y en tal sentido es de criterio que la resolución apelada debe ser revocada haciendo lugar al Amparo planteado y ordenar la inmediata inscripción del menor E. B. D. V. en el Colegio San José de esta Capital contra quien se ha deducido la presente acción. En cuanto a las costas también adhiere al criterio de la Magistrada preopinante dado que la cuestión planteada ha requerido de una tarea de interpretación por parte de los Juzgadores por lo que corresponde que las mismas sean aplicadas en el orden causado. ASI VOTO.

A SU TURNO EL MAGISTRADO DR. MARCOS RIERA HUNTER DIJO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 419 del CPC el apelante tiene la carga procesal de efectuar ante la Alzada la crítica razonada de la resolución objeto de recurso a fin de evidenciar al Tribunal superior los errores equivocaciones o los motivos (jurídicos) por los cuales la conceptúa injusta o no ajustada a Derecho. La expresión de agravios resulta absolutamente esencial para que el Tribunal de Apelación pueda considerar mantenido el recurso. No cumpliéndose con el requisito legal el recurso debe ser declarado desierto.

En el caso en estudio de la lectura detenida del escrito presentado por la parte recurrente agregado a fs. 181 no resulta que el mismo haya dado cumplimiento a la disposición legal antes enunciada es decir la crítica razonada de la sentencia judicial por

cuanto que en lugar de referirse a los argumentos que han sido esgrimidos por el Juez sentenciante a fundamentar el fallo refutándolos en su caso con argumentos jurídicos se limitó a formular una serie de consideraciones completamente ajenas a la exigencia procesal de artículo 419 antes citado (crítica razonada de la sentencia judicial), consistentes en aludir a diversas normativas nacionales e internacionales y a la necesidad de la admisión de este amparo para impugnar una decisión (del Colegio demandado) que el recurrente juzga ilegítima y arbitraria.

En efecto, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia recurrida expresó “Que en el caso en estudio, se advierte conforme surge de las constancias de estos autos que el accionante alumno de la institución educativa demandada, en la pruebas ordinarias del mes de noviembre de 2008 correspondiente al noveno grado. E. B. D. V. fue examinado en las once materias que integran el programa vigente siendo reprobado en nueve asignaturas y aprobado solamente 2. Educación Física y Cultura Religiosa en consecuencia de este resultado accedió a los exámenes complementarios también en el mes de noviembre con el resultado de ser nuevamente aplazado en cuatro asignaturas, educación artística, matemáticas, historia y geografía y trabajo y tecnología así habiendo sido reprobado trató de ser admitido a las pruebas extraordinarias en el colegio pero éstas estaban pactadas para el mes de marzo de 2009 situación que desembocó en el adelantamiento para ser examinado en otra institución el Colegio Nacional Pablo Avila cuyos resultados a los exámenes realizados se desconocen por no ser agregados en las constancias probatorias al escrito de demanda que nos ocupa en estas condiciones y en la hipótesis de que el alumno D. hubiera aprobado en el Colegio sustituto las materias pendientes el mismo igualmente se encuentra impedido a matricularse en el Colegio San José en atención al reglamento interno en su artículo 3.2.8 y 4.2., el cual constituye la norma jurídica positiva a la cual se contienen todos los sujetos involucrados en la institución educativa sean autoridades docentes alumnos y funcionarios administrativos. No deja de ser importante reiterar que el presente reglamento se encuentra aprobado por el Ministerio de Educación y Cultura por lo que las normas del mismo deben ser tenidas en cuanto a fin de apreciar si el comportamiento asumido por el Colegio demandado se marca o no en la figura del acto manifiestamente ilegítimo que pudiese fundar válidamente la pretensión de amparo. Que obviamente la respuesta debe ser negativa desde el momento en que el colegio se limitó a aplicar el reglamento interno conforme a las circunstancias fácticas del acto particular en estudio no puede concluirse que se ha incurrido en un acto ilegítimo, ilegitimidad que como se dijo debe ser clara manifiesta patente obvia e indiscutible. Pues bien estas exigencias constitucionales no se advierten en el caso en estudio. Que las pruebas producidas en este juicio no abonan ninguno de tales extremos. Los testigos propuestos por la demandada han declarado sobre la base del reglamento interno del Colegio reafirmando los malos antecedentes del alumno D. con respecto a su actitud conducta y desempleo académico, es decir han depuesto sobre hechos concretos y positivos lo cual conducen a la conclusión de que en el caso no ha existido acto ilegítimo por parte del Colegio demandado por lo que se encuentra ausente uno de los requisitos absolutamente determinantes para la procedencia del amparo promovido. Desde el momento en que dicha normativa se ajusta a la situación fáctica o de hecho que motiva este juicio no puede sostenerse la ilegitimidad que alega el

accionante. La normativa reglamentaria es clara, no competente y por ultimo contempla precisamente los extremos fácticos que rodean la situación del demandante (reprobación de las materias educación artística, matemática, historia, geografía y trabajo y tecnología en 2 oportunidades, no acreditaron de la condición de enfermedad para rendir examen extraordinario y lograr así la matriculación en el curso superior)(fs. 176, vlta 177 y 177 vlta.).

La extensa transcripción de los fundamentos de la sentencia recurrida ha sido efectuada con la única y exclusiva finalidad de comprobar por la vía de contrastación con el escrito memorial presentado por la parte recurrente que este no se ha referido puntualmente a los fundamentos o argumentos expresados por el Juzgado de Primera Instancia para justificar la decisión adoptada, sino que, como se dijo, el recurrente se ha limitado a formular consideraciones generales vinculadas con invocación de normativas nacionales e internacionales, afirmaciones dogmática que no tienen la virtualidad de constituir una crítica razonada de la sentencia judicial rebatiendo en su caso, los argumentos del Juez sentenciante.

En efecto del escrito de fs. 182 y sgts., se desprende que el apelante manifestó que el acto es ilegítimo por cuanto viola derechos consagrados por la Constitución y la ley, y en la presente acción ha quedado muy claro que el presupuesto fáctico de la negativa de matriculación, viola, y ello es obvio y manifiesto, el derecho a la educación previsto en el artículo 72 de la Constitución Nacional, además de violar manifiestamente el art. 9 inc. i) de la Ley No. 1264/98 “ley General de Educación” de los fines de la educación y el artículo y el artículo 10 inc. c) de la normativa precedentemente citada preceptúa: del acceso y permanecía en los centros de enseñanza. El artículo 20 del Código de la Niñez y de la Adolescencia del derecho a una educación del niño y del adolescente que garantice el desarrollo armónico e integral de su persona y que les prepara para el ejercicio de la ciudadanía”... “Que la negativa de matriculación de un alumno es violatoria de los derechos expresados precedentemente, además de violar manifiestamente derechos fundamentales, no resulta para nada razonable ya que como es sabido ninguna otra institución educativa del mismo nivel social y académico admite a los alumnos nuevos en esta época del año por lo que lo razonable sería que el alumno accionante curse sus estudios en el colegio donde estuvo estudiando más de diez años. “El acto de la negativa de matriculación del alumno expresado en forma verbal, es absolutamente ilegal y arbitrario...”...”Que el Juez inferior, en lugar de otorgar la tutela jurídica de los derechos que se demandan, ha resuelto el caso conforme a un reglamento privado y supuestas decisiones del colegio que ni siquiera constan por escrito...sería conveniente que el Juez de Primer grado no se abrogare facultades contencioso administrativas, deje de lado un simple Reglamento Interno de Derecho Privado y recuerde el mandato constitución y legal de fundar sus resoluciones en la Constitución y en la ley”...La sentencia impugnada, no se halla ajustada a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 256 de la Constitución Nacional... ni a lo dispuesto en el art. 15, inc. .b)...”;...”el Juez califica de legítimo a un acto arbitrario fundándose en lo que el colegio “sostiene” conforme a una resolución ministerial que no siquiera especifica, pasando por alto el objeto del amparo, lo derechos que he denunciado se ha violado...”...el acto es arbitrario e ilegítimo manifiestamente u a

todas las luces ya que se materializa en negarle el derecho a la educación que desea seguir estudiando y concluir lo que le resta para culminar su educación secundaria, que además se encuentra en riesgo de perder el año lectivo, ya que las clases en el Colegio San José se iniciaron el pasado 2 de marzo ya habiendo perdido el menos casi un mes de clases, no pudiendo el mismo inscribirse en otra institución ya que ningún colegio del mismo nivel académico y social, admite a alumnos en el último año”;...cabe aclarar que la lesión es jurídica por supuesto, por ello se ha utilizado la vía de la acción de amparo constitucional...”;...”no le he solicitado al juzgado que soluciones “cuestiones académicas” sino he recurrido a la única vía legal que permite los derechos de mi representado obtenga una tutela jurídica inmediata y eficaz”;...”Que el Presupuesto fáctico de la negativa de matriculación en el último año del Bachillerato, viola y ello es obvio y manifiesto, el derecho a la educación previsto en el artículo 73 de la Constitución Nacional...además de violar el art. 9 inc. i) de la Ley N° 1264/98 “Ley General de Educación”, de los fines de la educación, y en el art. 10 inc. c)de la normativa precedentemente citada preceptúa...”;...”Que además se han violado normativas de carácter internacional art. 29 de la Convención sobre los derechos del niño en su inc. b) que dispone.....”;...”La imposibilidad de recurrir a la vía ordinaria, se funda en que tanto en el Reglamento interno, así como en la Ley General de Educación, no se halla contemplado ninguno de los dos recursos administrativos propios (recurso de reconsideración y jerárquico)...El no agotamiento de vías previas o legales, se basa simplemente en la inexistencia de las mismas...”;...”La urgencia del caso, encuentra su fundamento en que las clases se iniciaron el 02 de marzo del cte..Circunstancia por la cual solicitó la medida de urgencia que no admite demora bajo ningún pretexto,...”...”Que sabido es que solo los actos administrativos individuales o particulares donde se individualiza claramente a una persona como destinatario de un acto, notificada formalmente por escrito con los presupuestos de regularidad y validez – a saber numero, fecha, autorización legal, presupuesto de hecho, motivación del acto administrativo, y lo que resuelve- pueden ser recurridos en lo contencioso administrativo. Que no es posible recurrir a otra vía menos aún administrativa...”...”Que me permito transcribir un fragmento de la obre “Recurso de Amparo, que fuera presentada como tesis doctoral por la Dra. Marina Alicia Aquino de Ortiz...”;...”Que, asimismo, el artículo 54 in fine de la Constitución Nacional expresa:”....”;...”Que, atendiendo a la urgencia del caso solicito a V.V.E.E. en esta instancia decreten medida cautelar de urgencia...ordenando la inscripción del menor E. B. D. V. como alumno de la mencionada institución... y la S.D. N° 190 de fecha 23 de marzo de 2009” (fs. 181/189).

La trascripción del escrito de memorial presentado por la parte recurrente en esta instancia evidencia que no ha efectuado la crítica razonada de la sentencia judicial o se ha referido a los argumentos consignados por el sentenciante como fundamento del dallo impugnado, ha formulado expresiones generales, invocación de diversas normas jurídicas, calificando la no matriculación del alumno como arbitraria e ilegítima pero sin efectuar ni consignar al razonamiento jurídico necesario para concluir, como argumentos jurídicos y fácticos, tal conclusión de arbitrariedad o ilegitimidad. El contenido del memorial presentado por el recurrente en gran medida aparece como un escrito de demanda en el cual

se solicita incluso una medida cautelar de urgencia sobre la base de argumentos que ninguna relación tienen con las razones esgrimidas por el Juzgado para sentenciar quien, en el fallo recurrido no solamente ha invocado normativas legales (incluso el reglamento que ninguna relación tienen con las razones esgrimidas por el Juzgado para sentencia quien en el fallo recurrido no solamente ha invocado normativas legales (incluso el reglamento interno del colegio), sino circunstancias fácticas resultantes de los dichos de testigos. Ninguno de tales extremos ha merecido crítica por parte del recurrente salvo en lo tocante al reglamento interno del cual afirmo solamente que el Juzgado debió dejarlo de lado, manifestación que no tiene ni el tenor ni el contenido que sea fruto de un análisis jurídico de la cuestión objeto de estudio.

En estas condiciones, no habiéndose cumplido con la carga procesal impuesta por el artículo 419 del CPC, el recurso no puede ser conceptualizado como mantenido en esta Alzada razón por la cual debe ser declarado desierto. ASI VOTO.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Magistrados por ante mí que certifique quedando acordada la sentencia que sigue de inmediato.

RESUELVE:1.- REVOCAR la resolución recurrida, haciendo lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. R. D. O.y A.V. B., en representación de su menor hijo E. B. D. V. contra el Colegio San José debiendo procederse a la inmediata inscripción del mismo como alumno de la institución. 2.- IMPONER las costas en el orden causado. 3.- ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Oscar Paiva Valdovinos, Marcos Riera Hunter, Valentina Núñez Gonzalez.*  
*Ante mí: Arnaldo Martínez Rozzano, Actuario Judicial*

--°--

### **CONTRATO DE SUMINISTRO.** Características.

El contrato de suministro en cuestión posee notas características del contrato administrativo. En efecto, uno de los contratantes es el Estado, su objeto está referido a un servicio público; tiene por fin satisfacer necesidades públicas; el procedimiento de contratación fue la licitación pública. Por ende, respecto a todo lo que hace relación al cumplimiento de leyes, decretos, ordenanzas sobre adquisiciones y al pliego de condiciones, debe ser regido por el derecho administrativo.

### **CONTRATO DE SUMINISTRO.**

En lo referente a la interpretación y ejecución del contrato de suministro, que en definitiva, no es más que una compraventa, rige el derecho privado, por ser materia propia de dicho ordenamiento. Y ello es así porque los medios jurídicos del derecho común son los más idóneos para el cumplimiento de los fines de la Administración. Prueba de ello es que el mismo Ministerio del Agricultura y Ganadería, promovió la acción de nulidad, ante el juzgado civil y comercial y no ante el contencioso administrativo.

### **JUICIO ARBITRAL.** Laudo arbitral.

Habida cuenta que las partes contratantes renunciaron expresamente a que sus divergencias sean atendidas por medio de esta vía, estableciendo la del arbitraje internacional, teniendo

en cuenta la teoría de la autonomía de la voluntad, consagrada en el artículo 669 CCP y la de los actos propios, ampliamente difundida en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, la autoridad competente para resolver las divergencias derivadas del contrato es la Cámara de comercio Internacional de París, siempre y cuando observen estrictamente el cumplimiento de las leyes, más aún si la cuestión está relacionada con normas de orden público.

**JUICIO ARBITRAL.** Laudo arbitral. Ejecución del laudo arbitral. **EXCEPCION DE INCOMPETENCIA.**

Resulta indiscutible que el presente contrato de suministro en lo que hace a su interpretación y ejecución, se encuentra regido por el derecho privado. Así también lo entendió la actora, quien promovió acción ante la jurisdicción civil y comercial, por ende es aplicable lo establecido en el art. 248 de la C.N. en concordancia con la ley 948/96, el cual permite expresamente someter a arbitraje controversias suscitadas en el ámbito privado, como es el caso, por lo cual debe prosperar la excepción de incompetencia siendo competente para entender la Cámara de Comercio Internacional de París.

**JUICIO ARBITRAL.** Laudo arbitral. Nulidad del laudo arbitral. **EXCEPCION DE INCOMPETENCIA.**

En cuanto a la excepción de cosa juzgada dado que el laudo arbitral fue dictado durante la vigencia de la ley 1879/2002, resulta aplicable el artículo 41 que establece el plazo de 15 días contados a partir de la fecha de la notificación del laudo para promover el recurso de nulidad contra la sentencia arbitral.

T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 04-02-09. Ministerio de Agricultura y Ganadería y Procuraduría General de la República c/ GRUPANOR CERCAMPO S.A. s/ Nulidad de Cláusula contractual y Laudo Arbitral. (A.I. N° 6)\*

VISTOS: los recursos de nulidad y apelación interpuestos contra el A.I. Nro. 1816 de fecha 24 de octubre de 2007, dictado por el Juzgado de primera Instancia Civil y Comercial Octavo Turno, y

**CONSIDERANDO:**

Que por medio del citado interlocutorio (fs. 258/266), el A quo resolvió: “1) NO HACER LUGAR, con costas, a la excepción de incompetencia deducida por el representante convencional de la firma comercial GRUPANOR – CERCAMPO S.A. en estos de conformidad a las consideraciones vertidas en el exordio de la presente resolución; 2) DIFERIR el pronunciamiento de la excepción de cosa juzgada deducida por el representante convencional de la firma comercial GRUPANOR – CERCAMPO en estos de conformidad a las consideraciones vertidas en el exordio de la presente resolución; 3) NOTIFIQUESE por cedula la presente resolución; ANOTAR... “(sic).

\* Acción de Inconstitucionalidad rechazada inlimine por A.I N° 1043 de fecha 30 de junio de 2009. CSJ

LA NULIDAD. El recurrente ha fundado el recurso junto con el de apelación pero resulta que las supuestas faltas denunciadas en su escrito que la memorial, pueden ser atendidas por la vía de la apelación, teniendo en cuenta que la sanción de nulidad es de última ratio, conforme así lo establece el artículo 407 CPC. Por lo demás, este Tribunal no advierte vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio, por lo que corresponde desestimarlos.

LA APELACION. OPINION DE LA DRA ZUCOLILLO GARAY DE VOUGA. La resolución en alzada agravia a la apelante quien en base a su escritorio de memorial que corre de fs. 286 a 304, alega que dicha resolución no resiste el control de normativa. En este sentido, señala que el A quo equivoco la norma aplicable respecto de su competencia y resolvió como si la demanda se tratara de una acción autónoma de nulidad, cuando que no fue planteada como tal, sino como una acción declarativa de nulidad del laudo arbitral. Por otro lado, sostiene que las normas que cita el A quo son procesales, de orden interno no aplicables al caso, en el cual deben regir normas compiladas en tratados internacionales y leyes nacionales especiales. Respecto a la excepción de cosa juzgada, arguye que el A quo no fundó la decisión de deferir su estudio, y que además, tampoco se entiende la motivación de la misma. Sostiene que en realidad, el presente juicio tiene por objeto privar de eficacia un laudo recaído en un proceso válido y correcto, seguido ante el Tribunal Arbitral Internacional, cuya competencia el Estado nunca ha cuestionado, sino por el contrario, ha consentido, participando en todas las etapas del proceso, existiendo un fallo al respecto, por lo que soslayar esto sería perjudicial la imagen en materia de seguridad jurídica a nivel internacional.

Revisadas constancias procesales (fs. 219/233), surge que el Abogado Juan Ernesto Villamayor en nombre y representación de la firma GRUPANOR – CERCAMPO S.A., opuso excepciones de incompetencia y cosa juzgada contra el progreso de la acción de declaración de nulidad de cláusula de contrato y laudo arbitral, promovida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería. Fundó la incompetencia en que: a) La República del Paraguay se sometió al arbitraje por la Ley Nro. 1856 que aprobó el Convenio de Crédito suscrito entre la República del Paraguay y el Banco Santander Central Hispano; b) El Procurador General participo del proceso arbitral en la Ciudad de Paris; c) La Ley especial del arbitraje de la República del Paraguay, establece en su artículo 40 que solo podrá recurrirse ante el Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial con competencia territorial sobre el lugar donde hubiera dictado el laudo.

Sostuvo además que el Gobierno de la República del Paraguay se sometió expresa y voluntariamente a arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de Paris, y en consecuencia, acepto las normas que regían ese procedimiento. Asimismo, que los artículos 2 y 3 del CPC así como el artículo 248 de la CN, permiten la prorrogación de jurisprudencia cuando esta sea territorial.

En relación a la excepción de la cosa juzgada, adujo que la competencia del Tribunal Arbitral ha sido expresamente decidida por medio de la sentencia arbitral, pasada en autoridad de cosa juzgada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 de la citada ley especial.

Corrido el traslado al Procurador General de la República, este sostuvo (fs. 236 243), que las excepciones opuestas eran contrarias entre si, por lo que al haber sido presentadas en plano de igualdad, debían ser rechazadas. Señalo que la cuestión no se trataba de una interposición de mero recurso judicial autónoma de nulidad de cláusula contractual y consecuentemente del laudo arbitral, siendo por tanto los únicos competentes los jueces de la República a tenor de disposiciones legales y constitucionales. Afirmo que el Convenio de Crédito suscripto entre la República del Paraguay y el Banco Santander Central hispano, aprobado por Ley Nro. 1856, en donde se establecía la Competencia de la Corte Española de Arbitraje, no era aplicable a la demanda porque la misma no esta parte de dicho acuerdo. Adujo además, que la simple cláusula compromisoria de someter las divergencias ante el Tribunal Arbitral de Paris, Francia, era nula porque necesitaba ser confirmada por una ley especial y que además, no podía tener valor por contrariar disposiciones de orden público contenidas en los artículos 774 CPC y 49 COJ.

Asimismo, señalo que la ley arbitral no era aplicable al caso, porque de conformidad al artículo primero, sus disposiciones se aplicaban únicamente si el lugar del arbitraje se encontraba en el territorio nacional, y que la teoría de los actos propios no podía ser aplicada para validar un acto jurídico nulo.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada, sostuvo que la misma resulta improcedente, dado que la ejecución de la sentencia arbitral no estaba sustentada por ningún instrumento legal y fue dictada por autoridad incompetente.

Así quedo trabada la litis.

En primer lugar, debemos establecer que la presente demanda está referida a una acción de nulidad de cláusula de convenio y laudo arbitral, promovida por uno de los contratantes (el Estado) contra el otro. Por ende, no es una acción autónoma de nulidad, la cual está reservada únicamente no alcance la sentencia y se vean perjudicados por la misma (art. 409 CPC).

Hecha esta aclaración, entraremos al estudio de la excepción de incompetencia. Para ello resulta esencial, determinar la naturaleza jurídica del contrato objeto del litis, es decir, si está regido por el derecho público o administrativo o el derecho privado.

Salvador Villagra Maffiodo, en su obra titulada: “Principios de Derecho Administrativo”, Editorial el Foro, año 1981, Pag. 209, enumera las características distintivas de los contratos administrativos entre ellas cita: “a) Participación de una persona publica en el contrato; b) el objeto; c) el interés publico ; d) finalidad; e) Desigualdad entre las partes; f) contenido complejo: reglamentario y contractual; g) forma de los contratos; h) prerrogativas de la Administración o cláusula exorbitantes...” (sic).

Empero el citado autor, sostiene que: “La Administración Pública recurre a la aplicación del Derecho Privado cuando los medios jurídicos que este ofrece – contratos principalmente – son mas idóneas para la consecución de sus fines que los de su propio Derecho que es administrativo...”. En este sentido afirma que: “El régimen jurídico – privado en estos últimos se ha extendido de tal modo que hay entes descentralizados que al parecer se rigen enteramente por el Derecho Privado. Sin embargo no pueden desprenderse totalmente del Derecho Administrativo, porque se les ha asignado fines que no pueden dejar de cumplir.

Siguiendo la doctrina originada en la jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia, a la cual se adhieren la mayoría de los autores de Derecho Administrativo, afirma que: "...existe dentro del género "contratos de Administración", una especie que se ha dado en llamar "contratos administrativos... Los primeros estarían regidos por normas del Derecho Administrativo y la jurisdicción que les corresponde será la contencioso – administrativa... pero estos llamados "contratos administrativos", se rigen también en parte por el Derecho común y los regidos por este Derecho no pueden no pueden desprenderse totalmente del Derecho Publico puesto que son celebrados por entes estatales". Asimismo dice: "...En qué medida se rigen unos y otros por el Derecho Administrativo y el Derecho Común, es la primera dificultad. Y la mayor, la que yace en el problema fundamental, es la de saber si los "contratados administrativos" ofrecen notas diferenciales suficientes para distinguirlos de los demás contratos por la Administración. Termina concluyendo que: "...todos los contratos celebrados por la administración como persona jurídica – y no hay otros se rigen por el Derecho común y los actos administrativos que interfieren en ellos por el Derecho administrativos. La jurisdicción competente es por tanto, la ordinaria para las cuestiones propias del contrato es por tanto, la ordinaria para las cuestiones propias del contrato y la contencioso – administrativa para la revisión judicial de los actos administrativos". Dentro de los contratos típicos administrativos ubica al de suministro, señalando que este se asemeja más al Derecho común, en virtud de su propia esencia. Al respecto sostiene: "...consiste el contrato de suministro en la compraventa de efectos por entregas sucesivas periódicas (sic).

Roberto Dromi en su obra titulada "Derecho Administrativo", pag. 307, sostiene: "El suministro es un típico contrato administrativo por el cual la Administración se provee de elementos necesarios para su desenvolvimiento...Es sustancialmente una compraventa, por lo cual en ausencia de normas de derecho administrativo y en tanto no contradigan la esencia de este, son aplicables al contrato de suministro las normas de derecho privado (civil o comercial)". (sic).

Por su parte, Rafael Bielsa, "Derecho Administrativo", Tomo II, Editorial La Ley, Bs. As. 1964, pag. 424 expresa: "El contrato de suministro , es, a juicio nuestro administrativo; por su estructura jurídica es sustancialmente un contrato de compraventa pero puede configurarse también como locación de obra si es preponderante el trabajo o construcción sobre la materia o casa que sería en otro caso suministrada. De ahí su carácter mixto (o sui generis)... Lo dominante en este contrato es el carácter público que constituye su objeto, el régimen público de la formalización y cumplimiento, el contralor por la Administración Pública, etc; pero puesto que se trata de un contrato es necesario delinear, al menos su estructura. El contrato de suministro esta principalmente sometido al régimen jurídico del derecho común; pero la aplicación de las normas esenciales de derecho administrativo se considera implícita en este contrato, como en todos los contratos que celebra la Administración Pública, en carácter de tal...". Sigue diciendo:..." En el contrato de suministro o de abastecimiento, existe un régimen especial y autónomo al cual concurren: 1) las reglas establecidas en leyes, decretos, ordenanzas sobre adquisiciones; 2) las cláusulas del pliego de condiciones; 3) las reglas de derecho privado común, que se aplican subsidiariamente, a la falta otras expresas determinadas en el pliego, y bien

atendido, siempre que no contraríen normas especiales establecidas respecto al contrato de suministro...” (sic).

En el sub examine, el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la firma española GRUPANOR CERCAMPO S.A., adjudicada por Licitación Pública Internacional, aprobada por Decreto Ley Nro. 11672, celebraron contrato de suministro de maquinarias y servicios para implementación del Programa de mejora y desarrollo del sector lácteo y agropecuario de la República del Paraguay, conforme al programa Global de Cooperación Económica de y Financiera entre el Reino de España y la República del Paraguay, aprobado por ley Nro. 1520 99 (fs. 106 110). Dicha operación fue financiada a través del crédito otorgado por el Banco Santander Central Hispano, quien celebros convenio de crédito con el Estado Paraguayo, aprobado por Ley Nro. 1856 2002.

En la cláusula vigésimo novena del contrato, se estableció que su formulación, validez y ejecución, se regiría por las leyes de la República del Paraguay. Asimismo, en la trigésimo primera, las partes convinieron que: “...renuncian a utilizar la vía diplomática para resolverlas de mutuo acuerdo. Si ambas partes no alcanzaran una solución de mutuo acuerdo, expresamente se comprometen a aceptar en forma definitiva y cumplir el laudo arbitral...de acuerdo al procedimiento de arbitraje regulado en el párrafo siguiente. Las partes acuerdan que todo litigio, discrepancia, controversia o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato, o relacionados con el, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje, ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Paris, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de árbitros, en número impar, de acuerdo con su reglamento...El lugar del arbitraje será en Paris, El fallo será definitivo y obligara a las partes a cumplir con la decisión de buena fe...” (sic).

De lo relacionado, se advierte que el presente contrato de suministro, posee notas características del contrato administrativo. En efecto, uno de los contratantes es el Estado; su objeto está referido a un servicio público. Por ende, respecto todo lo que hace relación al cumplimiento de leyes, decretos, ordenanzas sobre adquisiciones y al pliego de condiciones, debe ser regido por el derecho administrativo.

Ahora bien, por medio de la cláusula trigésimo primera, las partes contratantes, renunciaron expresamente a que sus divergencias sean atendidas por medio de esta vía, estableciendo la del arbitraje Internacional. Aun mas, dieron ejecución a dicha cláusula, participando efectivamente en el proceso arbitral, habiéndose dictado laudo arbitral, conforme surge de fs. 15 a 68.

En principio, teniendo en cuenta la teoría de la autonomía de la voluntad, consagrada en el artículo 669 CCP y la de los actos propios, ampliamente difundida en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, la autoridad competente para resolver las divergencias derivadas del contrato es la Cámara de Comercio Internacional de Paris. Pero, cabe señalarse que dichos principios rigen siempre y cuando observen estrictamente el cumplimiento de las leyes, mas aun se la cuestión está relacionada con normas de orden público. Así tenemos que el artículo 669 CCP expresa: “...Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, en particular, las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos” (sic), En este

mismo sentido, el artículo 9 establece: “los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres.” (sic).

Haciendo una revisión de la legislación respectiva, sur, bajo que hasta la entrada en vigencia de la Ley Nro. 1879 2002 (DE ARBITRAJE Y MEDIACION), nuestro ordenamiento legal prohibía, bajo pena de nulidad, someter a arbitraje, cuestiones de orden patrimonial en los que estuvieran comprendidos bienes del Estado (artículo 774 CCP y 49 COJ). Sin embargo, existía una excepción a esta norma, prevista en el artículo 248, 2do. Párrafo in fine, de la Constitución Nacional que establecía que: “...En ningún caso, los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrían arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios... Todo ello son perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

Tal como y lo señalaremos precedentemente, resulta indiscutible que el presente contrato de suministro en lo que a su interpretación y ejecución, se encuentra regido por el derecho privado. Así también lo entendió el actor promovió acción, ante la jurisdicción civil y comercial. Por ende, es aplicable lo establecido en el citado artículo expresamente someter a arbitraje controversias suscitadas en el ámbito privado, como es nuestro caso. Este artículo, debe aplicarse en que aprueba el convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptado en NUEVA YORK, Estados Unidos, el 10 de junio de 1958.

En estas condiciones, la Cámara de Comercio Internacional de Paris, es competente y la excepción de incompetencia, debe prosperar.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada, dado que el laudo arbitral fue dictado durante la vigencia de la Ley 1879 2002 (DE ARBITRAJE Y MEDIACION), resulta aplicable el artículo 41, que establece el plazo de 15 días contados a partir de la fecha de la notificación del laudo, para promover recurso de nulidad contra la sentencia arbitral.

En el sub examine, la actora no objeto que el laudo arbitral fuera notificado en fecha 18 de mayo del 2006, por lo que debe establecerse que así fue, habiendo promovido la correspondiente acción de nulidad, recién en fecha 20 de octubre de 2006 pero ya fuera de término, conforme al plazo establecido en el mencionado artículo.

Surge entonces, que el laudo arbitral, que firme y paso en autoridad de cosa juzgada, principio procesal que impide que la sentencia dictada en el marco de un proceso valido, pueda ser revisada en otro proceso posterior.

A tenor de lo expuesto, corresponde revocar in totum el interlocutorio en recurso y hacer lugar a las excepciones de incompetencia y cosa juzgada, con imposición de costas a la perdedora a tenor de lo dispuesto en los artículos 192 y 203 inc b) CPC.

**OPINION DEL MAGISTRADO JUNA CARLOS PAREDES BORDON:** manifiesta adherir al voto precedente por idénticos fundamentos.

**OPINION DEL MAGISTRADO GERARDO BAES MAIOLA.** En primer lugar, hay que tener presente que motiva la remisión del expediente a la Alzada los recursos de

nulidad y apelación que fueron interpretados contra el A.I. N° 1816 de fecha 24 de octubre de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Octavo Turno, por el que resolviera “1) No hacer lugar, con costas, a la excepción de incompetencia deducida por el representante convencional de la firma comercial GRUPANOR – CERCAMPO S.A. en estos de conformidad a las consideraciones vertidas en el exordio de la presente resolución; 2) Diferir el pronunciamiento de la excepción de cosa juzgada deducida por el representante convencional de la firma Comercial GRUPANOR – CERCAMPO S.A. en estos de conformidad a las consideraciones vertidas en el exordio de la presente resolución; 3) Notifíquese por cédula la presente resolución; 4) Anotar...” (sic).

De acuerdo a ello, por el art. 420 CPC, el rechazo de la excepción de incompetencia, por una parte y por la otra, su decisión de diferir pronunciamiento sobre la de cosa juzgada, temas que son abordados por los artículos 223 a 233 del Código Procesal Civil.

Como son las decisiones, corresponde que el estudio y consideración también así lo sea, empezado por el de la competencia que, de prosperar, tornará innecesario el tratamiento de la excepción de cosa juzgada.

A) EXCEPCION DE INCOMPETENCIA. Interpuesta a fs. 220/226 se funda en que por el art. 40 de la Ley N° 1879/02, la recurribilidad contra el laudo arbitral es en el caso, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial con sede París, Francia.

Sostiene el recurrente que cualquiera hubiera sido el motivo de la presentación del Procurador General de la República: la anulación de uno de los apartados del laudo o del mismo laudo por acción autónoma de nulidad, el resultado tiene que ser el mismo: el rechazo por incompetencia jurisdiccional.

De conformidad al planteamiento formulado por la parte accionada, el tema decidendum, en esta etapa procesal no el fondo de la cuestión principal u objeto de la demanda sino la decisión judicial que no hizo lugar a las excepciones de incompetencia de jurisdicción por una parte y por la otra, la de diferir pronunciamiento de la excepción de cosa juzgada para el momento de dictar sentencia.

Dada la forma en que se plantea la controversia de las partes, el ordenamiento procesal la tiene prevista en los artículos 223 a 233 del Código Procesal Civil, lo cual hace que el Ad Quem, en ejercicio de su función como tal, quede circunscrito por dichas disposiciones, con el agregado de limitación que le impone el art. 420 del citado cuerpo legal.

Este enfoque primario pone en evidencia el error del A quo al saltar las normas de procedimiento par ir a las de fondo “... Que al respecto, esta magistratura cree oportuno hacer referencia a las disposiciones legales contenidas en el Código Civil Paraguayo y que por su importancia a continuación se transcriben. Art. 355 Las únicas nulidades que los jueces pueden declarar son las que expresa o tácita o implícitamente se establecen en este Código...” (sic, f. 265) cuando que éstas resultan aplicables bajo condición previa de que el juzgador se haya declarado competente y que, de ser así, deberán ser resueltas en la sentencia y no anticipadamente por las sencilla razón de que la nulidad de cláusula contractual, como objeto de la demanda precisamente, la cuestión de fondo.

Como la competencia del A quo en cuando a su capacidad para juzgar la demanda que plantea la parte actora, para este preciso tema – jurisdicción –, corresponde examinar y decidirse por la legislación aplicable en el orden sucesivo de orden que a modo de debe imponer el inc. b) del art. 15 CPC. Obviamente, dicho orden comienza con la jerarquía normativa en atención a la escala de prelación para luego pasar a decidir la norma específica que comprende al sub examine.

Por eso es que quedan descartadas consideraciones referidas a:

a) La determinación de si los negociadores del contrato de la parte paraguaya, Ministerio de Agricultura y Ganadería tenían capacidad legal para comprometer al Estado Paraguayo en lo referente a la Cláusula 31.

b) La aplicación de la Teoría de los Actos Propios o Teoría de la Conducta Previa, teniendo presente que la Procuraduría General de la República, en la persona del entonces titular, Dr. Benigno Rojas Vía haya aceptado la competencia del Tribunal con sede en París, Francia, con lo cual no puede ser posteriormente cuestionada por el Dr. Nelson Alcides Mora como sucesor de aquel .

#### NORMATIVA LEGAL APLICABLE

Constitución Nacional. Art. 137. De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados convenios y acuerdo internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado....Art. 141. De los tratados internacionales, los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por la ley del Congreso y cuyo instrumento de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el art. 137.

Ley N° 948/96 Que aprueba el convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

Art. 1°. Apruébese el Convenio sobre Reconocimiento y ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptadas en New York, Estados Unidos de América el 10 de junio de 1958, cuyo texto es como sigue: Convencion sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Artículo 1.1. “La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas...”.

Art. 3. “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada...”.

Ley N° 1.337/88 Código Procesal Civil. Art. 536. “Los laudos arbitrales pronunciado por tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria y eficacia en la República en los términos de los tratados celebrados con el Estado de que provengan...”.

Ley N° 1.879/02. Si bien no resultan aplicables al caso algunos de los artículos transcritos a continuación, sin embargo son citados por estar referidos a casos de laudos dictados sede fuera de la República del Paraguay.

Art. 1. “Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará al arbitraje privado, nacional e internacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados suscritos y ratificados por la República del Paraguay... Lo dispuesto en los Artículos 11, 20 y 44 se aplicará aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional”.

Art. 11. “Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez. El Juez al cual se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes....”.

Art. 20. “Facultas del Tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares provisionales. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de medidas cautelares provisionales...”.

Art. 44. “Normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros...”.

Art. 45. “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Un laudo arbitral, cualquiera sea el Estado en el cual se haya dictado, será reconocidos como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al órgano judicial.

Art. 46. “Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. Sólo se solicitó a un juez del Estado en que conforme a su derecho fue dictado el laudo arbitral...”.

Art. 47. “Aplazamiento de la resolución de la resolución y requerimiento o la ejecución. Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral...”.

Art. 48. “Promovido el reconocimiento y ejecución de un laudo o sentencia arbitral, el Juez correrá traslado...”.

De acuerdo a lo expuesto, no corresponde sino la revocatoria del fallo en la parte que no hizo lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción por contradictorio a la normativa legal vigente en la República.

B) EXCEPCION DE COSA JUZGADA. Basada en el art. 41 de la Ley N° 1.879/02, que establece que si los recursos no fueron interpuestos dentro de los quince días computados a partir de la notificación respectiva, el laudo ha quedado firme, razón por la que el presente demanda, fue interpuesta el 20 de octubre de 2006 resulta extemporánea.

El A quo, al declararse competente, tenía facultas para posponer su pronunciamiento hasta el momento de dictar sentencia. Pero ocurre que al declararse que no tiene competencia para entender en el caso, aquella ha quedado desvanecida como efecto, razón por la que esta segunda parte de lo resuelto, también tiene que ser revocada.

En cuanto a las costas procesales, no se advierte mérito para su eximición en base al art. 193 CPC, razón por la que, debido a la igualdad de todos ante la ley, incluyendo la responsabilidad civil del Estado, aquellas corresponden a la perdedora, sin perjuicio de la posibilidad de derivación que establece el art. 106 de la Constitución. Así también voto.

RESUELVE: DESESTIMAR el recurso de nulidad. REVOCAR, con costas, el A.I. No. 1816 de fecha 24 de octubre de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial Octavo Turno. ANOTAR, registral y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Ministros: Maria Sol Zucolillo Garay de Vouga, Gerardo Baez Mamola y Juan Carlos Paredes. Ante mí: Abog. Ma. Teresa Cañete. Actuarial Judicial.*

**DIVORCIO A PETICION DE UNA DE LAS PARTES.** Allanamiento.

Cuando la parte demandada en un juicio de divorcio se allana a la misma, el juzgado tiene dos opciones o recibe la causa a prueba a fin de que se acredite la existencia de la causal invocada o bien existiendo conformidad de divorciarse en ambos cónyuges, continua el procedimiento conforme a lo previsto en el art. 5° de la ley 45/91, presentación conjunta, llamando a cada cónyuge a ratificarse en su voluntad de divorciarse.

**DIVORCIO A PETICION DE UNA DE LAS PARTES.** Allanamiento.

Cuando la parte demandada se allana en un juicio de divorcio no se puede declarar la cuestión de puro derecho y seguir el procedimiento del art. 242 del CPC porque el matrimonio, su formación y disolución es una cuestión de orden público siendo el allanamiento del demandado insuficiente para tener por ciertos los hechos invocados art. 169 segundo párrafo.

**DIVORCIO A PETICION DE UNA DE LAS PARTES.** Allanamiento.

Habida cuenta que se declaró la cuestión de puro derecho ante el allanamiento de la parte demandada de un juicio de divorcio, se corrió nuevo traslado y se dictó sentencia, con la agravante que la sentencia dictada al rechazar al demanda resulta incongruente ya que ninguna de las partes ha solicitado el rechazo de la demanda, la misma resulta igualmente nula por esta razón.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Segunda Sala 21-04-2009. “H. F. c. P. A. F. S s/ Divorcio a Petición de una sola parte” (Ac. y Sent. N° 16)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ESTA AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo, resultó que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: BAEZ MAIOLA, PAREDES BORDON, ZUCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. BAEZ MAIOLA DIJO: el A quo ha rechazado la demanda de divorcio alegando que en estos autos”...*se encuentra claramente involucrado el llamado orden jurídico y consecuentemente, por expresa disposición de la ley procesal el allanamiento es inocuo a los efectos de la admisión de la pretensión... Consecuentemente, las partes debieron peticionar la apertura de la causa a prueba y ofrecer y producir pruebas que hacen a la pretensión alegada, es decir, cumplir con la carga probatoria impuesta, es decir acreditar debidamente los extremos alegados...*”(sic).

El recurrente no fundamenta el recurso de nulidad pues solamente hace alusión a la apelación. Por esta razón y también por la que el recurso de nulidad es de última ratio, a tenor de lo que dispone el art. 419 CPC, el mismo tiene que ser declarado desierto. Así voto.

A SU TURNO EL DR. PAREDES BORDON DIJO: si bien el recurrente no ha fundado adecuadamente los recursos del examen de autos, surge que debe declararse la nulidad de lo actuado desde la providencia que declaro la cuestión de puro derecho y corrió nuevo traslado a las partes por su orden.

El presente es un juicio de divorcio vincular iniciado a petición del esposo, señor H. F., invocando como casual del inciso h) del art. 4to. De la Ley 45/91 (separación de hechos por más de un año. Corrido traslado de la demanda, se presento la esposa, P. A.F., allanándose a la petición del esposo. Corrido traslado a la representante del Ministerio Público, la misma en su dictamen 1.294 de fs. 23, aconsejo se declare la cuestión de puro derecho y se dicte sentencia declarando el divorcio vincular.

Cuando la parte demandada en un juicio de divorcio vincular, se allana a la misma, el Juzgado tiene dos opciones, o recibe la causa a prueba a fi de que se acredite la existencia de la causal invocada, o bien, existiendo conformidad de divorciarse en ambos cónyuges, continúa el procedimiento conforme a lo previsto en el art.5 de la Ley 45/91, presentación conjunta, llamando a cada cónyuges a ratificarse en su voluntad de divorciarse.

Pero lo que no puede, es declarar la cuestión de puro derecho, y seguir el procedimiento del art. 242 del CPC, ello porque el matrimonio, su formación y disolución es una cuestión de orden público siendo el allanamiento del demandado insuficiente para tener por ciertos los hechos invocados art. 169 segundo párrafo.

Como en autos, se ha dado expresamente esta situación, se declaro la cuestión de puro derecho, se corrió nuevo traslado y se dicto sentencia, con el agravante que la sentencia dictada al rechazar la demanda, resulta incongruente ya que nadie, ninguna de las partes ha solicitado el rechazo de la demanda, la misma resulta igualmente nula por esta razón.

Voto pues, por declarar la nulidad de actuado a partir de la fs. 23 de autos, retrotrayendo las actuaciones a dichas fojas, debiendo remitirse el expediente al juzgado que sigue en orden de turno, a fin de que reencause el procedimiento de la forma que se tiene señalado.

A SU TURNO LA DRA. ZUCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto de la Dr. Paredes Bordón.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. BAEZ MAIOLA PROSIGUIO DICIENDO. Basta solamente con una lectura del magro expediente para tener la certeza de que la sentencia tiene que ser revocada.

En efecto, en un escrito de una sola página, H. F. se ha presentado a promover divorcio vincular respecto de P. A. F. S., según certificado de celebración de matrimonio el 3 de setiembre de 1960. Adjuntó además, certificación de que por S.D. N° 531 dictada el 28 de agosto de 1984, el matrimonio obtuvo la disolución y liquidación de su comunidad conyugal.

Se ha alegado como casual, la prevista por el inc. h) del art. 4° de la Ley N° 45/91.

PAULINA ALICIA FERNANDEZ SANCHEZ presenta escrito manifestando “... *Que vengo por el presente escrito, en forma voluntaria y espontánea a allanarme a todos los términos de la demanda de divorcio vincular promovida por el Sr. H. F. Que igualmente solicito la exoneración total de costas y costos del juicio*”. (sic).

A fs. 22, el accionante plantea la declaración de la cuestión como de puro derecho, petición que halla eco favorable de parte del Ministerio Público según Dictamen N° 1294 del 28 de mayo de 2007.

La accionada se ratifica a fs. 22 de su allanamiento.

Por segundo traslado dispuesto, el Ministerio Público se ratifica en su posición según Dictamen N° 1499 del 2 de julio de 2007, aconsejando se acceda a la petición de declarar divorciado a los cónyuges, reputando a ambos cónyuges como culpables del mismo (f.25).

Sin embargo, el A quo según se tiene dicho, rechaza la declaración de divorcio, decisión que de esta forma los mantiene casados a pesar de la voluntad de los cónyuges.

La actual Ley de Divorcio, a diferencia de la anterior, declara la disolución del matrimonio con la sola manifestación de voluntad de los cónyuges, siempre que se den ciertos presupuestos tales como el transcurso de un cierto tiempo de la celebración, por ejemplo.

Pero de acuerdo a los datos aportados, hace más de veinte años que los cónyuges han dando fin al régimen comunitario de bienes; viven en domicilios diferentes, Marcom Estragó N°211 de Fernando de la Mora el marido y República de Colombia N° 730 la mujer, con lo cual no se puede sino inferir que no hay ninguna voluntad de permanecer unidos por el lazo legal del matrimonio y además, se trata de dos personas muy mayores de edad, lo cual elimina toda duda sobre la existencia de irreflexión o de precipitación en las tomas de decisiones respectivas.

De esta forma, no queda sino la renovación de la sentencia apelada debiendo entonces hacer efectivo el divorcio por culpa concurrente, tal como lo expuso el Ministerio Público, que incluye la distribución de costas en el orden causado. Así también voto.

A SU TURNO EL DR. PAREDES BORDON PROSIGUIO DICIENDO. Por la forma que fue resuelta la primera cuestión, el estudio de la segunda resulta inoficioso.

A SU TURNO LA DRA. ZUCOLILLO GARAY DE VOUGA manifiesta que adhiere al voto del Dr. Paredes Bordón.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando la sentencia que sigue a continuación.

RESUELVE: DECLARACIÓN NULA la S.D. N° 638 del 28 de agosto de 2007. COSTAS por su orden. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Gerardo Baez Maiola, Maria Sol Zucolillo de Vouga, Juan Carlos Paredes Bordon Ante mi: Maria Teresa Cañete, Actuaría.*

--°--

**ESCRITURA PÚBLICA.** Nulidad de escrituras.

En el caso la acción de nulidad de las escrituras públicas no estuvo basada en el dolo, sino esencialmente en la violación de las formalidades establecidas en las leyes, por dicha razón, corresponde confirmar el rechazo de la excepción de prescripción habida cuenta que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 658 inc. a del CPP, la acción de impugnación de actos nulos es imprescriptibles.

**SERVICIO NACIONAL DE CATASTRO.** Padrón. Finalidad.

La asignación de padrón por parte de la Dirección Nacional de Catastro, no sólo tiene por finalidad establecer el aforo de los inmuebles a los efectos de la tributación, sino esencialmente determinar la situación física del inmueble.

**ESCRITURA PÚBLICA.** Protocolo

La protocolización no es sino una mera transcripción literal de un documento, en este caso de una mensura privada, sin que tenga calidad ni eficacia jurídica para modificar la superficie del inmueble, que en la especie alcanza a casi el doble de la original.

**DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS.** Modificación de superficie de inmueble. Procedimiento.

La modificación de la superficie de un inmueble implica la alteración de un asiento registral, que requiere el cumplimiento de presupuestos establecidos en los artículos 111 inc. j), 269 y 286 del COJ.

**BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO**

El art. 1900 inc. b) CCP, dispone expresamente que las islas son bienes del dominio del Estado, por lo que con más razón lo son las islas en cuestión, por estar situadas en un río navegable internacional, límite con la Rca. Argentina, ubicación estratégica que hace a la soberanía y seguridad del Estado Paraguayo. La protección de estos intereses prima sobre el de los particulares, conforme así lo consagra el artículo 128 de la C.N.

T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 20-05-09. El Estado Paraguayo c. Victorino Fuertes y otra s/ Nulidad de Acto Jurídico. (Ac. Y Sent. N° 44)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar los siguientes:

**CUESTIONES**

**ES NULA LA SENTENCIA EN REVISION?**

**EN CASO NEGATIVO, ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?**

PRACTICANDO el sorteo de ley, dio como resultado la siguiente orden: MARIA SOL DE ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, JUAN CARLOS PAREDES BORDON Y LINNEO YNSFRAN SALDIVAR.

A LA PRIMERA CUESTION EL DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO: El recurrente no funda el recurso y dado que tampoco se adhiere vicios que ameriten la declaración de oficio, corresponde declararlo desierto de conformidad a lo dispuesto en el artículo 419 CPC.

A SUS TURNOS LOS DRES. PAREDES BORDON E YNSFRAN SALDIVAR votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. ZUCOLILLO GARAY DE VOUGA PROSIGUIO DICIENDO: por medio de la S.D N°. 871 de fecha 19 de diciembre de 2005

(fs. 326/334) el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Sexto Turno resolvió: “1) RECHAZAR las excepciones de prescripción y de falta de acción opuestas como medio general de defensa por los señores falta de acción opuestas como medio general de defensa por los señores Victorino Fueretes y Maria Elena Pedrazzini De Fuentes contra el Estado Paraguayo, en el juicio de nulidad de acto jurídico promovido por este contra aquellos; 2) HACER LUGAR a la demanda de nulidad de acto jurídico deducida por el Estado Paraguayo contra los señores Victorino Fueretes y Maria Elena Pedrazzini De Fuentes y, en consecuencia declarar la nulidad de: a) la Escritura Pública N° 204 de fecha 13 de octubre de 1997, pasada ante el Esc. Publico Darío Alonso Fretes y su inscripción en la Dirección General de los Registros Públicos como Finca N°. 67 y siguiente de fecha 12 de diciembre de 1997; y b) La Escritura Pública N° de fecha 20 de enero de 1999 pasada ante la Esc. Publica Graciela Silguero de Diering y su inscripción en la Dirección General de los Registros Públicos como Finca N° 61 del Distrito de San Cosme y Damián, realizada bajo el N° 61 y al folio 74 y siguiente. De fecha 11 de febrero de 1999; 3) RECHAZAR la impugnación de los informes y dictámenes periciales presentados por los expertos, Arq. Hugo S. Antonioli Lucca e Ing. María Cristina Huerta Santos, realizada por los señores Victorino Fuentes y María Elena Pedrazzini de Fuentes en el juicio de fijación de precios e indemnización promovido contra la Entidad Binacional Yacyretá; 4) RECHAZAR la demanda reconvenional deducida por la Entidad Binacional Yacyreta; 5) HACER LUGAR a la demanda reconvenional deducida por la Entidad Binacional Yacyreta contra los señores Victorino Fuentes y Maria Elena Pedrazzini de Fuentes y, en consecuencia, declarar la nulidad de los actos jurídicos identificados en el numeral 2 de la parte resolutive de esta sentencia; 6) ORDENAR la cancelación de la inscripción de los actos jurídicos anotados en la Dirección General de los Registros Públicos y demás dependencias administrativas que fueron declarados nulos y, para el efecto, ejecutoriada que fuere esta sentencia, librar los correspondientes oficios; 7) IMPONER las costas de ambos juicios a los señores Victorino Fuentes y Maria Elena Pedrazzini de Fuentes; 8) ANOTAR...”(sic).

Esta resolución agravia a los demandados, quienes a través de su memorial de fs. 342/391, solicitan su revocatoria. En relación a la excepción de prescripción, esgrimen que el A quo aplico caprichosamente el artículo 357 inc. c) del CCP, para así establecer que la acción era imprescriptible (art. 658 inc. c) del CCP, habiendo operado la prescripción de la acción, según expusieron.

En este sentido, aducen que no se demostró los vicios que acarrearía la nulidad, afirmando que solicitaron la inscripción voluntaria de la escritura pública en cuestión, debido a que existía un excedente de tierra en el titulo originario y no había oposición de partes, la cual fue realizada en las mismas condiciones en que se inscribió el título original.

En relación a la excepción de falta de acción sostiene que el A quo no estudio ni analizo dicha excepción, señalando que es un hecho cierto, probado y reconocido por ambas partes, que la Isla Yacyretá fue transferida por el Estado Paraguayo en dación de pago, así como la Isla Talavera es un desprendimiento de la Isla Yacyretá, por lo que al

*contribuir un bien de dominio privado, el Estado carece de acción para reclamar su titularidad.*

*Alegan además, que la escritura pública originaria, por medio de la cual se transfería la Isla Yacyretá, se realizó en cumplimiento y con arreglo a la Ley del 20 de marzo de 1886, que establecía las medidas de superficie en leguas, señalando que al transcribirse la mensura privada se deslizo un error de conversión en la superficie. Asimismo, señalan que la Isla Talavera técnicamente no se encuentra rodeada de un río navegable, sino franqueada en sus costados por el canal de los Jesuitas, que sería la única parte navegable del río, sosteniendo que dicho canal no es navegable, conforme quedo acreditado. Al respecto aducen que al ser una isla formada en río no navegable y al producirse su desprendimiento por desdoblamiento de un brazo de río, continúa perteneciendo al propietario de las tierras a costa de las cuales se formó.*

*Esgrimen que resulta inaceptable la aplicación analógica de la figura de la avulsión, ya que la Isla Talavera, no ha sido segregada de una ribera para ser transformada a otra heredad anterior o de la rivera opuesta. Asimismo, afirman que han demostrado por medios fehacientes que en el año 1889 las Islas Talavera y Yacyretá formaban un solo cuerpo, sosteniendo que la venta de dichas islas fue en su totalidad. Señalaban que la partición de dichas islas, se produjo en la época de los 90, y que las sucesivas ventas se produjeron mucho después de la separación de islas y solo respecto a la Isla Yacyretá. Arguyen que las 46.145 Has. 5956 de la Isla Yacyretá fueron completamente transferidas, regaladas, donadas, pero las 15.201 Has. de la Isla Talavera y 7.345 Has. de las fracciones menores no fueron transferidas a nadie, por lo que siguen siendo de su propiedad.*

*Agregan que la Isla Talavera ha sido totalmente pagada por la Entidad a pseudos propietarios que no solo fueron indemnizados con exorbitantes sumas de dinero sino que además dicha indemnización incluyo reajustes, por lo que el reconocimiento de los derechos de los esposos Fuentes, acarrearía serios inconvenientes a la administración de la Entidad que realizó pagos indebidos de indemnización a inventados propietarios.*

*En la especie, existen dos acciones que están estrechamente vinculadas entre sí, por un lado la de indemnización de daños y perjuicios, promovida por los esposos Victorino Fuentes y Maria Pedrazzini contra la Entidad Binacional Yacyreta y por otro, la de nulidad de acto jurídico entablada por dicha entidad contra aquellos. Esta situación motivo a que en el marco del expediente caratulado: “Victorino Fuentes y Maria Pedrazzini c/ Entidad Binacional Yacyreta (EBY) s/ indemnización de daños y perjuicios”, fuese dictado el A.I. N° 695 de fecha 30 de abril de 2003 (f.196), por medio del cual se acumulan los procesos, de conformidad a lo establecido en el artículo 122 CPC.*

*En primer lugar, nos avocaremos al estudio de la acción de nulidad de acto jurídico, por cuestionarse en el marco de la misma, la validez del título de propiedad presentado por los esposos fuentes, que a su vez, sirve de base a la acción la indemnización de daños y perjuicios, reclamada el Estado Paraguayo.*

*En este entendimiento, surge que la Entidad Binacional Yacyretá, promovió demanda de nulidad de acto jurídico, contra Victorino Fuentes y Maria Pedrazzini de Fuentes, respecto a la Escritura Pública N° 204 de fecha 13 de octubre de 1997, pasada*

por ante el Escribano Publico Darío Alonso Fretes, así como contra su rectificatoria, Escritura Pública N°. 2 de fecha 20 de enero de 1999, autorizada por la E.P. Graciela Silguero de Diering, ambas inscriptas en la Dirección General de Registro Públicos, en la Finca N° 61 del Distrito de San Cosme y Damián.

En dicha ocasión el ente reconoció que los esposos fuentes, adquirieron una parte de la Isla Yacyretá, con una superficie de 43.834 Has. 7.498 m2, que afectaba a la Finca Nro. 57 de Ayolas (15.381 has. 8.652 m2) y la N °. 61 del Distrito de San Cosme y Damián (28.452 has. 8.846 m2), sin embargo, afirmaron que desde el año 1967, los demandados ya no eran propietarios de la Isla, por haberla transferido en su totalidad. Adujeron que los demandados nunca pisaron la Isla Yacyretá, apareciendo en el año 1997, supuestamente apoderándose de la isla continua, dividida por un brazo del Rio Paraná, el cual es navegable, circunstancia que implica que la Isla Talavera pertenezca al Estado Paraguayo, tal como lo establecen los tratados internacionales y el artículo 1900 inc. a) en consecuencia con el 1975 del Código Civil. Asimismo , esgrimió que históricamente y geográficamente dicha isla estuvo separada de la de Yacyretá, siendo un territorio totalmente independiente, señalando que por un procedimiento unilateral y privado, los esposos fuentes, mensuraron la isla Talavera, como si la misma formara parte integrante de la isla Yacyretá, buscando así mediante una supuesta accesión, apropiarse de la extensión, que según sostiene en el año 1997 ya no existía, por haber sido inundada en toda su extensión por obras de la represa Yacyretá, año 1994. Finalmente, alego que mediante una maniobra dolosa lograron inscribirse las escrituras de litis, con inobservancia a lo dispuesto en el artículo 286 COJ.

Por su parte, Victorino Fuentes y Maria Pedrazzini de Fuentes, a fs. 177/187, señalaron que eran legítimos propietarios de la Isla Yacyretá, de la cual se desprendió naturalmente la de Talavera, según lo estableció el Acta N° 6 de 1995, expedida por la Comisión Mixta Demarcadora de Límites Paraguay – Argentina. Sostuvieron que la mentada inscripción fue realizada sin oposición de parte, por lo que era innecesariamente recurrir a la instancia judicial. Opusieron como medio general de defensa, la excepción de prescripción y falta de acción. La primera, en base a lo dispuesto en los artículos 657 y 662 inc a) del CCP. La segunda, fundada en que el Estado Paraguayo reconoció que desde el año 1890, ya no era ms propietario de la Isla Yacyretá y a través de una Comisión Mixta Demarcadora de Límites estableció que la Isla Talavera era un desprendimiento de la isla Yacyretá, por lo que al haber sido transferida en su totalidad por parte del Estado, este carecía de legitimación para demandar.

Así quedo trabada la litis en dicho expediente.

En relación a la excepción de prescripción, del expediente caratulado “Victorino Fuentes y Maria E Pedrazzini de Fuentes C/ Entidad Binacional Yacyreta (E.B.Y) S/ Indemnizacion de Daños y Perjuicios” (fs. 59/64), surge que la Entidad Binacional Yacyretá (E.B.Y), fundó la acción de nulidad en el artículo 357 inc. c) CCP, en cuanto paso por alto la nota negativa emitida por la Decima Sección de la Dirección General de Registros Públicos, confirmada por el Tribunal Civil y Comercial, Tercera Sala. Otra causal en que baso la acción, fue en la inobservancia de los artículos 296 COJ y 1900 inc. a), en concordancia con el 1975 del Código Civil

*De esta manera resulta obvio que la acción de nulidad de las mencionadas escrituras, no estuvo basada en el dolo, sino esencialmente en la violación de las formalidades establecidas en las leyes. Por dicha razón, corresponde confirmar el rechazo de la excepción de prescripción, habida cuenta que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 658 inc. a) CCP, la acción de impugnación de actos nulos es imprescriptible. Y ello debido a que los mismos son contrarios al orden publico*

*En cuanto a la excepción de falta de acción en el sub examine surge que la entidad actora pretende anular la Escritura N° 147 de fecha 13 de octubre de 1997, pasada ante el Notario Público Dario Alonso Fretes (fs. 18/20), inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos como Finca N° 61 Distrito San Cosme y Damián, bajo el N° 16 y al folio 67 y ss., del 12 de diciembre de 1997, así como su rectificatoria, Escribana Publica N°. 2 de fecha 20 de enero de 1999, pasada ante la Escribana Publica Graciela Silguero de Diering (fs. 23/43), inscrita en la Dirección General de Registros Públicos, bajo el N°. 61 y al folio y ss. del 11 de febrero de 1998.*

*En base a la primera de dichas escrituras, los esposos Fuentes, solicitaron la protocolización de la mensura de la Isla Talavera, a fin que la Dirección General de los Registros Públicos le concede a la Isla un número de finca y otorgue un Padrón en la Oficina correspondiente. Afirieron que dicha isla les pertenecía por ser un desprendimiento de la Isla les pertenecía por ser un desprendimiento de la Isla Yacyretá, señalando que la mensura del año 1889, fue practicada sin tener en cuenta los valores de conversión que regían en esa época, es decir las leguas cuadradas de Castilla, debiendo dar como resultado 74.531 has. 9353 metros y no la denunciada en los títulos de propiedad, estableciéndose que la superficie de la Isla Talavera ascendía a 15.261 has.*

*La inscripción de esta escritura fue rechazada en un primer momento por la Dirección General de los Registros Públicos, conforme surge de la nota negativa emitida por la Jefa de la Décima Sección de Inmuebles, la cual copiada dice: "...En razón de que para su inscripción la mensura debe ser previamente catastrada a los efectos de su ubicación en el distrito que le corresponde, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 64, ultima parte de la Ley No 125/91, no se procede a la inscripción solicitada...". Esta negativa fue confirmada por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, conforme surge de fs 122/123. Sin embargo, desconociendo estos sendos rechazos y en forma inexplicable, la escritura fue finalmente inscrita en dicha dependencia,, así como su posterior rectificatoria, referida a la protocolización del informe pericial de las islas menores, supuestos desprendimientos de la isla Talavera.*

*Dichos asientos registrales resultaban improcedentes desde todo punto de vista, por haberse soslayado el principio de la cosa juzgada, que prohíbe volver a juzgar una cuestión ya resuelta por los tribunales de justicia, en el marco de un proceso contradictorio. Máxime así tenemos en cuenta que fueron los mismos demandados los que reconocieron la obligación de asignarse un nuevo padrón para el supuesto desprendimiento de la isla Yacyretá, conforme surge de la escritura pública antes mencionada.*

*En este punto resulta oportuno mencionar, que la asignación de padrón por parte de la Dirección Nacional de Catastro, no solo tiene por finalidad establecer el aforo de los*

*inmuebles a los efectos de la tributación, sino esencialmente determinar la situación física del inmueble. Si pretendiéramos pasar por alto lo resuelto con anterioridad estaríamos contraviniendo lo dispuesto expresamente por el artículo 103 CPC, generando con ello una sentencia arbitraria. Al respecto, no resulta ocioso citar a los autores Genaro R. Carrió y Alejandro D. Carrió, que en su obra titulada: “El recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria”, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, pag. 291, dicen: “La Corte ha descalificado por arbitrarios pronunciamientos que pretendieron dejar sin efecto resoluciones anteriores firmes. A este grupo o familia de supuestos pertenece, precisamente, el primer caso en que la corte tuvo oportunidad de emplear positivamente la herramienta que proporciona la llamada doctrina de las sentencias arbitrarias” (sic).*

*Pero demás, la protocolización no es sino una mera trascripción literal de un documento, en este caso de una mensura privada, sin que tenga calidad ni eficiencia jurídica para modificar la superficie del inmueble, que en la especie alcanza a casi el doble de la original. La modificación de la superficie, implica la alteración de un asiento registral, que requiere el cumplimiento de presupuesto establecidos en los artículos 111 inc. j), 269 y 286 del COJ. Este último artículo establece que: “...La modificación o corrección de las inscripciones en el Registro de Inmuebles, cuando haya oposición de intereses, solo puede ser ordenada por la autoridad judicial competente” (sic).*

*En el sub examine, advertimos que por medio de simples protocolizaciones se proclamaron derechos de propiedad, dejándose sin vigencia documentos públicos de vieja data (1889), cuestiones, que sin lugar a dudas, debían ser discutidas por la vía judicial a través de un procedimiento contradictorio de estudio y conocimiento, por estar afectados intereses que hacen a la soberanía y seguridad nacional.*

*No se puede desconocer que la inscripción de dichas escrituras, tenía una crucial incidencia para los intereses del Estado Paraguayo, precisamente porque la soberanía sobre las islas genero un conflicto internacional que se remonta desde el Tratado de Límites del año 1876 (Paraguay - Argentina), el cual finalmente fue dirimido en el marco de la Reunión Plenaria Extraordinaria celebrada por la Comisión Demarcadora de Límites de fecha 21 de agosto de 1996, en la cual ambos estados, reconocieron que las superficies de la isla Talavera y de las ubicadas en el Canal de los Jesuitas, estaban incluidas en el territorio de la República del Paraguay.*

*El artículo 1900 inc. b) CCP, dispone expresamente que las islas son bienes del dominio del Estado, por lo que con más razón lo son las islas en cuestión, por estar situadas en un río navegable internacional, limite con la República de Argentina, ubicación estratégica que hace a la soberanía y seguridad del Estado Paraguayo. La protección de estos intereses prima sobre el de los particulares, conforme así lo consagra el artículo 128 de la Constitución Nacional: “En ningún caso el interés de los particulares primara sobre el interés general...” (sic).*

*En cuanto al Acta No. 6 referida a las notas revérsales emitidas por la Comisión Mixta Demarcadora de Límites Argentina-Paraguaya, documento en el cual la recurrente pretende basar su derecho, de su revisión no surge que dicha Comisión haya reconocido el derecho de propiedad a un particular y mucho menos a los demandados. Y no podía de*

*otra manera, porque los recurrentes, solo adquirieron 43.834 has. 7.498 m2, las cuales fueron vendidas en su totalidad, mucho tiempo atrás.*

*Concluimos entonces que el Estado Paraguayo es el único propietario de la isla Talavera y menores, y cuenta con suficiente legitimidad para solicitar la nulidad de las escrituras públicas que pretenden despojarlo injustamente de sus bienes. Por lo demás, conforme ya lo hemos señalado en párrafos anteriores, del estudio de dichos documentos surgen vicios que conllevan a la nulidad del acto, según lo dispuesto en el artículo 357 inc. c) CCP.*

*A tenor de lo expuesto, corresponde confirmar in totum la resolución en recurso, en cuanto hizo lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por la EBY y rechazo las excepciones opuestas por los esposos fuertes. Asimismo, por la vía de las consecuencia, corresponde confirmar el rechazo de la demanda de indemnización y fijación de precio, promovida por los esposos Fuertes, debiéndose ordenar la cancelación de dichas escrituras inscriptas en la Dirección de los Registros Públicos.*

*En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la recurrente, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 192 y 203 inc. a) CPC.*

*A SUS TURNOS LOS DRES PAREDES BORDON E YNSFRAN SALDIVAR, votaron en el mismo sentido por idénticos fundamentos.*

*Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Sres. Miembros por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:*

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. CONFIRMAR, la S.D. N° 871 de fecha 19 de diciembre de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, del sexto turno. IMPONER, las costas a la recurrente. ANTOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Linneo Ynsfran Saldivar, Maria Sol Zuccolillo Garay de Vouga, Juan Carlos Paredes Bordon. Ante mí: Maria Teresa Cañete, Actuaría*

--°--

## **TARJETA DE CREDITO**

Si partimos de la base que los títulos que traen aparejada ejecución por sí mismos son los enumerados en el art. 448 del CPC es obvio que salvo que una ley otorgue esa cualidad las deudas originadas en el uso de la tarjeta de crédito no son títulos ejecutivos que traen aparejada ejecución en forma directa.

### **TARJETA DE CREDITO.** Ejecución de la deuda.

Para ejecutar el cobro de deuda originada en el uso de tarjeta de crédito se ha sentado el criterio que basta con presentar 1) el contrato o solicitud de crédito que contiene las condiciones generales de uso de la misma y donde obra la firma del usuario o deudor, 2) el extracto o resumen de cuentas donde figuran todas las operaciones o compras efectuadas por el usuario, mas cargos financieros y las sumas de los cuales establecen la cantidad exigible 3) la constancia de haber el usuario recibido el extracto y que no objetó el mismo dentro del plazo establecido en las condiciones generales, o bien la intimación a abonar el

saldo adeudado, sin que el intimado responda, desconociendo la existencia de la calidad de usuario de la tarjeta.

**TARJETA DE CREDITO.** Ejecución de la deuda.

La presentación de los cupones no debe ser una exigencia fundamental en razón de que en la actualidad muchas de las operaciones de uso de la tarjeta no son suscritos por el usuario, así en las extracciones de los cajeros o en las compras por Internet el usuario recibe el bien pero no suscribe cupón alguno por dicha operación, entonces siguiendo el pensamiento tradicional bastaría la inexistencia de cupones firmados para que el usuario niegue la obligación.

**TARJETA DE CREDITO.** Ejecución de la deuda.

El extracto o resumen de utilización de la tarjeta de crédito, no es el saldo definitivo establecido en el banco, que menciona el art. 92 de la ley 861/96, y que con la firma de las personas autorizadas, constituye título ejecutivo.

**TARJETA DE CREDITO.** Ejecución de la deuda.

En el caso se han cumplido los pasos de los arts. 443 y 444 del CPC y el ejecutado, no desconoció ni siquiera en la etapa de excepciones, su firma en el contrato presentado, que debió ser el eje de su defensa, ya que partir de allí, podría construir el hecho de no ser usuario de la tarjeta de crédito, ni tampoco que no la haya recibido o utilizado, por lo cual no corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título.

**TARJETA DE CREDITO.** Contrato para utilización de créditos.

Los contratos celebrados para utilización de créditos a través de las llamadas tarjetas, devienen de un convenio por el cual, si las reclamaciones de parte del usuario no son hechas dentro de escritos y perentorios plazos previstos, ya no cabe hacerlo en el juicio por pago que efectúa el acreedor en base a una convención celebrada libre y voluntariamente.

T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 27-05-09. INTERBANCO S.A. c. Hugo Pedro Paredes s. Acción Preparatoria de Juicio Ejecutivo. (Ac. Y Sent. N° 46)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar los siguientes:

CUESTIONES:

ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN CASO NEGATIVO, ESTA AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICANDO el sorteo, resulto que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: PAREDES BORDON, BAEZ MAIOLA Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. PAREDES BORDON DIJO: El recurso no fue fundado en el memorial de fs. 81 de autos. No observándose vicios ni violaciones de forma y solemnidad en la resolución recurrida, el mismo debe ser declarado desierto.

A SUS TURNOS LOS DRES. BAEZ MAIOLA Y ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. PAREDES BORDON PROSIGUIO DICIENDO. Por la sentencia en recurso, S.D N° 383 de fecha 18 de abril de 2007, la Jueza de la Justicia Letrada en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, resolvió: NO HACER LUGAR A la excepcion de inhabilidad de titulo opuesta por Hugo Pedro Paredes contra INTERBANCO S.A y en consecuencia, LLEVAR ADELANTE la ejecucion promovida por INTERBANCO S.A contra Hugo Pedro Paredes por la suma de guaranies siete millones novecientos veinte y dos mil ochenta y uno (Gs 7.922.081), hasta que el acreedor se haga integro cobro de lo adeudado mas intereses y costas. IMPONER las costas al excepcionante.

Contra esta decision, expone sus agravios el demandado, el cual centra sus argumentos basicamente en los mismos puntos expuestos en instancia previa para pedir el rechazo de la ejecucion, a saber, primero que no se ha seguido el procedimiento establecido para el cierre de la cuenta corriente por ende no se le puede ejecutar suma alguna, citando los articulos 1401 y 1402 del CC, y en segundo termino, por tratarse de ejecucion proveniente del uso de una tarjeta de credito, la actora no ha acompañado los cupones donde conste su firma, a fin de que el mismo pueda reconocerla.

Al contestar los agravios, la parte actora sostiene que la presente no es una ejecucion de una cuenta corriente, no se ha invocado el Art. 92 de la Ley de Bancos. En cuanto a la presentacion de los cupones, señala que el contrato suscrito entre las partes, solicitud de ingreso a DINER'S CLUB por el demandado, autoriza a la actora a la destruccion de los cupones, cuando el cliente no formula reclamo alguno con respecto al resumen mensual que se le envía.

En autos, una entidad bancaria, demanda el cobro de deudas generada en la utilizacion de una tarjeta de credito.

El caso traído a consideracion del Tribunal, plantea uno de los temas más discutidos a nivel tribunalicio en los últimos tiempos, esto es el cobro por vía judicial de las deudas originadas en el uso de la tarjeta de credito, y no abonadas en tiempo por el usuario a la entidad emisora.

Como se trata de una cuestion que ha generado debates en diversos ambitos, antes de estudiar el presente caso concreto, creemos importante referirnos brevemente a la cuestion de la ejecucion de las deudas originadas en el uso de las tarjetas de credito.

La opinion mayoritaria, a la que nos adherimos entiende que no procede la vía ejecutiva directa pues para su procedencia se requiere de un titulo ejecutivo el cual solo puede ser creado por la ley, en ese sentido el Art. 448 del Código Procesal Civil enumera cuales son los instrumentos a los cuales la ley le confiere la calidad o carácter de titulo ejecutivo por constar en ellos una obligacion exigible y determinada de dinero.

Si partimos de la base que los títulos que traen aparejada ejecucion por si mismos son los enumerados en el ya citado artículo 448 del Código Procesal Civil es obvio que salvo que una ley otorgue esa cualidad las deudas originadas en el uso de la tarjeta de credito no son títulos ejecutivos que traen aparejadas ejecucion en forma directa.

Tampoco es posible pensar en que solo a través del juicio originario podría reclamarse estas deudas. Lo engorroso y prolongado de este trámite terminaría matando al sistema, desde que para que el mismo funcione se necesita el pago oportuno del monto utilizado por el usuario, de acuerdo a las condiciones de contratación o en su defecto un medio más expeditivo y menos oneroso para la reclamación judicial que el proceso de conocimiento ordinario.

Si bien lo ideal sería la promulgación de una ley que otorgue fuerza ejecutiva a los instrumentos donde constan las deudas originales por el uso de la tarjeta de crédito, mientras ello no se produzca, las entidades emisoras de tarjetas, han buscado dentro de la normativa actual las alternativas que les permitan satisfacer la pretensión del acreedor de un cobro más rápido que del proceso ordinario, y los jueces debemos compatibilizar tanto la protección al crédito, y a la vez precautelar al usuario de excesos y abusos, otorgándole la posibilidad de oponer las defensas procesales y fondo frente a la pretensión del acreedor.

Creemos que el Código Procesal Civil contiene la vía apropiada y entendemos que ella es la preparación de la vía ejecutiva. En efecto el Art. 443 del C.P.P. establece los casos en que podrán prepararse la acción ejecutiva disponiendo en sus diversos incisos, los distintos supuestos procesales. Una vez cumplido el trámite de preparación de la acción ejecutiva será factible la ejecución de la deuda.

La pregunta ahora es ¿en cuales de los incisos o supuestos debemos basarnos cuales serían los pasos a seguir?

Dentro de la normativa del Art. 443 algunas entidades se han amparado en el inciso A, preparar la ejecución con el reconocimiento del documento que por sí solo no trae aparejada ejecución. Y ¿cuáles serían esos documentos? La doctrina tradicional así como la jurisprudencia de nuestros tribunales habían sentado inicialmente el criterio que deben presentados para su conocimiento, A) el contrato o solicitud de tarjeta de crédito donde consta la firma del deudor, B) los cupones a fin de acreditar las compras efectuadas por el usuario de la tarjeta, donde también consta la firma del deudor, C) el extracto o resumen mensual.

Sin embargo, en varias resoluciones anteriores, hemos sentado el criterio que basta con presentar 1) El contrato o solicitud de crédito que contiene las condiciones generales de uso de la misma y donde obra la firma del usuario o deudor, 2) El extracto o resumen de cuentas donde figuran todas las operaciones o compras efectuadas por el usuario, mas cargos financieros y sumas de los cuales establecen la cantidad exigible. 3) La constancia de haber el usuario recibido el extracto y que no objetó el mismo dentro del plazo establecido en las condiciones generales, o bien la intimación a abonar el saldo adeudado, sin que el intimado responda, desconociendo la existencia de la calidad de usuario de la tarjeta.

Exigencias similares han sido incorporadas a la legislación Argentina, Ley 25.065/99 en su artículo 39.

Tradicionalmente se ha sostenido que en el instrumento donde consta la obligación debe estar la firma del obligado, por esta razón es que se pretende exigir la presentación de los cupones con la firma del usuario.

Sin embargo no creemos que la presentación de los cupones debe ser una exigencia fundamental en razón de que en la actualidad muchas de las operaciones de uso de la tarjeta no son suscriptos por el usuario, así en las extracciones de los cajeros o en las compras por Internet el usuario recibe el bien pero no suscribe cupón alguno por dicha operación, entonces siguiendo el pensamiento tradicional bastaría la inexistencia de cupones firmados para que el usuario niegue la obligación.

Otra vía a la cual han recurrido las entidades han es al Inc. E del Art. 448 del CPC, es decir alegando la existencia de un contrato de características bilaterales en virtud de los Arts. 715 (el contrato es ley entre las partes), y 719 (la que cumplió con su obligación tiene acción para demandar el cumplimiento de otra) del Código Civil.

Esta tesis, sostiene que habiendo la emisora, cumplidos sus obligaciones contractuales, entregado la tarjeta al usuario, puesto a sus disposición la red de comercios adheridos, y abonado a la administradora y al comercio las compras efectuadas con la presentación de la tarjeta, viene a exigir el cumplimiento de la obligación de la otra parte, el usuario, que es el pago de lo adeudado.

Las entidades bancarias, que funden de emisoras de tarjetas, han recurrido igualmente a la facilidad que otorga la legislación bancaria, Ley 861/96, Art. 92, y pretenden ejecutar esas deudas, como si fueran saldos impagos de cuenta corriente bancaria. A tal efecto, se acostumbra a hacer suscribir a tal usuario al par que el contrato solicitud de emisión de tarjeta de crédito, una solicitud de apertura de cuenta corriente, la cual es usada discrecionalmente al momento de producirse la mora, habilitando la cuenta corriente, debitando en ella el saldo deudor, y a partir de allí proceder conforme a la normativa del Art. 1425 del CC. Otras entidades, han optado por un contrato tipo, único y general, que se suscrito por sus clientes, y que contienen cláusulas concebidas para diversos supuestos, desde cuenta corriente, carta de crédito, apertura de crédito bancario, de modo que el usuario, puede creer que solo está solicitando una prestación, por decir tarjeta de crédito, sin embargo ese mismo documento sirve para la apertura de una cuenta corriente.

Pero no puede realizarse la apertura de una cuenta corriente, al solo efecto de realizar un debito en la misma, proveniente del consumo de la tarjeta de crédito, para su ejecución judicial, ya que ello desnaturaliza a la cuenta corriente que en nuestra legislación no es contrato, sino una cláusula accesoria a otros contratos bancarios. Art. 1422 del CC.

Con mayor razón, el extracto o resumen de utilización de la tarjeta de crédito, no es el saldo definitivo establecido por el banco, que menciona el Art. 92 de la Ley 861/96, y que con la firma de las personas autorizadas, constituye título ejecutivo.

En el caso de autos, el representante convencional de la ciudad bancaria, promovió la acción preparatoria, invocando, por un lado el Art. 443 inc. A y 448 inc. b y e del CPC.

En estos autos, se ha impreso el procedimiento de los Arts. 443 y 444 del CPC, el demandado no concurrió a la citación, con lo que quedo establecido su calidad de usuario de la tarjeta y por ende deudor de la entidad emisora, y habiendo sido oportunamente citado a oponer excepción, providencia de fs. 46 vto., en el escrito de oposición de la excepción de inhabilidad de título, si bien manifiesta desconocer la deuda, no ha negado haber suscrito el contrato presentado ni la calidad de usuario de la tarjeta cuyo consumo se le reclama, no acredita que nunca recibió la tarjeta o el extracto, toda su argumentación se refiere a que no

se ha procedido al cierre de la cuenta corriente, cuando la operación de la tarjeta de crédito, no es una cuenta corriente, y a la presentación de cupones, los cuales, reiteramos, no consideramos necesario para la procedencia del reclamo.

Como en autos se han cumplido los pasos de los Arts. 443 y 444, y el ejecutado, no desconoció ni siquiera en la etapa de excepciones, su firma en el contrato presentado, que debió ser el eje de su defensa, ya que a partir de allí, podría construir el hecho de no ser usuario de la tarjeta de crédito, ni tampoco que no la haya recibido o utilizado.

El contrato presentado, no redargüido de falso, en su cláusula 11 previene la posibilidad del reclamo judicial de los saldos provenientes del extracto, sin especificar el procedimiento.

En base a lo expuesto precedentemente, voto pues por confirmar la sentencia en alzada, con costas a la perdedora, porque si bien la cuestión es materia opinable, el Art. 474 del CPC, impone las costas al perdedor del proceso ejecutivo.

A SU TURNO LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA. Manifiesta que adhieren al voto del Dr. Paredes Bordón por los mismos fundamentos.

A SU TURNO EL DR. BAEZ MAIOLA DIJO. Conuerdo plenamente con las consideraciones doctrinarias, jurisprudenciales y académicas del Honorable preopinante, razón entonces por la que adhiero al rechazo del recurso, pero quiero poner de resalto a la consagración del principio de la amplia capacidad para contratar que consagra nuestro ordenamiento civil (Art. 715 CC) y en este sentido, hay que tenerse en cuenta que los contratos celebrados para utilización de crédito a través de las llamadas tarjetas, devienen de un convenio (no negado por el deudor y señalado en el voto precedente) por el cual, si las reclamaciones de parte del usuario no son hechas dentro de escritos y perentorios plazos previstos, ya no cabe hacerlo en el juicio por pago que efectúa el acreedor en base a una convención celebrada libre y voluntariamente.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Señores Miembros, por ante mí quedando acordada la sentencia que sigue a continuación.

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. CONFIRMAR la S.D N° 383 de fecha 18 de abril de 2007.COSTAS a la parte perdedora. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Gerardo Baez Maiola, Maria Sol Zuccolillo de Vouga, Dr .Juan Carlos Paredes Bordon. Ante mí: Maria Teresa Garcete, Actuaría Judicial.*

--°--

### **DIVORCIO.** Principios generales.

Es público, que en nuestro país, el divorcio vincular, es decir aquel que autoriza a los cónyuges a contraer nuevas nupcias, recién estuvo en vigencia desde el año 1991 al sancionarse y promulgarse la Ley N° 45/91, por lo que resulta obvio que hasta esa fecha ningún matrimonio celebrado en el exterior, existiendo vínculo podría ser considerado válido en el país.

**MATRIMONIO.** Impedimento para contraer matrimonio.

Habiéndose declarado el divorcio vincular en el primer matrimonio del causante, desaparece el impedimento, y el nuevo matrimonio es válido, siempre que el mismo se haya celebrado conforme a las leyes del lugar de realización, porque el propio Tratado de Montevideo, adopta el principio de locus regit actus, es decir la validez de los actos se juzga de acuerdo a las leyes del lugar de celebración del mismo.

**MATRIMONIO.** Impedimento para contraer matrimonio.

El matrimonio celebrado en el extranjero, estando vigente en el Paraguay el matrimonio de uno de los contrayentes, es más bien un caso de anulabilidad, tanto del acto como del instrumento, art. 358 inc. c y d; 378 inc. a del C.C., ya que existiría una simulación de los declarantes respecto de su estado civil, por ello la torna anulable no nulo, y requiere la declaración judicial de su nulidad, lo cual solo deviene a partir de la redargución, por vía de demanda o de incidente que al respecto se instaure, art. 356 del C.C.

**MATRIMONIO.** Impedimento para contraer matrimonio. **TRATADO DE MONTEVIDEO**

Si bien de acuerdo al Tratado de Montevideo, Paraguay no esta obligado a reconocer la validez del matrimonio celebrado en el extranjero, por la existencia del vinculo matrimonial anterior, no es menos cierto que dicho argumento, pierde fuerza desde el momento que se ha acreditado la existencia del divorcio vincular con relación al primer matrimonio, lo que equivale a la no existencia de dicho impedimento.

**DIVORCIO.** Efectos del divorcio.

Es plenamente válido el segundo matrimonio, a partir del momento que el causante se ha divorciado de su primera esposa, por ende, la nueva cónyuge, tiene todos los derechos hereditarios que deviene de su condición de cónyuge supérstite, art. 2586 del C.C., sobre los bienes propios, así como sobre la porción que el corresponde como socia de la comunidad de gananciales.

**MATRIMONIO.** Impedimento para contraer matrimonio.

En el derecho comparado existiendo o no régimen de divorcio, se rechaza la validez del matrimonio celebrado existiendo otro anterior legalmente celebrado basado en el llamado impedimento de ligamen, el cual niega validez al matrimonio de una persona casada con otra en tanto no se disuelva el primer vínculo porque la cuestión es considerada de orden público y por tanto no pueden ser objeto de renuncia o transacción. (Voto del DR. Gerardo Baez Maiola en disidencia)

**MATRIMONIO.** Impedimento para contraer matrimonio. **TRATADO DE MONTEVIDEO**

El Tratado de Montevideo adopta como régimen para regular los impedimentos para la celebración del matrimonio el de la ley del lugar de celebración, con las limitaciones impuestas por aquellos impedimentos que se consideran de indispensable observancia por

considerarlos de orden público internacional. (Voto del DR. Gerardo Baez Maiola en disidencia)

**MATRIMONIO.** Impedimento para contraer matrimonio.

En general, en materia de celebración de actos jurídicos, rige el principio de la *lex loci celebrationis*. Pero cuando concurren los impedimentos que llamamos de orden público, entonces ha de aplicarse la ley nacional que regula la materia, no dejando de recordar que los derechos que protege nuestro ordenamiento procesal civil son aquellos que son ejercidos de buena fe (art. 372 C.C.) (Voto del DR. Gerardo Baez Maiola en disidencia)

**MATRIMONIO.** Impedimento para contraer matrimonio.

Una vez inscripto en el Registro Civil Paraguayo el matrimonio celebrado en la República del Brasil convalida una situación de hecho a la cual había llegado el causante con la contrayente de su segundo matrimonio, obligado por la falta en ese momento de una legislación que admitiera el divorcio vincular.

**MATRIMONIO. TRATADO DE MONTEVIDEO**

El Tratado de Montevideo de 1940, el caso del matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen, no impone a los países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez, sino que deja librado al orden público internacional del Estado requerido la decisión sobre lo que más convenga al espíritu de su legislación y de las constancias obrantes en autos.

T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 09-06-09. Pedro Elias Ancix s/ Sucesión. (Ac. Y Sent. N° 49)

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 HALLA AJUSTADA A DERECHO?

Practicado el sorteo de ley a fin de determinar el orden de votación dio el siguiente resultado: JUAN CARLOS PAREDES BORDON, GERARDO BAEZ MAIOLA, Y NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JUAN CARLOS PAREDES BORDON, DIJO: el recurrente ha fundado en forma promiscua este recurso, alternando agravios que hacen referencia tanto a errores in procedendo como errores in iudicando.

Como se ha señalado en anteriores ocasiones, la nulidad de las resoluciones judiciales solo devienen como consecuencia de la existencia de violaciones de forma o solemnidad prescriptas en la ley, art. 404 del CPC, siendo las más usuales la violación al principio de congruencia, art. 15 del CPC, con el dictado de resoluciones, ultra, extra o intra petita.

Ninguno de estos vicios se observa en la sentencia recurrida, lo expresado por el recurrente de supuesta mutilación de A-quo, en el estudio de las pruebas producidas, no es tal, ni si existieran sería motivo de nulidad, desde que el Art. 159 y concordantes del CPC, obliga al Juez a analizar y estudiar solo las pruebas que considere conducentes a la solución del litigio, sin necesidad de referirse a todas las que fueron producidas, de allí que el recurso de nulidad, debe ser desestimado por improcedente. Es mi voto.

A SU TURNO Y EN DISIDENCIA EL MAGISTRADO GERERDO BAEZ MAIOLA DIJO: El Abog. Mario J. Oviedo, representante convencional de ISIDIA MARIN GARCETE, excluida por decisión del a quo en la sentencia recurrida (S.D. N° 877, 4-12-06, fs. 567/568 vta.) de participar como heredera en la sucesión de Pedro Elias Anciaux expresamente manifiesta haber deducido los recursos de apelación y nulidad por estar seguro de que la decisión del A quo lesiona gravemente los derechos de su representada.

Pero ocurre que a lo largo de toda la exposición al efecto propuesto (fs. 579/587), tanto la crítica como su motivación no guardan relación con la materia propia del recurso: vicios por omisión de formas y solemnidades; falta de estructuración lógica (incongruencia) o indefensión procesal.

En consecuencia, al faltar dicha condición y más aun cuando la cuestión puede ser resulta por la Vía de apelación al ser el recurso de nulidad de ultima ratio, este debe ser desestimado. Así voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO NERI E. VILLALBA FERNANDEZ, DIJO: Que se adhiere al voto del magistrado preopinante JUAN CARLOS PAREDES BORDON, por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL Dr. JUAN CARLOS PAREDES BORDON, PROSIGUIO DICRIENDO: Por la sentencia de alzada, el A quo resolvió, 1) DECLARAR que por fallecimiento del Sr. Pedro Elias Anciaux le suceden en calidad de herederos sus hijos Pedro Gustavo Ariel Anciaux González, Zady Liz Anciaux Gonzalez, Ada Teresa Anciaux Gonzalez, Pedro Carlos Alberto Anciaux Gonzalez, Eliana Ruth Anciaux Marin y Fabiola Solange Anciaux Marin y en tal carácter con derechos a los bienes relictos, son perjuicio de terceros. 2) RECHAZAR el pedido de declaratoria como heredera de la Sra. Lidia Gonzalez por los motivos expuestos en esta resolución. 3) RECHAZAR el pedido de declaratoria como heredera de la Sra. Isidia Marin Garcete por los motivos expuestos en esta resolución. 4) NOTIFICAR personalmente o por cedula a las partes de este juicio. 5) ANOTESE, regístrese u remítase copia a la Excmá, Corte Suprema de Justicia.”

La sentencia ha sido apelada solamente por el representante de la Sra. Isidia Marin Garcete, y sus agravios, obviamente van encaminados hacia el apartado tercero de la sentencia, en el cual fue rechazado el pedido de que la misma será declarada igualmente heredera del causante, en el carácter de cónyuge supérstite.

Entonces en primer término, cabe establecer que los apartados Primero y Segundo, como no han sido objeto de cuestionamiento alguno, han quedado firmes para todas las partes, incluyendo a la Sra. Lidia González, que no ha recurrido su exclusión de la presente sucesión.

El fundamento del A-quo, por el cual no se hizo lugar al pedido de incluir como heredera a la Sra. Isidia Marin Garcete, en calidad de cónyuge supérstite, se basa, en que el

matrimonio de la misma con el causante, realizado en fecha 16 de febrero de 1980, en la República Federativa del Brasil, es nulo e inexistente, por cuanto el causante, Pedro Elías Anciaux, se encontraba impedido de contraer dicho matrimonio, en razón de subsistir en ese entonces un matrimonio anterior, realizado en nuestro país, con la Sra. Lidia González, siendo por ello nulo dicho matrimonio, para nuestro país, aunque el mismo si tenga validez en la República Federativa del Brasil.

La recurrente, ha presentado para acreditar su vocación hereditaria, tanto el Certificado de matrimonio, expedido en el país donde se celebró la ceremonia, debidamente legalizado y traducido, fs. 110 y 111 de autos, así como la inscripción del mismo en el Registro Civil de las Personas, que expidió el certificado de fs. 49.

Se halla también acreditado, que efectivamente el Sr. Pedro Elías Anciaux, contrajo nupcias con Lidia González, en fecha 20 de Diciembre de 1955, por medio del certificado de fs. 94 de autos, así también que por S.D. N° 526 de fecha 22 de setiembre de 1977, fs. 105 de autos, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del 8vo. Turno, se declaro disuelta y extinguida la sociedad conyugal formada entre los esposos Pedro Elías Anciaux y Lidia González, habiéndose realizado la homologación de la partición de los bienes que integraban la sociedad, por medio del A.I. N° 748 de fecha 8 de noviembre de 1977, dictada por el mismo Juzgado individualizado precedentemente.

La apelante, ha señalado que el causante, Pedro Elías Anciaux, se encontraba separado de hecho de su anterior esposa, Lidia González, desde el citado año 1977, y en virtud de ello, se encontraban viviendo juntos, y contrajeron matrimonio en el Brasil en el año 1980, sin poder inscribirlo en el Paraguay, por la inexistencia en esa época del divorcio vincular.

Es público, que en nuestro país, el divorcio vincular, es decir aquel que autoriza a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias, recién estuvo en vigencia desde el año 1991 al sancionarse y promulgarse la Ley N° 45/91, por lo que resulta obvio que hasta esa fecha ningún matrimonio celebrado en el exterior, existiendo vinculo anterior podría ser considerado válido en el país.

Pero a partir de la vigencia de la Ley 45/91, al establecer la legislación la posibilidad de la extinción del vinculo matrimonial por vía del divorcio, el matrimonio que el divorciado celebre o hubiese celebrado en el país o en el exterior ya no puede considerarse inexistente o nulo, o en fraude de la ley. Requisito para su validez, solo sería que el contrayente del mismo se haya acogido a las prescripciones de la ley de divorcio vincular. Es decir, que haya obtenido la sentencia favorable de divorcio decretándose la extinción del vínculo matrimonial.

En ese sentido, consta en autos, que por S.D. N° 93 de fecha 16 de junio de 1993, fs. 99 de autos, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial de Guairá, se ha decretado el divorcio vincular de los esposos Pedro Elías Anciaux y Lidia González.

A partir de la existencia de dicha sentencia de divorcio y una vez transcurrido el plazo señalado en el art. 10 de la Ley 45/91, la unión del causante, Pedro Anciaux e Isidia Marín, deja de estar afectada por impedimento alguno, puesto que ya no existe el

impedimento del Art. 141 del CC, en virtud del Art. 1ro. De la Ley 45/91, así como la modificación sobre las formas de extinción por el Art. 22 de la Ley del Divorcio 45/91.

A fs. 49 de autos, se tiene la constancia de la Dirección de Registro del Estado Civil de las Personas, respecto de la inscripción del Matrimonio, celebrado en la República del Brasil, entre el causante y la Sra., Insidia Marín, la inscripción, según se observa en la misma, se ha realizado en virtud del art. 77 de la Ley 1.266/87.

Dicho instrumento, así como el Certificado de Matrimonio expedido por la oficina respectiva de la República Federativa del Brasil, no han sido objeto de cuestionamiento procesal, ni material, es decir no se han redargüido de falsos, ni se ha formulado la petición de nulidad de los mismos, por vía incidental u ordinaria limitándose algunos de los herederos, ha señalar la existencia del vinculo del primer matrimonio como factor de invalidez del segundo matrimonio.

Pero habiéndose declarado el divorcio vincular en el primer matrimonio del causante, dicho argumento carece de sustento, ya que desaparece el impedimento, y el nuevo matrimonio es válido, siempre que el mismo se haya celebrado conforme a las leyes del lugar de realización. Ello porque el propio Tratado de Montevideo, adopta el principio de *locus regit actus*, es decir la validez de los actos se juzga de acuerdo a las leyes del lugar de celebración del mismo.

En cuanto, a lo expuesto entonces, tanto por dichos herederos, la Agente Fiscal y el A quo, que el matrimonio celebrado en la República Federativa del Brasil, se trataría de una acto nulo, para el Paraguay, dicha nulidad devendría del art 141 del CC, (no pueden contraer matrimonio quien está vinculado por un matrimonio anterior), pero la nulidad de este segundo matrimonio requiere que se celebre dentro del ámbito de vigencia territorial de nuestro Código, o sea del Paraguay, ya que los actos se regulan por la Ley del lugar de celebración, y dicho instrumento refleja un matrimonio celebrado en el extranjero.

Los arts. 355 y sgtes., del CC, se refiere a la nulidad de los actos jurídicos, el art.356 consagra la regla de que los nullos no producen efectos, aunque su nulidad no se haya juzgado, y que los anulables si producen sus efectos, aunque su nulidad no se haya juzgado, y que los anulables si producen sus efectos propios, hasta que la sentencia judicial que los declare. A su vez el art. 357, enumera las causales que toman nulo el acto jurídico, citándose en el inciso d, que la nulidad provenga a su vez de la nulidad del instrumento que lo contenga. A su turno el art. 377 del CC, nos enuncia cuales son las causales de nulidad del instrumento público, recordemos que el certificado de matrimonio lo es, y en autos no se acreditó la existencia de alguna de esas causales, dichos instrumentos, tanto de fs. 110, 111, como el del 49, fue otorgado ante el funcionario legalmente habilitado en la República del Brasil, y legalizado por las autoridades consulares de nuestro país, otorgándose la calidad de instrumento público. Art. 375 inc. A, y 376 del CC.

Es más bien un caso de anulabilidad, tanto del acto como del instrumento, art. 358 inc. C y d; 378 inc. a del CC, ya que existiría una simulación de los declarantes respecto de su estado civil, pero ello, reitero la torna anulable no nulo, y requiere la declaración judicial de su nulidad, la cual solo deviene a partir de la redargución, por vía de demanda o de incidente que al respecto se instaure, art. 356 del CC, lo cual no ha ocurrido, en estos autos,

ni ante del juicio, habiéndose inscripto en el Registro Civil, el matrimonio celebrado en el exterior.

Si bien, la Agente Fiscal, señala, que de acuerdo al Tratado de Montevideo, el Paraguay no esta obligado a reconocer la validez de dicho matrimonio, por la existencia del vinculo matrimonial anterior, no es menos cierto que dicho argumento, pierde fuerza desde el momento que se ha acreditado la existencia del divorcio vincular con relación al primer matrimonio, lo que equivale a la no existencia de dicho impedimento.

No puede desconocerse la vigencia del divorcio vincular como causa de extinción del vinculo matrimonial, lo que ocurriría si no se reconocerá la validez del segundo matrimonio basado en la existencia del matrimonio.

Considero, que es plenamente valido el segundo matrimonio, a partir del momento que el causante se ha divorciado de su primera esposa, por ende, la nueva cónyuge, tiene todos los derechos hereditarios que deviene de su condición de cónyuge supérstite, art. 2586 del CC, sobre los bienes propios, así como sobre la porción que le corresponde como socia de la comunidad de gananciales.

Por tanto, voto por revocar, el apartado tercero de la sentencia de alzada, y hacer lugar a la petición de declaración de heredera de la Sra. Isidia Marin Garcete, incluyéndola entre los herederos del causante, Pedro Elías Anciaux, en su carácter de cónyuge supérstite, con derecho a los bienes relictos, sin perjuicio de terceros.

En cuanto a las costas, habiendo mediado oposición, y prosperado el recurso, por aplicación del art. 203 del CPC, cabe imponerlas a la parte que se opuso a la revocación de la sentencia en la parte apelada.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EN DISIDENCIA EL MAGISTRADO GERARDO BAEZ MAIOLA, DIJO: El recurrente sostiene el recurso afirmando que al utilizar el Juzgador como argumentos “...la presunción y la subjetividad, apartándose por completo de la objetividad e imparcialidad que debe primar en toda resolución emanada por un juez. El mismo ha hecho consideraciones de citas para excluirla del acervo hereditario, amputando piezas importantes del expediente, las cuales olvido de mencionar, v.gr. el certificado de matrimonio por sentado por la Sra. Insidia Marín Garcete, obrante a fs. 49 de autos. Simplemente la elimino como heredera sin tener en cuenta que la misma es representante de su menor hija Elian Ruth Anciaux Marin; para tal efecto hizo una y otra vez hincapié en el certificado de matrimonio celebrado en la República Federativa del Brasil en los años 1980, matrimonio el cual fue legalizado en la República del Paraguay, conforme lo establece la Ley 1.266/87 y de cuyo testimonio se tomo razón en la Dirección General del Registro Civil...” (sic).

Acaecido el fallecimiento de Pedro Elías Anciaux en fecha 10 de enero del 2006 (fs. 6) Pedro Carlos Alberto Anciaux Gonzalez, invocando su calidad de hijo abre la sucesión y dando cumplimiento al Art. 732 del CPC denuncia la existencia de Pedro Gustavo Ariel Anciaux Gonzalez, Ada Teresa Anciaux Gonzalez, Zady Liz Anciaux Gonzalez, Fabiola Solange Anciaux Marin Y Eliana Rut Anciaux Marin (menor de edad), en sus respectivas calidades de hermanos y medio-hermanos. Dicha presentación data 18 de enero de 2006.

En cuanto a los herederos Anciaux Gonzalez han tomado intervención por medio de mandatario en fecha 25 de enero de 2006 (fs 23)

El abogado recurrente por apelación, se ha presentado el 27 de los individualizados mes y año (fs.51) a tomar intervención por Isidia Marin Garcete por derecho propio en su calidad de esposa, en base del Certificado de fs. 49 y a la vez, ejerciendo la representación tanto de Fabiola Solange Anciaux (fs. 58/59) como de su menor hija premuerta Evelyn Concepción Anciaux Marin.

Por constancia de fs. 102/104, por A.I.N° 748 del 8 de noviembre de 1977 se ha homologado acuerdo particional de bienes de la comunidad conyugal conformada por Lidia Gonzalez De Anciaux Y Pedro Eliaz Anciaux la que fuera declarada extinguida por S.D.N° 526 de septiembre de 1977 dictada en estos mismos autos Juez Francisco Pecci Manzoni y Valentina Núñez como Secretaria.

En su dictamen N° 537 (11/V/06), la Agente Fiscal Civil María Belén Prieto de Ocampo citando el art. 13 de Tratado de Montevideo de 1940 por el cual la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma, la existencia y la validez del acto, se rigen por la ley del lugar de celebración, por lo que pide confirmatoria de la sentencia.

De acuerdo a lo expuesto y en atención que la sentencia ha sido recurrida solamente por Isidia Marin Garcete en cuanto en su apartado tercero rechazo su pretensión de heredera en calidad de esposa supérstite, el quid se reduce entonces a decidir si el matrimonio contraído el 16 de febrero de 1980 por Elias Anciaux con Isidia Marin Garcete en Guaira, Estado de Paraná (Brasil) ha sido convalidado por el divorcio de 1993 del matrimonio anterior de Pedro Elias Anciaux Y Lidia Gonzaelz, celebrando en 1959. El referido divorcio fue de conformidad a la Ley de Divorcio N° 45/91.

De acuerdo a ello, para el recurrente no hay vicio de legalidad que excluya a Isidia Marin Garcete de su legitimo derecho de participar como esposa legítima supérstite en el sucesorio de Pedro Eelias Anciaux, razón por la que critica al A-quo al sostener su denegatoria en base a una jurisprudencia que reconoce que del criterio de una primera posición que si bien en un primer momento no reconocía derecho, posteriormente lo cambió. La cita corresponde a Guillermo A. Borda (Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Edit. Perrot., 6ta. EDICION, Bs, As, Rca. Argentina) que al analizar la posibilidad jurisdiccional de negar validez de un matrimonio celebrado en el extranjero sin la declaración de nulidad del mismo reconoce que la Suprema Corte de Justicia ha tenido opiniones distintas en razón de ser diferentes su composiciones en los respectivos momentos de tomar posición. De sus propias expresiones, el citado autor, esta con la primera posición, que es la que tiene el A-quo.

El recurrente objeta el fallo por cuanto el certificado de matrimonio no ha sido redargüido como falso, razón por la que la validez del matrimonio queda fuera de discusión y por tanto no pudo entrar en las consideraciones del A-quo que de esa forma ha omitido considerar la fuerza legal del certificado de matrimonio (fs.49) celebrado en el Brasil y legalizado en la República del Paraguay de conformidad a la Ley N° 1.266/87.

En su dictamen N° 537 del 11/V/06, la Agente Fiscal Civ. Ma. Belén Prieto de Ocampo pide la confirmatoria de la sentencia haciendo cita del art. 13 del Tratado de Montevideo de 1940 por el que tanto la capacidad de las personas para contraer matrimonio

como la formalidad del acto, la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra.

En primer lugar, en el derecho comparado existiendo o no régimen de divorcio, se rechaza la validez del matrimonio celebrado existiendo otro anterior legalmente celebrado basado en el llamado impedimento ligamen, el cual niega validez al matrimonio de una persona casada con otra en tanto no se disuelva el primer vínculo porque la cuestión es considerado de orden público y por tanto no pueden ser objeto de renuncia, transacción o renuncia.

La posición es defendida con una firmeza que lleva al punto de sostener que dichos impedimentos deben ser observados imperativamente aun cuando se trate de actos celebrados de conformidad a la ley extranjera, razón por la que la ley nacional se impone dentro de sus fronteras haciendo ineludible la observancia en lo que se refiere a estos impedimentos de carácter especial por considerarlo de orden público internacional.

Y esto es así porque la realidad demuestra que mediante un viaje a otro país o a veces sin necesidad de ello, se contraen matrimonios en el lugar en donde la ley permite los contrayentes sustraerse a los impedimentos de la ley que le es propia, tratando así de eludir los impedimentos que obstaban la unión en el país de domicilio.

No obstante, hay que reconocer que en la abundante jurisprudencia de los Tribunales Argentinos, se pueden encontrar fallos que aunque suficientemente fundamentados, reconocen posiciones diametralmente opuestas, tales como las que se citan a continuación: *“Corresponde rechazar la demanda promovida por la segunda cónyuge del causante que pretende una sentencia declarativa de su buena fe al contraer nupcias, no obstante el impedimento de ligamen si previamente no se ha declarado la nulidad del primer matrimonio, mediante la expresa deducción de la acción pertinente en juicio ordinario”* (CNCiv. Sala F. Octubre 27 1964. Ed. 12-23); *“Celebrado el primer matrimonio en la Argentina y habiéndose decretado sentencia de separación personal, el segundo juicio de divorcio obtenido en el extranjero, en el caso, México, sin traslado efectivo del domicilio conyugal a este país, ha dejado subsistente el impedimento de ligamen establecido por el inc. 5 del art. 9 de la Ley 2.393 (CNCiv. Sala F. Febrero 17 1966. ED, 16-115).-*

La Constitución, al establecer en el art. 137 la prelación de las disposiciones legales, a continuación de sí misma coloca a los convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados. Por esta razón el Tratado de Montevideo adquiere capital importancia para la dilucidación del sub examine. En efecto, en 1940 Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, suscribieron los Tratados, Brasil y Colombia, solo los de navegación comercial, derecho procesal, derecho penal, derecho comercial terrestre y derecho civil. Paraguay y Uruguay han ratificado la totalidad de los tratados. Argentina ha ratificado todos con ex opción de los de asilo y refugio, propiedad intelectual y derecho penal.

El Paraguay ha ratificado los Tratados por Ley N° 266, promulgada el 19 de julio de 1955, con excepción del de derecho penal, que fue ratificado por Ley N° 384, promulgada el 26 de mayo de 1969.

El Tratado de Montevideo adopta como régimen para regular los impedimentos para la celebración del matrimonio el de la ley del lugar de celebración, con las limitaciones impuestas por aquellos impedimentos que se consideran de indispensable observancia por considerarlos de orden público internacional.

El art. 13 del Tratado de Montevideo de 1940 que regula la cuestión, dice así: “*La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rigen por la ley del lugar donde se celebra*”. Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los siguientes impedimentos inc. e) el matrimonio anterior no disuelto legalmente. Mediando entonces impedimentos de orden público internacional, *el principio de lex loci celebrationis*, cede al de la ley territorial.

La realidad demuestra por si sola que mediante un viaje y a veces inclusive sin necesidad de él, puedan los contrayentes eludir impedimentos del país de domicilio celebrando matrimonio en el lugar que mejor les convenga, evadiendo así condiciones que obstaban la unión en el país de domicilio. En estas condiciones, la posición del Paraguay ha sido la de considerar como matrimonio *in fraudem legis* la situación de los contrayente que a sabiendas han contraído segundas nupcias conociendo las exigencias de un matrimonio anterior jurídicamente válido.

En general, en materia de celebración de actos jurídicos, rige el principio de la *lex loci celebrationis*. Pero cuando concurren los impedimentos que llamamos de orden público internacional, entonces ha de aplicarse la ley nacional que regula la materia, no dejando de recordar que los derechos que protege nuestro ordenamiento procesal civil son aquellos que son ejercidos de buena fe (art. 372 CC).

Para terminar, resulta necesario hacer un comentario respecto a la aseveración que formula el recurrente cuando sostiene que el A quo carece de competencia para la anulación del acto celebrado en el Brasil y legalizado en la República del Paraguay de conformidad a la Ley N° 1266/87 al no ser redargüido como falso el Certificado de Matrimonio.

En primer lugar, hay que dejar en claro que la sentencia bajo forma alguna ha anulado el acto de matrimonio ni tan siquiera lo ha desconocido. Lo que sí, ha hecho, es con el soporte legal del Tratado de Montevideo, privar a Isidia Marin Garcete de participación en la sucesión de Pedro Elias Anciaux, al efecto de una mejor comprensión, se puede comparar el *sub examine* al acto normado declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo.

Esta declaración no implica la derogación de la Ley, desde que solamente otra norma de igual rango y emanada del órgano legislativo puede hacerlo. Pero ello no obsta para que aquel, en ejercicio de su facultad inherente de control constitucional, declara su inaplicabilidad en relación a persona, situación, circunstancia o caso, porque precisamente tal declaración no tiene *efecto erga omnes*.

Conforme a lo referido y expuesto, como a sus fundamentos, resulta que la decisión del A quo, por estar enteramente ajustada a derecho tiene que ser confirmada. Así también voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO NERI E. VILLALBA FERNANDEZ, DIJO:  
Adhiero al voto del Miembro proopinante JUAN CARLOS PAREDES BORDON, pues

luego de un exhaustivo análisis de todas las piezas probatorias llego a la conclusión que una vez inscripto en el Registro Civil Paraguayo en fecha 26 de Enero de 2006 el matrimonio celebrado en la República del Brasil en fecha 16 de Febrero de 1980, convalida una situación de hecho a la cual había llegado el causante con la Sra. Isidia Marin Garcete obligado por la falta en ese momento de una legislación que admitiera el divorcio vincular. Que es muy claro que en el caso objeto de estudio el de cujus y la Sra. Lidia Gonzalez, ya no vivían juntos y que habían disuelto extinguido y liquidado su sociedad conyugal por S.D N° 526 de fecha 22 de septiembre de 1977, y que sancionada la Ley N° 45/91 obtuvieron su divorcio vincular por S.D. N° 93 de fecha 16 de Junio de 1993. Que la falta de esa normativa que permitiera el divorcio vincular, existente en todos los países del mundo civilizado, no puede causar un daño e indefensión de tanta envergadura a la cónyuge de buena fe, la Señora Isidia Marin Garcete, basándose en un rigorismo normativo y dejando de lado la verdadera intención de los contrayentes que fue la de construir un matrimonio válido que en definitiva es la base de la sociedad y el bien jurídico tutelado y reconocido expresamente por nuestra carta magna. De no reconocerse esto, estaríamos ante el reconocimiento de un rigorismo normativo evidentemente perimido y anacrónico, olvidándonos de los principios, y cláusulas constitucionales que establecen la equidad y la justicia.

Al análisis del meollo de la cuestión expuesta por el preopinante de alto contenido de razonabilidad, logicidad y sólidos fundamentos de legalidad, me permito agregar lo siguiente: Es evidente que el Tratado de Montevideo del año 1940, sus normas son de orden público. Pero, el análisis del artículo 13 de dicho Tratado, que en uno de sus párrafos dice: “Sin embargo, los Estados signatarios no tengan obligados no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiese celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos...(sic). Como puede advertirse la norma trascripta utiliza la frase “no quedan obligados a reconocer”. Por lo tanto, nos encontramos ante una norma que la ciencia jurídica denomina “norma facultativa”, donde, los Estados partes del Tratado no están obligados al reconocimiento del acto; pero, bien pueden estos Estados reconocer el acto, cuando así lo permiten las leyes nacionales y las mismas circunstancias del acto matrimonial, como es el presente caso examinado. En el Derecho de Familia, siempre hay que “adecuarse a la validez del acto”, por la misma importancia que reúne el instituto de la familia, célula fundamental de la sociedad y consecuentemente del Estado. Esto es así, si contrastamos con el Derecho Laboral, que es “pro operario”. En el Derecho Electoral, “prima el principio de la validez del voto o la participación”.

En ese entendimiento, no me cabe duda que al resolver del modo que lo hizo el A quo, prescindió – en la resolución ahora impugnada – de la moderna doctrina sustentada actualmente por el Derecho Internacional Privado, y expuesto en el Tratado de Montevideo de 1940. Efectivamente, si la validez del segundo matrimonio celebrado en el Brasil no fue cuestionado en tiempo y forma, y en vida del causante por medio de la “acción de nulidad del matrimonio”, tal validez se ha consolidado. Eventualmente tal nulidad debió ser excitada jurisdiccionalmente, ser motivada y no pretender actuar de oficio en la invalidez del acto matrimonial, aunque se trate de un acto dirimente, conforme así lo dicta expresamente el artículo 188 del Código Civil Paraguayo; avalar la construcción de

supuesta razonabilidad y logicidad de la resolución del A quo, estaríamos configurando la falta del debido proceso y el derecho de la defensa del apelante Señora Isidia Marin Garcete, derecho reconocido y garantizado en nuestra ley fundamental.

Retomando la cuestión del imperio del Tratado de Montevideo de 1940, el caso del matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen, no impone a los países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez, sino que deja librado al orden público internacional del Estado requerido la decisión sobre la decisión o reacción que más convenga al espíritu de su legislación y de las constancias obrantes en los autos.

En donde, el Paraguay puede desconocer o reconocer la validez del acto matrimonial – aun con impedimento dirimente – que en ambos casos actuaría de conformidad al Tratado. Cabe aquí una reflexión u observación, al referirse había contraído matrimonio en unión legal vigente. Pero, también es cierto, que el causante había obtenido su divorcio vincular a partir del 16 de junio de 1993. Es decir, una vez dictada la Sentencia de Divorcio, firme y ejecutoriada u comunicada esta al registro oficial respectivo, al causante a partir de este estadio, la ley le habilitaba a contraer nuevo matrimonio, que en este caso, ya se habría celebrado en el Brasil. Y una vez desaparecido el impedimento dirimente el segundo matrimonio quedaba valido para las leyes Paraguayas, específicamente a partir del 23 de junio de 1993, fecha del oficio comunicativo de la sentencia de divorcio.

Por otro lado, es relevante un elemento más que refuerza el derecho reclamado por la agraviada. En autos consta la existencia de varios hijos entre ella y el causante, dejándole habilitada por esa relación de hecho a oponer la “acción de reconocimiento de matrimonio aparente”. Lo cual, nos acerca aun mas a dilucidar la posición de reconocer su derecho dentro sucesorio como cónyuge superstite del causante, fundado en las consideraciones de hecho y de derecho expuestas se configura su vocación hereditaria.

En conclusión, es criterio de este Miembro, que la sentencia recurrida debe ser revocada en su apartado tercero y en consecuencia, declarar la vocación del causante del sucesorio. Costas para la parte vencida. Es mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmado los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.

**RESUELVE:** 1.- DESESTIMAR el recurso de nulidad, por improcedente.2.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto en contra de la S.D. N° 877 de fecha de Diciembre de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del NOVENO TURNO, y en consecuencia revocar el apartado tercero de la misma, de conformidad al exordio de la presente resolución.3.- DECLARAR que por fallecimiento del Señor Pedro Elias Anciaux le sucede en calidad de cónyuge supérstite la Señora Isidia Marin Garcete, y en tal carácter con derecho a los bienes relictos, sin perjuicio de terceros.4.- IMPONER las costas en esta instancia a la parte perdedora.5.- NOTIFICAR personalmente o por cedula a las partes de este juicio.6.- ANOTAR, registrar, y remitir una copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Gerardo Baez Maiola, Juan Carlos Paredes Bordon, Neri Villalba. Ante mi: Maria Teresa Cañete, Actuaría Judicial.*

--°--

**MARCA DE FÁBRICA.** Nulidad de marca de fábrica.

El fin perseguido por la ley marcaría consiste en la tutela del público consumidor y el amparo de sanas críticas comerciales, lo cual sólo es posible evitando la confusión directa e indirecta de marcas y productos como requisito imprescindible para el buen orden del ámbito mercantil.

**MARCA DE FÁBRICA.** Marca idéntica o muy semejante. Nulidad de marca de fábrica.

En el caso, las marcas en estudio por su alto grado de similitud visual están expuestas a ser confundidas por el público consumidor, con los respectivos daños que esta situación implicaría no solo a este público consumidor sino también al accionante, quien es el titular más antiguo por lo cual se debe declarar la nulidad del registro de marca y consecuencia cancelar dicha inscripción.

T de Apel. Civ. Y Com. Segunda Sala, 18-06-09. Raimundo Daniel Mañotti Venninger c. Said Ibrahim jebahi s/ Nulidad de Registro de Marcas. (Ac. Y Sent. N° 52)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar los siguientes:

CUESTIONES

ES NULA LA SENTENCIA EN REVISION?

EN CASO NEGATIVO, ESTÁ AJUSTADA A DERECHO?

PRACTICANDO el sorteo de ley, resultado que debían votar los Señores Miembros en el siguiente orden: ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA, BAEZ MAIOLA, PAREDES BORDON.

A LA PRIMERA CUESTION LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA DIJO: La recurrente no funda el recurso y dado que tampoco se advierte vicios que ameriten el pronunciamiento de oficio, corresponde declararlo desierto en atención a lo dispuesto en el artículo 419 CPC.

A SUS TURNOS LOS DRES. BAEZ MAIOLA, PAREDES BORDON votaron en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. ZUCCOLILLO GARAY DE VOUGA PROSIGUIO DICIENDO: por medio de la S.D. N° 859 de fecha 27 de noviembre de 2007 (fs. 109 a 116), el juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, Noveno Turno resolvió: "1. HACER LUGAR a la demanda promovida por RAIMUNDO DANIEL MAÑOTTI WENNINGER contra SAID IBRAHIM JEBABI, y en consecuencia declarar la nulidad del registro de la Marca "1300SSETER", Titulo N°. 268.195 concedido el 24 de mayo de 2004, en la clase 09, inscripta a nombre de la demandada, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia, CANCELAR dicha inscripción; 2. MPONER

las costas a la perdidosa; 3. Firme que fuera esta resolución, remitir copia al Ministerio de Industria y Comercio, Dirección de la Propiedad Industrial y Dirección General de Registro Públicos para el cumplimiento de lo resuelto en esta sentencia, y librar el pertinente oficio; NOTIFICAR por cedula o personalmente a las partes; 5. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia” (sic).

Esta resolución causa agravios a la demandada en autos, quien en base a su escrito de memorial que corre de fs. 128 a 132, solicita la revocatoria de la decisión. Básicamente sostiene que su título de marca cumple con todos los requisitos establecidos en la Ley N°. 1.294/98, señalando que de no ser así la Institución respectiva no habría otorgado dicho título. Afirma que en la resolución en estudio no se han tenido en cuenta puntos importantes agregados al expediente, tales como que la sección de marcas otorgó dictámen favorable a la solicitud de la marca 1300sseter, analizado por funcionarios técnicos en la materia. Asimismo sostiene que la marca 1300sseter es mixta y que existe nula posibilidad de causar confusión la marca Booster porque visual y fonéticamente son absolutamente distintas, señalando que no se tuvo en cuenta el dictamen pericial que determino que existen suficientes diferencias entre una y otra marca. Además, aduce que el A quo emitió sentencia en base al Título 250.955, un título que fue anulado por orden judicial y pese a esto pretende también anular un registro que fue concedido dentro de los marcos legales. En lo referente al título 265.118 Booster y Etiqueta, sostiene que el propio Juez que dicto sentencia definitiva, suspendió los efectos jurídicos y uso de la marca BOOSTER y ETIQUETA.

De constancias procesales, surge que RAIMUNDO DANIEL MAÑOTTI WENNINGER, promovió acción de nulidad de registro marcario contra SAID IBRAHIM JEBABI (fs. 11/23). Alego en dicha oportunidad que mientras el demandado tramitaba el registro de la marca 1300SSETER, clase 9, que finalmente fue concedido en fecha 24 de mayo de 2004, Acta No. 268.195 (f. 8), su parte era dueño de las marcas BOOSTER, clase 9, Acta de registro N° 250 955 concedido en fecha 21 de octubre de 2002 (f. 10) y de la marca BOOSTER (MIXTA), clase 9, Acta de Registro No 265.118, concedido en fecha 23 de diciembre de 2003 (f. 9). Señalo que entre los registros marcarios mencionados existe identidad de marcas y productos, produciendo confusión en el público consumidor. Al respecto esgrimió que la marca era una copia servil del consumidor BOOS, registrada con antelación, reproduciéndose además la matricula desinencial –STER-. Arguyo que a esa imitación se suma el hecho de coincidir las marcas en pugna en los productos a ser designados por las mismas. Sostuvo también, que no solo el efecto de la confundibilidad era valorado por la ley al momento de excluir del registro de marca a un signo sino que además, el efecto de la asociabilidad indeseable, que nutre al titular de la marca objeto de litigio de un beneficio indebido de prestigio ajeno.

Por su parte, la demandada arguyó que la marca de 1300sseter, registrada en la clase 9, fue concebida después de ser analizada por los técnicos de la Propiedad industrial. En cuanto a la supuesta confusión afirmó que la marca comenzaba con el número 1300, escrita y pronunciada con una cantidad numérica y que era imposible confundir la letra B de la marca BOOSTER con el numeral formado por la decena y la unidad. En este sentido, sostuvo que la denominación 1300sseter no podía ocasionar perjuicio de marca BOOSTER

dado que no existía asociación, relación ni confusión entre las mismas, siendo la única identidad la clase, ya que ambas amparan productos de la clase 9. Adujo que entre ambas, existe distinción ortográfica, caligráfica, y fonética, agregando que su título carecía de etiqueta, siendo absolutamente denominativo. Finalmente, señalo que por orden judicial se encontraba suspendida la marca BOOSTER que afectaba a los registros 265118 y 250955.

En primer lugar, cabe señalar que si bien la marca BOOSTER, clase 9, con registro No. 250955, concedida en fecha 21 de octubre de 2002, fue anulada por S.D. No 499 de fecha 21 de julio de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial del Noveno Turno, esta circunstancia resulta irrelevante para la dilucidación de la cuestión. Y ello es así, porque aquí la marca en estudio no es la anulada, sino la designada como BOOSTER y ETIQUETA (mixta), con registro No 265.118 de fecha 23 de diciembre de 2003.

Tampoco el hecho de que existía medidas cautelares sobre las marca BOOSTER Y ETIQUETA (mixta), tiene mayor incidencia, dado que sabido es que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas y son eminentemente provisorias (art. 697 CPC). De manera, bajo ningún aspecto su dictamiento implica la certeza o grado de credibilidad del derecho invocado, bastando para su procedencia la verosimilitud del derecho.

Aclarados estos puntos, nos adentramos al estudio del fondo de la cuestión, en la cual debe determinarse si en realidad, existe similitud entre las marcas en pugna, y en ese caso, si dicha situación genera confusión y asociación indeseada.

La ley N° 1294/98 “De Marcas”, en su art. 2 inc. F) establece: *“No podrán registrarse como marcas ...f) Los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por su tercero, para los mismos productos o servicios o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca”* (sic).

El fin perseguido por la citada ley marcaria consiste en la tutela del público consumidor y el amparo de sanas prácticas comerciales, lo cual solo es posible evitando la confusión directa e indirecta de marcas y productos como requisitos imprescindible para el buen orden del ámbito mercantil.

Zuccherimo y Mitelman, en su obra titulada: “Marcas y Patentes en el Gatt” p. 135, expresan: *“La dilución de un signo marcario, la protección de los productos no radica en que la confusión puede darse en comprar un producto por otro, sino en que el consumidor pueda creer que ambos productos diferentes tienen un mismo origen común o idéntico control de calidad, situada que dañada la marca notoria,- con relación distintiva- y a su propietario quien puede ser víctima de la mala calidad o imagen producida por el tercero que la emplea”* (sic).

En el sub examine, de la comparación entre ambas, surge evidente la similitud visual entre una y otra, lo cual crea, a no dudarlo, no solo una confusión en cuanto al producto mismo sino al consumidor que podría asociar la marca 1300SSTER con los productos de la marca “BOOSSTER”, mas aún si tenemos en cuenta que ambas marcas se dedican a productos especificados de la clase 9.

Toda marca solicitada con posterioridad a la inscrita, como ocurre con la marca 1300SSTER, debe presentar elementos identificatorios que eviten la posibilidad de confusión, a simple vista, con la marca registrada.

En este punto, resulta oportuno mencionar lo expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, en el Ac. y Sent. N° 383/99 al decir: *“Las marcas de un mismo rubro deben ser bien diferentes, y es preciso que esa diferencia se note a simple vista, sin necesidad de detenido y prolijo examen, pues de lo contrario se perjudicaría primero al público consumidor, que eventualmente comprara lo que en realidad no quiso; al titular de la marca que de esa forma podría perder clientela; y finalmente, se alterará la protección de las reglas de sana y leal competencia. Por ello es que no debería ser admisible el registro marcario cuando los signos no son claramente distinguibles”* (sic).

En conclusión, las marcas en estudio, por su alto grado de similitud visual están expuestas a ser confundidas por el público consumidor, con los respectivos daños que esta situación implicaría no solo a este público consumidor sino también al accionante, quien es el titular más antiguo.

De esta manera, al haberse violado el artículo 2 inc. f) de la Ley 1.294/88, corresponde declarar la nulidad de la marca 1300SSTER, clase 9, conforme así lo establecen los artículos 53 y 54 de la citada ley marcaria y en consecuencia, conformar la resolución en recurso con imposición de costas a la recurrente de conformidad a lo dispuesto en artículo 203 inc. a) CPC.

A SUS TURNOS LOS DRES. BAEZ MAIOLA Y PAREDES BORDON, 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.

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. CONFIRMAR, con costas la S.D. N° 859 del 27 de noviembre de 2007 ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Gerardo Baez Maiola, Maria Sol Zuccolillo de Vouga, Dr. Juan Carlos Paredes Bordon. Ante mí: Maria Teresa Cañete, Actuaría Judicial.*

--°--

#### **DIVORCIO.** Efectos del divorcio.

Los efectos jurídicos entre los cónyuges se producen desde el momento del dictamiento de la resolución y contra los terceros desde la inscripción en el registro correspondiente.

#### **DIVORCIO.** Efectos del divorcio.

Todo derecho que pudiera tener el apelante sobre los bienes dejados por la causante quedó extinto desde la fecha que fue dictada la resolución de disolución de la comunidad conyugal firme y ejecutoriada.

**DIVORCIO.** Efectos del divorcio. Inscripción en el Registro de Estado Civil

La inscripción en el registro de estado civil tiene como finalidad dar publicidad a terceros de las modificaciones o alteraciones de situaciones del estado civil de las personas pero de ningún modo puede, la falta de inscripción, dejar sin efecto las sentencias judiciales que declaren un divorcio.

**DIVORCIO.** Efectos del divorcio.

Las sentencias relativas al estado civil de las personas son constitutivas.

T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 06-02-09. Queja por apelación denegada interpuesta por el Abog. Fernando E. Cubas Cáceres en los autos: I. H. E. M. F. s/ Sucesión. (Ac. Y Sent. N° 1)

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 DICTO CONFORME A DERECHO?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: VILLALBA FERNÁNDEZ, BOUNGERMINI PALUMBO Y MARTINEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. VILLABA FERNANDEZ, DIJO: Si bien, el recurrente expone argumentos de los cuales pretende hacerlos valer como vicios que conllevan una declaración de nulidad, en estas razones esgrimidas no se observan elementos condicionantes que puedan prevenir un estado de indefensión. Al respecto de la nulidad ésta representación ha venido pronunciándose repetidas veces, sobre este efecto jurídico consecuencia del vicio incurrido en un acto procesal-como en este caso, de decisión-, y a fin de reforzar el criterio de este Miembro cabe hacer la siguiente reflexión. Así, cuando el Juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios In Procedendo o In Iudicando, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser, además de formal, material. Es decir: a) que produzca un perjuicio a la parte que lo sufre; b) que tal situación no haya sido producida y; d) que no haya sido la parte damnificada repuesta en su derecho vulnerado que “no existe la nulidad por la nulidad misma...”, es decir, que el acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa – causar indefensión, existe nulidad y viceversa. Por tanto, siendo los agravios vertidos por el recurrente servir de sustento para este medio recursivo pudiendo ser resuelto por vía de la apelación, ya que toda declaración de nulidad por regla desvalora el Derecho, debiendo ser el último recurso cuando no exista modo alguno de subsanarlo. En consecuencia, es criterio de éste preopinante que el recurso debe ser declarado desierto de conformidad a lo dispuesto en el Art. 419 del Código Procesal Civil.

OPINION DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO; NULIDAD: Los agravios del Abog. Fernando E. Cubas Cáceres expresados a fs. 20/21 pueden ser considerados y resueltos conjuntamente con el recurso de apelación, también interpuesto. Por lo demás, no se observan en el auto recurrido vicios o defectos que autoricen a declarar, de oficio, su nulidad, por lo que el citado recurso debe ser desestimado.

A SU TURNO EL DR. MARTINEZ PRIETO, MANIFIESTA: Que se adhiere al voto de la Miembro que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNANDEZ, DIJO: Por la Sentencia apelada N° 927 de fecha 26 de octubre de 2.007, la instancia anterior resolvió: “I- DECLARAR que por fallecimiento de la señora Ingrid Helane Elizabeth Meulenberg y Nicole Anahi Myrian Pereira Meulenberg y en tal concepto con derechos a los bienes relictos sin perjuicio de terceros. II – ANOTAR...”.

De dicha sentencia recurre el apelante y presente su escrito de expresión de agravios obrante en autos, manifestando su desacuerdo con la sentencia pronunciada por él a quo. Manifiesta que la decisión de la instancia inferior de no incluirse como heredero de la causante no se ajusta a derecho en razón que el motivo expuesto por el juez inferior de la condición de divorcio existente entre él y la causante no es válido, porque, la sentencia de divorcio dictada no se encuentra firme y ejecutoria en razón de ni haber inscrito en el registro correspondiente. Consecuencia de ello su vocación hereditaria intacta. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

Corrido traslado, se presenta el abogado Ricardo Lugo Rodriguez, en representación del señor Gustavo Pereira Bello en ejercicio de la Patria Potestad de su hija menor Nicole Anahi Myrian Pereira Meulenberg, declarada heredera en los autos sucesorios. Fundado la defensa de la sentencia recurrida, manifiesta el rechazo de los argumentos expuestos por el apelante, en virtud de la extinción del vínculo que existiera entre el recurrente y la causante por disposición de la sentencia de divorcio, encontrándose firme y ejecutoriada con respecto a los mismos. Refuerza su tesis con mención de las disposiciones legales de referencia. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

La representante del Ministerio Público, abogada Cristina Avalos De Rios, presenta su Dictamen N° 772 de fecha 18 de agosto de 2008. En el cual, manifiesta su discrepancia con la posición del apelante, ya que, todo vinculo que existiera entre éste y a causante fue extinguido por la sentencia de divorcio y la resolución de disolución y liquidación de la comunidad conyugal y la no inscripción en la oficina registral no es impedimento para que la sentencia se encuentre firme y ejecutoria entre los cónyuges divorciados, conforme lo dispone el Art. 213 del Código Civil. Concluye su opinión aconsejando el rechazo del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia apelada.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, la pretensión del recurrente es el de ser incluido en la sentencia de la declaratoria de herederos de la causante del sucesorio. Sostiene el argumento que el vinculo entre éste la causante no se ha extinguido en razón de haberse inscripto en los registros públicos la resolución respectiva.

Con relación a la comunidad de bienes entre cónyuges el Art. 213 del Código Civil Paraguayo dispone: “Los efectos de la disolución de la comunidad se producirá entre los cónyuges desde el día de la resolución que la declare y, respecto de terceros, desde el día que ésta haya sido inscrita.”. En ese sentido, la norma es clara los efectos jurídicos entre los cónyuges se producen desde el momento del dictamiento de la resolución y contra los terceros desde la inscripción en el registro correspondiente. Entonces, el caso no merece más interpretación de la norma que sea la gramatical. Consecuentemente, todo derecho que pudiera tener el apelante sobre los bienes dejados por la causante quedó extinto desde fecha que fue dictada la resolución de disolución de la comunidad conyugal firme y ejecutoriada.

En conclusión, de lo expuesto precedentemente es criterio de este Miembro que la resolución apelada debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

**OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: DE LA APELACIÓN:** En autos se discute la vocación hereditaria del Sr. F. C. C. en la sucesión de la Sra. E. M. F..

El recurrente sostiene que había contraído matrimonio con la causante y luego en el año 1998 se halla divorciado, pero como la sentencia de divorcio nunca fue inscrita en el registro de estado civil no había quedado firme, por lo tanto el vínculo matrimonial era existente razón por la cual manifiesta tener vocación hereditaria en el presente juicio.

De las constancias de autos surge que la Sra. H. E. M. y el Sr. F. C.C. contrajeron matrimonio en el año 1991 (fs.9). Luego, a 132/133 obra copia de la sentencia de divorcio vincular entre la Sra. M. y el Sr. C. del año 1998 y resalta que la Sra. M. promovió el juicio de divorcio pero que el Sr. C. reconvino por tanto no puede alegar el recurrente que no había ánimos de divorcio cuando que fue él quien reconvino a la pretensión de la causante.

Ahora bien, el recurrente arguye que la S.D. N° 1061 de fecha 4 de noviembre de 1998 que declara el divorcio vincular en el primer apartado y ordena la inscripción en el Registro del Estado Civil no fue cumplida dado que la inscripción en el registro no fue hecha. Aquí debemos decir que la inscripción en el registro de estado Civil tiene como finalidad dar publicidad a terceros de las modificaciones o alteraciones de situaciones del estado civil de las personas pero de ningún modo puede, la falta de inscripción, dejar sin efecto las sentencias judiciales que declaren un divorcio como pretende en este caso el apelante. Recuérdese que las sentencias relativas al estado de las personas son constitutivas.

Ahora en el hipotético caso de que la falta de inscripción pudiera tomarse como la voluntad de seguir unidos de la Sra. M.y el Sr. C., de las constancias agregadas en autos surge que existía una separación de hecho por lo tanto tampoco puede sostener el Sr. F. C. que no existía “...signo alguno que pudiera ser interpretado como manifestación de voluntad de no seguir unido a mi esposa...” (fs. 20 vlto.) (sic) cuando que él mismo reconvino en el juicio de divorcio vincular, reconoció que la causante había tenido otra relación, engendrado una hija. También se halla glosado al expediente una escritura pública de fecha 31 de enero de 2003 en el cual la fallecida manifiesta expresamente ser de estado civil divorciada y reconoce que mantiene una relación sentimental de pareja con el Sr. G. A. P. B. (fs. 156/157). Por último, el certificado de defunción obrante a fs. 6, el estado civil

de la causante dice “divorciada”, por tanto, todo esto indica que no existía ánimo de seguir casados, y que la sentencia de divorcio surtió plenos efectos entre ambos o bien estaban separados de hecho. Por consiguiente, en virtud del art. 2587 del Cód. Civ. El Sr. F. C. C. no tiene vocación hereditaria en la sucesión de la Sra. H. M.F. y la sentencia debe ser confirmada. En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ. .

A SU TURNO EL DR. MARTINES PRIETO, DIJO: Que adhiere su voto al de la Miembro que antecede, con sus mismos fundamentos.

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.

RESUELVE: DESESTIMAR el recurso de nulidad. CONFIRMAR, en todas sus partes la sentencia apelada. IMPONER las costas a la perdedora. ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Maria Mercedes Buongermini, Arnaldo Martinez Prieto, Neri Villalba. Ante mi: Pablo Constantini, Actuario Judicial.*

--°--

#### **FIANZA.** Alcance

La fianza sólo vale si la obligación futura o eventual tiene una suma máxima. Ellos es así porque el espíritu del art. 1459 del C.C., se dirige a tutelar al fiador en el sentido de hacer previsible o estimable para él, el alcance pecuniario de la garantía que presta. De lo contrario el instituto mismo de la fianza se vería desmedrado, ya que ante la incertidumbre que aquejaría al fiador en cuanto a la extensión económica de su obligado, nadie estaría dispuesto a asumir la fianza.

#### **FIANZA.** Plazo de la fianza

La obligación del fiador existe respecto de las obligaciones asumidas en virtud del contrato y durante su duración. Pero con posterioridad a la finalización del contrato, y producida la permanencia del locatario, como no hay tácita reconducción hay obligaciones meramente eventuales, que surgirán a cada mensualidad devengada en la medida que el locador no pida la devolución o el locatario no lo haga voluntariamente.

T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 09-02-09. Nélica Matilde Bareiro de Cosp c. Edgar Cubilla Sanabria s. Cobro de Alquileres. (Ac. y Sent. N° 3)

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 DICTO CONFORME A DERECHO?.

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: MARTINEZ PRIETO, VILLALBA FERNANDEZ Y BUONGERMINI.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, DIJO: El recurrente no fundamentó el recurso de nulidad interpuesto. Por consiguiente, y al no advertirse vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de las resoluciones recurridas de oficio, se debe declarar desierto el presente recurso.

A SUS TURNOS los Dres. Villalba y Buongermini manifestaron que votan en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO PROSIGUI DICIENDO: La sentencia apelada N° 658 de fecha 9 de junio de 2.008 el A quo que resolvió: “RECHAZAR con costas a las Excepciones de Inhabilidad de Título y de Falta de acción deducida por el Señor EMIGDIO GARCIA AGUIAR por los fundamentos expuestos precedentemente. 1. NO HACER LUGAR a la declaración de litigante de mala fe a la actora solicitada por el demandado, por improcedente. 2. LLEVAR adelante la presente ejecución que promueve el Abogado OSCAR ARIEL TORRES LOPEZ en representación de la Señora NELIDA BAREIRO DE COSP contra EDGAR ABELARDO CUBILLA SANABRIA Y EMIGDIO GARCIA AGUIAR hasta que la acreedora se haga íntegro cobro del capital reclamado de (Gs. 7.575.646) GUARANIES SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS) mas sus intereses, costos y costas. 3. ANOTAR...” (sic)(fs. 73 vta.).

El recurrente en su escrito de fundamentación de agravios a fs. 79/82 manifiesta que se agravia de la resolución recurrida porque en ella se rechazan sin sustento normativo legítimo válido las excepciones de inhabilidad de título y falta de acción opuestas por su parte en estos autos. Se agravia debido a que el a-quo no tuvo en cuenta los argumentos válidamente expuestos por su parte al oponer excepciones, sosteniendo que el primer contrato que la actora presente en el presente juicio con el objeto de fungirlo en título capaz de traer aparejado algún cobro de deuda contra su persona es válido. Arguye que otro de los argumentos que el A-quo considera es que su parte no ha desconocido ser deudor de la obligación objeto del presente juicio, mientras que textualmente el mismo sostiene haber negado adeudar suma alguna a la Sra. Bareiro al momento de oponer las excepciones. Manifiesta que ya concluyó su vínculo obligacional desde el momento en que las sucesivas prórrogas se han realizado entre el Sr. Cubilla y la misma, quedando su persona al margen de cualquier relación jurídica conforme al art. 1486 del Cód. Proc. Civ. Aduce que el A-quo se ampara en las cláusulas del primer contrato sin considerar las constancias de autos, como se las sucesivas renovaciones del contrato inicial que más bien constituyen nuevas obligaciones, sujetas a plazos y condiciones distintas. Señala que si bien es cierto que la cláusula décimo cuarta establecía que su parte se constituía en deudor solidario de las obligaciones emergentes de dicho vínculo obligacional, pero las mencionadas cláusulas además de ser producto de un contrato abusivo, se contraponen a la cláusula segunda, en la cual si se establece un plazo de duración de dicho vínculo. Menciona que el juez inferior sólo toma en cuenta el contrato inicial como base para llevar adelante la ejecución contra su persona de sumas que no está obligado a pagar en virtud de lo dispuesto en el art. 1486 del

Código Civil, esto es el hecho de que la fianza se extingue con el cumplimiento de la obligación principal, hecho que ha ocurrido a cabalidad, pues las obligaciones que corresponden al periodo de tiempo comprendido entre el 15 de agosto de 2006 hasta el 29 de noviembre de 2006 son las que a la fecha se encuentran incumplidas, y son reclamadas en este juicio, no las emergentes de aquel contrato en que fue codeudor del Sr. Cubilla, Aduce que en dichos contratos no está inserta su firma por lo que sostiene que no tiene obligación alguna de un acto o en este caso de actos jurídicos que no conocía si quiera su existencia. Señala que la mencionada resolución omite lo mencionado anteriormente por lo cual le perjudica desde todo punto de vista al imponerle arbitrariamente obligaciones y perjudicar su buen nombre. Califica de improcedentes los artículos 1456 y 1471 del Código Civil considerados en la sentencia impugnada. Concluye su escrito afirmando no tener legitimación pasiva para ser parte en el presente juicio, por las pruebas de los contratos agregados en autos, solicita se revoque la sentencia apelada.

Corrido traslado a la adversa la misma contesta en su escrito de contestación a fs. 83/85 manifestando que le recurrente no ha negado expresamente la deuda reclamada en autos, requisito inexcusable establecido en nuestro ordenamiento jurídico para la procedencia de las Excepciones opuestas en primera instancia. En segundo lugar arguye que el recurrente pretende limitar su garantía como codeudor a la vigencia del primer contrato suscrito entre el deudor principal y esta parte, argumento que fue rechazado por el A-quo ya que la realidad es que la cláusula décimo cuarta establece: “se constituye en codeudor solidario por las responsabilidades emergentes del presente contrato de locación, el Sr. Emigdio García Aguiar, con C.I. Policial N° 401.620, con domicilio particular en...quien firma al pie en prueba de conformidad, calidad y responsable que asume por el plazo que la locataria ocupe el inmueble, independientemente de lo establecido en la cláusula segunda u aún cuando este contrato fuere prorrogado sucesivamente en su vigencia sin su consentimiento o conocimiento previo”. Aduce que la cláusula transcrita precedentemente establece claramente que la garantía de codeudora suscripta por el Sr. Emigdio García Aguiar en el contrato de referencia, se extendió por todo el tiempo que inquilino ocupó el inmueble. Sostiene que de acuerdo a los artículos 1456 y 1471 del Código Civil se hallan plenamente habilitados los títulos bases de la ejecución así como su legitimación pasiva. Afirma que la recurrida debe ser confirmada.

Pasemos a considerar la inhabilidad de título. Sostiene el excepcionante que su carácter de codeudor se extendía únicamente que si carácter de codeudor se extendía únicamente por el lapso de duración de contrato de fecha 15 de octubre y con vencimiento al 14 de 14 de octubre de 2004, por lo que no puede verse obligado al pago de los meses adeudados con posterioridad a dicho contrato, a lo que se opone el actor basado en la cláusula décimo cuarta que, a se opone el actor basado en la cláusula décimo cuarta que, a su entender, establece el carácter de codeudor de todas las obligaciones hasta que el propietario recupere efectivamente el inmueble locado con todos sus accesorios.

La cláusula decimocuarta de dicho contrato (fs. 1/3), contiene la extipulación exacta del carácter de codeudor del Sr. Emigdio García Aguiar. Es decir, el mismo se obliga solidariamente con el deudor principal en virtud a lo dispuesto en lo art. 508 del Cód. Civ. Dicho artículo claramente dice: “La obligación a pagar la misma prestación, de

modo que cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de la totalidad del objeto de ella, y el cumplimiento de parte de cada uno libera a los otros; o bien cuando entre varios acreedores cada uno tiene derecho a exigir el cumplimiento de la prestación entera y el cumplimiento obtenido por uno de ellos libera al deudor frente a todos los acreedores”. Así el fenómeno modal de la solidaridad, a la que Larombiére califica la ficción legal en cuanto uno solo de los acreedores es admitido a ejercer el derecho de varios, como si fuera el único, y uno solo de los deudores obligado a pagar la obligación de varios como si fuese el único. En este entendimiento, la ahora apelante se encuentra constreñida por los efectos de la naturaleza jurídica de dicha situación, ser codeudora solidaria, y no como se pretende que el mismo sea fiadora del deudor principal.

En la cláusula supramencionada se estipula también que el Sr. García “...asume por todo el plazo que la locataria ocupe el inmueble, independientemente de lo establecido en la cláusula segunda y aun cuando este contrato fuere prorrogado sucesivamente en su vigencia sin su consentimiento o conocimiento previo. En cuanto a la cláusula de prórroga es importante mencionar y expresamente pactada por las partes y no puede ser presumida ni estipulada de la forma como se pretende. En efecto uno de los elementos esenciales de todo contrato es la voluntad expresa de contratar. De tal forma lo estipulado en dicha cláusula riñe con todos los principios de nuestro derecho positivo al poner en cabeza del excepcionante la responsabilidad de obligaciones futuras nacidas de un contrato de cual el excepcionante no dio su voluntad expresa. Así, lo estipulado en dicha cláusula deviene totalmente improcedente y nulo. En el caso de autos se advierte de las instrumentales obrantes a fs. 15/18 que no existe obligación alguna asumida por el excepcionante en lo que respecta a las obligaciones emergentes del periodo de tiempo entre el 15 de agosto de 2006 al 29 de noviembre de 2006. Por lo tanto, resulta claro, que el Sr. García no puede ser constreñido a pago alguno en lo que respecta a dicho periodo.

Ahora bien y solamente a modo escolástico diremos lo siguiente en cuanto a la fianza – que no es nuestro caso. Si el ejecutado se hubiese constituido en fiador, es decir, celebrado un contrato de fianza, en un todo de conformidad al art. 1546 del Cód. Civ. La fianza se entendería extendida al primer contrato de referencia, obrante a fs. 1/3, con vigencia desde el 15 de octubre de 2004. Por ende, es la obligación derivada de este contrato la que sería afianzada en los términos del art. 1549 del Cód. Civ.

Sin embargo, aquí se ejecutan los alquileres correspondientes a los meses de agosto y noviembre de 2006, es decir, devengados fuera del plazo contractual. Por ende, nos hallamos ante la hipótesis del art. 843 del Cod. Civ., o sea ante la continuación de la locación concluida bajo sus mismos términos. Empero, esto debe vincularse con la disposición del art. 1459 del Código de fondo, ya citado. El mismo admite la fianza de deudas futuras o condicionales, pero sujeta a una suma limitada dentro de la cual estará obligado el fiador por todo concepto. Es decir, la fianza sólo vale si la obligación futura o eventual tiene suma máxima. Ello es así porque el espíritu del art. 1459, que comentamos, se dirige a tutelar al fiador en el sentido de hacer previsible o estimable para él, el alcance pecuniario de la garantía que presta. De lo contrario el instituto mismo de la fianza se vería desmedrado, ya que ante la incertidumbre que aquejaría al fiador en cuanto a la extensión económica de su obligación, nadie estaría dispuesto a asumir la fianza.

Esta sería la exacta situación de la cláusula en cuestión. La obligación del fiador existe respecto de las obligaciones asumidas en virtud del contrato y durante su duración. Pero con posterioridad a la finalización del contrato, y producida la permanencia del locatario, como no hay obligaciones meramente eventuales, que surgirán a cada mensualidad devengada en la medida que el locador no pida la devolución o el locatario no lo haga voluntariamente. Este tipo de deudas futuras, no ciertas, requieren para su afianzamiento una suma limitada, a tenor del art. 1459 del Código de fondo. Por ello la fianza constituida no puede entenderse extendida a la eventual permanencia del locatario sin tácita reconducción y bajo el régimen del art. 843 del Cód. Civ., porque ella es una obligación futura y eventual, si bien regida por los mismos términos de la locación concluida.

Por lo demás, es dudosa la validez de dicha cláusula que dispone la extensión de la obligación de garantía del fiador existe respecto de las obligaciones asumidas en virtud del contrato y durante su duración. Pero con posterioridad a la finalización del contrato, y producida la permanencia del locatario, como no hay tácita reconducción hay obligaciones meramente eventuales, que surgirán a cada mensualidad devengada en la medida que el locador no pida la devolución o el locatario no lo haga voluntariamente. Este tipo de deudas futuras, no ciertas, requieren para su afianzamiento una suma limitada, a tenor del art. 1459 del Código de fondo. Por ello la fianza constituida no puede entenderse extendida a la eventual permanencia del locatario sin tácita reconducción y bajo el régimen del art. 843 del Cód. Civ., porque ella es una obligación futura y eventual, si bien regida por los mismos términos de la locación concluida.

Por lo demás, es dudosa la validez de dicha cláusula que dispone la extensión de la obligación de garantía del fiador a tal prórroga sin consentimiento previo, pues contradice absolutamente el art. 1490 del Cód. Civ. E implica la interesantísima cuestión acerca del carácter dispositivo o imperativo de él. Por ende, el título sería inhábil contra el fiador porque el afianzamiento no se extiende a obligaciones eventuales.

En consecuencia, la sentencia debe ser modificada en el sentido de hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por el Sr. Emigdio García Aguiar contra Nelida Matilde Bareiro de Cosp, y consiguientemente rechazar la ejecución promovida por Nélide Matilde Bareiro de Cosp contra Emigdio García Aguiar; manteniendo lo decidido en los restantes puntos.

En cuanto a las costas, corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ. Voto en tal sentido.

A sus turnos los Drs. Villalba Fernández y Buongermini, manifestaron que votan en el mismo 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.

**RESUELVE:** DECLARAR desierto el recurso de nulidad. MODIFICAR la sentencia recurrida en el sentido opuesta por el Sr. Emigdio García Aguiar contra Nélide Matilde Bareiro de Cosp, y consiguientemente rechazar la ejecución promovida por Nélide Matilde Bareiro de Cops contra Emigdio García Aguiar; manteniendo lo decidido en los restantes

puntos. IMPONER las costas a la perdidosa. ANOTESE, regístrese u regístrese copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Maria Mercedes Buongermi, Arnaldo Martinez Prieto, Neri Villalba. Ante mi: Pablo Constantini. Actuario Judicial*

--°--

**RECURSO DE ACLARATORIA.** Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria.

Habida cuenta que el Tribunal ha incurrido involuntariamente en un error meramente material en el considerando y en el resuelve al confirmar la sentencia recurrida cuando, en realidad, por el análisis realizado en la misma, y las conclusiones a las que se arribó, corresponde revocar la resolución sometida a juzgamiento de este órgano colegiado.

**RECURSO DE ACLARATORIA.** Admisibilidad y procedencia del recurso de aclaratoria.

Corresponde aclarar la parte resolutive del acuerdo y sentencia en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia.

T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 11-02-09. Ana Sully Rodríguez Ferreira c. Comando Logístico (Dirección del Servicio de Intendencia del ejército) s. Cumplimiento de contrato de compraventa, indemnización de daños. (Ac. Y Sent. N° 4)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar los siguientes:

CUESTION:

ES PROCEDENTE EL RECURSO DE ACLARATORIA?

PRACTICANDO el sorteo de ley, resulto el siguiente orden de votación: BUONGERMINI PALUMBIO, VILLALBA FERNANDEZ y PAIVA VALDOVINOS.

A LA UNICA CUESTION PLANTEADA LA DRA. BUONGERMINI PALUMBIO DIJO: Por el A. S. N° 148 de fecha 11 de diciembre de 2008, este Tribunal resolvió: “DECLARAR desierto el recurso de nulidad interpuesto por la recurrente. IMPONER costas a la perdidosa en ambas instancias. CONFIRMAR la sentencia apelada. ANOTESE...” (sic) (fs. vlt).

El abogado NERI W. FLEITAS V. en el escrito obrante a fs. 86/87 de autos, interpone el recurso de aclaratoria contra la citada resolución y solicita a esta Alzada la corrección del error materia en que incurrió en las partes sustanciales de la resolución. Expresa que de la lectura de los fundamentos esgrimidos por el Tribunal se desprende que la excepción de prescripción ha sido acogida favorablemente como medio genera de defensa. Arguye que en tal sentido, se debe entender que la resolución de la instancia originaria debe ser revocada. Finalmente solicita a este órgano de revisión la rectificación del error material indicado.

El Art. 387 del C.P.C. expresa: “Objeto. Las partes podrán sin embargo pedir aclaratoria de la resolución al mismo Juez o Tribunal que la hubiere dictado con el objeto

de que: a) Corrija cualquier error material b) aclare alguna expresión oscura, sin alterar lo sustancial de la decisión, y c) supla cualquier omisión en que hubiere incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio...”

Es sabido que la aclaratoria no puede cambiar lo sustancial de la decisión, por expresa disposición del texto legal.

Analizando el acuerdo y sentencia objeto de esta aclaratoria se desprende que el Tribunal ha incurrido involuntariamente en un error meramente material en el CONSIDERADO y en el RESUELVE al confirmar la sentencia recurrida cuando, en realidad, por el análisis realizado en la misma, y las conclusiones a las que se arribo corresponde REVOCAR la resolución sometida a juzgamiento de este órgano colegiado.

Corresponde en consecuencia aclarar la parte resolutive del Acuerdo y Sentencia N° 148 de fecha 11 de diciembre de 2008 dictado por este Tribunal, en el sentido de REVOCAR la S.D. 737 de fecha 03 de octubre de 2007, dictada por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Segundo Turno.

A sus turnos los Dres. Villalba Fernández y Paiva Valdovinos, manifiesta que votaron en idéntico 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.

RESUELVE: ACLARAR el Acuerdo y Sentencia N° 148 de fecha 11 de diciembre de 2008, dictado por este Tribunal, en el sentido de REVOCAR la sentencia recurrida. ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Maria Mercedes Buonghermini, Oscar Paiva Valdovinos, Neri E. Villalba F. Ante mí: Pablo Constantini, Actuario Judicial.*

--°--

**USUCAPIÓN.** Usucapión de cosas muebles.

Una persona puede adquirir el dominio de una cosa mueble por usucapión bajo las mismas condiciones que para el inmueble, bajo las causales de: 1) por defectos en el título b) por el modo de adquisición o 3) por carecer totalmente de título.

**USUCAPIÓN.** Usucapión de cosas muebles.

Para adquirir el dominio de una cosa mueble por usucapión no es requisito indispensable que la misma se encuentre robada o perdida, del mismo art. 2029 del C.C. se deduce que se crea la posesión si la cosa fue abandonada con intención de renunciar a su dominio.

**USUCAPIÓN.** Usucapión de cosas muebles. Cosas perdidas o robadas.

La disposición del art. 2031 del C.C. se entiende si nos situamos en el marco de la premisa básica de toda usucapión, en el sentido de que las cosas muebles no deben ser robadas o perdidas para ser usucapidas, pero esta cualidad de robados o perdidos no puede constituirse en un requisito sine qua non de la prescripción adquisitiva, solo es un supuesto

no prohibitivo o impeditivo; de otro modo caeríamos en el contrasentido de que las cosas robadas pudieran usucapirse, pero las no robadas no.

**USUCAPIÓN.** Usucapión de cosas muebles.

El demandado por usucapión debe ser propietario registral del bien que se pretende usucapir, dado que la usucapión permite la atribución de dominio como derecho real erga omnes, de lo contrario se estarían vulnerando seriamente posibles derechos, eventualmente propietarios registrables del bien que se pretende usucapir.

T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 16-02-09. Alberto Giles Agro Exportadoras S.A. c/ CREDICAR S.A. s/ Usucapión de bien mueble registrable. (Ac. Y Sent. N° 7)

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 DICTO CONFORME A DERECHO?

Practicando el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: VILLALBA FERNÁNDEZ, BUONGERMINI PALUMBO Y MARTINEZ PRIETO.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. VILLABA FERNANDEZ, DIJO: Si bien, el recurrente expone argumentos de los cuales pretende hacerlos valer como vicios que conllevan una declaración de nulidad, en estas razones esgrimidas no se observan elementos condicionantes que puedan prevenir un estado de indefensión. Al respecto de la nulidad esta representación ha venido pronunciándose repetidas veces, sobre este efecto jurídico consecuencia del vicio incurrido en un acto procesal como en este caso, de decisión-, y a fin de reforzar el criterio de este Miembro cabe hacer la siguiente reflexión. Así, cuando el Juzgador, en el acto procesal de decisión, violenta los principios doctrinales y cae en vicios In Procedendo o In Iudicando, dicha acción u omisión afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva o que es decir, al derecho a la defensa. Siendo entonces, la indefensión el efecto que produce el deficiente ejercicio del acto procesal de decisión, tal violación del derecho a la defensa debe ser; además de formal, material. Es decir: a) que produzca un perjuicio a la parte que lo sufre; b) que tal situación no haya sido producida por culpa imputable a la misma; c) que haya sido denunciada y; d) que ni haya sido la parte damnificada respuesta en su derecho vulnerado. La doctrina advierte sobre los actos nulos, diciendo que “no existe la nulidad por la nulidad misma...”, es decir, que el acto para ser declarada su nulidad debe afectar necesariamente el derecho a la defensa – causar indefensión-, allí donde existe indefensión, existe nulidad y viceversa. Por tanto, siendo los agravios vertidos por el recurrente servir de sustento para este medio recursivo pudiendo ser resuelto por vía de la apelación, ya que toda declaración de nulidad por regla desvalora el Derecho, debiendo ser el último recurso cuando no exista modo alguno de subsanarlo. En consecuencia, es criterio de éste preopinante que el recurso debe ser declarado desierto de conformidad a lo dispuesto en el Art. 419 del Código Procesal Civil.

OPINION DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO; NULIDAD: Nulidad: En cuanto a este recurso, me adhiero a los dichos del magistrado que me predece.

A SU TURNO EL DR. MARTINEZ PRIETO, MANIFIESTA; Que se adhiere al voto que precede.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL DR. VILLALBA FERNANDEZ, DIJO: Por la Sentencia apelada N° 606 de fecha 08 de agosto de 2.007, la instancia anterior resolvió: “1- TENER por confeso a la parte demandada a tenor del pliego de posiciones obrante a fs.40 en autos. 2- HECER LUGAR, con costas, a la presente demanda y en consecuencia declarar operada la presente demanda y en consecuencia declarar operada la usucapion del bien mueble registrable promovida por la firma Alberto Giles Agro Expertadora S.A. y en consecuencia firme y ejecutoriada que fuere la presente resolución se ordene la inscripción definitiva de la Camioneta Marca Mitsubishi tipo Canter, Modelo 1993, Chasis N° FE444E-A66433, Motor N° 4D31-A80337 Diesel, en la dirección general de los registros publicos y en el registro unico del automotor, a nombre de la firma Alberto Giles Agro Exportadoras S.A. (ALGISA), previo pago de los tributos correspondientes. 3- LIBRAR los oficios respectivos para la inscripción a la Dirección De Los Registros Publicos Y al Registro Unico Del Automotor. 4- ANOTAR...” (FS.55/57).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 67/70, manifestando que: “...la parte actora pretendió usucapir y se basó únicamente por el transcurso del tiempo. El a quo fundó su fallo en la equidad, principio no admitido, es incongruente. Fundó en documentos y escritos que no están procesalmente dentro del juicio, por la falta de contestación de la demanda de parte de mi mandante... Se pretende en este expediente usucapir un rodado. Un comprador de rodado quiere usucapir. Pero, los rodados no pueden ser usucapidos, si no fueron robados o perdidos y a su vez anotados en un registro. La actora posee el vehículo pero no se trata de ningún robo, ni existe denuncia que dicho rodado se haya perdido. Tampoco se inscribió en ningún registro en el Paraguay... En este proceso existe demanda pero no existe contestación a ella. El abogado que me antecedió presentó un allanamiento, pero el Juzgado no lo tuvo en cuenta y por providencia de fecha 17 de mayo de 2005, fs. 28, la a quo dio por decaído el derecho a contestar a mi mandante, rebeldía confirmada por esta Sala por A.I. No. 590 de fecha 17 de agosto de 2006. Es decir, la rebeldía ocurrida implica que se tuvo por no presentado ningún escrito de presentación... La parte actora no produjo pruebas... Como alguien que no produjo pruebas puede obtener una sentencia favorable... Habiendo decaído el derecho de mi mandante contestar la demanda, los escritos presentados extemporáneamente no forman parte del proceso... La usucapición pretendida por la parte actora no es lícita. Viola flagrantemente el art. 2031 porque el automotor no fue robado ni se perdió. Fue vendido y solamente se puede reclamar el contrato existente... Que la parte actora en su escrito de demanda manifiesta claramente que adquirió el rodado de la firma Tokio Motors S.A., firma que existe y es una distribuidora de los rodados que importa mi mandante y miente la parte actora al decir que está extinta. También manifiesta que suscribió un contrato con Tokio Motors S.A. y no le demandó a Tokio... No existe prueba documental producida en autos, los documentos obrantes no tienen ningún valor probatorio, son copias simples que no demuestran nada en absoluto... La parte actora no ha

demostrado que tenga algún derecho para usucapir el vehículo objeto de la litis, no existe hechos lícitos que permitan dicho extremo. El vehículo nunca fue robado, ni fue perdido. Se celebro un contrato de compra venta con el Sr. Wildo Alberto Giles con Tokio Motors S.A., y no mi mandante, por mismas expresiones de la parte actora. Este es el que debe exigir su escrituración y no con la firma Alberto Giles Agro Exportadoras S.A. (ALGISA)...”. Termina su exposición con la formulación del petitorio de rigor.

La contraparte, representado por el Abogado Roberto Correa Cuyer, contesta el traslado de los agravios de la parte actora fundando la defensa de la sentencia recurrida en los siguientes términos: “...la parte demandada ha procedido a la incorporación dentro de este proceso en ocasión de presentar su escrito de responde y el allanamiento a la demanda el contrato privado de compraventa (fs. 19). El mencionado contrato privado de compraventa suscrito entre la parte actora y demandada y que se relaciona exclusivamente con la cosa demandada a través de la demanda de usucapión, con lo cual fue resultado ab initio la cuestión suscitada en esta controversia, al demostrarse con la agregación de dicho contrato la veracidad de los hechos en que se funda la demanda y el derecho invocado en su pretensión por la parte actora, el cual avala con especialidad la existencia del acto jurídico de compraventa celebrada entre las partes y que refiere con la cosa mueble que es el objeto principal de de demanda, esta circunstancia asumida por la adversa se corrobora con la doctrina transcripta por la propia adversa en su escrito de agravio, en que la posesión debe basarse únicamente en la buena fe por parte de la poseedora y en el transcurso del tiempo. En ese sentido, el tiempo de la posesión ejercida por la parte actora es más que suficiente para la usucapión y esta prueba surge de forma incontrovertible de los términos del citado contrato que nunca fue negado su existencia por la parte demandada, sumado a esto se de considerar en igual dimensión los actos posesorios, como la obtención de la chapa municipal y la habilitación por el Ministerio de Obras Públicas y comunicaciones (fs. 11), para la circulación del rodado, verificación e inscripción inicial en el Registro Único del Automotor y el comprobante de expedición de Chapa No. AXT 893 a favor de la actora... En ese sentido, es cierto que no existe allanamiento por haber sido presentado el escrito sin acompañar el documento habilitante para la procedencia del mismo, pero no es menos cierto, que los recaudos presentados y que fueran incorporados al proceso sirven como prueba documental... Que, este sentido la confesión ficta llevada a cabo de la parte demandada con las formalidades leales requeridas, con la declaración previa de la concurrencia de los requisitos que hacen su procedencia, como la notificación personal para el absolve, la apertura del sobre y la existencia del pliego de posiciones, lo cual también merece pleno valor probatorio respecto de la existencia del pliego pertinente, el cual no fue desvirtuado en el expediente por otras pruebas; ya que si bien es cierto que la declaración en rebeldía de la parte demandada no exime al actor de probar los hechos en que funda sus derechos, no es menos cierto que la confesión ficta es un medio probatorio conducente para acreditar la verdad y la existencia de esos hechos. Ello significa que las presunciones absueltas en rebeldía producen plena prueba corroborante, pero siempre que sus conclusiones no resulten desvirtuales por otros elementos de juicio que surjan del propio expediente. En este caso, la confesión ficta llevada a cabo dentro de este proceso surte todos sus efectos por haber sido rodeadas de otras pruebas documentales que fueron

arrimadas e individualizadas ni desvirtuadas por la parte demandada, tornándose en consecuencia como plena esta prueba...”. Concluye su contestación, formulando el petitorio correspondiente.

De las constancias de autos, y a los efectos del reexamen de la sentencia en alzada, se debe partir del análisis del tipo acción que se ejercita, cual es, la usucapión de un bien mueble (automotor). Para el recurrente, básicamente la usucapión no corresponde por tratarse de un rodado que no fue perdido ni robado, sustentándose en lo dispuesto en el Art. 2031 del Código Civil paraguayo, además arguye, una serie de imposibilidades procesales que deberían truncar el sentido en que fue dictada la sentencia. Por otro lado, la actora reafirma que se han dado todas las condiciones legales para favorecerla con la usucapión, se basa en las pruebas arrimadas por su parte y las producidas en el proceso. Además, agrega que su posesión reúne las condiciones de la ley de fondo al ser pública, continua y pacífica.

Así, vemos entonces que el debate se encuentra en torno a la usucapión de la cosa mueble demandada, especialistamente a la cosa mueble. Al respecto prescribe el Art. 2029 del Código Civil Paraguayo que: “Se adhiere por aprehensión la propiedad de las cosas muebles que nunca tuvieron dueño, y la de aquellas cuya posesión hubiere sido abandonada con intención de renunciar a su dominio, si esa aprehensión no fuere prohibida por la ley, y si hiciere con la voluntad de adquirir la propiedad.”. Al respecto de este tipo de cosas que se adquieren por prescripción la doctrina ha sentado su posición en cuanto a la usucapión de muebles, dado que, históricamente esta forma de adquirir el dominio no solo estaba destinado a los inmuebles, así que refiere Luis Moisset De Espanés que señalamos en primer lugar que Peña Guzman, al hablar de las características de la posesión para que haya prescripción, no dice que debe ser “legítima”; *se trata de un error evidente. Por lo general el poseedor legítimo es el titular del derecho real y no necesita adquirirlo por prescripción (salvo en la hipótesis agregada al artículo 2355, del poseedor de buena fe por boleto de compraventa). Al contrario, en la generalidad de los casos el que adquiere por prescripción es un poseedor ilegítimo, que necesita consolidar su derecho, ya sea porque hay defectos en su título, o en el modo de adquisición, o porque carece totalmente de título.*”. Entonces vemos, que una persona puede adquirir el dominio de una cosa mueble por usucapión, bajo las mismas condiciones que para el inmueble, bajo las causales de: 1) por defectos en el título; 2) por el modo de adquisición o; 3) por carecer totalmente de título.

En este caso, nos encontramos ante la primera causal, por defectos en el título. Así vemos, que la accionante para pretender el dominio por la usucapión ha acreditado su posesión con diversas instrumentales, entre ellas, las constancias de la oficina registral de automotores que se encuentra a nombre de la demandante, la constancia del Ministerio de Obras Públicas, pero también el mismo contrato de compraventa a nombre de la parte actora que fuera agregado por la accionada. Todos estos elementos prueban la posesión de buena fe y con justo título por parte del poseedor y el hecho que nunca fue turbado en su posesión presume la calidad de pública, pacífica y continua.

No es requisito indispensable que la cosa mueble se encuentre robada o perdida para ser adquirida por el transcurso del tiempo, del mismo Art. 2029 se deduce que se crea la posesión i la cosa fue abandonada con intención de renunciar a su dominio, como bien es

aplicable a este caso, es evidente que la demanda tuvo la voluntad de renunciar a su dominio en manos de la actora, así lo prueban las instrumentales de autos y las misma confesión ficta de la accionada. Pero, lo más claro es el párrafo segundo de la misma norma de fondo mencionada que dice: “Si el abandono de la cosa fuere hecho con indicación de la persona cuyo beneficio se hace, solo esta podrá demandarla...”. Entonces, no cabe más conclusión que se encuentran reunidas todas las condiciones para adquirir el dominio por la usucapión, debiendo en este sentido, tener que confirmarse en todas sus partes la sentencia apelada.

En cuanto a las costas ellas deberán ser impuestas a la parte perdedora de conformidad a lo dispuesto en el Art. 203 del Código Procesal Civil.

**OPINIÓN DE LA DRA. BUONGERMINI PALUMBO, DIJO: APELACIÓN:** Se trata de establecer la procedencia de una usucapión de cosa mueble registrable.

El demandado ha pretendido, ya en esta instancia, cambiar su posición frente a las pretensiones de la contraria y respecto de la asumida en la instancia inferior, so pretexto de que no se produjo la contestación de la demanda. Al analizar las constancias del expediente, vemos que la demandada primeramente pretendió allanarse a las reclamaciones de la actora, pero lo hizo tardíamente y su allanamiento no tuvo efectos. Luego, al dársele por decaído el derecho para contestar la demanda, su situación es la prevista en el art. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ., según el cual tal circunstancia hace presumir la veracidad de los hechos esgrimidos por la accionante. Pero ello no implica dar automáticamente razón a la demandante, el juez debe aplicar el derecho a los hechos admitidos o dados por tales, y juzgar el reclamo según aquél.

Al examinar estos autos se advierte, pues que es un hecho admitido y no contestado que la empresa Alberto Giles Agro Exportadoras poseía el vehículo identificado como Camioneta Marca Mitsubishi Canter, año 1993, Registro único del Automotor N° AXP 707, chasis N° FE444E-A66428, Motor N° 4D31-A80399 Diesel. Luego, también es un hecho admitido que tal posesión se extendió por un plazo de 8 años y que provino de un boleto de compraventa suscrito con la accionada. En rigor, los agravios del apelante se centran tan solo en la aplicación del derecho, en especial, si un automotor es susceptible de ser usucapido y en qué plazo lo sería.

En primer término debemos decir que se trata aquí de un bien registrable y con un dueño anterior; no se le pueden aplicar las normas de apropiación, relativas a las cosas sin dueño o relictas, art. 1926 del Cód. Civ., y mucho menos cuando la causa de adquisición que se pretende-o causa petendi de la acción- es la usucapión y no otra.

El art. 2031 establece que los bienes muebles registrables podrán ser usucapidos, cuando hubiesen sido robados o perdidos, en un plazo de dos años contados a partir de su anotación en el registro pertinente. Se trata aquí de bienes que son poseídos en virtud de un acto de transferencia a *non domino*, esto es, de quien no tenía originariamente la capacidad jurídica de disponer del bien. El artículo debe entenderse en el sentido de someter a usucapión adquisitiva a estos bienes, aún en el supuesto de que fuera de buena fe. Esta disposición se entiende si nos situamos en el marco de la premisa básica de toda usucapión, en el sentido de las cosas muebles no deben ser robadas o perdidas para ser usucapidas. Pero esta cualidad de robados o perdidos no puede constituirse en un requisito sine qua non

de la prescripción adquisitiva, solo es un supuesto no prohibitivo o impeditivo; de otro modo caeríamos en el contrasentido de que las cosas robadas pudieran usucapirse pero las no robadas no.-

Establecidas el punto, se advierte también que las cosas registrables requieren de un plazo de dos años, contados a partir de su anotación en el registro, es decir el acto posesorio público es la toma registral a nombre de quien quiere beneficiarse con la usucapición. Qué debe entenderse por anotación en este caso es crucial, habida cuenta de que en nuestro derecho tenemos la inscripción registral y también las anotaciones ex art. 294 del Cód. Org. Jud. Pero en este caso el solicitante no tiene inscrita la cosa a su nombre en el registro-lo que sucedería si la tuviera por un acto formal a non dominio-. No se ha demostrado a nombre de quién se encuentra inscripto el bien en los registros públicos, aparentemente lo está a nombre de la firma demandada y las manifestaciones de la accionada. Tampoco consta una anotación preventiva en el sentido del art. 294 del Cód. Org. Jud. Ni tampoco se ha demostrado que se encuentra inscripto en el registro transitorio creado por la Ley N° 608/95, que podría fungir las veces de aquella anotación.

Ahora bien, como hemos dicho más arriba, no se podría entender que las cosas muebles registrables solo fueran susceptibles de ser usucapidas si fueran robadas o perdidas. En este punto nuestro Código Civil tomó como fuente al Código Civil Italiano, pero de un modo incompleto, ya que este último orden normativo también incorpora la usucapición de las cosas muebles registrables no robadas ni perdidas, sometiéndolas a un régimen decenal. No se hizo así en nuestro código. No obstante, la aplicación textual y draconiana del texto legal daría lugar a que si se pudieran usucapir las cosas muebles registrables robadas o perdidas y no las que no lo son, lo cual es absolutamente incongruente. Por lo tanto debe poder aplicarse el instituto de la usucapición también estas últimas.

Ahora bien, existe en este caso una circunstancia particular que debe ser atendida. Y es el hecho de que el demandado por usucapición debe ser propietario registral del bien que pretende usucapir, dado que la usucapición permite la atribución de dominio como derecho real erga omnes, de lo contrario se estarían vulnerando seriamente posibles derechos, eventualmente propietarios registrables del bien que se pretende usucapir. Tal extremo debe ser demostrado con instrumentales idóneas, es decir, constancias de los Registros Públicos. El demandante ofreció la prueba de informes a este respecto, pero nunca la produjo, solicitando, en vez de ello el cierre del periodo probatorio.

Así pues, se concluye que no se dan los requisitos para la procedencia de la demanda. La sentencia debe ser revocada. Las costas impuestas por su orden, al haber ameritado la cuestión interpretación jurisprudencial.

A SU TURNO EL DR. MARTINEZ PRIETO, DIJO: Que adhiere su voto al de la Magistrada que antecede, con sus mismos fundamentos.

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.

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. REVOCAR, la sentencia recurrida. IMPONER las costas en el orden causado. ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Maria Mercedes Buongermi Palumbo, Arnaldo Martinez Prieto, Neri Villalba. Ante mi: Pablo Constantini.*

--°--

**DESALOJO.** Derecho de posesión o dominio.

El desalojo es de naturaleza y carácter personal, no real; esto es, no apta para reclamar la reivindicación de cosas del poder de terceros. Es un acción personal que solo permite exigir la restitución de cosas a sujetos contractualmente obligados a ello o a personas que reconocen expresa o tácitamente su obligación de restituir, o dicho reconocimiento es presumido o tenido por implícito por la ley, por el carácter de precario de su ocupación.

**DESALOJO.** Derecho de posesión o dominio.

Al ocupante no le basta invocar tan solo la posesión –máxime cuando es un ejecutado con orden judicial de hacer entrega de la cosa rematada- debe además probar prima facie la naturaleza y caracteres de ella, para poder enervar el desalojo.

T de Apel. Civ. Y Com. Tercera Sala, 08-06-09. CITIBANK N.A. Sucursal Paraguay c/ Tomas Britos Rojas y otros s/ Desalojo. (Ac. Y Sent. N° 54)

PREVIO estudio de los antecedentes, el Tribunal resolvió plantear y votar los siguientes;  
CUESTIONES

ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

EN SU CASO, SE DICTO CONFORME A DERECHO?

PRACTICADO el sorteo de ley, resulto el siguiente orden de votación:  
MARTINEZ PRIETO, BUONGERMINI PALUMBO Y PAREDES BORDÓN.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. MARTINEZ PRIETO DIJO: La recurrente desiste expresamente de este recurso. En consecuencia al no haber vicios o defectos que autoricen a declarar la nulidad de oficio, corresponde tener por desistido al recurrente del recurso interpuesto.

A SUS TURNOS los Dres. BUONGERMINI PALUMBO Y PAREDES BORDON, manifestaron que votan en idéntico sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL DR. MARTINEZ PRIETO PROSIGUIO DICIENDO: Por la sentencia apelada N° 546 de fecha 21 de julio de 2008 el a quo resolvió: I. HACER EFECTIVO el apercibimiento decretado por providencia de fecha 6 de julio de 2007, en cuanto a la demandada Sra. MIRIAN TEODORA ARRUA NUÑEZ y tener por ciertos los hechos mencionados en la demanda. II. HACER LUGAR, con costas, a la demanda que por desalojo promoviera CITIBANK S.A. SUCURSAL PARAGUAY en contra de TOMAS BRITOS ROJAS Y MYRIAN TEODORA ARRUA NUÑEZ, y ordenar al demandado a abandonar el inmueble individualizado como, Finca N°

21.426 del Distrito de Son Roque con Cta. Ctral N° 12-0245-20, ubicado en la calle Nicaragua e/ Capitán Battilana y Teniente Ynsfran (autoservice Los Mellizos), de esta capital, en el plazo de 10 días, de ejecutoriada la presente resolución, bajo apercibimiento de que si así no lo hiciere se dispondrá su desahucio por la fuerza pública. III. ANOTAR..” (fs. 151 vlt).

De dicha sentencia recurre la parte demandada y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 104/107. Manifiesta que su parte está unido de hecho a la codemandada y tiene un hijo de 15 años y que la familia habita en el inmueble en cuestión hace más de 20 años y el solo transcurso del tiempo excluye la precariedad de la ocupación. Sostiene que el legítimo poseedor con ánimo de dueño ya que habita en el inmueble con su familia hace mas de 20 años. Arguye que la propia actora reconoce que su parte habita con su familia en dicho inmueble y que la existencia de un vínculo matrimonial con otra persona puede excluir los derechos adquiridos por su parte sobre el inmueble en cuestión. Manifiesta que el inferior ha tenido en cuenta el certificado de nacimiento de su hijo agregando por su parte. Por todo ello solicita se revoque la sentencia definitiva.

La parte actora contesta dichos agravios en su obrante a fs. 108/109, arguyendo que el demandado se encuentra aun casado con otra persona por lo que no puede tener una unión de hecho con la Sra. Myrian Arrúa. Sosteniendo que la resolución del inferior se halla ajustada a derecho por lo que corresponde que la misma sea confirmada.

Se discute aquí acerca de la procedencia de una acción de desalojo intentada contra un ocupante de un bien inmueble. En efecto el actor es el adjudicatario de un inmueble en un remate judicial y los demandados son los antiguos ocupantes del inmueble adjudicado.

La demandada Myrian Arrúa no ha apelado la resolución en cuestión por lo que respecto de ella, la misma se encuentra firme.

En cuanto al demandado Tomas Britos se debe señalar, como ya se ha hecho en innumerables oportunidades, que la demanda de desalojo es de naturaleza y carácter personal, no real; esto es, no es apta para reclamar la reivindicación de cosas del poder de terceros. Es una acción personal que solo permite exigir la restitución de cosas a sujetos contractualmente obligados a ello, o a personas que reconocen expresa o tácitamente su obligación de restituir, o dicho reconocimiento es presumido o tenido por implícito por la ley, por el carácter precario de su ocupación.

Es esencial, pues, determinar en el presente caso, de qué tipo de ocupación se trata: si de una precaria o una verdaderamente posesoria. En principio, quien alega los hechos en los que pretende fundar su acción está obligando a demostrarlos, sin embargo, para la demanda de desalojo, la jurisprudencia ha establecido de un tiempo a esta parte, que la mera alegación del carácter de poseedor no puede paralizar la acción de desalojo, por lo mismo que no se puede intervenir solo *verbis imperio*, la calidad en la que se ha ingresado a la cosa y en la que uno se mantiene en al tiempo de la demanda. Es por tal motivo que la jurisprudencia ha exigido al demandado, sobre la base de los principios de las cargas probatorias dinámicas, que demuestre aunque sea *prima facie* el carácter de su ocupación en la cosa.

El demandado ha alegado ser poseedor del inmueble cuyo desalojo se demanda ya que se encuentra unido de hecho con la Sra. Myrian Arrúa con la cual tiene un hijo y que se

encuentra en el inmueble hace más de veinte años. De la escritura de transferencia judicial del inmueble a favor de la parte actora, surge que la Sra. Myrian Teodora Arrúa era la única y legítima propietaria del bien inmueble en cuestión. Se debe dejar en claro que todas las cuestiones relativas al estado civil del demandado y a la validez o no del remate realizado en el juicio de ejecución hipotecaria son externas al presente juicio. En efecto todo los demás argumentos presentados por la parte demandada no son válidos para oponerse a la pretensión de la actora. Es bien sabido que el juicio de desalojo contiene un exiguo margen de debate y en consecuencia las cuestiones traídas a discusión por parte de la demandada podrán ser dirimidas en el marco de otro juicio, si lo creen oportuno, pero no en el presente de desalojo.

El ejecutado en un juicio ejecutivo se convierte por consecuencia del auto de expropiación que significa el remate, y luego de su aprobación, en un simple ocupante precario, obligado a restituir la cosa y a entregarla al adquirente de la subasta. Hay que descartar aquí que el solo hecho de la ocupación no significa posesión. El carácter y naturaleza de aquella son determinantes para establecer la procedencia del desalojo. La ocupación precaria es una circunstancia que habilita al desalojo, como expresamente lo prevé, en términos literales el art. 622 del Cod. Proc. Civ. Los ahora ocupantes de dicho inmueble son meros detentadores con obligación de entrega y no pueden alegar ser poseedores de dicho inmueble visto y considerando la situación jurídica creada por la adjudicación en remate del inmueble, en cuestión. Es harto sabido que al ocupante no le basta invocar tan solo la posesión, máxime cuando es un ejecutado con orden judicial de hacer entrega de la cosa rematada debe además probar *prima facie* la naturaleza y caracteres de ella, para poder enervar el desalojo. Si bien el demandado alega ser poseedor con ánimo de dueño del inmueble, no ha arrimado probanzas que sustenten tan postura. El certificado de nacimiento de su hijo no es prueba alguna de la posesión del inmueble ni del carácter de la misma, y, como ya hemos dicho antes, dentro de un juicio de desalojo no se pueden estudiar cuestiones acerca del estado civil del demandado ni de la validez de la adjudicación al actor del inmueble en cuestión.

Por otro lado, el actor ha acreditado la titularidad y la legitimidad de su pretensión fs. 9/24 conforme al título de la adjudicación del inmueble en el remate realizado en el juicio caratulado: “Reconstitución del expediente: citibank s.a c/ myrian teodora arruanez s/ ejecución hipotecaria”.

La sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho y debe en consecuencia ser confirmada.

En cuanto a las costas corresponde su imposición a la parte perdedora, de conformidad con lo establecido en el art. 203 del Cód. Proc. Civ.

A sus turnos los Dres. Buonghermini y Paredes Bordón, manifestaron que votaban en igual sentido.

Con lo que termino 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.

RESUELVE: TENER POR DESISTIDO al recurrente del recurso de nulidad interpuesto. CONFIRMAR la sentencia apelada. IMPONER las costas a la perdedora. ANOTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Maria Mercedes Buongermini Palumbo, Arnaldo Martinez Prieto, Juan Carlos Paredes Bordon. Ante mi: Pablo Constantini. Actuario Judicial.*

---°---

### **TEORIA DE LA IMPREVISIÓN**

No hay que confundir el acto de concesión de una línea de crédito con el acto de hacer uso de una línea de crédito, lo primero significa poner a disposición del interesado por parte del Banco cierta suma de dinero a favor del cliente, para que el mismo lo utilice cuando considere conveniente a sus intereses, sin embargo lo segundo significa el cumplimiento de los requerimientos pactados.

### **TEORIA DE LA IMPREVISIÓN. MONEDA EXTRANJERA. OBLIGACIONES A PLAZO.**

Conforme la ley N° 434/94, las obligaciones en monedas extranjeras, son exigibles en la misma moneda, por lo que la valuación o devaluación, en nada se opone al cumplimiento de la obligación contraída, ya que no hay obligación del deudor, de convertir la Moneda Americana -en este caso guaraní- para el cumplimiento del pago de los préstamos, debiendo únicamente entregar para el pago, la misma especie de la moneda extranjera recibida.

### **TEORIA DE LA IMPREVISIÓN**

No corresponde aplicar las previsiones del art. 672 del Código Civil, que consagra el principio de la teoría de la imprevisión, porque la fluctuación del mercado cambiario se rige por el principio de libre competencia, es decir, el juego libre de la oferta y la demanda.

Trib. Apel. Civ. Y Com., Quinta Sala 10-03-2009. “Fertiagro S.R.L. Grenno y Norma Escobar de Grenno c. Banco Oriental del República del Uruguay” (A. y S. N° 13)

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

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTO ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó orden de votación: FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI, CARMELO A. CASTIGLIONI y LENNEO YNSFRAN SALDIVAR.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. FREMIORT ORTIZ PERPAOLI DIJO: El recurso de nulidad interpuesto en estos autos, no fue fundamentado. Por lo demás, no se observan vicios, defectos, errores u omisiones graves que hagan

variable la declaración de nulidad de oficio, como lo determinan los Arts. 118 y 404 del Código Procesal Civil. En consecuencia el mismo debe ser declarado desierto.

A SUS TURNOS LOS MAGISTRADOS CARMELO A. CARIGLIONI Y LINNEO YNSFRAN SALDIVAR, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL Dr. FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI prosiguió diciendo: Agravia al recurrente la sentencia arriba citada que resolvió “RECHAZAR, con costas, la presente demanda que por reducción modificación equitativa de contrato y su conversión a Guaranés y subsidiariamente POR RESOLUCION DE CONTRATO con efecto retroactivo a la fecha de su otorgamiento, promueven FERTIAGRO S.R.L. y los Sres. Oscar Ernesto Grenno Penho y Norma Irene Escobar De Grenno contra El Banco Oriental de la Republica del Uruguay (Sucursal), por los fundamentos expresados en el considerando de la presente Resolución”.

Sostiene el recurrente en su memorial de fs. 220 y sgtes. Que “En tiempo y forma, vengo a expresar los agravios de mi parte contra la sentencia dictada en autos, solicitando desde ya, la revocación de la misma en todas sus partes, por inconstitucional, arbitraria e improcedente, fundado en las siguientes consideraciones”. Y manifiesta que la citada sentencia incurre en varias contradicciones de la cuestión de estudio, transcribiendo parte del considerando de la citada de la citada resolución, respecto al estudio que realiza la Inferior al analizar el Art. 672 del Código Procesal Civil, referente a la teoría de la imprevisión. Sostiene luego que a la fecha en que los contratantes firmaron el acuerdo de voluntades sobre un contrato de préstamo con garantía hipotecaria el Dólar Americano se cotizaba a razón un Dólar equivalente a Gs. 1.035, y a la fecha de promoción de esta demanda (3-XII-2003), la misma moneda se cotizaba a razón de un Dólar por 6.248 Guaranés, lo que indica que el Dólar con relación al guaraní se había incrementado en un 504 %, la que a criterio de la Inferior no fue una variación muy considerada según manifiesta.

Formula luego numerosas objeciones a la conclusión de la Sentencia en alzada, al considerar que la misma es contradictoria entre lo que sostiene en el considerando con la parte resolutive de la misma, alegando para el efecto, lo que la jurisprudencia Argentina ha admitido en estos casos como la teoría del riesgo compartido. En consecuencia, solicita la revocatoria con costas, la sentencia en alzada.

Corrido traslado del citado memorial a la parte actora, ésta, en tiempo hábil contestó el mismo, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 227 y sgtes., negando e impugnando los extremos sostenidos por el recurrente, y solicitando la confirmación con costas la resolución recurrida.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arrojados al presente proceso, así como a las posiciones fácticas sostenidas por los representantes convencionales de las partes, se arriba a la conclusión que la sentencia recurrida, debe ser confirmada, con costas, por hallarse la misma ajustada a derecho, en mérito a los siguiente fundamentos.

En el presente proceso, la Firma “Fertiagro S.R.L.” y los Señores Oscar Ernesto Grenno Pinho y Norma Irene Escobar de Grenno, promueven demanda ordinaria por

reduccion o modificación equitativa de contrato y su conversion a guaranies y subsidiariamente por resolución de contrato con efecto retroactivo a la fecha de su otorgamiento, contra el BANCO DE LA REPUBLICA DEL URUGUAY (Sucursal), quienes habían accedido a una línea de crédito abierto con garantías flotante del Banco accionado por las sumas de U\$\$ 45.000 y U\$\$ 40.000, según escritura hipotecaria de fecha 1°. De Diciembre de 1.998 y del 31 de Mayo del año 2.000, y que en la actualidad a la fecha de la iniciación del presente juicio la deuda ascendía a la cantidad de U\$\$ 43.409. Fundamenta esta acción, en el hecho que el crédito obtenido data del año 1.998 al cambio de Gs. 2.835 por Dólar y cerró en 1.999 en Gs. 3.000 por Dólar, pero que los dos últimos años se ha producido un desfase en el valor de la moneda Americana disparándose fuera de los límites previsibles para el cumplimiento de las obligaciones, ocasionado la imposibilidad del pago de la obligación contraída con el banco demandado, por lo que sostienen que es justo que el valor de la deuda se ajuste a los límites tolerables y posibles para posibilitar su cumplimiento, contemplándose el índice de variaciones del valor del Dólar en el Paraguay en los últimos 10 años, y que por tanto, corresponde se fije en la sentencia, el valor a que actualmente la deuda asciende en Guaraníes, configurando de este modo que la desvalorización monetaria cuando opera una modificación sustancial e inesperada en el régimen de cambio, puede ese hecho configurarse dentro de la doctrina de la teoría de la imprevisión.

Corrido traslado de los fundamentos de la presente acción a la otra Parte, la misma contestó aduciendo que el presente carece de sustento legal y jurídico, y solicita su rechazo en forma categórica, en razón que en el caso de autos no sobrevinieron circunstancias imprevisibles no extraordinarias y que la norma del Art. 672 del Código Civil, no es aplicable al presente caso, por cuanto el demandado sólo puede alegar la reducción de la prestación o la modificación equitativa del contrato y no la remisión de los mismos a la fecha del otorgamiento de los préstamos, y menos aún la resolución de los mismos. También niega que la relación Dólar – Guaraní se había incrementado en una proporción del 504% desde la fecha en que los contratante suscribieron la escritura de líneas de créditos con garantías hipotecarias desde la fecha de las mismas hasta la fecha de promoción de esta demanda, el 3 de Diciembre del 2.003.

Analizando las actuaciones del presente juicio, conviene destacar que es cierto lo que sostiene el Banco demandado, en el sentido de que no hay que confundir el acto de concesión de una línea de crédito con el acto de hacer uso de una línea de crédito. En este efecto, lo primero significa poner a disposición del interesado por parte del Banco cierta suma de dinero a favor del cliente, para que el mismo lo utilice cuando considere conveniente a sus intereses. Sin embargo lo segundo, significa el cumplimiento de los requerimientos pactados.

En el sub-júdice, el uso de la línea de crédito de la deuda contraída por la actora, se realizó en fecha 30 de Mayo del 2.002, con el desembolso de la suma de U\$\$ 41.000, conforme al documento presentado por la parte demandada a fs. 4. En esa fecha el guaraní se encontraba a razón de Gs. 5.090 por Dólar, mientras que a la fecha de la iniciación del presente juicio, se encontraba en un valor inferior, conforme consta en el recorte del Diario ABC Color agregado a fs. 225 vto., que tenía un valor de compra Gs. 4.800. Este hecho

constituye una demostración que el mercado cambiario se rige por las reglas de la oferta y la demanda, y nó por la decisión artificial auspiciado por el Gobierno, por las que las variaciones pueden ser ascendentes y descendentes.

En el caso de autos, el Banco accionado entregó a la parte demandante, sumas de dinero en Dólares Americanos, y se pactó la devolución de la misma en igual tipo de moneda, es decir en Dólares, por lo que no puede existir demasiadas ventajas o desproporciones entre las partes por esa operación. Porque solamente se pactó la entrega de una cosa y la devolución de la otra en la misma especie.

Además, conforme a la Ley No. 434/94, las obligaciones en monedas extranjeras, son exigibles en la misma moneda, por lo que la valuación o devaluación, en nada se opone al cumplimiento de la obligación contraída, ya que no hay obligación del deudor, de convertir la Moneda Americana – en este caso en Guaraní – para el cumplimiento del pago de los préstamos, debiendo únicamente entregar para el pago, la misma especie de la moneda extranjera recibida, como se estableció en los instrumentos públicos presentados por la misma parte accionante.

Aún en nuestros días, el Dólar Americano con respecto al Guaraní sigue fluctuando, con tendencia a la baja unas veces y con tendencia a las alzas otras, porque así funciona el mercado cambiario, con la aplicación de las reglas de la libre competencia entre la oferta y la demanda.

Es por eso que no corresponde aplicar al caso de autos, las previsiones del Art. 672 del Código Civil, que consagra el principio de la teoría de la imprevisión, porque la fluctuación del mercado cambiario, como tenemos apuntados más arriba, se rige por el principio de la libre competencia, es decir, en el juego libre de la oferta y la demanda.

La jurisprudencia de la República Argentina tiene resuelta esta cuestión, sosteniendo que “En un contrato de mutua, celebrado con cláusula Dólar, por mucho que suba el precio, a consecuencia de una elevada cotización del Dólar al tiempo del pago, los deudores no podrán invocar una excesiva onerosidad para pretender revisar el contrato por la aplicación de la teoría de la imprevisión...” (Cámara de Apelación en lo Civil de Capital Federal, Sala B., de fecha 4 de Julio de 1.987. LLP. 1.990, 408).

En estas condiciones, soy de opinión que la sentencia recurrida, debe ser confirmada en todas sus partes, con costas a la parte actora. Doy pues mi voto en este sentido.

A SU TURNO EL DOCTOR CARMELO A. CASTIGLIONI dijo: Que comparto el razonamiento de S.E. el Prof. Dr. Fremiort Ortíz Pierpaoli, en cuanto a la confirmatoria de la S.D. N° 663 de fecha 6 de noviembre de 2.006. Efectivamente el apelante ha demandado, la modificación o la resolución del contrato que instrumenta una deuda en dólares a través de la teoría de imprevisión pero no se dan los presupuestos para la misma. Debe considerarse que la deuda reclamada es una suma en dólares instrumentada en pagarés y contrato de hipoteca y arguye que esa suma conseguirlos en guaraníes le cuesta mucho más por la suba del dólar. Para solucionar el problema debemos considerar que el Art. 557 C.C. plantea la regla de que “el deudor debe cumplir la misma cosa o cumplir exactamente el hecho a que estuviere obligado. No puede sustituirlo (...) mediante otra cosa, aunque fuere de igual o mayor” En estas condiciones no concurren los requisitos para

aplicar la teoría de la imprevisión que hicieron la prestación excesivamente onerosa. El demandante deudor se obligó a pagar en dólares y la presentación demandada siempre es en dólares y este sigue siendo igual por que sigue siendo dólar y no se puede decirse que aunque sea una obligación fungible, esta sea más onerosa, siendo que es un medio de pago aceptado por la ley y convenido por las partes. Es diferente que el deudor se haya obligado a entregar como prestación una cosa mueble cuyo precio pactado en guaraníes haya subido excesivamente de precio, pero el dólar siendo un medio de pago no puede sustituirse sin afectar el principio de que los contratos deben cumplirse y el dólar sigue siendo el dólar y es un medio de pago seleccionado voluntariamente por el deudor. Su cotización el cambio con relación al guaraní no interesa, pues pagarlo en guaraní solo es una alternativa que le da la ley al acreedor pero si la imposibilita de una de las prestaciones se vuelve imposible, es suficiente que lo haga en la suma pactada y la variación de cambio no interesa en este caso, porque si se aceptara la modificación se beneficiará a una de las partes si se reduce el monto de la deuda. En las obligaciones alternativas, cuando se da la imposibilidad, se está existiere, y la opción es favor del acreedor de conformidad al Art. 486 del C.C. la misma no se convierte en una obligación simple, pues la opción es solo a favor del acreedor y no existe la imposibilidad de la prestación o que haga onerosa, pues la deuda sigue siendo la misma que fuera contraída inicialmente y basta con que lo cumpla en el dinero que se ha contratado, pues la prestación sigue siendo en la especie contratada. Empero, cuando se firma un pagaré en dólares no corresponde la aplicación de la teoría de la imprevisión en el pagaré por tener esta carácter unilateral y no poder estar sujeta a modificación por el principio de literalidad. Si se debe dólares es suficiente que lo pague en dólares y no en guaraníes y por tanto corresponde confirmar, con costas, la resolución recurrida, con lo votara el preopinante. Es mi voto.

A SU TURNO EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRAN SALDIVAR: manifestó adherirse al voto del Dr. Fremiort Ortíz Pierpaoli, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE:1.- DECLARAR DESIERTO, el recurso de nulidad interpuesto en estos autos.-2.- CONFIRMAR, con costas, la S.D. N° 663 de fecha 6 de noviembre de 2.006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno, de esta Capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución.3.- ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia. -

*Magistrado: Dr. Carmelo Castiglioni, Dr Fremiort Ortiz Pierpaoli, Dr. Linneo Ynsfran.  
Ante mi: Federico Millar Tellechea, Actuario Judicial*

**HIPOTECA.** Cancelaciones de inscripciones hipotecarias. Ejecución de la hipoteca. Cancelado el préstamo hipotecario y firmada la escritura de levantamiento en el mismo acto de la transferencia de los inmuebles, ya no existe razón ni motivo alguno para que los prestatarios sean demandados, quedándose desvinculado del proceso.

**PRUEBA DE PERITOS.** Pericia caligráfica. Objeción. El dictamen pericial caligráfico en el caso resulta categórico porque fue realizado con el control de las partes y no fue objetada en el momento procesal oportuno, teniendo en consecuencia fuerza probatoria eficaz mereciendo plena fe en el presente proceso.

**INSTRUMENTOS PUBLICOS.** Uso de documentos públicos de contenido falso. Al no contener la Escritura impugnada la firma auténtica de una de las partes, esenciales del acto, se convierte en un instrumento público de contenido falso, y en consecuencia, el acto así celebrado es nulo, porque no produce efecto alguno, conforme a la disposición del art. 658 inc. a) del Código Civil.

Trib. Apel. Civ. Y Com., quinta sala, 30-04-2009. “Muu Dan Chan Gou c. Ye Chen Chin Che y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico” (A. y S. N° 41)

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

**CUESTIONES:**

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTO ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI, CARMELO A. CASTIGLIONI y LENNEO YNSFRAN SALDIVAR.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. FREMIORT ORTIZ PERPAOLI DIJO: Los agravios sostenidos por el recurrente como fundamentos del recurso de nulidad, pueden ser estudiados y resueltos a través del recurso de apelación, también interpuesto, ya que el de nulidad va implícito en el de apelación (Art. 405 C.P.C.). En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de nulidad deducido en estos autos. Doy mi voto en este sentido.

A SUS TURNOS LOS Magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynfran Saldivar, manifestaron adherirse al voto precedente por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL Dr. FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI PROSIGUIO DICIENDO: Agravia al recurrente la sentencia dictada en autos, que resolvió “1.- Hacer efectivo el apercibimiento decretado en autos y en consecuencia tener por confesa a la demanda Marta Aida Vicencini, en los términos del pliego obrante a fs. 172 de autos, conforme a los Arts. 282 y 302 del C.P.C. II, RECHAZAR, con costas, la Excepción de Prescripción de la Acción, como medio general de defensa, opuesta por la demandada Sra. CHIN CHEN YE CHEN, por improcedente, de conformidad al exordio de la presente resolución. III.- HACER LUGAR, con costas, a la presente demanda promovida

por la Sra. Muu Dan Chang Gou contra Chin Chen Ye Chen y Marta Aida Vicencini, sobre Nulidad de Instrumento Público, Redargución de Falsedad de Título y Anulación de su Inscripción en los Registros Públicos. IV.- Declarar la Nulidad de la Escritura Pública No. 173, de fecha 31 de Octubre de 1.995, autorizada por la Escribana Marta Aida Vicencini B., con relación a las transferencias de las Fincas Nos. 8.647 y 11.077, con Cuenta Corriente Catastral unificada bajo el No. 14-0731-10, del Distrito de la Recoleta del año 1.995, y todas las escrituras posteriores con relación a la mencionada Finca y una ejecutoriada la presente Resolución, librar oficio a los Registros Públicos para su toma de razón. V.- Ordenar el levantamiento de la anotación de la medida cautelar (litis) sobre los inmuebles individualizados como Fincas Nos. 8.647 y 11.077, con Cuenta Corriente Catastral Unificada No. 14-0731-10, del Distrito de la Recoleta, una vez firme y ejecutoriada la presente resolución. Librar oficio para el efecto.”

Sostiene el recurrente en su escrito de expresión de agravios agregado a fs. 270 y sgtes., en lo relativo de apelación, que “Para el caso que ese Excmo. Tribunal considere que los fundamentos del recurso de nulidad deben ser revisados por el recurso de apelación, paso a fundamentar este recurso de la siguiente manera: Como ya venimos sosteniendo líneas arriba, la Sentencia apelada adolece de vicios sustanciales en su pronunciamiento a su respecto en que ha incurrido el Juzgado, y ello teniendo en cuenta, que de haberse integrado correctamente la litis, sería posible la participación y el esclarecimiento del objeto del juicio, que tiene por finalidad, nada más y nada menos que la nulidad de una escritura pública...consecuentemente – prosigue- por ejemplo sólo se presenta la Sra. Gou Muu Dang Chang como parte actora, y no su esposo Chang Teh Fou, pues la firma del mismo auténtica, siendo esta persona la única responsable de los hechos que se le pretende atribuir a mi mandante, quien asegura está, que la persona que ha comparecido ante la Escribanía en compañía del esposo de la actora, se trataba de la Sra. Chang Gou Muu Dan”.

Asimismo insiste en la falta en la falta de integración debida de la litis, alegando que “... La referida escritura no sólo fue suscrita por la parte actora y demanda, sino que además, por la Sra. Litz Sonia Mabel Insfrán, representada por el Sr. Pablo Tomás Arguello, quienes no han sido mencionados en la integración de la litis. De hecho, debieron igualmente ser demandados teniendo en cuenta que las citadas personas, se hallan íntimamente ligadas a la relación jurídica, pues la escritura anulada en la sentencia, no solo transfiere el derecho de propiedad, sino que igualmente, dispone la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre la Finca por la suma de U\$S 60.000, es decir, al anular la escritura, se anula la cancelación de la hipoteca, y por ende, debe subsistir la hipoteca a favor del acreedor afectado, que pesa sobre la Finca”.

Fundado en todas estas consideraciones, solicita la nulidad de la sentencia dictada en autos, o su revocatoria, con costas, por la falta de integración de la litis.

Corrido traslado a la parte actora los fundamentos del memorial arriba citado, ésta contestó en el tiempo hábil, en los términos relacionados en el escrito agregado a fs. 280 y sgtes., negando y rechazando los extremos sostenidos por el recurrente, así como de declarar desierto el recurso de apelación deducido conforme a los términos de la norma del Art. 419 del Código Procesal Civil, por la forma deficiente en la fundamentación del citado recurso.

Analizando las actuaciones de autos, conforme a los distintos elementos de convicción arribados al proceso, este cuerpo judicial es de criterio que la sentencia dictada en autos, debe ser conformada, con costas, por hallarse ajustada a derecho, en mérito a los siguientes fundamentos.

En efecto, surge de las diligencias cumplidas en estos autos, que la Sra. Muu Dan Chang Gou promovió demanda ordinaria contra Chin Chen Ye Chen y la Escribana Marta Aida Vicencini Burgong por Nulidad de Instrumento Público, Redargución de Falsedad de Título de Propiedad y Anulación de su inscripción en los Registros Públicos, en su carácter de propietaria legítima de los inmuebles con Cuenta Corriente Catastral unificada No. 14-0731-10, Distrito de Recoleta, supuestamente transferido por la demandante a favor de la Sra. Chin Chen Ye Chen a través de la falsificación de su firma en la Escritura Pública No. 173, de fecha 31 de Octubre de 1.995, pasada ante la Escritura Marta Aida Vicencini Burgong, también accionada en estos autos, por los fundamentos expuestos en el escrito de promoción de demanda agregado a fs. 82 y sgtes. de autos.

Corrido traslado de la demanda a los accionados, la Sra. Chin Chen Ye Chen, antes de contestar la misma dedujo la Excepción de Prescripción como medio general de defensa en los términos del escrito agregado a fs. 93 y sgtes. y la Escribana Marta Aida Vicencini contestó la demanda en la forma explicitada a fs. 93 de autos, negando ambas partes los extremos sostenidos en el escrito de promoción de demanda, pidiendo el rechazo de la misma, con costas.

Cumplidos los demás trámites esenciales del proceso, el Juzgado del 10° Turno en lo Civil, dictó la S.D. No. 1.21 de fecha 26 de Diciembre del año 2.007, en la forma detallada más arriba, correspondiendo seguidamente proceder al estudio de los agravios sostenidos por el recurrente, respecto al contenido de dicho pronunciamiento a los efectos de su confirmación o revocatoria, según los fundamentos a ser considerados en la presente resolución.

En efecto el primero y fundamental agravio que sostiene el recurrente se relaciona con la falta de integración de la litis, por cuanto no fueron objeto de discusión la intervención de los Señores Litz Sonia Mabel Insfran, representado en la escritura redargüida de falsedad, por el Señor Tomás Arguello. Estas personas según el recurrente, también tenían que haber sido demandadas por la actora porque se hallaban integradas a la relación jurídica, porque en la escritura pública cuya nulidad se reclamó, no sólo se transfirió el derecho de propiedad, sino que igualmente dispuso la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre la Finca, por la suma de U\$S 60.000, que en carácter de préstamos se había otorgado a la demandante. Igualmente, la escritura pública objetada de nulidad, que fue firmada por su marido, de nombre Chan The Fou, quien no se presentó en el juicio, así como tampoco se demandó al esposo de Chin Chen Ye Chen Sr. Ye Yaw Sheng, o la sucesión del mismo o sus herederos, teniendo en cuenta que a la firma de la escritura la misma se encontraba casada con la citada persona.

Observando la Escritura Pública No. 173, de fecha 31 de Octubre de 1.995, ésta contiene dos actos jurídicos, como son: a) la cancelación de la hipoteca por un contrato de mutuo de 60.000 Dólares otorgada por la Sra. Litz Sonia Mabel Insfran, representado por el Sr. Tomás Arguello y b) la supuesta transferencia de los inmuebles arriba mencionados. La

parte actora sólo promovió en el escrito de demanda la nulidad de la escritura de los inmuebles, y así admitió el Juzgado que dictó la sentencia recurrida. El representante de la Sra. Litz Sonia Mabel Insfran, sólo participó del acto de cancelación de la hipoteca, recibiendo del Sr. Chan Teh Fou, esposo de la actora la suma pactada en el contrato de préstamo, quedando cancelado dicho préstamo hipotecario, firmándose la escritura pertinente en el mismo acto de la transferencia de los inmuebles. En estas condiciones, ya no existe razón ni motivo alguno para que los prestatarios sean demandados, quedándose desvinculado del proceso. Asimismo, el esposo de la demandante Sr. Chang Teh Fou, sólo participó del acto de la cancelación de la hipoteca pagando en nombre de la principal prestataria, el monto del crédito, participando de la escritura impugnada sólo en ese carácter y en ese acto jurídico.

Sin embargo la demandante y actora, intervino en la relación jurídica como afectada directa del hecho fraudulento de la transferencia de su inmueble por la Escribana Marta Aida Vicencini, ya que su firma fue falsificada por la misma, como surge de las distintas pruebas ofrecidas por el demandante, porque en la fecha que la misma, como se halla acreditado en autos, ella estaba ausente del país.

Asimismo se ha acreditado, que la presente demanda se ha promovido contra la Sra. Chen Ye Chen y su esposo Cheu Hai Ye, que luego resultó no ser tal, aclarándose que el mismo era de nombre Ye Yaw Sheng, quien ya había fallecido a la fecha del diligenciamiento del presente proceso. En estas condiciones, habiéndose aclarado este panorama, se desistió de la demanda con relación al supuesto esposo de la demandada, de nombre Cheu Hai Ye, conforme consta a fs. 144 de autos.

Respecto a los fundamentos de la sentencia definitiva dictada en autos, al Inferior rechazó en forma correcta la Excepción de Prescripción de la Acción deducida como medio general de defensa. En efecto, como señala la Inferior, por cuerda separada se halla agregada por estos autos, el dictamen pericial caligráfico practicado por el perito designado en autos Sr. Eusebio M. Villalba, quien en la conclusión del mismo señala que la firma estampada al pie de la Escritura Pública No. 173, de fecha 31 de Octubre de 1.995, pasada ante la Escribana Marta Aida Vicencini no pertenece a la Sra. Muu Dan Chang Gou, es decir, que la misma fue falsificada y no corresponde a su puño y letra.

Dicha prueba resulta categórica, porque fue realizada con el control de las partes y no fue objetada en el momento procesal oportuno, teniendo en consecuencia fuerza probatoria eficaz, este elemento de juicio, mereciendo plena fé en el presente proceso. La contraparte, sobre el punto no produjo prueba alguna que tratara de desvirtuar el fundamento de la misma. En consecuencia, al no contener la Escritura impugnada la firma autentica de una de las partes esenciales del acto, se convierte en un instrumento público de contenido falso, y en consecuencia, el acto así celebrado es nulo, porque no produce efecto alguno. Por tanto, conforme a la disposición del Art. 658, Inc. a) del Código Civil, que “La acción de impugnación de los actos nulos, no prescriben,” porque la Excepción de Prescripción deducida en autos por la demandada, resulta a todas luces improcedentes.

En base a estos antecedentes, la demandante solicita al mismo tiempo la nulidad de la citada escritura en los registros públicos y redargución de falsedad del título así constituido, alegando como fundamento que la misma niega en forma terminante haber

comparecido ante la escribana demandada en fecha 31 de Octubre de 1.995 a trasferir supuestamente su propiedad a la otra accionada Chin Chen Ye Chen, y en que la firma puesta al pié de la citada escritura no le pertenece por ser la misma falsa y apócrifa, ofreciendo para el efecto las siguientes pruebas: prueba pericial caligráfica practicada por el perito Dr. Lorenzo Mendieta, a fs. 50/65 de las compulsas del expediente “Chin Chen Ye Chen, Cheu Hai Ye y Marta Vicencini S/ Falsificación de Instrumento Público, Falsedad Ideológica de Instrumento Público y Estafa”, que corren por cuerda separada a estos autos y que se tiene a la vista, concluyendo también que la firma atribuida a la Sra. Muu Dang Chan Gou, inserta en la Escritura Pública No. 173, de fecha 31 de Octubre de 1.991, pasada ante la Escritura Pública Marta Aida Vicencini, no es auténtica, siendo la misma falsa (fs. 99/113). Se agregó como prueba que hace al derecho de la misma, el Pasaporte Nacional No. 177883, expedido en fecha 4 de Octubre de 1.995, donde consta la fecha de entrada y salida al país de la demandante, a fs. 25/39 de autos; igualmente la prueba confesoria de la demandada Escribana Marta Aida Vicencino, quien no compareció a la audiencia de absolución de posiciones a pesar de haber sido notificada en legal y debida forme, admitiéndose la absolución ficta de la misma a través del apercibimiento de ley, conforme a la actuación de fs. 173 de autos, el informe remitido al Juzgado por la Corte Suprema de Justicia del sumario administrativo instruido a la Escribana Marta Aida Vicencini por denuncia formulada en su contra por la Dirección General de los Registros Públicos, por irregularidades cometidas en el ejercicio de sus funciones por falsedad ideológica y material, adulteración de instrumentos públicos, producción de instrumentos públicos de contenido falso, expedición irregular de copias y evasión del pago de tasas judiciales.

Asimismo estos mismos hechos han sido denunciados ante el juzgado penal de Garantías No. 6 a cargo del Magistrado Pedro Mayor Martínez, donde fue condenada a la pena privativa de libertad por el término de dos años, siendo destituida y cancelado su registro como Escribana Pública por Resolución No. 240, del 12 de Diciembre del año 2.005.

Tampoco el escrito de expresión de agravios contiene referencias tendientes a desvanecer la eficacia de los elementos de juicios arriba citados, centrándose los agravios sólo en la parte de falta de integración de la litis, siendo aplicables por este motivo aquella jurisprudencia constante y uniforme de nuestros tribunales que establece “Aunque la aquellas respecto de las cuales no se han expresado agravios”. (Ac. y Sent, No. 89, del 24 de Set. De 1.987, Trib. Ap. Civ. y Com. 2° Sala Código Procesal Civil con Repertorio de Jurisprudencia de Ricardo A. Pane, página 262. No. 738).

Con el análisis efectuado precedentemente, creemos que no existe mayor necesidad de seguir analizando los elementos de juicios tenidos a la vista, razón por la que no existe otra alternativa que la de confirmar con costas, en todas sus partes la sentencia en alzada, por hallarse la misma ajustada a derecho. En consecuencia, doy mi voto en este sentido.

A SUS TURNOS los Magistrados Carmelo A. Castiglioni y Linneo Ynsfran Saldivar, manifestaron adherirse al voto precedente, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: 1°.- DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto en estos autos. 2°.- CONFIRMAR, con costas, en todas sus partes la S.D. N° 1.21 de fecha 26 de diciembre de 2.007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, de esta capital, por los fundamentos expuestos en el considerando de la presente resolución. 3°.- ANOTESE, regístrese. Notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados : Dr. Linneo Ynsfran, Dr .Fremiort Ortiz Pierpaoli, Dr. Carmelo Castiglioni.  
Ante mi: Federico Miller Tellechea, Actuario judicial.*

--°--

**TESTAMENTO.** Nulidad de testamento.

El testamento señalado es aquel otorgado por instrumento público y por consiguiente es solemne, y el cumplimiento de las formas exigidas por la ley debe ser revisado de oficio y obligatoriamente por el Tribunal en atención a que involucra una norma de orden público. (Voto de la minoría)

**TESTAMENTO.** Validez. Identidad del testador.

El notario debe estar seguro de que tomando la declaración testamentaria corresponda a la persona que dice ser, este hecho se salva haciendo consta que el escribano comprobó la identidad por la cédula. (Voto de la minoría)

**TESTAMENTO.** Nulidad de testamento.

Es causal de nulidad no dejar asentado en el testamento si la declaración de la testadora se hizo oralmente o por escrito o ya se le trajo firmado el testamento. (Voto de la minoría)

**TESTAMENTO.** Lectura a testador y testigos.

Constituye un defecto irreparable en el testamento que en la escritura testamentaria no se haya hecho constar que se dio lectura de aquel a la testadora ni a los testigos, en razón que la lectura es para corroborar la coincidencia de lo asentado con la voluntad de la misma y que los testigos lo escucharon para atestiguar. (Voto de la minoría)

**TESTAMENTO.** Nulidad de testamento.

Al no decir en la escritura del testamento que fue la voluntad de la causante y anticiparse heredero testamentario a otorgar poder para iniciar juicio sucesorio, antes de otorgarse el testamento, es que existe una fuerte sospecha de que se le hizo firmar a la testadora un testamento sin habersele leído el contenido y esto hace absolutamente nulo dicho instrumento público porque es un defecto formal grave. (Voto de la minoría)

**RECURSO DE NULIDAD**

La declaración de nulidad de un fallo, a través del recurso de nulidad es restrictiva y a través de éste, solamente se debe apuntar o identificar las falencias y los vicios procesales en forma específica del fallo y la forma como pueden ser reparados, o sea se deben puntualizar cuando éstos no pueden ser subsanados por el recurso de apelación. (Voto de la mayoría)

**TESTAMENTO.** Nulidad de testamento. Procedimiento.

El que se crea afectado en su derecho en relación a un testamento, no puede hacerlo dentro del juicio sucesorio, sino que debe plantear la acción pertinente para declararlo nulo y en él debe aportar y probar los motivos, como ser defectos en la redacción, o en la persona de los testigos, de la firma o por la incapacidad del testador, entre otras, y si su pretensión tiene curso favorable la resolución emitida en esta causa quedará obviamente invalidada. (Voto de la mayoría)

**TESTAMENTO.** Nulidad de testamento. Procedimiento.

La nulidad del testamento es una sanción prevista en la ley cuando éste adolece de defectos originales y esenciales, y requiere necesariamente un procedimiento de impugnación, es decir, se debe recurrir a la vía idónea. (Voto de la mayoría)

Trib. Apel. Civ. Y Com., quinta sala, 16-06-2009. “Hortensia Giménez y/o Hortensia Jiménez de Bruchardt s/ Sucesión” (A. y S. Nº 72)

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

**CUESTIONES:**

¿ES NULA LA SENTENCIA APELADA?

¿SE DICTO ESTA CONFORME A DERECHO?

Practicado el sorteo de Ley resultó el siguiente orden de votación: CARMELO A. CASTIGLIONI, LENNEO YNSFRAN SALDIVAR y FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL DR. CARMELO A. CASTIGLIONI DIJO: El recurso de nulidad interpuestos por la representante convencional de Blanca Stela Maris Amarilla Cantero contra la S.D. No. 407 de fecha 28 de mayo de 2.008. No ha sido sostenido ante esta Alzada, sin embargo, corresponde a este Tribunal analice de oficio la regularidad del proceso y del a resolución recurrida. El hecho que motiva la revisión de oficio es un hecho grave, El hecho grave a que hago referencia es que el beneficio del testamento da poder a un abogado, para abrir la sucesión de su benefactora causante antes de morir el hecho que el sucesor testamentario beneficiado con el testamento, le de por muerta a la causante y de poder para abrir la sucesión, antes que muera, denota un hecho que llamarlo grave es poco. Esta vocalía no quiere ser cómplice de esta anomalía y, se ve compelido a estudiar de oficio la validez del testamento. En la revisión del presente juicio se constata que la resolución recurrida se refiere a la declaración de la validez formal del testamento otorgado por instrumento público ante escribano y la

consiguiente declaración de heredero testamentario a favor del señor Felipe Delgado Galeano, como heredero universal de la causante Hortensia Giménez o Hortencia Giménez de Burckhardt. Que el testamento es del llamado por instrumento público y este deba ajustarse a las formalidades que no se cumplieron para otorgar el testamento y el hecho inmoral de otorgar un poder para abrir la sucesión de alguien que aún no estaba muerta, para abrir su sucesión, ya es motivo suficiente para indagar sobre la regularidad de las formalidades para su validación. Que en la resolución recurrida no se hizo un análisis, aunque sea somero sobre la validez formal del mencionado testamento. El testamento señalado es aquel otorgado por instrumento público y por consiguiente es solemne, y el cumplimiento de las formas exigidas por la ley debe ser revisado de oficio y obligatoriamente por el Tribunal en atención a que involucra una norma de orden público. El Art. 2622 del Código Civil establece que la inobservancia de una formalidad prescrita para la validez de un testamento causa la nulidad de este en todo su contenido”. En el testamento que obra en autos y cuya validez fuera declarado por el juzgado sin hacer mención a ningún análisis varias irregularidades que se señalan a continuación:

a) En la escritura testamentaria no consta que el Escribano haya manifestado, conforme lo exige el Art. 2642 del C.C., dar fe de la identidad de la testadora en cuanto a si lo conoce personalmente o, en su defecto comprobar por dos testigos de su conocimiento, la identidad del mismo. Este hecho esta aparentemente salvado por la identificación de testadora con su cédula de identidad policial. Según el jurista Eladio Wilfredo Martínez, este hecho a pesar del rigorismo de la ley, no puede ser salvado con la cédula, empero, creemos que, como la intención de la ley es establecer la seguridad de que la persona que otorga el testamento es la que dice ser, hubiera sido suficiente si en la escritura se hubiera salvado poniendo que la identidad fue comprobada y no la que dice la supuesta testadora que le acredita. El notario debe estar seguro de que tomando la declaración testamentaria corresponda a la persona que dice ser. Este hecho hubiera sido salvado si decía que comprobó la identidad por la cédula.

b) Otro vicio grave es que no se dejó asentado si la declaración de la testadora se hizo oralmente o por escrito o ya se le trajo firmado el testamento. Esto es causal de nulidad, porque como dice Eladio Wilfrido Martínez, “todo debe hacerlo personalmente el testador, pues como anota zannoni”, lo esencial es que sea el propio testador quien personalmente comunique por escrito o verbalmente el contenido de sus disposiciones” tratandose de un acto personalísimo no podría encomendarse a tercero el ordenar las disposiciones o transmitir las al escribano”. Esta situación adquiere relevancia atendiendo a que la declaración testamentaria se le tomo a la causante en su lecho de enferma a ocho días de fallecer. El hecho de constar que la voluntad de la testadora fue dictada verbalmente o por escrito es esencial pues, le pudieron hacer firmar un escrito que además no le fue leído.

c) Sin embargo, lo gravísimo es que en la escritura Testamentaria no dice que se dio lectura a la testadora no a los testigos. Este si es un defecto irreparable pues, la lectura es para corroborar la coincidencia de lo asentado con la voluntad de la misma y que los testigos lo escucharon para atestiguar. No dice que los testigos estuvieron presentes escuchando que esa era la voluntad de la aquella, y ésta falta,

no puede ser suplida. En la escritura testamentaria solo consta lo que la Escribana dice que se le manifestó, pero la función de los testigos es corroborar que lo dicho por la testadora coincida con lo asentado por la Escribana. Al no hacerlo, al omitir la lectura a la testadora es como si no hubieran testigos, porque la función de estos es controlar el acto y especialmente que no se modifique la voluntad de la testadora. Los testigos ni siquiera leyeron el testamento solo firmaron y esto lo hace nulo de nulidad insanable, pues es una formalidad dada en seguridad de mantener la voluntad de la persona que testa. Esta situación se hubiera podido salvar si por lo menos constara que los testigos escucharon lo que la testadora dictó y luego lo leyeron pero nada de eso ocurrió u no puede certificarse por el acto público que ese haya sido la voluntad de la misma. El hecho de tomarse en su lecho de enferma esencial que se le vuelva a leer lo que supuestamente le dictó la testadora, aunque tampoco dice que haya dictado la testadora. Por otra parte en la escritura testamentaria dice en una parte que la testadora “cede y transfiere todos los derechos y acciones”. O sea por un lado se hizo una transferencia adelantada, siendo que lo que debió decir es que la testadora declara de viva voz que instituye heredero único y universal de sus bienes a la persona indicada en el testamento. Lo que dice la escritura número uno es que la escribana deja constancia “que nombra como único y universal heredero...” Debió decir que lo escuchó decir a la testadora que designa como heredero al señor Felipe Delgado Galeano. Porque la escribana no puede sustituir la voluntad de la misma, no puede dar fe del fuero interno del testador sino no consta la manifestación oral o por escrito en la forma que dice la ley. Esto sube de punto, cuando se constata que a fojas uno del presente expediente que antes de morir la causante, ya otorgó un poder en fecha veinticuatro de enero de 2008, en la que ya daba por muerta a la que todavía no otorgó el testamento, al expresar en dicho poder en la parte que dice “en especial para iniciar y proseguir el juicio sucesorio de doña hortensia gimenez”. Esto es grave, porque al no decir en la escritura del testamento que fue la voluntad de la causante y anticiparse heredero testamentario antes de otorgarse el testamento que se hizo al día siguiente o sea al veinticinco de enero de 2008, es que existe una fuerte sospecha de que se le hizo firmar a la testadora un testamento sin habersele leído el contenido y esto hace absolutamente nulo dicho instrumento público porque es un defecto formal grave, más aun que ya se adelantó la muerte de la causante que ocurrió recién el 1° de febrero de 2008. Se le mató antes de morir.

Por otra parte no está señalado el domicilio de los testigos, pues una cosa es el lugar como ciudad y otra muy distinta es el domicilio, que cuando se trata de una ciudad debe indicar las calles donde se asienta el domicilio real del testigo. No es suficiente decir que residen en Villeta por ser una ciudad no puede ser un domicilio u en todo caso los testigos no pueden todos, tener el mismo domicilio. El domicilio debe definir el lugar donde el testigo ejerce sus derechos y obligaciones por si deba ser llamado a declarar por el testamento y este el domicilio real o legal en su caso. No se indicó el domicilio de estos, se dijo solo el lugar de donde eran los mismos, pero no se indicó el domicilio.

Lo que es grave de estos defectos formales es que supuesto heredero testamentario, es un poder general obrante en autos a fojas uno ya adelantó ser el heredero y por lo tanto, debe anularse la S.D. N° 407 de fecha 28 de mayo de 2008, y sus consecuencias, por no haberse hecho el análisis formal y en su lugar disponer declara nula la Escritura N° uno,

otorgado por la Notario E. Victoria Rebollo Coronel, y obra a fojas 10 y 11 de autos, por defectos formales insanables y, por lógica consecuencia, establecer que y/o Hortensia Jiménez de Burckhardt. Hacer saber, una vez firme y ejecutoriada esta resolución, al Procurador General de la República en el caso que no aparezcan otros herederos se declares vacante la misma. Es mi voto.

A SU TURNO el Magistrado Linneo Ynsfran Saldívar, dijo: A LA PRIMERA CUESTIÓN: El preopinante Prof. Dr. Carmelo Castiglioni resuelve esta cuestión optando por la nulidad de la resolución, dictada en la instancia inferior, y en este menester procede a estudiar el testamento por acto público adjuntando a autos, concluyendo que éste adolece de falencia de índole procesal. Esto me lleva a realizar algunas reflexiones sobre este tema pues debemos determinar si el estudio del Testamento debe ser realizado en esta ocasión. Entendemos que este recurso fue instituido en casi todas las legislaciones del mundo para impugnar una “*resolución dictada en abierta violación u omisión de las formas prescriptas por la ley*”. Por ello, se sostiene que la declaración de nulidad de un fallo, a través de este recurso es “restrictiva” y a través de éste, solamente se debe apuntar o identificar las falencias y los vicios procesales en forma específica del fallo y la forma como pueden ser reparados, o sea, se deben puntualizar cuando éstos no pueden ser subsanados por el recurso de apelación. Esta exigencia de los tribunales, en la actualidad, va haciendo que este recurso pierda su calidad de autónomo y así encontramos que en días presentes la mayoría de los códigos procesales de Europa no instruyen el recurso de nulidad como medio de impugnación autónomo, sino que lo subsumen en el de apelación pues por éste se analiza la justicia del fallo.

En base a lo expuesto líneas arriba y luego de analizar puntillosamente el fallo dictado en esta causa, no puede ser tildado de imperfecto, pues no viola las formas ni las solemnidades requeridas por la ley para decretar la sanción nulificante, correspondiente desestimar éste por improcedente. ES MI VOTO.

A SU TURNO el Magistrado Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestó adherirse a la opinión del Magistrado Linneo Insfrán Saldívar, por los mismos fundamentos. -

A LA SEGUNDA CUSTION EL MAGISTRADO LINNEO YNSFRAN SALDIVAR, PROSIGUIO DICIENDO: La sentencia dictada en autos, objeto de este recurso, resolvió declarar la validez del testamento público otorgado por la señora Hortensia Jiménez de Burckherdt.

La agraviada, a través del escritorio agregado a fs. 60/63, solicita la revocatoria de la resolución dictada en autos emitiendo fundamentos de “haberse violado la legítima y apropiación indebida de bienes sucesoriales”. Sostiene que “...le agravia la resolución en su calidad de tercero con legítimo derecho, al afectar la legítima defensa en juicio, por haber sido dictada en abierta violación del Art. 15 inc. b; c y g in fine del Código de forma, al haber la a-quo declarado la validez de un acto testamentario, existiendo impedimento previsto en nuestra ley de fondo para la validez de un acto testamentario, existiendo impedimento previsto en nuestra ley de fondo para la validez de la misma...”. Luego de emitir otras consideraciones solicita se declare la revocatoria de la sentencia. La otra parte, contesta a la agraviada a través del escrito agregado a fs. 64/66 y, solicita se declaren desiertos los recursos interpuestos por la recurrente.

En ocasión de su intervención, a fs. 67, la Agente Fiscal Abog. Aurora Ibieta de Cramer emite su parecer, que por ser de trascendencia transcribimos y dice: “... *Analizada la situación planteada, se tiene que la recurrente en primer término cuestiona que se ha aprobado la validez formal del testamento, habiendo impedimento para ello. En ese sentido este Ministro Público es de parecer que el Testamento adjuntado, fue aprobado en cuanto a la forma debido a que reúne los requisitos establecidos en los artículos del Código Civil y del Código Procesal Civil, por lo que es de parecer que la recurrente, si considera que se afectó la legítima y se hallase habilitada, debe utilizar los medios previstos en el Código Civil, para reclamarlos. Por otro lado si pretende, la impugnación de la escritura pública en la que fue otorgado el testamento, deberá efectuarse también por medios previstos y legislados para ello, no siendo la presente, la vía idónea para realizar. Por tanto, conforme lo precedentemente expuesto y las disposiciones legales citadas, entendemos que la resolución objeto de recursos debe ser conformada...*”.

Planteada así esta cuestión, esta magistratura teniendo en cuenta el parecer fiscal consideró prudente no acompañar la declaración de nulidad del fallo propuesto por el preopinante y, en contrapartida, optamos por analizar sobre la justicia de éste.

En este caso, se cuestiona la S.D. N° 407 por la cual fue declarada la validez de un testamento realizado por acto público. En el Considerando de la decisión la inferior hace mención que está acreditado el fallecimiento de la causante y que a fs. 44 fue agregado el “testamento por acto público” y al haberse publicado los edictos por el plazo de ley y en base al dictamen favorable del Ministerio Fiscal procedió a dictar el mencionado fallo. Para nosotros, procesalmente se cumplieron con todos los trámites que dispone la ley por lo que la decisión no puede ser cuestionada por razones procesales. Ahora bien, si pretendemos cuestionar el testamento, para dejarlo sin efecto o anularlo, el que se crea afectado en su derecho no puede hacerlo dentro de este juicio sino que debe plantear la acción pertinente para declararlo nulo y en él debe aportar y probar los motivos, como ser defectos en la redacción, o en la persona de los testigos, de la forma o por la incapacidad del testador, entre otras, y si su pretensión tiene curso favorable la resolución emitida en esta causa quedará, obviamente, invalidada.

De igual manera, la apelante alega que con la dictada en este caso, afecta la legítima de los herederos forzosos, argumento que no puede implicar defectos formales, y como lo dijera la Agente Fiscal, en caso de que así la recurrente está habilitada a reclamar su derecho por la vía pertinente. En lo referente a la nulidad misma alegada, para nosotros la nulidad del testamento es una sanción prevista en la ley cuando éste adolece de defectos originales y esenciales, y requiere necesariamente” un procedimiento de impugnación, es decir, se debe recurrir a la vía idónea.

En base a lo expuesto, creemos que los argumentos dados por la recurrente no posee la eficacia para revocar el fallo por lo que consideramos que el mismo se ajusta a derecho, debiendo ser confirmado el mismo. Las costas, por tratarse de una cuestión que entra dentro del campo del derecho de familia, deben ser soportadas por las partes en el orden causado, ES MI VOTO.

A SU TURNO el Magistrado Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, manifestó adherirse a la opinión del Magistrado Linneo Ynsfran Saldívar, por los mismos fundamentos.

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

RESUELVE: 1.- DESESTIMAR el recurso de nulidad interpuesto, por las razones dadas en el exordio del fallo. 2.- CONFIRMAR, la S.D. N° 407 de fecha 28 de mayo de 2008, por los argumentos dados en el Considerando de este fallo. 3.-IMPONER, las costas, en el orden causado. 4.- ANOTESE, registrar y enviar copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Magistrados: Dr. Linneo Ynsfran Saldivar, Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli, Dr. Carmelo castiglioni. Ante mi: Federico Millar Tellechea, Actuario Judicial.*

--°--

## **TRIBUNAL DE APELACION DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

### **MENORES.** Medidas cautelares en menores.

Las medidas cautelares decretadas en sede civil responden a otros presupuestos, en efecto, las medidas cautelares pueden ser modificadas o sustituidas y tienen un carácter eminentemente provisional y en cualquier momento se puede pedir su levantamiento (arts. 696, 597, 698 CPC) como también se admiten la caducidad de acuerdo con la naturaleza de la medida cautelar (arts. 700 y 701 CPC)

### **MENORES.** Asistencia alimenticia. Alimentos provisorios. Ejecución de la resolución.

Respecto a la mesada provisorio fijada en los juicios de asistencia alimenticia, aunque después de la audiencia en la que se cita al accionado para ofrecer su defensa se le dé a la accionante la posibilidad de ofrecer diferentes diligencias para acreditar el caudal del alimentante, lo cierto y concreto es que la medida cautelar excluye la posibilidad de su levantamiento, máxime cuando en el interlocutorio que la decretó ya se dispuso la apertura de una cuenta en el BNF, lo cual significa que la cuota provisorio es susceptible de ser ejecutada.

### **MENORES.** Asistencia alimenticia.

Se confirma el monto de la cuota alimenticia fijada provisoriamente, de suerte que a través de un juicio de aumento de la pensión alimenticia la actora pueda eventualmente rever su situación.

### **MENORES.** Medidas cautelares en menores. Asistencia Alimenticia.

La medida cautelar de la mesada provisorio debe ser decretada bajo el apercibimiento de que sí en el plazo de seis meses no se impulsa el juicio como corresponde, se confirmará la medida cautelar.

### **CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. MENORES.** Asistencia alimenticia.

La caducidad es una cuestión meramente formal y ésta, no puede prevalecer sobre la cuestión de fondo siempre que la determinación del Juzgado o Tribunal tenga su sustento en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. MENORES.** Asistencia alimenticia.

En los juicios de asistencia alimenticia, si el Juzgado no establece un plazo para que la parte actora demuestre los ingresos del alimentante, transcurridos los seis meses, debe dictar sentencia definitiva confirmando la cuota fijada como medida cautelar.

### **MENORES.** Asistencia alimenticia.

En los juicios de ofrecimiento de alimentos, vencido el plazo de seis meses, se debe dictar sentencia definitiva confirmando la cuota fijada como medida cautelar, la inactividad de las partes no puede tener como consecuencia que se viole el derecho del niño a la alimentación, que es un principio constitucional (art. 53 de la C.N.)

**MENORES.** Medidas cautelares en menores.

Las medidas cautelares de protección, previstas en el art. 175 del C.N y A como su nombre lo indica, fueron dispuestas para garantizar al menor sus derechos y garantías y no cumplirían su objetivo si estuvieran sujetas al simple transcurso de 6 meses para que quede operada la caducidad de instancia y consecuentemente las medidas cautelares de protección así quedar librados a sus suerte sus destinatarios: los menores y más grave aun sería que sea solicitada por los mismos responsables de velar por el fiel e irrestricto cumplimiento de las leyes como son los progenitores y el Estado.

**MENORES.** Medidas cautelares en menores.

Habiendo quedado extinguido el derecho de ejercer actos procesales, situación que no puede revivirse, constituye una norma de orden público, o sea, la voluntad de las partes carecen de eficacia, tanto en virtud de la ley sustantiva como en el ritual. (voto en disidencia)

Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 14-10-2008. “M.A.O.B s/ Ofrecimiento de asistencia alimenticia” (A. I. N° 380)

Asunción, 14 de octubre de 2008

VISTOS: Los recursos de nulidad y apelación interpuestos y concedidos en queja contra el A.I. N° 263 de fecha 16 de junio de 2008 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de San Lorenzo, y

**CONSIDERANDO:****OPINIÓN DEL DR. SILVIO RODRÍGUEZ:****LA NULIDAD**

El recurrente no ha fundado el recurso de nulidad y, por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 419 del C.P.C., corresponde declarar desierto dicho recurso. Por lo demás, no se observan vicios que ameriten un pronunciamiento de oficio del Tribunal sobre el particular.

**LA APELACIÓN**

En la resolución recurrida el Juzgado no hizo lugar a la declaración de la caducidad peticionada en autos e impuso las costas a la perdedora (fl. 91).

El profesional J. F. V. A., representante convencional del accionante, señor M. O. M., se agravia contra el interlocutorio recurrido manifestando que en el caso de autos el expediente se encontraba inactivo sin que se pida diligencias que tiendan a impulsar el juicio durante casi dos años, dándose los presupuestos establecidos en el artículo 172 y demás concordantes del C.P.C. para que se declare, incluso de oficio, la caducidad de la Instancia. Por lo tanto, solicita que se haga lugar a la caducidad planteada por el mismo (fls. 98/100). Por su parte, la señora M. B. A., luego de exponer sus propios argumentos, peticiona la confirmación de la resolución impugnada (fls. 103/104).-

Examinado el expediente puede constatarse que el señor Miguel Ortiz Meza, representado por el Abog. J. G. I. B., inició el juicio de ofrecimiento de alimentos a favor de su hija, la niña M. A.O.B. (fl. 1/11). Corrido el traslado de rigor (fl. 12) y contestada la

demanda por la profesional A. R. E., apoderada de la accionada M. R. B. A. y madre la nombrada niña (fls. 14/19), el Juzgado dictó el A.I. N° 31 del 17 de febrero de 2008, resolución en virtud de la cual se estableció como medida cautelar que el accionante debía pasar a su hija la suma de Gs. 350.000, equivalente a 9.6 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas en la República del Paraguay y dispuso se libre oficio al B.N.F. a los fines pertinentes (fl. 25).

Posteriormente, el profesional J. F. V. A., en representación del oferente de la pensión alimenticia, peticionó que se declare la caducidad de la Instancia en el juicio iniciado por el mismo (fls. 81/82) y, el Juzgado, luego de correr traslado de dicha pretensión a la demandada (fl. 82 vlto.), contestado el incidente por ella (fl. 88/89), se dictó el interlocutorio recurrido (fl. 91).

Y bien, en el A. y S. N° N° 11 del 27/02/07 ya expuse mi posición en lo que respecta a la inaplicabilidad de las normas que hacen alusión a la caducidad de la Instancia en los juicios de asistencia alimenticia al concatenarlas con las disposiciones del C.P.C. que rigen lo referente a las medidas cautelares. Textualmente dije en su oportunidad cuanto sigue:

*“Si se enfoca la cuestión desde el punto de vista que ofrecen los artículos 172 y 173 del C.P.C., lo decidido en la sentencia apelada se encuentra plenamente ajustado a derecho. Sin embargo, por lo menos en principio, las medidas cautelares dictadas en forma autónoma o dentro de un juicio determinado, se rigen por las disposiciones del C.P.C., de acuerdo con precedentes ya sentados por este Tribunal (arts. 691 y siguientes del C.P.C). Entonces, lo hay que determinar es si dentro de las normativas del mencionado cuerpo legal, existe una que se refiera a la cuestión suscitada en autos”.*

*“Por de pronto, se puede afirmar categóricamente que no. Y esto es así, porque las medidas cautelares decretadas en sede civil, responden a otros presupuestos. En efecto, las medidas cautelares pueden ser modificadas o sustituidas y tienen un carácter eminentemente provisional y en cualquier momento se puede pedir su levantamiento (arts. 696, 597 y 698). Asimismo, se admiten la caducidad de acuerdo con la naturaleza de la medida cautelar (arts. 700 y 701)”.*

*“Y bien, respecto a la medida provisoria fijada en los juicios de asistencia alimenticia, aunque después de la audiencia en la que se cita al accionado para ofrecer su defensa se le dé a la accionante la posibilidad de ofrecer diferentes diligencias para acreditar el caudal del alimentante, lo cierto y concreto es que la medida medida cautelar excluye la posibilidad de su levantamiento, máxime cuando en el interlocutorio que la decretó ya se dispuso la apertura de una cuenta en el B.N.F., lo cual significa que la cuota provisoria es susceptible de ser ejecutada”.*

*“Dentro de este contexto, resultaría inaplicable los plazos de la caducidad con referencia a los juicios de asistencia alimenticia cuando existe una resolución firme que ha dado la respuesta inmediata a la prestación alimenticia a favor de un niño. De admitirse una tesis contraria, lo único que se lograría es que la señora P. G. I. tenga que iniciar un nuevo juicio con la misma pretensión, tal como lo prevé el artículo 179 del C.P.C., con lo que se recargaría inútilmente la carga laboral de los diferentes Juzgados”.*

*“Entonces, de acuerdo con las consideraciones que anteceden, soy de opinión que la sentencia recurrida amerita ser revocada en el sentido de confirmar el monto de la cuota alimenticia fijada provisoriamente, de suerte que a través de un juicio de aumento de la pensión alimenticia la actora pueda eventualmente rever su situación. Y para casos futuros, la medida cautelar de la mesada provisoria debe ser decretada bajo el apercibimiento de que si en el plazo de seis meses no se impulsa el juicio como corresponde, se confirmará la medida cautelar”.*

En el caso de autos, cabrían las mismas conclusiones. Es más, como dijo la A Quo en una parte de su considerando, es un contrasentido que el propio oferente de los alimentos reclame la caducidad de la Instancia, independientemente a que se haya cumplido el plazo estatuido en el artículo 172 del C.P.C. No obstante, me gustaría agregar algunas consideraciones respecto a este tema ya que la casuística da para ello.

La caducidad es una cuestión meramente formal y ésta, no puede prevalecer sobre la cuestión de fondo siempre que la determinación del Juzgado o Tribunal tenga su sustento en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, al margen de que la caducidad planteada por el actor estaría en colisión con el Principio de la Teoría de los Actos Propios, no puede perderse de vista que es el niño el que injustamente quedaría perjudicado de tener que iniciarse nuevamente otro juicio con la misma finalidad y que, ente este caso, sería el de asistencia alimenticia. Creo que una correcta hermenéutica haría que prevalezca el mentado principio de la Convención por sobre las disposiciones del C.P.C. de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137 de la C.N.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, llego a las siguientes conclusiones: **1)** En los juicios de asistencia alimenticia, si el Juzgado no establece un plazo para que la parte actora demuestre los ingresos del alimentante, transcurrido los seis meses, debe dictar sentencia definitiva confirmando la cuota fijada como medida cautelar; **2)** En los juicios de ofrecimiento de alimentos, vencido el mismo lapso, también se debe preceder de la misma manera. La inactividad de las partes no puede tener como consecuencia que se viole el derecho del niño a la alimentación, que es un principio constitucional (art. 53 de la C.N.).

Por consiguiente, estimo que la resolución recurrida amerita ser confirmada debiendo el Juzgado dictar la sentencia definitiva que ponga fin al proceso de conformidad al razonamiento que antecede.

#### OPINIÓN DEL DR. ARNALDO SAMUEL AGUIRRE:

El art. 634 del C.C. prescribe: “Los derechos que en virtud de la ley o del acto jurídico constitutivo sólo existan por tiempo determinado o deban ser ejercidos dentro de él, no están sujetos a prescripción. Caducan por el vencimiento del plazo si no se dedujere la acción o se ejerciere el derecho”. En conexión con esta norma sustantiva, el art. 172 del C.P.C. estatuye que se operará la caducidad de la instancia en toda clase de juicio cuando no se instare a su curso dentro del plazo de 6 meses.

En atención a estas normas, en el expediente: “M.A.O.B s/ ofrecimiento de asistencia alimenticia”, observamos que el último acto con el fin de impulsar el procedimiento fue la notificación de fecha 3 de abril del 2006, fs. 29, por la que se hizo saber al Sr. M. O. M., parte actora, la fijación de la asistencia alimentaria provisoria a favor

de su hija M.A.O.B, Como medida cautelar, y en consecuencia, la apertura de la Cuenta Judicial en el Banco Nacional de Fomento.

El siguiente acto procesal fue realizado por la parte accionada el 18 de marzo de 2008, fs. 60, por el que solicitó la apertura de la causa a prueba en el juicio de ofrecimiento de alimentos. Efectuando un cómputo, es indudable que el plazo mencionado en el art. del ritual ha transcurrido en exceso, por lo que el derecho de ejercer actos procesales ha quedado extinguido, situación procesal que no puede revivirse, porque reitero, el derecho a estar en juicio ha terminado, constituyendo la norma de orden público, o sea, la voluntad de las partes carecen de eficacia, tanto en virtud de la ley sustantiva como en el ritual. La aplicación de la caducidad de la instancia se infiere del propio art. 170 del C.N. y A. donde dispone la aplicación subsidiaria del C.P.C., como asimismo, de este último cuerpo normativo, el que según el art. 836, sus disposiciones serán aplicables supletoriamente en los procesos sustanciados en otros fueros. Implica que ante la ausencia de normas en materia de caducidad como de otras instituciones procesales, verbigracia incidentes, excepciones previas, costas, forma de los actos procesales, etc. deben aplicarse el ritual ordinario.

Por otra parte, el art. 177 del C.P.C. expresamente dispone que 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.

De todo lo dicho, soy de parecer que ante la clara normativa tanto del C.N. y A. como del C.P.C., no cabe aplicar otras normas que violenten el orden público procesal, ante la existencia de una ley que resuelve concretamente un caso litigioso. En consecuencia el auto interlocutorio recurrido debe revocarse.

#### OPINIÓN DE LA DRA. FULVIA NUÑEZ DE VERA Y ARAGON:

Me adhiero al voto del preopinante Dr. Silvio Rodríguez por los mismos fundamentos, permitiéndome ampliar en los siguientes términos: Si bien el C.N. y A. no establece un procedimiento especial con respecto a la caducidad de la instancia y consecuentemente de las medidas cautelares de protección, y en general nos remite a la ley supletoria: C.P.C., no es menos cierto, que atentos a lo dispuesto en el artículo 53 de la C.N. que claramente preceptúa: “ los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, alimentar y amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de asistencia alimentaria...”; y el artículo 54 de la misma Carta Magna imperativamente dice: “...Los derechos del niño en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente”, estos preceptos conjugan en perfecta armonía con el artículo 3 del C.N. y A. que reza : “ Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundado en su interés superior ....Dirigido a asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías...” en concordancia con el artículo 70 del mismo cuerpo legal dispone:” “La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimenta, educar, y orientar a sus hijos.” Esta normativa impone a los progenitores, y en el caso que nos ocupa, a la parte actora de seguir abonando las cuotas alimenticias ofrecidas por el mismo y fijadas provisoriamente por el juzgado, que ante las pretensiones de que opere la caducidad de la instancia, estaríamos ante una grave violación de los derechos y garantías otorgados por la Constitución Nacional a favor de los niños y adolescentes.

Esta magistratura entiende que las medidas cautelares de protección, previstas en el artículo 175 del C.N. y A., como su nombre lo indica, fueron dispuestas para garantizar al menor sus derechos y garantías, y no cumplirían su objetivo si estuvieran sujetas al simple transcurso de 6 meses para que quede operada la caducidad de instancia y consecuentemente las medidas cautelares de protección así quedar librados a sus suerte sus destinatarios: los menores, y más grave aun sería que sea solicitada por los mismos responsables de velar por el fiel e irrestricto cumplimiento de las leyes como son los progenitores y el Estado. De esta premisa debe estarse a la solución más favorable por la subsistencia de las medidas de protección dispuestas, y siendo los derechos y garantías enarbolados de rango constitucional, deben prevalecer sobre normas de menor rango, y más aun cuando las mismas restrinjan el acceso a la justicia, y el amparo del derecho a ser vulnerado.

Bajo ninguna consideración puede quedar un niño sin alimento ni por un solo momento de su vida, ni ser desconocidos sus derechos y garantías Constitucionales, por lo que la resolución recurrida, A.I. N° 263 de fecha 16 de junio de 2008, debe ser confirmado.

POR TANTO, de conformidad a lo precedentemente expuesto y en atención al voto de la mayoría, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia.

RESUELVE: DECLARAR DESIERTO el recurso de nulidad. CONFIRMAR la resolución recurrida en el sentido y alcance expuestos en el exordio de la presente resolución. COSTAS de esta Instancia al apelante. ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre Ayala y Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón. Ante mí: Maria E. Galeano. Actuarial Judicial.*

--°--

#### **ALIMENTOS.** Incumplimiento del deber alimentario.

El cumplimiento del deber alimentario se halla tipificado como un hecho reprochable en el Código Penal (art. 225), de la misma forma debe considerarse reprochable penalmente el incumplimiento manifiesto y malicioso de no cumplirse el régimen de relacionamiento otorgado al progenitor no conviviente sin causa justificada o con justificaciones aparentes.

#### **PATRIA POTESTAD.** Régimen de visitas.

En el caso de que la progenitora conviviente la actitud contumaz al oponerse a que el progenitor no conviviente ejerza los derechos emergentes de la patria potestad garantizados en la norma constitucional y en el Código de la Niñez y Adolescencia desembocan necesariamente en el hecho punible del delito del deber de cuidado y educación y violación de la patria potestad con el agravante de que es la propia madre la autora de este ilícito.

#### **PATRIA POTESTAD.** Régimen de visitas.

La mutilación en el ejercicio de la patria potestad con relación al padre no conviviente implica sin ningún género de dudas que la niña es perjudicada en su desarrollo psíquico.

**PATRIA POTESTAD.** Régimen de visitas. Violación de la patria potestad. Régimen de convivencia.

La conducta obstruccionista de la madre para que su hija se relacione con su padre debe advertirse en relación a la vigencia del art. 96 del C.N y A sobre la modificación del régimen de convivencia, la que será posible mediante un debido proceso.

Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 27-04-2009. “S.A.B.F s/ Régimen de Convivencia” (A. I. N° 146)

VISTO: El recurso de apelación en subsidio concedido contra la providencia de fecha 28 de noviembre del 2008, y

CONSIDERANDO:

OPINIÓN DEL DR. SILVIO RODRÍGUEZ:

La providencia recurrida dice: “Estése a lo dispuesto en el Acuerdo y Sentencia N° 79 de fecha 6 de junio de 2008, obrante a fs. 224 a 247 de autos y al apartado III de la S.D. N° 112 de 14 de noviembre de 2007, obrante a fs. 201 a 207 de autos. A lo demás no ha de legar por improcedente” (fl. 264).

Para comprender el origen de este proveído y si resulta apelable o no, se tiene que hacer análisis de lo resuelto en las resoluciones citadas en la providencia antes transcrita.

1) En la S.D. N° 112 del 14 de noviembre de 2007, el Juzgado resolvió cuanto sigue: “I) Tener por desistido al Señor Isabelino Benítez Fernández de la acción de régimen de convivencia con su hija S. A. B. F. contra la Señora B. S. F. A. II) Establecer un régimen de relacionamiento de la niña Selva Araceli con el progenitor señor Isabelino Benítez Fernández y en consecuencia disponer que el relacionamiento se realice en la forma indicada por la psicóloga forense bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 96 del C.N y A. para la señora Blanca Selva Amarilla. III) Comisionar a la Trabajadora Social Forense Lic. Ruth Lissa Benítez para el acompañamiento pertinente en la realización del plan de visitas del señor Isabelino Benítez Fernández y la niña Selva Araceli para la casación de vínculos afectivos entre ambos en el modo indicado, a costa en partes iguales de ambos progenitores, debiendo la misma elevar el informe de todo lo actuado a esta Judicatura. IV) Advertir a los señores I. B. F. y B. S. F. A., que en el cumplimiento de sus derechos y deberes emergentes de la patria potestad que ambos ejercen respecto a la niña Selva Araceli, deberán observar las recomendaciones dadas por la psicóloga Forense, transcritas en el fundamento de la presente resolución bajo el apercibimiento de remitir los antecedentes al Defensor del Niño a los fines pertinentes. V) Costas a la perdidosa conforme al argumento que antecede”. (fls. 201/207).

2) Apelada esta resolución, por A. y S. N° 79 de fecha 6 de junio de 2008, el Tribunal resolvió: Declarar nulo el primer apartado de la sentencia en estos términos: Durante tres meses el régimen de relacionamiento entre el señor I. B. F. y su hija S.A.B. deberá llevarse a cabo con la participación de la Trabajadora Social designada por el Juzgado, los días sábados de 15:00 a 17:00 horas en el domicilio de los abuelos maternos de la niña, en la ciudad de Itá. Concluida esta etapa se establece un amplio régimen de relacionamiento a favor del señor Isabelino Benítez Fernández con su hija Selva Araceli Benítez Fleitas, tanto

en la residencia que la niña tiene con su madre en la ciudad de Caacupé, como en el domicilio de los abuelos maternos en la ciudad de Itá” y, confirmó el tercer apartado de la sentencia recurrida e impuso las costas en el orden causado en ambas instancias (fls. 244/247).

### CONCLUSIONES

Devuelto los autos al Juzgado de origen y dictada la providencia de cúmplase el 28 de octubre de 2.008 (fl. 252), la Lic. Lissa Ruth Benítez, Asistente Social Forense designada por el Juzgado presentó su informe cuya parte final dice lo siguiente: “No se puede dejar de mencionar que el señor Isabelino Benítez tuvo la buena predisposición de acordar un régimen de relacionamiento adecuado para la niña promoviendo un encuentro con su hija que no ha sido posible” (fl. 254). Posteriormente, la señora Blanca Selva Fleitas Amarilla presentó un escrito en el cual afirmaba que la nombrada Asistente Social Forense no fue designada en autos conforme a lo establecido en la resolución dictada en esta Instancia. Además en la presentación de referencia dice que la Asistente Social Forense tuvo mal desempeño en sus funciones y que fue denunciada ante la Corte Suprema de Justicia solicitando finalmente el cambio de la Asistente Social que sea uno de la Capital o en su caso de San Lorenzo a fin de realizar las visitas tal cual lo ordenó el acuerdo y sentencia dictado por el Tribunal (fl. 261/263). Esta presentación dio origen al dictamiento de la providencia ahora recurrida.

Y bien, de acuerdo con estos antecedentes puede llegarse a la conclusión de que la providencia recurrida se halla ajustada a derecho ya que la resolución de esta Instancia al confirmar el tercer apartado de la S.D. N° 112 del 14 de noviembre de 2.007 ya quedó firme la designación de la Trabajadora Social Forense Lissa Ruth Benítez. No obstante, habiendo surgido diferencias personales entre la señora B.S. F. A. y la nombrada Asistente Social Forense, nada obsta a que el Juzgado designe a otra auxiliar de la Justicia para el mismo efecto pero sin estar sujeta tal decisión respecto a la Jurisdicción tal como lo exigió la accionada en su pretensión anterior. En resumen, en este juicio iniciado el 27 de junio de 2006 (fl. 213) y dictada las resoluciones en Primera y Segunda Instancia, habiéndose establecido un régimen de relacionamiento, a la fecha han transcurrido dos años y diez meses sin que el padre pueda relacionarse con su hija a pesar de la advertencia del Juzgado.

La niña S. A. B. F. nació el 8 de julio de 2005 (fl. 5), es decir, está a punto de cumplir cuatro años y de iniciar sus estudios escolares sin tener ningún tipo de relación con su padre, circunstancia que amerita hacer ciertas observaciones de tal modo que el Juzgado haga cumplir el régimen de relacionamiento entre el progenitor y la niña. Las opciones que tiene a su alcance son las siguientes, aparte de otras medidas que el Juzgado crea conveniente implementar.

- a) El artículo 53 de la C.N. estatuye: “Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de adecuar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la Ley en caso de incumplimiento de sus deberes en la asistencia alimentaria...”.
- b) Por otra parte, el artículo 70 del C.N. y A., en concordancia con la disposición constitucional antes citada, establece claramente que: “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...”.

Entonces, si el cumplimiento del deber alimentario se halla tipificado como un hecho reprochable en el Código Penal (artículo 225), de la misma forma debe considerarse reprochable penalmente el incumplimiento manifiesto y malicioso de no cumplirse el régimen de relacionamiento otorgado al progenitor no conviene sin causa justificada o con justificaciones aparentes. En otros términos, ¿de qué manera podría ejercer el progenitor su derecho a educar a su hija si se le priva de todo tipo de comunicación?. Y la respuesta la encontramos en los artículos 226 inc. 1 del C.P. que dice cuando sigue: “El que violará gravemente su deber de cuidado y educación de otro y con ello lo expusiera al peligro de: 1) ser considerablemente perjudicado en su desarrollo físico o psíquico será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa”.

Tal como puede apreciarse, en el caso de que la progenitora conviviente como en el caso de autos, la actitud contumaz al oponerse no conviviente ejerza los derechos emergentes de la patria potestad garantizados en la Norma Constitucional y en el Código de la Niñez y la Adolescencia, citados precedentemente, desembocan necesariamente en el hecho punible del delito de cuidado y educación y violación de la patria potestad con el agrado de que es la propia madre la autora de este ilícito. En otras palabras, la mutilación en el ejercicio de la patria potestad con relación al padre no conveniente implica sin ningún género de dudas que la niña es perjudicada en su desarrollo psíquico. En otros términos, la violación del deber de cuidado se configura, en el caso de autos, en forma de omisión, es decir, la acción con el signo menos. La conclusión antes arribada se adecua perfectamente al Principio de Legalidad (art. 1 del C.P.).

Por lo dicho, el Juzgado, como indirectamente ya se está en la etapa de ejecución de sentencia, el Juzgado puede designar a otra asistente social dependiendo esta designación de su propia indelegable imperium así como ordenar otras diligencias tendientes a que se cumpla el régimen de relacionamiento, incluyendo la aplicación del artículo 96 del C.N. o la explicitada con anterioridad y A. Las cosas de esta Instancia deben imponer a la parte apelante por ser la perdidosa en el caso de autos.

#### OPINION DEL DR. ANRINALDO SAMUEL AGUIRRE:

En el presente caso, resulta obvio que nos hallamos en etapa de ejecución de sentencia. Producto de esta etapa del proceso fue el informe elevado al Juzgado el 25 de noviembre de 2008, fs. 254, por la Lic. Lissa Ruth Benítez, Asistente Social Forense de la Circunscripción Judicial Cordillera. En tal carácter, el instrumento elaborado goza de autenticidad per se, por corresponder a actuaciones de una persona en ejercicio de la función pública. En consecuencia, los hechos relatados como cumplidos por ella o pasados en su presencia, hacen plena fe hasta tanto no sean argüidos de falsos, por acción criminal o civil, en juicio principal o en incidente, en los términos del art. 383 del C.C. Es así que la única forma de enervar su contenido materia era esta vía, y no la de solicitar si cambio ante un informe que le es desfavorable a la Señora Blanca Selva Fleitas Amarilla, madre conviviente de la niña Silva Araceli Benítez Fleitas, como tampoco interponer recurso alguno contra el proveído del 27 de noviembre de 2008, ya que su designación ha quedado firme pasando a autoridad de cosa juzgada formal. No obstante, al sobrevivir la denuncia de la recursante contra la Lic. Lissa Ruth Benítez, hubiera sido conveniente que ésta se hubiera apartado para evitar suspicacia de parcialismo en su actuación en el presente caso, y así

dejar en libertad al Juzgado para designar una reemplazante que acompañe el régimen de relacionamiento dispuesto por el Tribunal.

Por otra parte, es notoria la conducta obstruccionista de la Señora Blanca Selva Fleitas Amarilla para que su hija se relacione con su padre, el Señor Isabelino Benítez Fernández, por cuyo motivo es oportuno advertir la vigencia del art. 96 del C.N. y A. sobre la modificación del régimen de convivencia, la que será posible mediante un debido proceso.

Por lo brevemente expuesto, soy de opinión que la providencia recurrida debe ser confirmada.

**OPINIÓN DE LA DRA. FULVIA NUÑEZ DE VERA Y ARAGON:** Me adhiero al voto del Miembro Preopinante por su mismo fundamento.

**RESUELVE:** CONFIRMAR la providencia recurrida en el sentido y alcance expuesto en el exordio de la presente resolución. **COSTAS** en esta Instancia a la parte apelante. **ANÓTESE**, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Nuñez de Vera y Aragón. Ante mí: María E. Galeano. Actuaría Judicial.*

--°--

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia.

La mera interpretación de normas jurídicas, donde puede haber disidencias entre la jueza y el Defensor, por esencia implica la inexistencia de agravios que resolver y que, a su vez, constituye la base ineludible para que el Tribunal resuelva una determinada cuestión sometida a su consideración.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención.

Si el defensor interviene como parte en representación directa del niño, deviene obvio que su rol como tal debe extenderse a todo tipo de juicio ya que como parte, tiene sobre sí la responsabilidad. Es más, puede solicitar las medidas que considere necesaria para la efectiva protección de los derechos del niño, controlar la marcha del proceso e incluso, reclamar al juzgado el cumplimiento de los plazos procesales, a menos esto es lo que se deduce de las prescripciones del artículo 163 del C.N. y A., en concordancia con la última parte del artículo 162 del C.N. y A.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención.

La palabra intervención que los artículos 162 y 168 del C.N. y A puede tener también otra connotación: la intervención del Defensor con carácter consultivo. Esto significa que, antes de dictar una sentencia definitiva o alguna otra resolución dentro de un juicio determinado, el juzgado corra vista al Defensor del niño con el objeto de saber su opinión sobre la cuestión que debe resolver.

**MAGISTRADO.** Facultades del magistrado.

Los magistrados no están facultados para resolver sobre la diferencia abstracta de criterios entre la Jueza y el Defensor.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención.

Es importante destacar que la mera interpretación de normas jurídicas, por parte de los intervinientes en un proceso, no debe ser motivo para incumplir una disposición judicial que no viola derechos y garantías de niños y adolescentes, sino por el contrario los protege.

**JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

En uso de sus atribuciones regladas y por el imperium del que se halla investido el Juez, éste podrá disponer todo lo que sea necesario para proteger los derechos del niño y adolescente en atención del Interés Superior de los mismos.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención.

No existe prohibición legal alguna para que en los juicios en los cuales no tiene necesaria intervención los Defensores Públicos, éstos no puedan contestar las vistas corridole. Más aún cuando en la presente causa existen motivos suficientes para que el Defensor, asuma su rol y se pronuncie sobre el fondo de la cuestión.

**JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Esta magistratura entiende que el Defensor de la Niñez y Adolescencia en todos los casos en que el Juzgado requiera su opinión debe dárselas, por el principio del Interés Superior del Niño o Adolescente, por imperio de las leyes que conforman el ordenamiento jurídico nacional, Constitución Nacional, Tratados y Convenios Internacionales canjeados y ratificados por nuestro país y el Código de la Niñez y Adolescencia.

**MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA.** Defensor de la Niñez y Adolescencia. Intervención.

Ante la negativa del Defensor Público de emitir su dictamen el Juzgado podría enviar al Defensor que le sigue por el orden de turno y remitir los antecedentes a la Defensoría General para los fines consiguientes.

Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 20-07-2009. “I.A.G. s/ Guarda” (A. I. N° 272)

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por el Defensor de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Raúl A. Bogarín Alfonso contra el A.I. N° 31 de fecha 25 de marzo de 2009 dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno, y

## CONSIDERANDO:

## OPINIÓN DEL DR. SILVIO RODRÍGUEZ

Presentado el pedido de guarda por la señora L. R.G. con relación al menor I. A. G. (fl. 34), luego de algunos trámites de rigor, el Juzgado corrió vista de las actuaciones al ahora apelante por providencia del 2 de febrero de 2009 (fl. 56). El Defensor de la Niñez y la Adolescencia sostuvo que su intervención este juicio no era necesaria fundando su posición en la disposición contenida en el artículo 168 del C.N. y A. que dice: *“Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los Defensores, y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención”* (fl. 57).

Así las cosas, por A.I. N° 31 del 25 de marzo de 2009, ahora recurrida, el Juzgado resolvió cuanto sigue: *“Remitir estos autos a la vista del Defensor de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Raúl A. Bogarín Alfonso a fin de que se expida sobre el fondo de la cuestión de conformidad a lo requerido en el proveído del 26 de diciembre de 2008 y dispuso comunicar el contenido de la presente resolución a la Defensoría General”* (fl. 59). La posición asumida por la A Quo se ha sustentado en el artículo 162 del C.N. y A. que establece lo siguiente: *“Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública. Será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”*.

Tal como puede apreciarse, se trata de criterios contrapuestos igualmente atendibles, haciendo la salvedad que en el memorial presentado por el Defensor de la Niñez y la Adolescencia solamente se repite los mismos argumentos expuestos al negarse a dar respuesta a la vista corrídole (fl. 61/62). No obstante, si bien tengo mi propia opinión sobre esta cuestión, que la expondré después, lo cierto y concreto es que este Tribunal carece de competencia para un pronunciamiento sobre criterios diferentes entre Juzgados y Defensores, naturalmente teniendo en cuenta las enunciaciones del artículo 161 del C.N. y A. En otros términos, la mera interpretación de normas jurídicas, donde puede haber disidencias entre la Jueza y el Defensor, por esencia implica la inexistencia de agravios que resolver y que, a su vez, constituye la base ineludible para que el Tribunal resuelva una determinada cuestión sometida a su consideración. Es más, cualquiera sea el contenido de un hipotético punto de vista del Tribunal sobre este tema, no tendría carácter vinculante para la Defensoría General ni para los otros Defensores.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, soy de parecer que este Tribunal debe simplemente declararse incompetente para estudiar y resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución recurrida. Hecha esta aclaración, expondré mi punto de vista sobre la confrontación de criterios que entre los mismos Defensores existe llegándose a extremos inconciliables entre sí. a) Por una parte, no cabe dudas que, unidas las disposiciones de los artículos 162 y 168 del C.N. y A., los Defensores tienen necesaria intervención en los juicios de tutela, adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato. Esta

es la posición asumida por del Defensor apelante en estos autos. b) La otra posición es la siguiente: Como el artículo 162 hace referencia a la patria potestad a secas, la posición contraria es que los Defensores tienen que intervenir en todos los procesos, trátese de medidas cautelares, asistencia alimentaria en todos sus aspectos y en, fin en todos los juicios en los cuales estén en juego el interés superior del niño.

En mi opinión, para una correcta hermenéutica sobre este tema, necesariamente debe hacerse la siguiente distinción. Si el Defensor interviene como parte en representación directa del niño, deviene obvio que su rol como tal debe extenderse a todo tipo de juicio ya que, como parte, tiene sobre sí esa responsabilidad. Es más, puede solicitar las medidas que considere necesaria para la efectiva protección de los derechos del niño, controlar la marcha del proceso e incluso, reclamar al Juzgado el cumplimiento de los plazos procesales, al menos esto es lo que se deduce de las prescripciones del artículo 163 del C.N. y A., preceptiva que está en concordancia con la última parte del artículo 162 del C.N. y A. que dice: *“En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”*, frase que confirma la premisa de la cual parto.

La palabra intervención que los artículos 162 y 168 del C.N. y A. puede tener también otra connotación: La intervención del Defensor con carácter consultivo. Esto significa que, antes de dictar una sentencia definitiva o alguna otra resolución dentro de un juicio determinado, el Juzgado corra vista al Defensor del Niño con el objeto de saber su opinión sobre la cuestión que debe resolver. Creo que aquí está el quid de la cuestión y la respuesta no puede ser unívoca. En efecto, si luego de concluidas las tramitaciones de un juicio de convivencia o de relacionamiento, un aumento o disminución de asistencia alimentaria, por citar los casos más frecuentes, sin que en dichos juicios el Defensor no tuvo participación en las audiencias, en especial en las audiencias en las cuales el niño dio su opinión, la vistas con el carácter consultivo no tienen razón de ser. En efecto, sin perder de vista que su dictamen no tiene carácter vinculante para el Juzgado, su función se reduciría a la de un simple relator para el Juzgado, función que no se halla prevista como tal entre las enunciadas en el artículo 163 del C.N. y A. En síntesis, habrá juicios en los cuales la opinión del Defensor del Niño puede ser gravitante, como en los procesos de reconocimiento o impugnación de la paternidad, procesos en los que estimo deben incluirse la intervención necesaria de la figura creada para propender a la defensa de los niños, y habrá otros en los cuales se corre la vista solamente para dar un respiro al Juzgado antes de dictar la sentencia que corresponde.

Con estas disquisiciones estimo haber demostrado que el problema radica únicamente cuando la vista corrida al Defensor del Niño tiene el carácter consultivo que antes expuse. En cuanto a la resolución recurrida, considero apropiado que se remita copia de dicha resolución para conocimiento de la Defensoría General. Efectivamente, el artículo 162 del C.N. y A. dice en su primer párrafo: *“Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública”*. Y bien, si bien el Ministerio de la Defensa Pública carece hasta el momento de una Ley Orgánica que regule su funcionamiento, en virtud de la Acordada N° 85 del 08/05/98, la Corte Suprema de Justicia estableció una reglamentación, que rige transitoriamente por supuesto, y en dicha

Acordada, específicamente en el artículo 4°, inc. a), dispone que entre las atribuciones del Defensor General, en este caso Defensora General, está la de ejercer la Superintendencia técnica del Ministerio de la Defensa Pública en todo el territorio de la República y en el ejercicio de esta potestad puede ordenar instrucciones generales o particulares.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, como la cuestión suscitada en autos guarda relación con la interpretación de normas jurídicas y afecta al servicio que deben prestar los Defensores de la Niñez y la Adolescencia, soy de parecer que la Defensora General, en el uso de sus atribuciones, es la que debe hacer primar uno de los criterios ya analizados suficientemente por mi parte de acuerdo con otras disposiciones de la mentada Acordada, entre ellas, la creación del Consejo de Coordinación del Ministerio de la Defensa Pública (art. 1°). Finalmente, soy de parecer que en casos análogos, el Juzgado debe limitarse a comunicar a la Defensoría General de situaciones análogas que puedan presentarse o solicitar que se designe otro Defensor que reemplace al renuente a emitir su dictamen. Tal como lo explicité con anterioridad, es mi opinión sobre la única cuestión sometida a consideración de este Tribunal y me reafirmo que esta Sala no está facultada para resolver sobre la diferencia abstracta de criterios entre la Jueza y el Defensor. Así concluyo mi opinión en este caso, interesante para un curso de capacitación o un debate amplio, pero ajena a la discusión y decisión de este Tribunal.

#### OPINIÓN DE LA MIEMBRO FULVIA IMELDA NÚÑEZ DE VERA Y ARAGÓN:

La Sra. L. R. G. (abuela) se presentó a solicitar la guarda del menor I.A.G. de 5 años de edad, contra el Sr. A. G. (progenitor), bajo patrocinio de la Abog. María Amalia Rachid, Defensora de Pobres y Ausentes en la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno. Por proveído de fecha 2 de febrero de 2009, obrante a fs. 56, el Juzgado corrió vista de las actuaciones a la Defensora de la Niñez y la Adolescencia correspondiente.

Al evacuar el Dictamen N° 29 de fecha 10/02/09, el Defensor Público Raúl A. Bogarín Alfonso, se limitó a ilustrar al Juzgado acerca de la interpretación que él posee del alcance de los artículos: 162;168;175 y concluye en síntesis, que su intervención no es necesaria.

Desde sus inicios, la presente causa no debió seguir su curso por adolecer de requisitos formales indispensables. Así las cosas, el escrito de solicitud de guarda (Fs. 34/35) se halla patrocinado por la Defensora Pública de Pobres y Ausentes. Al respecto, el art. 97 del C.O.J. establece: ...a) El ejercicio de la profesión de abogado es incompatible con la calidad de funcionario público dependiente del Poder Ejecutivo o Judicial, o Miembro de las Fuerzas Armadas y Policiales, en servicio activo; b) Es obligatorio el patrocinio de Abogado en todo asunto propio, judicial o administrativo... Ni los jueces o tribunales, ni las autoridades administrativas darán curso a presentación alguna que no se ajuste a lo dispuesto en este artículo (art. 6 de la Ley 1376/88) y el art. 59 del C.P.C. que dice: "...El patrocinio obligatorio previsto en los art. 87 y 88 del C.O.J. sufre una excepción: "No será necesario el patrocinio letrado cuando se actuare...para solicitar declaratoria de pobreza" (Art.58 C.P.C.)

La Sra. L. R. G., obtuvo el beneficio de litigar sin gastos por A.I. N° 285 de fecha 17 de julio de 2007. El art. 595 del C.P.C. claramente establece: “Defensa del beneficiario (litigar sin gastos). La representación y defensa del beneficiario será asumida por el Defensor Oficial, salvo que aquél desee hacerse patrocinar o representar por abogado de la matrícula...”, en concordancia de lo dispuesto en el art. 594 (C.P.C.) que dispone : “...cuando fuere concedido, el beneficiario estará exento de los mismos (gastos y costas)...”. Así las cosas el beneficiario no se halla exonerado de la representación debida para estar en juicio.

La Defensora Pública debe estar munida del mandato conferídole por la Sra. L. R. G. para presentarse en el juicio de solicitud de guarda.

Así tenemos que el Art. 57 del C.P.C., dispone que “La persona que se presente en juicio por un derecho que no sea propio, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste, cumplir con lo dispuesto en el art. 47 y denunciar el domicilio real de la persona representada.

El mismo cuerpo legal (C.P.C.) en su art. 59, establece que: “Se tendrá por no presentado y se devolverá al interesado, sin más trámite ni recurso, todo escrito que debiendo llevar firma de letrado no la tuviere”, en concordancia del art.60 (C.P.C.) que establece “...será nulo todo lo actuado...”

El Defensor Público de la Niñez y la Adolescencia Abog. Raúl A. Bogarín Alfonso, se alza contra el A.I. N° 31 del 25 de marzo de 2009, por el cual el Juzgado resolvió “Remitir estos autos a la vista del Defensor de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Raúl A. Bogarín Alfonso a fin de que se expida sobre el fondo de la cuestión de conformidad a lo requerido en el proveído del 26 de diciembre de 2008 y dispuso comunicar el contenido de la presente resolución a la Defensoría General” (fs.59).

Analizados los fundamentos esgrimidos por la A-quo, se tiene que su posición se sustenta en lo dispuesto en el art. 162 del C.N. y A. que dispone cuanto sigue: “Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del ministerio de la Defensa Pública. Será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiere que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando este no tuviese defensor particular”, en lo preceptuado en el Art. 168 C.N. y A. que hace referencia a: “Las partes en el procedimiento: el niño o adolescente, sus padres, los tutores, los Defensores y el Ministerio Público...” y en el art. 163 del mismo cuerpo legal que expone: De las funciones del Defensor de la Niñez y la Adolescencia. c) “Velar por los derechos del niño o adolescente, de oficio o a petición de parte, asumiendo su representación ante las autoridades judiciales y requiriendo las medidas de protección que considere necesarias para el mejor cumplimiento de su cometido”.

El Defensor recursante, al expresar agravios, no satisfizo los requisitos establecidos en el Art. 395 del C.P.C para viabilizar el recurso de apelación interpuesto contra el A.I. N° 31 de fecha 25 de marzo de 2009.

En efecto el art. 395 del C.P.C. dice: “Procedencia del Recurso. El recurso de apelación solo se otorgará de las sentencias definitivas, y de las resoluciones que decidan incidentes o causen gravamen irreparable. Se entenderá por tal el que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva. El recurrente no ha expresado en qué consiste la lesión, agravio

y/o perjuicio que le ocasiona la resolución recurrida. El mismo se limitó a repetir los argumentos expuestos a fs. 61/62 al no dar cumplimiento a la disposición del Juzgado (fs.56). En su escrito de interposición del recurso de apelación realiza manifestaciones tendientes a interpretar a su modo los artículos: 162;168 del C.N. y A. y dar recomendaciones “en materia procesal y delimitación de funciones y atribuciones de los ejecutores de justicia. Hace hincapié de la celeridad y aconseja seguir el trámite previsto en el Art. 167”.

En primer lugar es importante destacar que la mera interpretación de normas jurídicas, por parte de los intervinientes en un proceso, no debe ser motivo para incumplir una disposición judicial que no viola derechos y garantías de niños y adolescentes, sino por el contrario los protege. En el caso que nos ocupa se puede traer a colación el dicho: “Lo que abunda no daña”.

Es importante destacar que en uso de sus atribuciones regladas y por el imperium del que se halla investido el Juez, éste podrá disponer todo lo que sea necesario para proteger los derechos del niño y adolescente en atención del Interés Superior de los mismos.

No existe prohibición legal alguna para que en los juicios en los cuales no tiene necesaria intervención los Defensores Públicos, éstos no puedan contestar las vistas corridole. Más aun cuando en la presente causa existen motivos suficientes para que el Defensor, asuma su rol y se pronuncie sobre el fondo de la cuestión. (ver informes de fs.52;55). La A-quo, no le dio intervención en la causa por tanto no es parte. Le corrió vista para conocer su opinión o consejo.

Es necesario puntualizar que el Defensor apelante, por un lado manifiesta no ser parte esencial en la presente causa y se niega a contestar la vista corridole; por la otra apela la resolución. La pregunta: Tiene o no legitimación activa para alzarse contra la resolución del Juzgado?.

Esta Magistratura entiende que el Defensor de la Niñez y la Adolescencia en todos los casos en que el Juzgado requiera su opinión debe dárselas, por el principio del Interés Superior del Niño o Adolescente; por imperio de las leyes que conforman el ordenamiento jurídico nacional: Constitución Nacional; Tratados y Convenios Internacionales canjeados y ratificados por nuestro país y el Código de la Niñez y la Adolescencia.

En los casos como el suscitado en autos, ante la negativa del Defensor Público de emitir su dictamen, el Juzgado podría enviar al Defensor que le sigue por el orden de turno y remitir los antecedentes a la Defensoría General, para los fines consiguientes.

Que el Defensor de la Niñez y la Adolescencia recursante, no ha realizado el estudio minucioso, detallado de la resolución impugnada. No ha puntualizado en qué consisten sus agravios y no ha señalado el perjuicio que le ocasiona el A.I. N° 31 de fecha 25 de marzo de 2009.

Que, en autos se está ante una resolución dictada en un juicio desprolijo en el cual se han violado formas y solemnidades que prescriben las leyes. Así las cosas, no se ha observado lo dispuesto en los art. 59;87 y 97 del C.O.J.; Ley 1376/88; art. 57;59;60 y 595 del C.P.C.

En uso de las atribuciones conferidas al Tribunal previsto en el Art. 420 del C.P.C. y en atención a lo establecido en el art. 113 del mismo cuerpo legal, en concordancia con el art. 359 del C. Civil, que estatuye “ Cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarado de oficio por el juez...”

Por las consideraciones vertidas, soy de parecer que corresponde declarar la nulidad del A.I. N° 31 de fecha 25 de marzo de 2009 y todas las actuaciones que lo precedieron y retrotraer el procedimiento a fs. treinta y tres (33) de autos. Es mi voto.

**OPINIÓN DEL DR. ARNALDO SAMUEL AGUIRRE:**

Me adhiero al voto de la Dra. Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón por sus mismos fundamentos.

**POR TANTO**, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia.

**RESUELVE: DECLARAR NULA** el A.I. N° 31 de fecha 25 de marzo de 2.009 y todas las actuaciones que la precedieron y retrotraer el procedimiento a fojas 33. **DISPONER** la devolución de estos autos al Juzgado de origen a los efectos procesales que correspondan. **REMITIR** copia autenticada de la presente resolución a la Defensoría General. **ANÓTESE**, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Núñez de Vera y Aragón. Ante mí: María E. Galeano. Actuaría Judicial.*

--°--

**CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. ALIMENTOS.** Procedimiento.

En cuanto a la caducidad no puede prosperar por tratarse de una Medida Cautelar de Protección, en su momento dictado en atención del Interés Superior del Niño.

**MENORES.** Medidas cautelares en menores.

Las Medidas Cautelares de Protección insertas en el art. 175 del C.N. y A. adoptan los jueces por el “imperium” que tiene como órgano jurisdiccional y en atención al Interés Superior del Niño, pudiendo mantenerse vigente o dejado sin efecto.

**PATRIA POTESTAD.** Derechos y obligaciones inherentes de la patria potestad.

Es importante recordar que la Patria Potestad, ejercen en igualdad de condiciones los progenitores y este ejercicio conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos y además, entre otras cosas implica: a) Velar por su desarrollo integral b) Proveer su sostenimiento y su educación c) Dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo y d) Vivir con ellos.

**PATRIA POTESTAD.** Derechos y obligaciones inherentes de la patria potestad. Régimen de convivencia.

Lo dispuesto en el art. 53 de la C.N., el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estatuyen claramente que los hijos no deben separarse de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que la convivencia sea lesiva al Interés Superior del Niño.

Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 29-07-2009. “L.A.A. s/ Guarda Provisoria” (A. I. N° 294)

VISTO: El recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Defensora de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Raquel Noguera, contra el A.I. N° 102 de fecha 27 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de Luque y,

#### CONSIDERANDO:

En la resolución recurrida, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia de Luque resolvió: 1) No Hacer lugar, al pedido de caducidad de Instancia ni falta de presupuestos legales deducidos en el presente juicio y, 2) Confirmar la guarda a la Sra. A. G. A. como Medida Cautelar y Provisoria dispuesta por providencia de fecha 25 de setiembre de 2008, de la niña L.A., con todas las responsabilidades inherentes al cargo.

Contra esta resolución interpone recurso de Reposición y Apelación en subsidio, la Defensora Pública, Abog. Raquel Noguera López, en lo medular cuestiona que no se le dio intervención a los padres de la niña L. A. A. S., los señores A.S.V. y D. A. A., violando con este hecho principios Constitucionales y Leyes Internacionales.

En cuanto a la caducidad, en el caso que nos ocupa, no se puede prosperar por tratarse de una Medida Cautelar de Protección, en su momento dictado en atención del Interés Superior del Niño y el apelante en el escrito de fundamentación del recurso de apelación no ha hecho una crítica razonada del fallo al respecto.

#### En cuanto a la Guarda. CUESTIÓN FÁCTICA:

Los hechos que sucedieron y que dieron lugar a la Medida Cautelar Provisoria de Guarda de la niña L. A. A. S., a la Sra. A. G. A., fueron: Conforme las manifestaciones vertidas por la madre de la menor, Sra. Agustina Silguero Villalba, en ocasión de comparecer a la audiencia para ser oída ante este Tribunal (fs. 85), quien en dicha ocasión dijo: El motivo por el cual su hija L.A., quedó con la Sra. A., fue porque tuvo seguido sus dos hijas menores y su papá se fue a trabajar en San Estanislao y la misma se encontraba con problemas de salud por una anemia, muy debilitada. El año pasado, en el 2008, Lidia A., se iba a ir con ella a Juan de Mena pero le volvieron a inscribir en la escuela de Luque, motivo por el cual no le entregaron para llevarla consigo. En el Juzgado de Luque, le dijeron para que se quede a terminar el año 2008. En el año 2009, cuando se fue para retirar a su hija L. A., para entrar en la escuela de Juan de Mena, le hicieron “desastre en la casa de la Sra. A. tanto la Sra. A. y su mamá y, ante el llamado de estos vinieron los vecinos a agredirle. En esa ocasión A. y su prima vinieron a cortarle la ropa (a la madre de L. A.) con cuchillo y la Sra. G. A., la mamá de la Sra. A., le agarro con un palo y, en esa ocasión estuvo acompañada del Sr. V.V., hermano de su mamá quien la defendió, le hicieron correr a su hija L. A., a cargo de un joven de 16 años y, desde esa vez no pudo llegar más a la casa y relacionarse así con su hija. No quiere ir más sola, dice estar traumada. Ese hecho denunció en la Comisaría de Tarumandy – Luque, en este año (2009). En el preguntado 8), dijo: *“Yo quiero retirar a mi hija de la Sra. A. de forma definitiva, tengo las condiciones económicas para hacerlo y la suficiente capacidad emocional para atender personalmente a mi hija en forma integral”. Agrega que su hija corre peligro porque le hacen ordeñar vaca, a alimentar esas vacas, le mandar a atar a un perro bravo de la casa y le enseñan a*

*la niña que cuando vengan sus padres, le suelte al animal*". Seguidamente, se ratifica en todas las actuaciones de la Defensora Pública, específicamente, en los escritos de fs.47/48; 58/59 de autos. En cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal, presentó los documentos obrantes a fs. 91/94 de autos. El padre de la niña L. A., Sr. D.A. A., en ocasión de ser oído por este Tribunal (fs. 88), dijo: "Que reside en la Colonia R. M. en Juan de Mena, con la madre de sus hijos, la Sra. A. S.y sus dos hijas menores: L. J. y L. P.. No se relaciona desde 7 meses atrás con su hija L. A., después del incidente que tuvo Agustina en la casa de mi hermana G.A. y A. G., yo también tuve problemas cuando fui a visitar a mi hija y la llevaron hacia el corral de las vacas, donde no se me permitió ingresar. Las veces que quedaba esperando por horas". Siguió diciendo: "Yo lo que quiero en mi vida, es que L. A. vuelva con su madre con quien vivo en Juan de Mena y que crezca con sus hermanas. Yo les voy a seguir ayudando siempre. La niña L. A. A. S., al ser oída (fs. 84), manifestó: "Que, en las vacaciones de invierno, jugó, estudió y le ayudó a su abuela (por los padres de A. G.) a ordeñar vacas y que ella sabe ordenar". Que en varias ocasiones fue a vivir con su mamá y regresó en forma sucesiva, con sus abuelos. Que no desea vivir con sus padres y hermanas, porque "no está acostumbrada".

Los antecedentes hacen relación al Acta de Manifestación realizada por la Sra. A. G.A., ante el Ministerio Público de Luque, en el año 2006 (fs. 4); la Denuncia elevada al Juzgado por la Agente Fiscal de la Niñez y la Adolescencia, Abog. Monalisa Muñoz de Lovera (fs. 5) y la reiteración obrante a fs. 7 del año 2008. Por providencia de fecha 25 de setiembre de 2008, el Juzgado otorgó la Guarda de la niña L. A.A. S. a su prima, la Sra. A. G. A. y, por A.I. N° 102 de fecha 27 de marzo de 2009, el Juzgado en el apartado 2) Confirmó la guarda a la Sra. A. G. como Medida Cautelar y Provisoria de la niña L. A. A. S.

#### CUESTION JURÍDICA:

En principio, no se acreditó el peligro de pérdida o frustración inminente del bien jurídico a ser protegido, en este caso la menor L. A. El Ministerio Público se limitó a tomar Acta de Manifestación de la Sra. A. G. (fs. 4), no imprimió ningún tipo de investigación relacionada a conocer la situación de la menor L. A., en poder de terceros, por tantos años sin comunicar a la autoridad competente. No se acreditó ninguna urgencia que amerite la disposición adoptada por proveído de fecha 25 de setiembre de 2008 (fs. 8), sin ser oídos los padres de la menor, los señores A.S. V. y D. A.A., quienes a su vez, no instaron los órganos judiciales para restablecer la situación jurídica de su menor hija. Con posterioridad (fs. 38), la madre fue oída, pero no atendida en sus reclamos, por el Juzgado.

En autos no se acreditó el supuesto trastorno mental temporal que padece la madre de la menor L. A., Sra. A. S. V.

Las Medidas Cautelares de Protección insertas en el art. 175 del C.N. y A. adoptan los Jueces por el "imperium" que tienen como órgano jurisdiccional y en atención al Interés Superior del Niño, pudiendo mantenerse vigente o dejado sin efecto.

El art. 53 de la C.N. dispone claramente "que los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad", en perfecta consonancia con lo establecido en el art. 54 de la misma Carta Magna, que en el

último párrafo dice: “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”.

Es importante recordar que la Patria Potestad, ejercen en igualdad de condiciones los progenitores y este ejercicio conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos y, además, entre otras cosas implica: a) Velar por su desarrollo integral; b) Proveer su sostenimiento y su educación; c) Dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo y, d) vivir con ellos (Art. 70 y 71 del C.N. y A.).

#### CONCLUSION:

Con respecto a la necesidad de mantenerse o dejarse sin efecto la medida cautelar de protección, de guarda provisoria, es importante puntualizar cuanto sigue: 1) ¿Tiene la menor padres?; 2) ¿Son aptos para cumplir su rol?; 3) ¿Se encuentra en estado de peligro la niña L. A.?; 4) ¿Con quiénes vive L. A.?; 5) ¿Existe urgencia ante el peligro, de proteger a L. A. A. S.?

El apreciado Colega, Miembro de la Sala, Dr. Silvio Rodríguez, en su libro “Código de la Niñez y la Adolescencia. Procedimiento General. Caracteres, Principios y Estructura”. Intercontinental Editora. Año 2009. Pág. 258, apunta: “Las Medidas Cautelares a Protección son aquellas que tienen como finalidad la protección del interés Superior del Niño y Adolescente, principio al cual debe dársele contenido en cada concreto”.

El art. 175 del C.N. y A. establece: “Son consideradas medidas cautelares de protección: a) La guarda o el abrigo, b) La restitución en el caso previsto en el art. 95 y concordantes... f) Las demás medidas de protección establecidas por este Código, ...necesarias en interés superior o para la seguridad del niño o adolescente.

Al contestar al interrogante, observamos que: 1) L. A. A. S. tiene padres: La Sra. A.S. V. y el Sr. D. A. A.; 2) Son aptos los progenitores para cumplir las obligaciones inherentes a la Patria Potestad. Al respecto, la Psicóloga Forense, en su impresión diagnóstica (fs. 86), dijo: “La Sra. Agustina presenta actitud positiva ante la maternidad y buena capacidad para dar efecto a sus hijos”. “El padre presenta actitud positiva ante la paternidad y buena capacidad de dar afecto a su hija (fs. 88, vlto.). La niña L.A. expresa verbalmente: “mis padres no me hicieron nada, lo que pasa es que no estoy acostumbrada a vivir con ellos”. En su expresión no verbal manifiesta hacia sus progenitores rechazo... L. A., se encuentra programada inconscientemente para rechazar a sus padres por personas de su entorno” (Síndrome de Alineación Parental SAP); 3) Actualmente la niña L. A. A. S. vive en la casa de la guardadora, Sra. A.G.y los padres de A. G. A. en Tarumandy – Luque; 4) Conforme se lee en las manifestaciones de la menor L. A., que ella ayuda a su abuela (por la madre de A.) “a ordeñar vaca y que sabe ordeñar” (fs. 84) y las manifestaciones de la madre de la menor Agustina Silguero Villalba: “...Que su hija (por L.A.) corre peligro porque le hacen ordeñar y alimentar a las vacas, le mandan atar a un perro bravo y le enseñar a la niña que cuando vengan sus padres le suelte al animal” (fs. 85, vlto.), y las manifestaciones del progenitor, Sr. D. A. A. (fs. 88), dijo: “...Le escondieron a mi hija y le llevaron hacia el corral de las vacas”... “inculcan a su hija para levantarse en contra de sus padres”... “quiero que L.A. vuelva con su madre y crezca con sus hermanas en el seno familiar”; 5) Sin lugar a dudas, la niña L. A.A. Silguero, de tan solo 8 años de edad, se encuentra en grave estado de peligro, bajo la guarda provisoria de la Sra. A. G.y residiendo

en la casa donde habitan tanto A. G.A. y los padres de ésta. Cabe señalar que la madre de A., G. A., es la hermana del padre de la menor L. A., el Sr. D. A. A., habida cuenta lo denunciado por los padres de la menor al ser oídos y manifestado por la misma L. A., que “ordeña vaca”, “da de comer a las vacas” y a la agresividad de los que rodean a la menor lesionado su psiquis. Se infiere que la guardadora desea retener a L. A., para realizar tareas domésticas y de campo.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo en el art. 53 de la C.N. ya mencionado precedentemente, el art. 9 de la convención sobre los derechos del niño, estatuyen claramente que los hijos no deben separarse de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que la convivencia sea lesiva al Interés Superior del Niño. Aquí conviene mencionar que la guarda provisoria otorgada es a favor de parientes y no se solicitó la suspensión de la Patria Potestad del padre y de la madre. El art. 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia dice: “El niño o adolescente tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia, y en caso de falta o insuficiencia de recursos materiales de sus familiares, el derecho a que el Estado los provea. Queda prohibido separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocada la falta o insuficiencia de recursos”.

La perspectiva es clarísima: La niña L.A. A. S. de 8 años de edad, tiene el derecho de vivir con sus padres y sus hermanos, sin considerar las condiciones económicas. Si bien, se desprende de las afirmaciones de los progenitores, ambos poseen un buen ingreso económico, avalado con el informe agregado a fs. 82, remitido por la Consejería Municipal por los Derechos de Niño, Niña y Adolescente (CODENI) del Municipio de Juan de Mena, que dice: “Vista realizada a la residencia de la Sra. A. S. V. sobre las condiciones socio ambientales del lugar, que dicho lugar se encuentra en óptimas condiciones para el buen funcionamiento cotidiano a nivel familiar”.

De conformidad a las consideraciones vertidas, corresponde confirmar el primer apartado del A.I. N° 102 de fecha 27 de marzo de 2009; revocar el segundo apartado de la mencionada resolución y, en consecuencia, dejar sin efecto la Guarda Provisoria otorgada por el Juzgado como Medida Cautelar a la Sra. A. G., de la niña L. A.A. S.; restituir inmediatamente a la niña L.A. A. S., quien reside en el domicilio de la Sra. A. G.A. en el Barrio San Antonio – Tarumandy – Luque y/o del lugar donde se encuentre, a su madre, la Sra. A. S.V., y dado los antecedentes de violencia denunciada por los padres al ser oídos (fs. 85/86 y 88) y lo manifestado por la niña L. A. (fs. 84), disponer la intervención Fiscal y policial, con facultad de allanar domicilio, si necesario fuere, debiendo actuar todo conforme a derecho y con acompañamiento de la Actuaría de este Tribunal María E. Galeano O., debiendo labrar Acta de lo actuado, y la Psicóloga Forense, Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez. Es mi voto.

POR TANTO, el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia.

RESUELVE: CONFIRMAR el primer apartado del A.I. N° 102 de fecha 27 de marzo de 2009. REVOCAR el segundo apartado de la mencionada resolución Y, en consecuencia, dejar sin efecto la Guarda Provisoria otorgada por el Juzgado como Medida Cautelar a la Sra. A. G. A., de la niña L. A. S.)3) ORDENAR la inmediata restitución de la niña L. A. A. S., quien reside en el domicilio de la Sra. A. G. A. en el Barrio San Antonio – Tarumandy – Luque y/o del lugar donde se encuentre, a su madre, la Sra. Agustina Silguero Villalba, con

intervención del Fiscal de la Niñez y la Adolescencia de Turno de la Capital y Policial, con facultad de allanar domicilio, si necesario fuere, debiendo actuar conforme a derecho y con acompañamiento de la Actuaría de este Tribunal María E. Galeano O., debiendo labrar Acta de lo actuado, y la Psicóloga Forense, Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez, en el sentido y alcance de exordio de la presente resolución. 4) LIBRAR OFICIO a la Comandancia de la Policía Nacional. Notifíquese. 5) NOTIFICAR al Agente Fiscal de la Niñez y la Adolescencia de Turno de la Capital y a la Psicóloga Forense, Lic. María Graciela Zelada de Rodríguez, para su cumplimiento. 6) ANÓTESE, regístrese copia a la Excma, Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Nuñez de Vera y Aragón. Ante mí: María E. Galeano. Actuaría Judicial.*

--°--

**MENORES.** Restitución de menores.

El vocablo arrebato en un sentido amplio, comprende el hecho de sustraer al niño o adolescente del lugar habitual de su residencia, centro de sus actividades.

**MENORES.** Restitución de menores.

En el caso si bien hubo un juicio de restitución protagonizado por el padre de la menor contra la abuela materna y no contra la progenitora, quedó probado que la niña fue retirada del hogar conviviente para realizar un relacionamiento filial paterno, lo cual impone el deber de restituirla dentro de un plazo acordado o dispuesto por resolución judicial.

Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 24-08-2009. “F.B.U.L s/ Restitución” (Ac. y Sent. N° 175)

CUESTIONES:

¿ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA?

EN CASO CONTRARIO ¿ES JUSTA?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Nuñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL MIEMBRO PREOPINANTE DIJO:

El Señor R. A. U. B., parte demandada, fundamenta la nulidad (fs. 300/301), y arguye que la a quo dictó sentencia tergiversando la realidad de los hechos, obviando un juicio de restitución con sentencia definitiva dictada a su favor por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno, y confirmada por este Tribunal. Manifiesta que existen dos sentencias contradictorias, ya que por una parte tiene que ejecutar una sentencia de restitución dictada a su favor y por otra el Juzgado otorga una restitución, siendo la única perjudicada su hija F.

En primer término, conviene aclarar que el juicio de restitución a que hace referencia, fue promovido por el nulidicente contra la Señora O. V. G. B., abuela materna

de la niña F. B. U.L., dentro del procedimiento general previsto en el C.N. y A., y no contra la Señora R. P. L. G., madre biológica de la niña, por lo que existiendo sujetos diferentes de legitimación pasiva, no cabe alegar como motivo de nulidad la sentencia recurrida, En segundo lugar, es importante resaltar que el Juzgado siguió el trámite previsto en el art. 94 del C.N. y A., sujetándose así al debido proceso, situación procesal de relevancia para dictarse una sentencia válida. En concreto, no existen vicios nulificantes que afecten la solemnidad en el dictamiento de la resolución de la a quo, requisito por el art. 404 del C.P.C.

En las condiciones relacionadas, doy mi voto por desestimar el presente recurso.

A sus turnos, los Miembros Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL MIEMBRO PREOPINANTE DIJO:

La sentencia recurrida hizo al juicio de restitución promovido por la Señora R. P. L. Guerrero contra el Señor R. A.U. B.en relación a su hija, F. B.U. L., e impuso las costas en el orden causado.

Apela esta resolución el Señor R. A. U. B., fs. 301/304. Expresa agravios en estos términos: "...1) La mamá se va a España por casi tres años. 2) Durante todo ese tiempo mi hija vive con su abuela materna y se relaciona normalmente conmigo. 3) La mamá no aparece nunca en esta parte de la vida de mi hija. 4) Yo planteo la restitución por la vía ordinaria contra la abuela materna, evidentemente porque la mamá no estaba en el país y no procede la restitución especial contra la abuela. 5) Yo gano la restitución por la vía ordinaria contra la abuela en Primera Instancia y que fue confirmada por la Cámara de Apelación de la Niñez y la Adolescencia. 6) Aparece la mamá y a pesar de estar ausente durante casi tres años y sin ser parte del proceso que sostengo contra la abuela, plantea la restitución por la vía especial y se le otorga, sosteniendo la Jueza que la niña siempre vivió con la mamá y la abuela... con la abuela sí, pero con la mamá hace tres años que no... entonces ¿en qué quedamos? 7) No existe arrebato, no se configura el arrebato establecido como condición sine qua non en el art. 94 del C.N. y A., el mismo defensor lo sostiene, yo lo único que hice al llevarle a F. a vivir conmigo es cumplir con la sentencia de restitución que me ha otorgado la Jueza de Primera Instancia y que fuera confirmada por V.V.E.E...". Formula otras consideraciones y concluye solicitando al Tribunal, revocar la sentencia recurrida.

La Señora R.P.L.G. contesta los agravios del apelante, y solicita al Tribunal dictar resolución, confirmando la sentencia recurrida, fs. 309/312.

El punto neurálgico de la litis resulta de la audiencia de sustanciación llevada a cabo a fs. 48 para determinar si hubo o no el mencionado arrebato por parte del progenitor, Señor R. A. U. B., respecto a su hija F. B. U. L., requisito exigido por el art. 94 del C.N. y A. En dicha ocasión, el accionado, dijo cuanto sigue: "... Quiero aclarar al Juzgado que en todo este tiempo desde el 2005 hasta hace 20 días la niña vivió con su abuela materna señora O. V. G.B.. Mi hija está viviendo conmigo hace 20 días en forma continua, anteriormente vivía con su abuela como ya lo manifesté, porque ellos no me dejan relacionarme normalmente con mi hija, a pesar de que la Sentencia N° 465 de fecha 14 de

setiembre de 2007 ha resuelto a favor mío, la referida sentencia nunca fue ejecutada debido a que la misma fue apelada...”. La accionante, Señora R. P. L. G., alegó estos hechos: “... Que, en fecha 28 de noviembre de 2005 fui a España a trabajar por motivos netamente laborales, llegando a un acuerdo con el padre de mi hija, señor R. A. U. B., según el acuerdo glosado a fs. 2 de autos, según el cual de mutuo consentimiento tanto yo como el padre de mi hija, consentíamos en que la misma quede a cargo de mi madre señora O. V. G. B., hecho que se dio hasta que el padre de mi hija promoviera en el Juzgado de Igual Clase y Jurisdicción del Tercer Turno un juicio de restitución, el cual a pesar de haber sido otorgado a favor del señor R. A. U. no se dio cumplimiento efectivo y la niña siguió viviendo con mi madre como lo habíamos acordado anteriormente. Yo regresé al país los primeros días del mes de diciembre de 2008 ya con intenciones de radicarme definitivamente en el país”. A fs. 2, consta efectivamente el mencionado acuerdo, por el cual los progenitores de la niña acordaron que, mientras dure la ausencia de la madre, la misma estará en guarda provisoria con la Señora O. V. G. B., la abuela materna. También consta que el progenitor podrá retirar a su hija para realizar el régimen de relacionamiento. En esta audiencia se escucho a la niña, quien dijo: “... Que, desde que mi mamá viajo a España me quedé a vivir con mi abuela O., que desde que mamá volvió de España estuve con ella y pasé la Navidad y Año Nuevo con ella. Que, hace poco tiempo que me quedé a vivir con papá, pero me gustaría ir a vivir nuevamente con mamá y mi abuela O...”.

Esta pieza procesal tiene lógica con el escrito de demanda presentando por la Señora R. P. L. G.. Esta alegó que el señor R. A. U. B. pasó a buscar a la niña el sábado 21 de febrero de 2009, debiendo retornarla el día domingo a las 20:00 hs., hecho que no aconteció, a pesar de la intervención que le cupo ante el progenitor para que la niña retorne al hogar conviviente.

Expuestos estos hechos, queda la interrogante si hubo o no el arrebató por parte del progenitor para dar sustento a la acción. Considero que sí, porque el vocablo, en un sentido amplio, comprende el hecho de sustraer al niño o adolescente del lugar habitual de su residencia, centro de actividades. Este extrañamiento del lugar conviviente no se operó por medios idóneos o adecuados, que puede ser a través de un juicio de convivencia o una medida cautelar adoptada para protegerla, situación que no aconteció en el caso de autos. Si bien hubo un juicio de restitución protagonizado por el Señor R. A. U. B fue contra la abuela materna, y no contra la progenitora. Quedó probado, de las constancias de autos, que la niña fue retirada del hogar conviviente para realizar un relacionamiento filial paterno, lo cual impone el deber de restituirla dentro de un plazo acordado o dispuesto por resolución judicial. El mismo demandado confiesa en la audiencia esta circunstancia, que retiró a su hija y la retuvo por el obstáculo que le imponen en el hogar conviviente para efectivizar el relacionamiento, asumiendo de esta manera su absoluta responsabilidad en el hecho, y que nadie puede hacer justicia por mano propia. Al apartar su conducta de la ley, no hay duda que incurrió en una ilicitud, cuya reparación se impone, lo cual es posible mediante la restitución de la niña a su residencia habitual. Doy mi voto por la confirmatoria de la sentencia, imponiéndose las costas, en esta instancia, al apelante, de conformidad al art. 203 inc. a) del C.P.C.

A sus turnos, los Miembros Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** CONFIRMAR la sentencia apelada. IMPONER las costas, en esta Instancia, al apelante. ANÓTESE, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Nuñez de Vera y Aragón. Ante mí: Maria E. Galeano. Actuaría Judicial.*

--°--

**ALIMENTOS.** Prescripción liberatoria.

El derecho de asistencia alimenticia para los niños y adolescentes está fundado en el art. 53 de la C.N., como así mismo en el art. 70 y concordantes del C.N. y A. tratándose de un derecho derivado de las relaciones de familia, no es aplicable la prescripción liberatoria o extintiva, según dispone el art. 633 del C.C.

**ALIMENTOS.** Prescripción liberatoria.

Sí prescriben las pensiones o cuotas alimentarias que se fijan en la sentencia judicial, previo un debido proceso, o sea es una consecuencia patrimonial del derecho a la asistencia alimentaria, y es por eso que el art. 660 del C.C. establece en el inc. a) que prescriben por cinco años las acciones para reclamar los atrasos de pensiones alimentarias.

**ALIMENTOS.** Proceso. Diferencia entre cuotas alimentarias y pensiones.

El reconocimiento del derecho a los alimentos fluye de la propia ley, a diferencia de las cuotas alimentarias o pensiones que se fijan en resoluciones judiciales, o sea el derecho a esas sumas se origina en las sentencias. Como puede verse, ambos conceptos están unidos pero la ley de fondo le da un tratamiento diferenciado. Esto es así porque si en cinco años no se reclama la pensión asignada en sentencia judicial, va de suyo que no se necesita.

**ALIMENTOS.** Proceso. Pensiones alimentarias.

Las pensiones alimentarias fijadas en sentencias judiciales son de tracto o cumplimiento sucesivo, lo cual indica que cada una de ellas tiene un plazo de vencimiento y por ese motivo son independientes unas de otras. Este Tribunal siempre lo ha entendido así, por la forma de liquidarse los intereses moratorios. Cada una de ellas son deudas líquidas y con plazo que vence al transcurrir el tiempo de su exigibilidad.

**ALIMENTOS.** Proceso. Cuotas alimentarias. Notificación de la demanda.

El art. 647 inc. a) del C.C. donde se regla que la prescripción se interrumpe por demanda notificada al deudor, aunque ella haya sido entablada ante juez incompetente. Si la ejecución de la referida sentencia de asistencia alimentaria fue notificada mucho tiempo después de haberse dictado, es a partir de esta última que debe tenerse presente a los efectos

de computar el plazo para la prescripción respecto a las deudas atrasadas de pensiones, al interrumpirse el plazo en esa fecha.

### **JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.** Competencia.

El órgano natural y competente es la jurisdicción de la niñez y adolescencia en todo lo que respecta a la fijación de la cuota alimentaria, modificación, cesación y ejecución, para así establecer la manera de hacer efectivo el derecho del niño y adolescente a la asistencia alimentaria que proviene del ejercicio de la patria potestad originariamente, y en forma subsidiaria, deber a ser cumplido por los parientes indicados en el C.C. y en caso de ser imposible a éstos, el Estado.

Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 26-08-2009. “A.M.O.R s/ Prestación de Alimentos” (Ac. y Sent. N° 185)

#### CUESTION:

Es justa la sentencia recurrida?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez.

A LA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA EL MIEMBRO PREOPINANTE DIJO:

La sentencia recurrida no hizo lugar, a la excepción de prescripción interpuesta por el Sr. J. O. A., y llevó adelante, con costas, la ejecución promovida por la Sra. F. E. R.F. contra el Sr. J. O. Acosta por la suma de 15.750.000 gs. En concepto de alimentos adecuados, desde el mes de agosto de 1999 hasta octubre de 2008, más intereses, costos y costas del juicio.

El Sr. J.O. Acosta expresa agravios a fs. 67/70. Se transcribe los puntos resaltantes de su discurso: “...Que, en base a los cálculos realizados mi parte no se encuentra ajeno a abonar el monto de la prestación de alimento correspondiente a los CINCO AÑOS de atraso, no así por los DIEZ AÑOS solicitado por la señora Fátima Ramírez, en razón de que se ha operado en exceso la prescripción para el reclamo según se establece en el art. 660 inc. a) del C.C.P.”. “... Que, a raíz de dicha denuncia se ha llevado a cabo la audiencia Preliminar en fecha 2 de junio de 2009 ante el Juzgado de Garantía Nro. 10, en donde se ha llegado a un acuerdo por el cincuenta por ciento del monto establecido en dicha resolución que sería lo correspondiente a los cinco años y a la suma de guaraníes siete millones ochocientos setenta y cinco mil (Gs. 7.875.000), por lo que en ese mismo acto se realizó el pago de guaraníes un millón (Gs. 1.000.000) y el saldo será abonado en cuotas. Por lo expuesto, mi parte solicita como medida de mejor proveer, se remita estos autos al Departamento de Mediación, a fin de poder llegar a un acuerdo en los mismos términos del expediente Penal, a fin de no ser juzgado dos veces por la misma causa”. Termina solicitando al Tribunal revocar la resolución apelada.

La Sra. F.E.R.F. contesta los agravios del apelante, fs. 72/73, y tras exponer sus argumentos, solicita al Tribunal dictar resolución confirmando la sentencia recurrida.

El sub iudice plantea una cuestión compleja a ser resuelta, en el que es pertinente armonizar las normas jurídicas que rigen la materia de asistencia alimentaria, y su encuadramiento en el ámbito de la operación matemática, pues, habría que compatibilizar los plazos de la exigibilidad de la pensión alimentaria y el monto de la deuda reclamada, a la luz de la prescriptibilidad de la acción de las cuotas fijadas en la S.D. N° 330 del 28 de diciembre de 1999 y la fecha de su interrupción.

El derecho de la asistencia alimentaria para los niños y adolescentes está fundado en el art. 53 de la C.N., como asimismo, en el art. 70 y concordantes del C.N. y A. Tratándose de un derecho derivado de las relaciones de familia, no es aplicable la prescripción liberatoria o extintiva, según disponer el art. 633 del C.C. Sin embargo, sí prescriben las pensiones o cuotas alimentarias que fijan en la sentencia judicial, previo un debido proceso, o sea, es una consecuencia patrimonial del derecho a la asistencia alimentaria, y es por eso que el art. 660 del C.C. establece en el inc. a) que prescriben por cinco años las acciones para reclamar los atrasos de pensiones alimentarias. Es así que el reconocimiento del derecho a los alimentos fluye de la propia ley, a diferencia de las cuotas alimentarias o pensiones que se fijan en resoluciones judiciales, o sea, el derecho a esas sumas se origina en las sentencias. Como puede verse, ambos conceptos están unidos, pero, la ley de fondo le da un tratamiento diferenciado. Esto es así, porque si en cinco años no se reclama la pensión asignada en sentencia judicial, va de suyo que no se necesita.

Las pensiones alimentarias fijadas en sentencias judiciales son de tracto o cumplimiento sucesivo, lo cual indica que cada una de ellas tiene un plazo de vencimiento, y por ese motivo, son independientes unas de otras. Este Tribunal siempre lo ha entendido así, por la forma de liquidarse los intereses moratorios. Cada una de ellas son deudas líquidas y con plazo que vence al transcurrir el tiempo de su exigibilidad.

En el caso de autos, a fin de analizar la excepción de prescripción incoada por el ejecutado, deudor de los alimentos, requieren fijar nuestra atención en estos puntos esenciales que hacen a la solución de litis.

Hemos dicho recientemente que las pensiones o cuotas alimentarias adecuadas prescriben por el transcurso de cinco años. Aquí interesa si cuáles son esas cuotas prescriptas y el acto procesal que interrumpió el cómputo del plazo.

La S.D. N° 330 del 28 de diciembre de 1999 fijó la cuota alimentaria en 150.000 gs. Que el Sr. J. O. A., el ejecutado, debe abonar en concepto de asistencia alimentaria a su hija A. M. R., por mensualidades adelantadas y desde la iniciación de la demanda, y asimismo, ordenó la apertura de una cuenta en el Banco Central del Paraguay, a nombre del juicio, a la orden del Juzgado y de la Sra. F. E. R. (ejecutante).

La demanda se inició el 21 de julio de 1999, fs. 6, lo que establece la exigibilidad de la pensión alimentaria a partir de esa fecha, de tal manera que cada vencimiento indefectiblemente se produce el 21 de cada mes. Este dato es fundamental para determinar si se produjo o no la prescripción liberatoria.

En conexión con lo dicho, debemos tener presente el art. 647 inc. a) del C.C., donde se regla que la prescripción se interrumpe por demanda notificada al deudor, aunque ella haya sido entablada ante juez incompetente. Si bien la ejecución de la referida sentencia de asistencia alimentaria fue presentada el 6 de marzo de 2008, fs. 54, y a partir

de esta última, debe tenerse presente a los efectos de computar el plazo para la prescripción respecto a las deudas atrasadas de pensiones, al interrumpirse el plazo en esa fecha. A tenor de lo expuesto, hagamos el siguiente cuadro para tener un panorama claro de litis:

|                                                                                                                 |                            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| I) Inicio de la exigibilidad de las cuotas alimentarias:.....                                                   | 21 de julio de 1999        |
| II) Interrupción de la prescripción: .....                                                                      | 01 de diciembre de 2008    |
| III) Las cuotas alimentarias atrasadas (no prescriptas) y cuyos plazos fueron interrumpidos corre desde el..... | 21/11/08 hasta el 21/11/03 |
| IV) Las cuotas alimentarias a partir del 21/11/99 se hallan prescriptas por el transcurso de cinco años.        |                            |

Expuesto este cuadro, realicemos otra operación para determinar el quantum de la deuda del ejecutado, para lo cual, debemos tener en cuenta el monto reclamado por la ejecutante, quien impetra el pago por 8 años de atraso en un monto de 14.400.000 gs., fs. 25/26 o sea, a partir del año 1999, posteriormente aclarado en un monto de 15.600.000 gs. Más gastos de justicia, fs. 49. El Juzgado, según proveído del 12 de noviembre de 2008, tuvo por iniciado el juicio por un monto de 15.750.000 gs. en concepto de alimentos adecuados, desde agosto de 1999 hasta octubre de 2008, fs. 51. El ejecutado opuso la referida prescripción liberatoria quincenal, alegando cuanto sigue: "...QUE, los montos reclamados e incluidos en la liquidación pretendida y que datan desde Agosto 1999 a Diciembre de 2003 deben ser excluidas de la citada liquidación en razón a la prescripción de decae sobre los meses mencionados, que totalizan la cantidad de 53 (cincuenta y tres) meses, totalizando la suma de guaraníes siete millones novecientos cincuenta mil (Gs. 7.950.000) el cual debe ser deducido del total reclamado, quedando el saldo pendiente en la suma de Guaraníes siete millones ochocientos mil (Gs. 7.800.000)".

Trabada así la litis, y teniendo presente el plazo liberatorio transcurrido, según hemos expuesto recientemente, queda establecer la sumatoria del adeudo alimentario desde el 21 de noviembre del 2003 hasta el 21 de febrero de 2008, porque el ejecutante inició su demanda de ejecución el 6 de marzo del 2008. Entonces, el cómputo del adeudado asciende a una equivalencia de 51 meses, y que realizada la operación matemática arroja 7.650.000 gs. Sin embargo, el ejecutado reconoce que adeuda por 53 meses, lo que arroja 7.950.000 gs. y por esa suma se debe llevar adelante la ejecución.

Fue agregado el A.I. N° 444 del 2 de julio de 2009, dictado por el Juzgado de Garantías N° 10 recaído en la causa: "J. O. A. s/ incumplimiento de deber legal alimentario. Causa N° 1-1-2-17-2008-449" que hace lugar a la suspensión condicional del procedimiento a favor del alimentante por el plazo de tres años, imponiéndose las reglas de conducta entre las que se establece el pago a la querellante de la suma de 1.000.000 de gs. en el acto y el pago de la suma de 350.000 gs. en forma mensual, hasta completar el monto de 6.750.000 gs. que deberá ser depositado en la cuenta que se encuentra abierta en el juicio de prestación de alimentos del 01 al 10 de cada mes.

Naturalmente que esta resolución del Juzgado de Garantías Introduce un cambio sustancial en la forma de pago de las cuotas alimentarias, que fue establecida por Juzgado competente en la S.D. N° 330 del 287 de diciembre de 1999. También alteró el procedimiento de ejecución que está previsto en el C.P.C., recurriendo a otro de carácter distinto, incompatible con la naturaleza de la prestación alimentaria. Indudablemente, que este mejunje jurídico es difícil, si no imposible de resolver. Al respecto, en varios precedentes, hemos sostenido que el órgano natural y competente es la jurisdicción de la niñez y la adolescencia en todo lo que respecta a la fijación de la cuota alimentaria, modificación, cesación y ejecución, para así establecer la manera de hacer efectivo el derecho del niño y adolescente a la asistencia alimentaria que proviene del ejercicio de la patria potestad originariamente, y en forma subsidiaria, deber a ser cumplido por los parientes indicados en el C.C. y, en caso de ser imposible a éstos, el Estado. Valga lo dicho como comentario, cuya aclaración tendrá que venir por una Acordada que regle esta situación anómala en la materia porque crea un caos jurídico para los justiciables.

Atento a lo expuesto, soy de parecer que corresponde revocar la sentencia recurrida, y en consecuencia, hacer lugar a la excepción de prescripción liberatoria interpuesta por el Sr. J. A. A. por el monto de 7.950.000 gs., y llevar adelante la ejecución por el monto de 7.800.000 gs. Las costas, en ambas instancias, deben imponerse en el orden causado, dada la complejidad del debate y los fundamentos expuestos. Es mi voto.

A sus turnos, los Miembros Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón y Silvio Rodríguez, manifiestan que se adhieren al voto que antecede por los mismos fundamentos.

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

**RESUELVE:** REVOCAR la sentencia recurrida, y en consecuencia, hacer lugar a la excepción de prescripción liberatoria interpuesta por el Sr. J. O. A. por el monto de 7.950.000 gs. (Siete millones novecientos cincuenta mil guaraníes), y llevar adelante la ejecución por el monto 7.800.000 gs. (Siete millones ochocientos mil guaraníes), más intereses. **LAS COSTAS**, en ambas instancias, en el orden causado. **ANÓTESE**, regístrese, notifíquese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Nuñez de Vera y Aragón. Ante mí: María E. Galeano. Actuaría Judicial.*

--°--

### **PATRIA POTESTAD.** Régimen de convivencia.

El hecho de seguir tratamiento psicológicos o psiquiátricos no significa necesariamente que el padre de las menores sea un desequilibrado mental y por otra que cualquiera hayan sido los motivos que hayan dado lugar a dichos tratamientos, lo importante es que asumió su situación, posición que no todas las personas quieren o se animan a hacerlo, muchas veces por simples prejuicios.

**PATRIA POTESTAD.** Régimen de convivencia. Inclinationes sexuales de los padres.

A los efectos del régimen de convivencia lo que se juzga no son las inclinaciones sexuales sino su comportamiento como padre.

**PATRIA POTESTAD.** Régimen de convivencia. Costumbres de los padres.

Para los menonitas, dentro de su comunidad, el hombre ejerce la jefatura del hogar o el abuelo, como en el caso de autos, desde el punto estrictamente jurídico no podemos inmiscuirnos y mucho menos afirmar que dichas costumbres tienen el sesgo de la inconstitucionalidad.

**PATRIA POTESTAD.** Régimen de convivencia. Costumbres de los padres.

Es importante tener en cuenta para definir el régimen de convivencia el hecho que los menores se habituaron a vivir por mucho tiempo en un hábitat determinado, se identificaron con sus respectivos colegios, con sus amistades y compañeros de estudios, sin perder de vista las actividades cotidianas que realizan dentro de la ciudad de Filadelfia por lo cual no existiendo motivos valederos que tengan que ver con el comportamiento del padre como tal, no hay necesidad de apartar a las menores de sus statu quo en el cual se encuentran plenamente identificadas.

**PATRIA POTESTAD.** Régimen de convivencia.

Como la religión menonita es de orden práctico y no teórico, la misma sociedad es la que debe coadyuvar al cumplimiento del régimen de relacionamiento y asistir económicamente al padre en caso de necesidad.

Trib. Apel. De la Niñez y Adolescencia, 28-08-2009. “J.Y.A. y otra s/ Régimen de Convivencia” (Ac. y Sent. N° 193)

#### CUESTIONES:

Es nula la sentencia recurrida?

En caso contrario, ¿es justa?

Practicado el sorteo de ley resultó el siguiente orden de votación: Dr. Silvio Rodríguez, Dr. Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. 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 por haber incurrido en discriminación étnica y religiosa contrariando lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Nacional. Y esta norma dice cuanto sigue: “*Quedan reconocidas la libertad religiosa, la de culto y la ideológica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna confesión tendrán carácter oficial*” (1er. párrafo). Sigue diciendo la preceptiva que: “*Se garantiza la independencia y la autonomía de las iglesias y confesiones religiosas, sin más limitaciones que las impuestas en esta Constitución y las leyes*” (3er. párrafo).

Se trata este juicio de un régimen de convivencia promovido por la señora B. E. A.de E. contra el señor M. L. E.con relación a las niñas B. B.y J.Y.E. y, por consiguiente, de

acuerdo con el orden de prelación de las leyes debe aplicarse en primer lugar la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia, en ese orden por la cuestión en litigio. En este contexto, si la A Quo hizo una interpretación de normas constitucionales para fundar su fallo, lo que debe dilucidarse es si la interpretación es correcta o no.

Por otra parte, el nulidicente alega que en la sentencia tampoco se ha tenido en cuenta el contenido de la Ley N° 514 del 26 de julio de 1921 que otorga un reconocimiento especial a las comunidades menonitas. Sin embargo, de la lectura de la mencionada ley solamente puede extraerse como conclusión que las concesiones del Gobierno paraguayo a dichas colonias guardan relación con ciertas libertades relativas a la organización de las mismas en materia de explotación de tierras en el Chaco y la designación de sus autoridades. En resumen, se les garantizó el derecho de seguir sus costumbres religiosas con la contraprestación de realizar los trabajos atinentes a la explotación económica del Chaco en una época en que el país necesitaba con urgencia la colonización de la región occidental, tal como ocurrió con Catalina II de Rusia en la década de 1780 cuando vio la necesidad de colonizar Crimea. Después, los menonitas emigraron a Estados Unidos y Canadá, llegando al Paraguay los primeros menonitas de Rusia en el año 1927.

En fin, así como la Constitución Nacional le ha dedicado todo un capítulo a los pueblos indígenas y a las diferentes étnicas respetándose su derecho consuetudinario para la solución de conflictos jurisdiccionales, salvo que estén en contradicción a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Nacional (arts. 62 al 67), el límite derivado de la Carta Magna y de las leyes no puede dejar de valerse cuando la cuestión jurisdiccional como el régimen de convivencia se plantee independientemente a que los niños sean menonitas o no, tal como se verá más adelante. De acuerdo con las consideraciones que anteceden, doy mi voto por la negativa de la cuestión. Por lo demás, aquí lo que interesa analizar y decidir es si la convivencia otorgada se ajusta o no a derecho, tema que corresponde ser enfocado a través del recurso de apelación también interpuesto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón manifestaron que se adhieren al voto que antecede por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL PREOPINANTE DR. SILVIO RODRÍGUEZ DIJO: En la sentencia recurrida el Juzgado resolvió *hacer lugar a la presente demanda de régimen de convivencia promovida por la señora B. E. A. con relación a sus hijas B. y J.Y. A. contra el señor L.E. e impuso las costas a la parte demandada* (fls. 238/244).

Contra esta sentencia se alzan los profesionales D. F. V. A. y G. D. F. P., representantes convencionales del señor M. L. E. K. y en lo medular de su expresión de agravios dijeron que en la sentencia se han analizado las pruebas en forma parcial y desconociendo absolutamente cualquier otra prueba que pudiera haber echado luz sobre la situación. Por otra parte, que la prueba testimonial de la señora A. O. de H. carece de validez jurídica por haberse tomado inaudita partes ya que a fojas 169 de autos obra la nota de incomparecencia de la misma firmado por nuestra parte. Sin embargo, fuera de toda lógica el Juzgado dispuso a fojas 172 de autos su declaración sin que nuestra parte este presente y sin haberse notificado en tiempo y forma como dice la ley. En cuanto a los

cuadros depresivos que refiere la sentencia dijeron que resulta llamativo que la sentencia se base en el diagnóstico inicial y no en el resultado de la terapia y que la sentencia se fundamente en la falta de idoneidad de un padre por sus supuestas tendencias sexuales diferentes a las del común de la gente, el menor error en el juzgamiento es inevitable una discriminación por razones de tendencia sexual, lo cual es una abierta violación a los derechos humanos. Siguieron diciendo que en autos no existe ninguna prueba directa o indirecta de que las niñas tengan trastornos de identidad sexual, además, conviene dejar en claro, que en el hipotético caso de que su mandante sea homosexual no existe ninguna conclusión científica de que los hijos de personas homosexuales también sean homosexuales ni que por ellos tenga conflictos de identidad sexual. Culminaron peticionando se revoque la sentencia recurrida (fls. 253/266).

Luego de exponer sus propios argumentos en el escrito de responde, el profesional H.G. representante convencional de la señora B. E. A., peticiona la confirmación de la sentencia recurrida con costas al apelante (fls. 269/274).

#### CONCLUSIONES – DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES AL CASO

1) El artículo 53 de la C.N. establece que: *“Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad...”*. En principio, pues, estos derechos – deberes recaen sobre ambos progenitores. Obviamente, trátase de menonitas o de personas que pertenezcan a otras religiones.---

2) Por otra parte, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone cuanto sigue: *“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”* (Numeral 1). Asimismo, la misma norma estatuye que: *“Los Estados Partes respetaran el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”* (Numeral 3).

Las disposiciones antes trascriptas se hallan complementadas por los artículos 70, 71, 92, 93, 160, 161 inc. “f”, 167 y 181 del C.N. y A. De modo que, solicitada la intervención judicial, tanto el Juzgado como este Tribunal actuaron en el ejercicio de la facultad que le otorga la Ley sin importar que los progenitores sean menonitas o de otra religión determinada.

#### CONCLUSIONES - ASPECTOS FÁCTICOS

El señor M. L. E. K. contrajo nupcias con la señora B. E.A. A. el 24 de octubre de 1993 según certificado de matrimonio obrante en autos (fl.2) y fruto de esa unión nació la niña J. Y. E. A., actualmente con casi 10 años de edad (fl. 1). Por otra parte, la niña B. G. E. A. fue otorgada en adopción a los nombrados progenitores por S.D. N° 372 del 2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno de entonces (fls. 301/302). Esta niña tiene ahora 14 años y nació 10 de abril de 1995 de

acuerdo con la resolución antes mencionada. La familia así constituida tuvo su residencia en la ciudad de Filadelfia, chaco paraguayo, hasta el 26 de diciembre de 2006, fecha en que la señora B. E. A. dejó el hogar familiar juntamente con su hija J. Y. conforme a su declaración en la audiencia realizada ya en esta Instancia (fl. 306). Haciendo un cotejo entre las fechas puestas en negritas, puede concluirse que el matrimonio duró como 13 años. En realidad, el matrimonio habrá tenido sus dificultades, pero, según el escrito de demanda, la gota que colmó el vaso fue el contrato de alquiler que firmaron los consortes E. – A. con el señor H. E.E., padre de M. L. E. el 16 de mayo de 2005 (fl. 6). En este peculiar documento se establecía pautas precisas respecto a las tareas que debía realizar la señora Blanca Elizabeth con relación a las actividades domésticas que a la misma le resultó imposible de soportar. Por otra parte, el propietario de la vivienda estableció también una especie de reglas de convivencia, reglas adaptadas a las costumbres de los menonitas (fls. 7/9).

Entiendo que estos instrumentos pudieran dar lugar a la idea de discriminación ya que dan la impresión de que a la señora Blanca Elizabeth se le imponía tareas que ella podía realizar sin necesidad de que se establezcan días y horas que puntillosamente debía cumplir en sus quehaceres como ama de casa. Entiendo también que bien pudiera constituir la razón por la cual tuvo que abandonar Filadelfia. No obstante, habría que advertir que la actora afirmó en su escrito de demanda que había sido obligada a firmar el contrato de alquiler (fl. 20), pero esta cuestión no fue probada en autos. En fin, sin querer se le dio al presente juicio de régimen de convivencia el matiz de la discriminación sin ninguna necesidad.

Otro de los argumentos esgrimidos por la actora es que el señor M. L. E. padecía de trastornos psicológicos y siquiátricos. Sin embargo, en la audiencia realizada en esta Instancia, aquél reconoció que siguió tratamientos psicológicos desde abril de 2005 a abril de 2007 y tratamiento siquiátricos des agosto 2005 a marzo 2007 (fls. 305 y 305 vlto.). Sobre este tema quiero puntualizar dos cosas. Por una parte, el hecho de seguir tratamientos psicológicos o psiquiátricos no significa necesariamente que el señor M. L. sea un desequilibrado mental y, por otra, que cualquiera hayan sido los motivos que hayan dado lugar a dichos tratamientos, lo importante es que asumió su situación, posición que no todas las personas quieren o se animan a hacerlo, muchas veces por simples prejuicios. En definitiva, su estado actual está bajo control, sin perder de vista que su padre es también psiquiatra. Más adelante me referiré nuevamente sobre este punto.

La tercera base para la promoción de la acción es que el accionado tiene tendencia homosexual y travestido confeso. En realidad, si esta aseveración es cierta, en mi opinión carece de relevancia para las resultas de autos. En efecto, aquí no se juzga las inclinaciones sexuales del señor M. L. sino su comportamiento como padre. Es más, actualmente ya está en la discusión doctrinaria la posibilidad de que homosexuales puedan adoptar niños. En cuanto a que se vista de mujer tal como lo relató una testigo en el proceso, aunque esto sea una realidad, cabría inferir el mismo razonamiento que el expuesto anteriormente.

Y llegando a su condición de padre, al ser oídas las niñas B. B. y J. Y. en presencia de la Psicóloga Forense María Graciela Zelada de Rodríguez, en ellas no se notó ninguna influencia relativa a las inclinaciones sexuales del progenitor. Y conste que a la nombrada profesional siempre le pido que en su impresión diagnóstica haga constar si aparecen signos

evidentes de edipismos, rastros de vivencias traumáticas o si han sido objeto de manipulación los niños, en este caso niñas. Y bien, en su impresión diagnóstica no se revelaron estos puntos cruciales que se tienen que tener en cuenta al escuchar a los niños (fl. 326). Lo único que resaltó es que la niña Bibiana Beatriz tiene conflictos interpersonales con la madre y sugirió para la misma psicoterapia para superar el problema. En cuanto a la niña, J. Y. en su impresión diagnóstica se hizo constar el estado de angustia por la separación de sus padres, recomendado también psicoterapia entre la misma y sus padres. En resumen, el típico cuadro que presentan los niños debido a la separación de sus padres.

Insistiendo un poco más en la declaración de las niñas, pude percatarme de que B. B. siente un rechazo instintivo hacia la madre e inclinación respecto al padre. A mi modo de ver, resulta normal que uno de los hijos, ya sea por empatía u otros motivos tengan mejor comunicación con uno de los padres. En el caso de Bibiana, si bien en la audiencia adujo que le molestaba que su madre iniciara el presente juicio, quizás por la edad (14 años) y el hecho de ser hija adoptiva, la herencia genética se manifieste e influya para que su actitud se revele cercana a la posición asumida por el progenitor. No obstante, resultaba demasiado obvio que no estaba manipulada para contestar las preguntas dirigidas a la misma. Sus respuestas más bien reflejaban la sensación de angustia por la situación que estaban pasando sus padres. Prueba de ello es que el traductor H.W. se encontraba con problemas para traducir lo que la niña le decía en alemán.

En cuanto a la niña J. Y. ésta dijo que desde el 2007 tiene mayor comunicación con el padre, pero, antes era con su mamá. El día de la audiencia hubo un corte de luz, razón por la cual se interrumpió la entrevista con la niña. Sin embargo, mientras esperábamos que volviera la energía eléctrica, pude notar que Jazmín estuvo todo el tiempo con la madre. En otros términos, así como era evidente la comunicación de su hermana con el padre, la misma sensación podía percibirse entre la madre y la niña Jazmín. Por esa estrecha relación entre madre e hija pudo haber motivado que la progenitora, al abandonar el hogar conyugal haya optado por traer a Jazmín consigo. Pero lo más importante de su declaración fue la siguiente afirmación: “siempre cuando estoy con mi mamá me hace falta mi papá, y cuando estoy con mi papá me hace falta mi mamá”. Esta frase denota sin ninguna duda la ausencia de manipulación y, por otra parte, la ausencia de posibles efectos nocivos con respecto al padre, contrariamente a lo que se pretendió demostrar dentro del proceso y confirma mi conclusión en lo que concierne a las posibles inclinaciones sexuales del señor M. L. y su no incidencia para las resultas de autos.

Ahora bien, antes de dar mi voto sobre la cuestión de fondo, voy a enfocar brevemente el tema de la religión y su importancia en el caso de autos. El señor M. L. dijo, entre otras cosas que *“la religión menonita es también evangélica y forma parte del campo anabaustista por practicar el bautismo de adultos y realizan trabajos de apoyo a campesinos, indígenas, asesoramiento y apoyo económico, ellos tratan de hacer un evangelismo práctico y no teórico”*. Siguió diciendo que *“los menonitas se definen como grupo étnico y que los matrimonios interculturales es un fenómeno reciente y está en aumento, se está expandiendo actualmente y se está dando una integración. Lo cierto es que los mayores que están por encima de los 60 son los que están con temor porque están*

*relacionados el idioma y la fe, y que al perder el idioma se pierde la fe, ese grupo que está ahora saliendo del liderazgo de la comunidad es la que todavía tiene muy fuerte esa norma social de exclusividad y es principalmente la gente de poca preparación académica la que sigue pregonando esa norma".* Esto explica en cierta manera el contenido del contrato de alquiler antes analizado.

Por su parte, la señora B. E.A., al ser preguntada si practica la religión menonita dijo: *"que nunca se consideró como menonita de religión o de idiosincrasia, en cuanto a su convicción para ella es la palabra escrita de Dios, pero no está de acuerdo con ciertas costumbres de la religión menonita o tradiciones de hombres que pretenden mesclar o confunden ciertos conceptos".*

Teniendo en cuenta estas aseveraciones de la señora B. E. A. puede concluirse que ella es evangélica, pero, no menonita y que no está de acuerdo con las costumbres de aquellos. Entonces, la cuestión no pasa por el tema de la religión sino por las costumbres. En efecto, los diferentes cultos evangélicos son casi idénticos entre sí. Y esa falta de distinción es que dio lugar al argumento de la discriminación, error de apreciación en que incurrió la A Quo. Para ser más claro, si para los menonitas, dentro de su comunidad, el hombre ejerce la jefatura del hogar o el abuelo, como en el caso de autos, desde el punto de vista estrictamente jurídico no podemos inmiscuirnos y mucho menos afirmar que dichas costumbres tienen el sesgo de la inconstitucionalidad. Me llama la atención en este sentido que, si los señores M. L. E. y B. E. A. se casaron en el año 1993, recién en el 2005 se firmó el mentado contrato de alquiler. Quiere decir, pues, que el matrimonio se deterioró a tal punto que tuvo que intervenir el abuelo paterno de las niñas para poner orden en la casa.

En síntesis, la incompatibilidad de costumbres pudo dar lugar a la separación de los consortes M. L. y B E., similar a la incompatibilidad de caracteres. Sin embargo, tal separación no debía haberse trasladado con el estigma de la discriminación al juicio de régimen de convivencia. En fin, cada vez tenemos más problemas entre padres de distintas religiones, realidad que me recuerda la frase acuñada no se por quien y que dice: "Dios creó al Hombre y el Hombre creó la Religión".

#### CONCLUSIONES FINALES

Y bien, haciendo abstracción del molesto zumbido de la religión, he analizado dos posibilidades respecto al lugar de residencia de las niñas en el siguiente orden: **a) La primera, confirmar la sentencia recurrida.** Esta salida presenta algunos inconvenientes de peso. Las niñas B.y J. se habituaron a vivir por mucho tiempo dentro de un hábitat determinado, se identificaron con sus respectivos colegios, con sus amistades y compañeros de estudios, sin perder de vista las actividades cotidianas que realizan dentro de la ciudad de Filadelfia. Por lo tanto, si no existen motivos notoriamente valederos que tengan que ver con el comportamiento del señor M. L. E. como padre, no veo la necesidad de apartar a las niñas de su statu quo al cual se encuentran plenamente identificadas, todo esto sin perjuicio del proceso de adaptación al nuevo lugar de residencia que tendrían; **b) La segunda, otorgar la convivencia de la niña Beatriz al progenitor y la de la niña Jazmín a la progenitora.** Esta solución parecería la más adecuada teniendo en cuenta que cada una de las niñas tienen mayor empatía con cada uno de los padres. Sin embargo, la construcción doctrinaria de no separar a los hermanos se rompería y en nada mejoraría el posible

régimen de relacionamiento que sí influiría en el caso de autos. En efecto, Filadelfia queda cerca de 460 Kms. de Asunción y la duración del viaje en transporte terrestre dura aproximadamente 5 a 5 horas y media, si no es más.

En este sentido, en el A.I. N° 219 del 23 de marzo de 2007 el Jgado había dispuesto cuanto sigue: *“Establecer como medida evidentemente cautelar que la señora B. E. A. podrá retirar a su menor hija J. Y.E. A. del domicilio del progenitor señor M. E. los días viernes a partir de las 12:00 horas y deberá retornarla al mismo domicilio los días domingos a las 17:00 horas en forma intercalada, en base en los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución”* (fl. 135).

Esta medida cautelar era de cumplimiento imposible ya que, por la distancia antes hecha notar, sin menoscabar los gastos de pasaje, en la práctica, tanto las niñas como la madre se pasaría viajando traduciéndose la medida cautelar de protección en un cansancio agotador para la mismas. De hecho, esta medida nunca se cumplió.

Considerando estos factores de hecho constatados en el caso de autos, soy de opinión que la sentencia recurrida debe ser revocada en el sentido de otorgar la convivencia de las niñas J. Y. y B. E. A. al progenitor, señor M. L. ED afinida así el régimen de convivencia, necesariamente debemos ocuparnos del régimen de relacionamiento de conformidad al Principio Juria Novit Curiae, cuestión que presenta serias dificultades por el problema de la distancia entre el domicilio de la madre (Fdo. de la Mora) y el del padre (Filadelfia), por lo menos de manera provisoria dado el tiempo de separación entre las niñas y la madre, sin soslayar que aquella no es menonita.

Y la solución que encuentro a este punto es el siguiente: El último viernes de cada mes la señora B. E. A. se trasladará a Filadelfia en horario nocturno de suerte que por la mañana del día sábado pueda descansar del viaje. Como las niñas tienen actividades escolares que se prolongan hasta el 11:30 de día sábado, la madre almorzará con sus hijas y podrá estar a solas con las mismas hasta las 17:00 horas. La progenitora conoce bien la ciudad de Filadelfia y sabrá a qué lugares ir. La progenitora abonará el costo del pasaje ida y vuelta y el progenitor se hará cargo de la estadía en un hotel o alguna residencia independiente al domicilio del padre, así como los gastos de desayuno, almuerzo, merienda con las niñas y cena de la accionante, antes de su regreso a Fdo. de la Mora el mismo día sábado, por supuesto una vez cumplido el régimen de relacionamiento. Este régimen de relacionamiento deberá cumplirse a partir del último viernes del mes de setiembre del año en curso.

La Psicóloga Forense recomendó un tratamiento psicológico entre madre e hijas y, sobre este particular, entiendo que la mejor ayuda que pueden recibir las niñas es del propio padre, el señor M. L. E., quien por su experiencia en el pasado, sabrá preparar debidamente a sus hijas para que el régimen de relacionamiento sea fructífero para todos. Por otra parte, como la religión menonita es de orden práctico y no teórico, la misma sociedad es la que debe coadyuvar al cumplimiento del régimen de relacionamiento y porque no, asistir económicamente al señor M. L. E. en caso de necesidad.

El presente régimen de relacionamiento durará seis meses y si no se adecua a las costumbres de los menonitas, el mismo responde al ordenamiento positivo nacional y, por consiguiente, aquellas deben ceder ante la resolución emanada de este Tribunal. Después,

se verá si sigue el mismo sistema de comunicación o resulta revisable de conformidad a lo dispuesto en el artículo 167 In Fine del C.N. y A. Si los menonitas tienen alguna instancia en la que se pueda resolver esta cuestión de común acuerdo, bienvenido sea por el bien de la familia desintegrada. Caso contrario, se volverá a la judicializar del problema.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, soy de opinión que la sentencia recurrida amerita ser revocada, pero, las costas deben imponerse en el orden causado ya que la cuestión resuelta se prestaba a conceptualizaciones difusas y porque este Tribunal no ha respondido a las posiciones asumidas por las partes (art. 193 del C.P.C.). Asimismo, corresponde dejar sin efecto el A.I. N° 219 del 23 de mayo de 2007 y, finalmente, como en el juicio caratulado “J. Y. E. A. S/ RESTITUCIÓN” (glosado por cuerda separa a estos autos) la cuestión de fondo quedó diferido ante el inicio del presente juicio en la audiencia realizada el 28 de mayo de 2007 (fl. 98), el Juzgado puede ordenar simplemente el finiquito de dicho proceso. Es mi voto.

A su turno, los Dres. Arnaldo Samuel Aguirre y Fulvia Imelda Núñez de Vera y Aragón 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:

**RESUELVE:** NO HACER LUGAR al recurso de nulidad. **REVOCAR** la sentencia recurrida en el sentido de otorgar la convivencia de las niñas J. Y. y B.B.E. A. a su progenitor, el señor M. L. E. **ESTABLECER** el régimen de relacionamiento provisorio a favor de la B. E. A. en el sentido y alcance explicitados en el exordio de la presente resolución. **COSTAS** de ambas Instancias en el orden causado. **ANÓTESE**, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Manuel Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre, Fulvia Nuñez de Vera y Aragón. Ante mí: María E. Galeano. Actuaría Judicial.*

## **TRIBUNAL DE APELACION EN LO LABORAL**

**CONRATO DE TRABAJO.** Ruptura del contrato de trabajo. Retiro justificado.

De conformidad con el art. 62 del C.T. es obligación del empleador, dar ocupación efectiva a sus trabajadores, en el caso, la empleadora admite que la trabajadora permanecía parada durante toda la jornada laboral al costado de la recepción argumentando que ello fue por decisión de la misma, hecho que no fue demostrado y que provocó un grave menoscabo en los derechos de la trabajadora, por lo cual se declara probada la causal previsto en el art. 84 in.c g) del C.T.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Relación laboral.

El hecho que los certificados de trabajos expedidos de favor es una cuestión de la patronal que consintió consignar datos falsos y ello no le puede favorecer.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Prueba del contrato de trabajo.

Faltando el contrato escrito (art. 48 CT) debe estarse a las condiciones generales del contrato alegada por la trabajadora, que en relación al horario establece la ordinaria de ocho horas, conforme al art. 194 C.T. que impone el pago del salario mínimo legal, correspondiendo el reajuste.

**CONTRATO DE TRABAJO.** Prueba del contrato de trabajo.

Los recibos de salarios no prueban más que lo percibido en el concepto que se refieren. El informe del IPS sobre el salario, tampoco es la prueba idónea en razón de que las planillas respectivas contienen datos asentados unilateralmente pro el empleador, sin intervención alguna del trabajador, por lo que mal podría serles opuestas.

Trib. Apel. Del Trabajo Primera Sala 22-04-2009. “Yama del Paraguay SRL c/ Maria Julia Charoti de Bernal s/ Pago por consignación y retiro injustificado” (Ac. y Sent. N° 27)

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

### **CUESTIONES**

¿Es nula la Sentencia apelada?

En caso contrario, ¿está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: ANGEL R. DANIEL COHENE, MARITE ESPINOLA y RAFAEL A. CABRERA RIQUELME.

A LAS CUESTIONES PLANTEADAS EL MAGISTRADO ANGEL R. DANIEL COHENE, DIJO: Que, por sentencia apelada, la Jueza A-quo resolvió: “1) NO HACER LUGAR, con costas, a la tacha de la testigo Sofía Acuña de Samaniego deducida por la parte actora conforme los argumentos expresados en el considerando de la presente resolución. 2) NO HACER LUGAR, con costas, al incidente de redargución de falsedad deducido por Yama del Paraguay S.R.L. de conformidad a lo explicado en el considerando de la presente resolución. 3) HACER LUGAR a la demanda de pago por consignación incoada por Yama del Paraguay S.R.L. contra Maria Julia Charotti De Bernal conforme lo

explicado en el considerando de la presente resolución. IMPONER las costas en el orden causado. 4) NO HACER LUGAR, con costas, a la demanda de cobro de guaraníes en concepto de indemnización incoada por Yama del Paraguay S.R.L. contra Maria Julia Charotti de Bernal de conformidad a lo explicado en los fundamentos de la presente resolución. 5) HACER LUGAR, con costas, a la demanda laboral incoada por Maria Julia Charotti de Bernal contra Yama del Paraguay S.R.L. por retiro justificado y cobro de guaraníes y en consecuencia condenar a ésta a que en perentorio término de 48 horas de quedar firme y ejecutoriada la presente resolución, pague a la trabajadora la suma de Gs. 32.357.328 (guaraníes treinta y dos millones trescientos cincuenta y siete mil trescientos veinte y ocho). ANOTAR...”.

Que, contra esta resolución se alza el representante convencional de la parte, argumentando primeramente el recurso de nulidad. Al respecto dice: “Mi parte entiende que la sentencia es nula por el hecho de que juzgó probada y otorgó indemnizaciones por una causal que no fue alegada por la parte trabajadora. El inc. g) aplicado por la jueza habla de la “reducción legal del salario por el empleador”. Sin embargo claramente la trabajadora arguyó que supuestamente mi mandante incurrió en las causales de los incs. a), d) y n) y nunca denunció o alegó como causal de ruptura del vínculo la del inc. “g” del Art. 84 del C.T. Por este hecho, solicita que se declare nula la sentencia.

Que, en cuanto a la apelación, su parte se agravia porque “...la Juez haya dado por acreditado la causal del inc. g) del art. 84. Primero ello se alegó. Además nunca se afirmó que la actora trabajara la jornada ordinaria prevista en el art. 194 del C.T. sino solo media jornada.

Ciertamente puedo afirmar que el afán protectorio de la Juez es encomiable, pero nunca jurídico, pues aplica la presunción devengada de la no existencia de contrato de trabajo, en contra de los siguientes hechos, la actora reconoció que realizaba labores de limpieza (fs. 96, absolución de posiciones, primera posición). En esto contradujo a su propia testigo que declaró – evidentemente de favor – a fs. 109. También respondió evasivamente a la pregunta segunda del pliego de fs. 95, al decir que era cierto que trabajaba 3 o 4 horas diarias y luego adicionó (intencionalmente) el supuesto horario. En el peor de los casos, al ser una respuesta confusa debe aplicársela el apercibimiento del art. 146 del C.P.T., teniéndola por contestada en el sentido afirmativo. Los testigos arrimados por mi parte, señores Osmar Ariel Gallas Guerreño y Nancy Elizabeth Amarilla a fs. 111 y 112 de autos, manifestaron claramente que la trabajadora trabajaba “dos o tres horas por día”. Estos testigos, a diferencia del ofrecido por la actora, no merecieron cuestionamiento alguno. Aún en el peor de los casos la misma testigo de la actora (fs. 109) clara y espontáneamente dijo que desde siempre, prácticamente desde su ingreso (de la testigo), la trabajadora percibió Gs. 550.000 o 580.000, aunque con posterioridad haya referido la supuesta jornada laboral, evidentemente para favorecer a la trabajadora, y perjudicar a la demandada, pues la testigo y mi representada mantienen un litigio judicial de carácter civil, claramente mencionado como causal de la tacha que fue desestimada por la A quo. Los recibos de salario reconocidos por la actora de fs. 21, 22, 23, 24 y 25, contienen una misma suma aunque con pequeñas variaciones según los meses, pero todas ellas son coherentes en afirmar, que ese

era normalmente su salario por la sola tarea de limpieza, que esta admitido por la misma, haberlo realizado.

Sigue manifestando que otro agravio es lo referente a la comprobación de la causal del inc. d) del art. 84. El mencionado inciso habla de “los actos de violencia, acoso sexual, amenazas, injurias o malos tratos del empleador o sus representantes...”. El hecho de hallarse la misma parada, sin hacer nada o sin ocupación no constituyen ninguno de los consignados en ella se refieren a un maltrato verbal o físico, a una amenaza o agresión de parte del empleador, que no sucedió en autos, ni se encuentra ella acreditada. La Juez concluye que si la actora no tenía ocupación específica se incurre en dicha causal. Ello no es cierto y me parece una equivocación, en ninguna parte del mencionado artículo ni del Código del Trabajo se establece que los trabajadores pueden retirarse del empleo si no tienen ocupación efectiva. Además, no puede tomarse como válida las manifestaciones de la escribana quien se extralimitó de sus funciones pues dio su opinión en materia de seguridad ocupacional, lo cual por supuesto no es de su competencia, debiendo limitarse exclusivamente a relatar el estado o las circunstancias que pudo percibir a través de sus sentidos.

Que, se agravia igualmente por la validez que la Juzgadora dio a los certificados de trabajo presentados por la actora, pues debe tenerse en cuenta-dice-que la persona que fue a reconocer los documentos es un tercero y en ello no funciona el apercibimiento del art. 158 del C.P.T. que es para el demandado o demandante. Por otra parte, y siempre en el supuesto contrario, el contenido de dicho documento no puede oponerse al reconocimiento expreso de la trabajadora respecto a la función que ella realizaba y al monto que venía percibiendo. Supone que la Sra. Acuña libró dicho documento para que la misma obtenga un crédito en la Cooperativa Nazareth, cosa que su parte demostró con el informe de la firma Inforconf. Se agravia también por la inclusión de los rubros de vacaciones y el aguinaldo proporcional, peticionando finalmente a este Tribunal la revocatoria de la sentencia con costas.

Que, corrido traslado a la adversa, ésta contesta en los términos del escrito agregado a fs. 183 al 187 de autos, en el dice que la sentencia apelada se halla ajustada a derecho y luego de una extensa exposición de su postura, solicita al Tribunal la confirmación de la sentencia apelada, con costas.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO ANGEL R. DANIEL COHENE, DIJO: Que, habiendo la parte recurrente interpuesto el recurso de Nulidad, corresponde analizar si se dan los presupuestos para su viabilidad. En ese sentido, puede observarse que en autos no existen vicios o defectos que produzcan la nulidad del fallo hoy apelado. El hecho de que la Jueza haya aplicado el inc. g) del art. 84 del C.T. no es causal de nulidad, pues, lo que no puede hacer el Magistrado es modificar los hechos alegados por las partes pero sí el derecho o la norma aplicable en virtud al “Principio iura novit curiae”, por lo que corresponde el rechazo del recurso de nulidad interpuesto.

A SU TURNO, LA MAGISTRADA MERITE ESPINOLA, RESPECTO A LA PRIMERA CUESTION; DIJO: El agravio respecto a la causal del inc. “a” del Art. 84 C.T., de que la misma no se alegó para fundar la nulidad; en nada afecta la decisión en razón de que el Juez aplica el derecho en base a los hechos alegados y probados. De allí, pues, si

quedó tipificada esa causal, el Juez debe incursarla en ella. No hay vicios, en consecuencia, para admitir la nulidad de la sentencia; por lo que debe ser desestimado este recurso. Además, dicha cuestión no es materia del recurso de Nulidad sino del de Apelación, el cual también se dedujo. Es mi voto.

A SU TURNO, EL MAGISTRADO RAFAEL A. CABRERA RIQUELME se adhiere al voto último precedente por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO ANGEL R. DANIEL COHENE, DIJO: Pasando a analizar la apelación, se tiene que la Jueza Inferior declaró probada la causal de retiro justificado prevista en el art. 84 inc. g) del C.T., es decir, la reducción ilegal del salario por el empleador equivale a ella, reducción injustificada de la jornada legal o de los días de trabajo sin consentimiento del trabajador, si no se abonase la remuneración íntegra correspondiente a la jornada completa o a los días hábiles en que se dejó de trabajar. Al respecto, coincido con la Jueza de Primera Instancia en que la demandada no ha demostrado que el horario de la actora sea de 08:00 a 14:00 horas lo que justificaba el pago del salario de Gs. 580.000 mensuales. La actora en ocasión de su absolución de posiciones (fs. 96), afirmó haber trabajado de 07:00 a 12:00 y de 14:00 a 18:00, lo que hace prueba en contra de la empleadora. Las testificales rendidas en autos no son suficientes para demostrar el horario alegado por la empresa accionante, por lo que definitivamente considero que la trabajadora percibía un salario inferior al mínimo legal y ha quedado configurada la causal de retiro antes mencionada.

Que, en cuanto a los agravios respecto de la causal del inc. d) del art. 84 del C.T., considero que la misma se halla configurada, pues de conformidad con el art. 62 del C.T., es obligación del empleador, dar ocupación efectiva a sus trabajadores. En el caso específico de autos, la empleadora admite que la trabajadora permanecía parada durante toda la jornada laboral a partir del 19 de julio de 2005 al costado de la recepción (ver fs. 107), argumentando que ello fue por decisión de la propia trabajadora, hecho que no fue demostrado en autos. Esta situación evidentemente provocó un grave menoscabo en los derechos de la Sra. Charoti, por lo que debe confirmarse este punto de la sentencia.

Que, en cuanto a la validez de los certificados de trabajo adjuntados por la trabajadora, ella está determinada por el reconocimiento de firma de la Sra. Sofia Acuña (ver acta de fs. 110) quien fue citada en representación de la firma accionante bajo apercibimiento del Art. 158 del C.P.T., no habiéndose ésta opuesto a la prueba en su oportunidad, por lo que no puede venir en esta instancia a querer objetar la misma. El hecho de que dichos certificados hayan sido expedidos de favor es una cuestión de la patronal que consintió consignar datos falsos y ello no le puede favorecer. Finalmente, en cuanto a los rubros de aguinaldo proporcional y vacaciones, corresponde confirmar los mismos, pues la patronal no ha demostrado el pago de estos beneficios. Voto por la confirmación de la sentencia apelada, en todas sus partes con costas a la perdidosa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN; LA MAGISTRADA MARITE ESPINOLA, DIJO: En cuanto al recurso de apelación, la jornada de trabajo que alega la empleadora, inferior a la ordinaria, debe demostrarla con la documentación que está obligada a llevar. El art. 48 del C.T. es claro, ya que faltando el contrato escrito debe estarse a las condiciones generales del contrato alegada por la trabajadora, que en relación al horario establece la

ordinaria de ocho horas, conforme al Art. 194 C.T., impone el pago del salario mínimo legal, correspondiendo el reajuste. La prueba testimonial que el empleador pretende hacer valer nada acredita. Los recibos de salarios no prueban más que lo percibido en el concepto que refieren. Y el informe del I.P.S. sobre el salario, tampoco es la prueba idónea en razón de que las planillas respectivas contienen datos asentados unilateralmente por el empleador, sin intervención alguna del trabajador, por lo que mal podría serles opuestas. Por otra parte, el hecho de que la trabajadora perciba un salario de Gs. 580.000 mensuales sin hacer cuestionamientos, ni reserva de derechos, según se agravia (fs. 179); no importa la pérdida o renuncia a sus derechos, menos cuando éstos son irrenunciables por tratarse de beneficios laborales; que además que los demanda, ante el allanamiento parcial que efectúa a fs. 56 del expediente promovido por la empleadora. Incluso, demostrado en juicio que el empleador no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, aunque el trabajador no lo pida, debe ser condenado al pago correspondiente (Art. 229 inc. “b” C.P.T.).

Respecto al otro agravio referente al inc. “d” del Art. 84 C.T., el mismo incumplimiento que hace a la falta de pago del Seguro Social Obligatorio (I.P.S.) (fs. 54 del expediente “YAMA DEL PARAGUAY S.R.L. C/ MARIA JULIA CHAROTI DE BERNAL S/ PAGO POR CONSIGNACIÓN Y RETIRO INJUSTIFICADO”), constituye una injuria laboral al sumársele la falta de pago del salario correspondiente (el mínimo legal) que se halla admitida por la empleadora en su contestación de demanda a fs. 70 al afirmar que el instituto “se niega a asegurarla si no se tributa la contribución por el monto del salario mínimo. Este extremo será acreditado en su oportunidad con el correspondiente informe de dicha dependencia”, con el agravante de la edad de la trabajadora, que a sus 73 años es prioridad contar con dicho Seguro y cuya privación se enmarca en la causal referida cuando el citado extremo no se ha acreditado.

En cuanto a las manifestaciones de la Escribana, ésta constituye un elemento más, que no tiene la incidencia que pretende darle. Pero, en relación al agravio sobre los Certificados de Trabajo que presenta la trabajadora con su demanda (fs. 6, 11 y 12), la empleadora en su contestación no cumple con negarlos clara y categóricamente como exige el Art. 115 del C.P.T.; sino más bien lo hace con evasivas al manifestar, por un lado, “que los mismos se desconocen su contenido por no estar firmada por la Sra. Máxima Martínez de González, Gerente de la firma Yama del Paraguay S.R.L.” (fs. 70) y a continuación aceptarlos, expresando que “Bien pudieron obedecer a pedido de la propia interesada pues la misma solicitó que en los certificados sean consignados el monto del sueldo mínimo a los efectos de su presentación y obtención de un en la Cooperativa Nazareth, conforme la manifestación de la misma y se comprueba con la instrumental de la firma INFORCOMF donde se consigna que la misma solicitó un crédito. Por ende, bien los funcionarios de la firma pudieron hacerle el favor”; quedando así admitidos dichos Certificados, con mayor razón cuando, en materia laboral, el administrador, gerente, encargado o cualquier persona que desempeñe funciones directivas a nombre del principal, compromete al empleador, siempre que los hechos sean propios de ellos; lo cual reconoce la demandada al afirmar que “bien los funcionarios de la firma pudieron hacerle el favor”. En estas condiciones han quedado reconocidos; y en ellos la tarea desempeñada; que, además, ante la falta de

Contrato escrito, como se señaló, debe estarse a las condiciones generales de trabajo alegada por la trabajadora, entre ellas, la tarea que refiere.

Siguiendo con los agravios, también hace referencia a la inclusión del aguinaldo proporcional, que fue desestimado porque la actora retiró dicha suma; pero, si bien ha percibido, con otros rubros, conforme surge de fs. 131 vlto. No ha sido en base al salario mínimo legal, correspondiendo la diferencia. También corresponde el rubro vacaciones ya que la documentación de fs. 10 a que hace referencia el agraviado nada consigna sobre su usufructo.

Sin embargo, cuanto corresponde, y que no se ha considerado en la sentencia, es la suma ya percibida por la trabajadora en el transcurso del juicio a fs. 131 vlto., que asciende a Gs. 1.382.490, la que debe ser descontada del monto de la condena. Como asimismo, no corresponde la doble indemnización estimada, cuando en el caso se está ante el retiro justificado de una trabajadora estable, para quien rige el Art. 101 del C.T., y no el 96 y 97 del C.T. En base al Art. 101 C.T. tiene derecho a las mismas indemnizaciones previstas para casos de despido injustificado y sin preaviso, que no contempla la doble, como en fallos precedentes tiene dicho este Tribunal, cabe citar el Ac. y Sent. N° 58/04; en consecuencia, efectuando el descuento correspondiente, este rubro asciende a Gs. 8.022.412. Que, dichos descuentos inciden en la indemnización compensatoria quedando su monto en Gs. 2.525.671.

Siendo el total que la firma empleadora debe abonar a la trabajadora demandante la suma de Gs. 21.541.690.

De conformidad con lo expuesto, la sentencia debe ser confirmada, con la modificación del monto de la condena. En cuanto a las costas, por la forma como se tiene resuelta la cuestión en esta Instancia, corresponde sean impuestas en el orden causado. Es mi voto.

A SU TURNO, EL MAGISTRADO RAFAEL A. CABRERA RIQUELME se adhiere al voto último precedente por sus mismos fundamentos.

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

RESUELVE: 1°) NO HACER LUGAR al recurso de nulidad interpuesto. 2°) CONFIRMAR la sentencia apelada con la modificación del monto de la condena, que queda establecida en la suma de guaraníes veinte y un millones quinientos cuarenta y un mil seiscientos noventa (Gs. 21.541.690); de conformidad y con el alcance expuesto en el exordio de la presente resolución. 3°) COSTAS en esta Instancia en el orden causado. 4°) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Rafael A. Cabrera Riquelme, Marite Espínola de Argaña y Angel Daniel Cohene. Ante mi: Abog. Carmen Correa de Aquino*

**CONTRATO DE TRABAJO.** Despido

El despido sin causa de un trabajador con más de 9 años y 6 meses de antigüedad importa un caso de abuso del derecho. Y es el empleador quien debe demostrar no haber incurrido en tal abuso; ya que su decisión de dar por terminada la relación laboral se debe enmarcar dentro de una de las causas legales de terminación, en razón que el art. 102 le garantiza el reintegro al igual que al trabajador con estabilidad especial.

Trib. Apel. Del Trabajo Primera Sala 16-06-2009. “Jorge Delvalle Moura c/ Prosegur Paraguay S.A. Transportadora de Caudales s/ Reposición en el empleo y cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 39)

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

**CUESTIÓN**

¿Está ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo de Ley para determinar el orden de votación, dio el siguiente resultado: Rafael Cabrera Riquelme, Marite Espinola y Concepción Sanchez.

A LA CUESTION PLANTEADA EL MAGISTRADO RAFAEL CABRERA RIQUELME, DIJO: Se agravia la parte actora contra la S.D. N° 28 del 17-III-08 y su aclaratoria la N° 61 del 8-VII-08. Igualmente la parte demandada se agravia contra la S.D. N° 28 del 17-III-08. Por medio de la primera se ha resuelto: HACER LUGAR, con costas a la presente demanda promovida por el trabajador Jorge Delvalle Moura contra la empresa Prosegur Paraguay S.A., y en consecuencia condenar a la misma, a que en el perentorio término de 48 horas de quedar ejecutoriada la presente sentencia, reintegre al trabajador en su lugar de trabajo, en las mismas condiciones de cargo y salario en que venía desempeñándose antes del despido, y le abone los salarios caídos y demás beneficios sociales correspondiente consistentes en aguinaldos y vacaciones causados, a partir de la fecha de despido hasta el efectivo reintegro, de acuerdo con la liquidación a ser practicada por la Secretaría, de conformidad con los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. ANOTAR...”; y por su aclaratoria se ha resultado “HACER LUGAR parcialmente, al recurso de aclaratoria interpuesto por la parte actora contra la S.D. N° 28 dictada en fecha 17 de marzo de 2008, y en consecuencia, aclarar que no corresponden los rubros de horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo por jornada nocturna y salario por domingos y feriados, reclamados por un año, de conformidad con los fundamentos expuestos en el exordio que antecede. ANOTAR, ...”. La actora se agravia en los términos del escrito de fs. 334/336, expresando, entre otras cosas, que se probó la jornada extraordinaria mediante varios instrumentos públicos, como el Contrato de Trabajo (fs. 226/229, clausula 13, donde se estableció el horario nocturno); el escrito de contestación de la demanda, fs. 238, en que se reconoció la existencia de los horarios: diurno y nocturno de 16:00 a 06:00 horas; la declaración del testigo Carlos Isidro Bejarano H.; y las Planillas presentadas a fs. 198/209 prueban las horas extras día por día y por mes; Que, la S.D. N° 61/08 solo tuvo en cuenta solamente esta última prueba para denegar las horas extras; Que, hace referencia a la antigüedad del trabajador para señalar que con su absolución de posiciones y las testimoniales, quedó demostrada su antigüedad de 11 años y

1 mes al tiempo de su despido. Termina peticionando “correr traslado a la adversa al efecto acompañe copias pertinentes y oportunamente revocar la sentencia N° 61/08 haciendo lugar a la demanda conforme a la pretensión de mi parte”, con costas.

La demandada contesta el traslado en los términos del escrito de fs. 337/341, solicitando el rechazo de las pretensiones de la parte actora en todas sus partes, con costas. Y se agravia a fs. 342/345 expresando entre otras cosas, que el Juzgador ha interpretado inapropiadamente el Art. 102 del C.T. Artículo que faculta al mismo a disponer la reposición del trabajador cuando se den los presupuestos establecidos en la norma (abuso de derecho) y no necesariamente un mandamiento de reposición como erradamente parece entender el a-quo; Que, el inferior no realizó valoración alguna sobre la supuesta mala fe o el abuso de derecho por parte de su mandante –dice-; simplemente se limitó a considerar la antigüedad del trabajador y el contenido del Art. 102 C.T., sin entrar en mayores consideraciones, lo cual no constituye la correcta interpretación del Art. 102 del C.T.; Que, su mandante al contestar la demanda no negó el despido injustificado del trabajador, ni intentó demostrar ninguna causal justificativa del despido; Que, al analizar todas las actuaciones realizadas en el presente juicio, no surge un solo elemento que pueda sugerir la mala fe o el abuso de derecho cometido por su parte. Termina solicitando se dicte resolución revocando la sentencia que dispone la reposición del trabajador y el pago por parte de la empresa Prosegur S.A. de los salarios caídos.

La parte trabajadora contesta el traslado en los términos del escrito de fs. 346/348; peticionando se dicte resolución confirmando la sentencia con el alcance solicitado en el escrito de fs. 334/336.

Corresponde el estudio, en primer lugar, de los agravios de la parte demandada por referirse a la cuestión principal debatida. En efecto, prima facie cabe anotar que el despido sin causa de un trabajador con más de 9 años y 6 meses de antigüedad importa un caso de abuso del derecho. Y es el empleador quien debe demostrar no haber incurrido en tal abuso, ya que su decisión de dar por terminada la relación laboral se debe enmarcar dentro de una de las causas legales de terminación, en razón de que el Art. 102 le garantiza el reintegro al igual que al trabajador con estabilidad especial. Pero en el caso, incluso, no intentó demostrar ninguna causal justificativa del despido, según admite en sus agravios, lo cual constituye más bien un abuso de derecho, contrariamente a lo que señala. La sentencia, pues, se halla ajustada a derecho; por lo que en relación al reintegro debe ser confirmada.

Por otra parte, en el Acuerdo respectivo (Art. 272 C.P.T.) la Magistrada CONCEPCION SANCHEZ se remitió a lo expuesto en el Ac. y Sent. N° 158/04 dictado por el Tribunal de Apelación del Trabajo, Sala 2 y el Ac. y Sent. N° 806 del 28 de abril de 2004 de la Excmá Corte Suprema de Justicia. Ante el antecedente jurisprudencial que cita la misma, emanado de la Excmá Corte Suprema de Justicia en el caso presente, de imponer los salarios caídos al darse el reintegro previsto en el Art. 102 del C.T., debe entenderse tal como decidió dicha máxima instancia judicial en un caso similar; y nada obsta a que se resuelva ahora en el sentido que lo hiciera por considerar este Tribunal que se trata de una cuestión opinable, razón que lo hace variar su criterio; en particular, para evitar dilaciones por acciones de inconstitucionalidad a que pueda dar lugar. Y aunque se hayan dado casos en los que si bien no se admitieron los salarios caídos, su desestimación ha tenido suficiente

fundamento que descarta totalmente sea considerada como arbitraria. En consecuencia, por lo expuesto y el antecedente referido, corresponde se imponga el pago de salarios caídos, confirmando la sentencia apelada.

En el orden expuesto, es decisiva la antigüedad en el trabajo demostrada por la firma empleadora –de 9 años, 6 meses y 2 días–, justificada en el Contrato de trabajo, reconocido en autos, como bien concluye el Juzgado en su sentencia; por lo que los agravios del demandante no tienen sustento.

En relación a la jornada extraordinaria de trabajo, se halla admitida por la demandada la jornada extraordinaria de trabajo; los horarios nocturnos y diurnos y en días domingos, todo en forma alternada, al reconocer la misma en su contestación de demanda “En lo que respecta a la jornada laboral desarrollada por el actor a las órdenes de mi representada, esta se halla enmarcada en la Ley Laboral y así cumplía jornadas Diurnas o Nocturnas de la siguiente forma: horario Diurno que iba de 06:00 a 16:00 horas y Nocturno de 16:00 a 06:00 los días lunes, de martes a viernes en horario diurno de 06:00 horas a 16:00 horas y de 20:00 a 06:00 horas, así como los días domingos en forma alternada en horario Nocturno de 20:00 horas a 06:00 horas; obviamente, con los correspondientes horarios de descanso para el refrigerio, como así mismo, los horarios nocturnos y diurnos los cumplía en forma alternativa, es decir, en días distintos, respectivamente.” (fs. 238). Igual referencia hace el Juzgado en la sentencia apelada. De cuanto expresa se concluye el trabajo en horario diurno y nocturno, alternado semanalmente; de los cuales surgen las horas extraordinarias de trabajo, que en horario diurno suman a 4 horas en el mes (06:00 a 16:00 horas = 10 horas por día; de lunes a viernes igual a 50 horas; menos 48 horas semanales, igual a 4 horas). Las horas extraordinarias de trabajo en horario nocturno suman 24 horas por mes (16:00 a 06:00 horas = 14 horas; y de martes a viernes de 20:00 a 06:00= 10 horas; total de lunes a viernes 54 horas nocturnas, menos 42 horas semanales, igual a 12 horas extraordinarias nocturnas de lunes a viernes; por semana; en el mes, por 2 semanas, igual a 24 horas). El trabajo en días domingos, de 20:00 a 06:00 horas, alternado, debe ser abonado conforme al Art. 234 incs. 3° y 4° del C.T. y comprende 7 horas nocturnas por domingo a ser abonada con recargo del 100% sobre el salario hora ordinario hábil (inc 4°); y 3 horas extraordinarias nocturnas por domingo a ser abonada con recargo del 100% sobre el salario hora ordinario nocturno. Y por 2 domingos en el mes suman 6 horas extraordinarias nocturnas.

Los montos corresponden a las referidas horas extraordinarias de trabajo son como sigue: Las diurnas (4 horas en el mes y 48 horas en el año anterior a la fecha del despido) ascienden a Gs. 731.400; las nocturnas (24 horas mensuales y 288 en el año anterior a la fecha del despido) asciende a Gs. 6.687.085. Y las horas extraordinarias nocturnas en domingos (6 horas al mes y 72 horas en el año anterior a la fecha de despido) ascienden a Gs. 1.671.771. El total en concepto de horas extraordinarias, conforme a lo anotado, asciende a Gs. 9.090.256, que la demandada debe abonar al trabajador demandante. En consecuencia, ante los agravios referentes a la jornada laboral extraordinaria, que corresponden conforme a lo precedentemente expuesto, la sentencia aclaratoria apelada debe ser revocada, con costas.

A SU TURNO, la MAGISTRADA MARITE ESPINOLA, DIJO: Que, se adhiere al voto precedente y agrega que efectivamente se está ante una cuestión opinable; fundamentalmente en razón de que el Art. 102 C.T. no contempla la condena al pago de salarios caídos, como lo hace el Art. 96 del C.T. Sólo establece que “el Juez podrá ordenar la reposición”; incluso, no lo hace en forma imperativa sino facultativa del Juez al decir “podrá”. En estas condiciones, comparto también que, en el caso señalado por el Magistrado preopinante, se descarta que la decisión sea arbitraria.

A SU TURNO, la MAGISTRADA CONCEPCIÓN SANCHEZ GODOY, DICE: Que, adhiere a las conclusiones del colega preopinante por hallarse ajustadas a las constancias y probanzas de autos, en cuanto a admitir la existencia de abuso de derecho por parte del empleador para con su dependiente que al tiempo del distracto, contaba con una antigüedad de más de 9 años y seis meses, circunstancia prevista por el art. 102 del Código del Trabajo. Adhiere también a la condena en concepto de horas de trabajo diurnas y nocturnas, así como los aguinaldos. Consecuentemente debe también confirmarse la condena al pago en concepto de aguinaldos, no así las vacaciones causadas también reclamadas, cuyo importe no corresponde pagar en razón de que los fundamentos para otorgar este beneficio no se dieron en el caso de autos.

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

RESUELVE: 1°) CONFIRMAR la sentencia apelada de acuerdo a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución; con excepción del pago de las vacaciones causadas, por su improcedencia. 2°) REVOCAR la sentencia aclaratoria en la parte que no admite las horas extras de trabajo diurnas y nocturnas. Y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda promovida por Jorge Delvalle Moura contra la firma Prosegur Paraguay S.A. por cobro de guaraníes en concepto de horas extraordinarias de trabajo diurnas y nocturnas; condenando a ésta a abonar al trabajador demandante la suma total de guaraníes nueve millones noventa mil doscientos cincuenta y seis (Gs. 9.090.256) en el concepto referido. 3°) IMPONER las costas en esta Instancia a la demandada. 4°) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Rafael A. Cabrera Riquelme, Marite Espínola de Argaña y Angel Daniel Cohene. Ante mí: Abog. Carmen Correa de Aquino*

--°--

**SUMARIO ADMINISTRATIVO.** Resoluciones en el sumario administrativo.

El reglamento sancionador administrativo de uso obligatorio en los sumarios (Res. N° 483/99 del Viceministro de Trabajo) en su art. 20 establece que los sumarios administrativos indefectiblemente deberán concluir dentro de los sesenta días hábiles, imponiéndose la posición que concluye el sumario cuando se dicta la resolución pertinente.

**SUMARIO ADMINISTRATIVO.** Facultades del juez instructor.

No debe confundirse substanciación del proceso sumarial con conclusión del sumario, aquel está a cargo del juez sumariante y termina con la elevación del informe respectivo, mientras que ésta corresponde al Viceministro.

**SUMARIO ADMINISTRATIVO.** Procedimiento.

El procedimiento sumarial será implementado por jueces sumariantes (art. 2) la resolución del Viceministro debe dar por concluido el sumario (art. 4) es requisito del sumario la Resolución del Viceministro (art. 13), o sea antes de ella no termina el sumario, el Viceministro debe dictar resolución fundada dando por concluido el sumario y, consecuentemente, sobreseer o condenar al sumariado (art. 16)

**SUMARIO ADMINISTRATIVO.** Plazo

El plazo razonable está establecido por el art. 20 del reglamento del Viceministerio del Trabajo, excluir de ese plazo el tiempo que trascurra entre al elevación del informe del juez sumariante y el dictado de la resolución por el Viceministro no habría certeza alguna de la duración del tiempo que una persona puede estar sometida a la ingerencia del Estado, manteniéndose en estado de incertidumbre la determinación de sus derechos y obligaciones, violándose con ello una de las más importantes garantías judiciales de ser juzgado en un plazo razonable consagrada en el art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

**SUMARIO ADMINISTRATIVO.** Plazo

El sumario concluye con la resolución del Viceministro, la que debe dictarse dentro de los sesenta días hábiles contados desde la primera actuación del juez sumariante.

**SUMARIO ADMINISTRATIVO.** Procedimiento.

En el proceso sumarial la entrega al afectado de la copia íntegra de los antecedentes de la inspección en que se fundamenta el sumario, específicamente el informe final del inspector actuante, es la forma en que se comunica y previene al mismo de las infracciones laborales que se le imputa, con lo que puede preparar su defensa, con lo cual queda cumplido el mandato constitucional del art. 17 inc. 7 de la Constitución Nacional.

Trib. Apel. Del Trabajo Segunda Sala 12-03-2009. “Firma Pofi Import Export SRL s/ Resolución N° 191 de fecha 4 de abril de 2008, dictada por el Viceministerio de Trabajo y Seguridad Social” (Ac. y Sent. N° 21)

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

**CUESTIÓN:**

Está ajustada a derecho la resolución apelada?

Conforme al sorteo de ley, dio como resultado el siguiente orden, RAMIRO BARBOZA, MYRIAM PEÑA y CONCEPCIÓN SANCHEZ.

A SU TURNO, RAMIRO BARBOZA DIJO: Que por la resolución apelada el Viceministro de Trabajo y Seguridad Social dispuso NO HACER LUGAR al incidente de redargución de falsedad y al incidente de sobreseimiento libre por caducidad del plazo, planteado por la empresa, DAR por concluido el sumario administrativo instruido a la firma Pofi Import Export. Finalmente imponer a la firma mencionada en concepto de multa la suma de Gs. 10.837.260, por violación de las disposiciones legales consignadas en la mencionada resolución.

Contra esta resolución se agravia el apelante en representación de la firma Pofi Import Export S.R.L., alegando que el Viceministerio ha incurrido en errores in judicando, así como en la aplicación del derecho, condenando injustamente a la misma. Se agravia también por el rechazo de la solicitud de sobreseimiento de la causa, ya que su parte ha demostrado que el sumario se prolongó por más del plazo de 60 días establecido en la reglamentación respectiva. Que el sumario concluye cuando el Viceministerio dicta la resolución respectiva y no antes como sostiene la autoridad administrativa del trabajo. Dicho sumario se inició el 10 de diciembre de 2007 y la resolución apelada fue dictada el 4 de abril de 2008, mucho después de haberse cumplido el plazo de ley. También se agravia por la condena impuesta en la citada resolución basada en supuestas violaciones de la ley laboral. Que desde el inicio del sumario no se atribuyó a su mandante infracciones a las leyes laborales y por tanto no existe una imputación concreta que pudiera derivar en la violación de una norma laboral, cuestión que viola los principios constitucionales y legales; y que la cuestión se centra en que la autoridad administrativa supone que dicha empresa cuenta con 24 personales, situación negada por la firma, la cual tiene solo 6 personales dependientes, y los demás prestan servicios en forma independiente, solicitando por ello la nulidad o en su caso la revocatoria de la resolución apelada.

A su turno el Viceministerio del Trabajo contesta el traslado a fs. 184 y siguientes solicitando la confirmación de la Resolución apelada con costas.

Que analizadas las constancias de autos se puede verificar que efectivamente el sumario se inició el 10 de diciembre de 2007 y concluyó el 6 de febrero de 2008, cuando el Juez sumariante elevó el dictamen referente a dicho sumario, si bien el Viceministro dicta su resolución en el mes de abril; pero, efectivamente coincidimos con la AAT en que el sumario concluyó cuando el Juez dictaminante eleva el informe, con lo que resulta que el agravio principal de la demandada deviene improcedente.

En cuanto al tema relativo a la cantidad de funcionarios empleados por la firma, corresponde señalar que la propia demandada reconoce tener trabajadores supuestamente independientes, pero que a criterio de la AAT prestan servicios en forma regular en la firma, y en base a ello aplica la sanción respectiva. Esta situación crea dudas acerca de la veracidad o no de las afirmaciones de la empresa ya que ni siquiera presentó la totalidad de la documentación que supuestamente justifica un tipo diferente de vínculo entre las partes, y por tanto, nos inclinamos a sostener que la decisión de la AAT es correcta, debiendo confirmarse la multa aplicada en violación a las leyes laborales tal como lo dispone la resolución recurrida. Voto por la confirmación de la misma, con costas.

A SU TURNO, LA MAGISTRADA MIRYAM PEÑA, DIJO: Agravia en primer término a la apelante el punto uno de la resolución apelada en cuanto rechaza el pedido de

sobreseimiento de la causa. De los términos de la resolución, como bien apunta el apelante, se colige que el Viceministro de trabajo entiende que el sumario concluye con la elevación de informe del juez sumariante y que la caducidad de instancia no puede darse en sede administrativa. Me adelanto a manifestar que considero equivocada esta postura, de acuerdo a las siguientes consideraciones.

El reglamento sancionador administrativo de uso obligatorio en los sumarios (Res. N° 483/99 del Viceministro de Trabajo) en su art. 20 establece que los sumarios administrativos indefectiblemente deberán concluir dentro de los sesenta días hábiles. Ahora bien, cuándo concluye el sumario? Con la elevación del informe del juez sumariante (posición del Viceministro) o con el dictado de la resolución pertinente (posición de la apelante)? Se impone esta última posición. No debe confundirse (como sucede en la resolución apelada) substanciación del proceso sumarial con conclusión del sumario, aquel que está a cargo del juez sumariante y termina con la elevación del informe respectivo, mientras que ésta corresponde al viceministro. Esto surge de expresas disposiciones del Reglamento citado que dicen: El procedimiento sumarial será implementado por jueces sumariales (art. 2); la resolución del Viceministro debe dar por concluido el sumario (art. 4); es requisito del sumario la Resolución del viceministro (art. 13), o sea antes de ella no termina el sumario; el Viceministro debe dictar resolución fundada dando por concluido el sumario y, consecuentemente, sobreseer o condenar al sumariado (art. 16).

Es que debe ser así, pues de otra manera se estaría violando la garantía que tiene toda persona de ser juzgado en un plazo razonable, consagrada en los conocidos documentos internacionales de derechos humanos, especialmente el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los que se inspira la Constitución Nacional. En la especie, ese plazo razonable está establecido por el art. 20 del citado Reglamento, excluir de ese plazo el tiempo que transcurra entre la elevación del informe del juez sumariante y el dictado de la resolución por el Viceministro no habría certeza alguna de la duración del tiempo que una persona puede estar sometida a la ingerencia del Estado, manteniéndose en estado de incertidumbre la determinación de sus derechos y obligaciones, violándose con ello una de las más importantes garantías.

En síntesis, conforme con todo lo dicho entiendo que el sumario concluye con la resolución del Viceministro, la que debe dictarse dentro de los sesenta días hábiles contados desde la primera actuación del juez sumariante, conforme manda el art. 20 del referido Reglamento.

Advierto en ocasiones anteriores he sostenido un criterio diferente, en el sentido de que el plazo de 60 días debe computarse hasta la elevación del informe del Juez Sumariante, criterio que cambio en esta oportunidad, como resultado de una reconsideración y apreciación del principio de la garantía del “plazo razonable” de la duración de todo proceso, para lo cual influyó los claros fundamentos expuestos por la apelante, la Abogada Rossana Villar Caballero.

En el caso concreto que nos ocupa, se inició el sumario el 10 de diciembre de 2007 (f. 6), habiéndose cumplido los sesenta días hábiles el 05 de marzo de 2008, fecha desde la cual el sumariado puede exigir el sobreseimiento de la causa en la instancia administrativa fundado en el citado art. 20 del Reglamento, tal cual venimos sosteniendo en este Tribunal

(Ac. y S. N° 241/04; N° 58/06, entre otros). Así lo hizo en fecha 24 de marzo de 2008 (fs. 148/149), pedido que debió concederse por imperio del art. 17 de la Constitución que en el punto 10 prohíbe la prolongación del sumario más allá del plazo establecido en la ley. Corresponde, pues, la revocación de la resolución apelada debiendo disponerse en consecuencia el sobreseimiento de esta causa.

La conclusión arriba apuntada releva de seguir con el análisis de la resolución apelada, sin embargo considero pertinente señalar que el sumario no solamente no fue concluido en el plazo legal, sino que además es nulo por no haberse respetado el derecho de defensa de la empresa sumariada, ya que como bien se queja la apelante, no se le ha hecho previa y detalladamente la imputación a los efectos de preparar su defensa.

Aclaro que en otras ocasiones dije que a mi juicio, en el proceso sumarial la entrega al afectado de la copia íntegra de los antecedentes de la inspección en que se fundamenta el sumario, específicamente el informe final del inspector actuante, es la forma en que se comunica y previene al mismo de las infracciones laborales que se le imputa, con lo que puede preparar su defensa, con lo cual queda cumplido el mandato constitucional del art. 17 inc. 7 de la Constitución Nacional (v. AC. y S. N° 93 del 08.08.08 T.A.T, 2da. Sala).

Pero advierto que la tesis vale para el supuesto en que los antecedentes de la inspección recibidos por el sumariado constan las supuestas infracciones legales que motivan la investigación, no así cuando del informe final del Inspector actuante no surgen detalladas las supuestas infracciones constatadas, tal como sucede en este caso en que el acta de inspección ni en el informe final del Inspector (fs. 2, 3) se puntualizan infracción alguna. Por esta razón en este caso no puede considerarse cumplida la comunicación previa y detallada de la imputación con la entrega de los “antecedentes de la inspección” a la empresa sumariada, cometiéndose una grave omisión de la señalada garantía constitucional establecida en el art. 17 inc. 7, que se sanciona con la nulidad del sumario.

A todo ello se agrega, tal como advierte la apelante, la falta de coincidencia de las constancias del acta de intervención (f. 2) con el pertinente informe final del Inspector (f. 3). En aquella dice que fue recibido por el propietario de la empresa que fue firmada por “las partes”, pero no existe la firma del propietario y en el informe dice que fue recibido por la cajera de la firma. Estas contradicciones restan autenticidad a estos documentos por lo que mal pudieron tomarse como fundamento del sumario instruido a la empresa inspeccionada.

Entonces, sin perjuicio de disponerse el sobreseimiento de la causa, queda demostrado que el sumario en sí es nulo. ES MI VOTO.

A SU TURNO, LA MAGISTRADA CONCEPCIÓN SANCHEZ G., DIJO: Si bien es verdad que con anterioridad a los Acuerdos citados, acompañé la tesis de que el sumario concluye con el informe del Juez sumariante, entiendo que son fundadas las razones de la colega MIRYAM PEÑA para mudar de criterio y coincidir que el mismo concluye con la resolución que dicta el Viceministro del Trabajo. Por lo dicho mi voto es en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los Señores miembros por ante mí de que certifico quedando acordada la sentencia que sigue a continuación:

RESUELVE: DECLARAR LA NULIDAD del sumario administrativo Instruido a la firma POFI IMPORT EXPORT S.R.L., conforme a los fundamentos expuestos precedentemente. IMPONER las costas a la vencida. ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

*Miembros: Ramiro Barboza, Miryam Peña y Concepción Sánchez. Ante mí: Gloria Machuca C. Actuaría Judicial.*