

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Dr. Eugenio Jiménez Rolón
Ministro Responsable

Año 2024 – Edición Aniversario

**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS**

**INTERCONTINENTAL
EDITORIA**

Asunción, Paraguay

**© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
GACETA JUDICIAL**

Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

Se autoriza su 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 fines educativos y no comerciales, sin autorización expresa previa por escrito, por parte de los titulares de derechos de autor, siempre que se reconozca debidamente la fuente.

GACETA JUDICIAL N° 1/2024

Edición Aniversario 2024: 300 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)

Dr. Eugenio Jiménez Rolón, Ministro Responsable

COORDINACIÓN

Abg. Viviana Cabrera Sanabria

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN Y ELABORACIÓN

Abg. Nora Banicie Murdoch Guirland

Abg. Alexander Argüello Alderete

Abg. María Cristina Sanabria Sanabria

Abg. Roberto Carlos Ruíz Díaz

COLABORACIÓN

Dirección de Comunicación de la Corte Suprema de Justicia

DISEÑO DE TAPA

Marcelo Andrés Silva Sanabria

Contactos: gacjudic@pj.gov.py Tel.: (021) 420 570, interno: 2790

© INTERCONTINENTAL EDITORA S.A.

Caballero 270. Teléfonos: 496 991 - 449 738

Fax: (+595 21) 448 721

Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py

E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

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

ISSN: 3005 – 4249

Contenido

Prólogo	9
Breve reseña histórica de la Gaceta Judicial.	11

Derecho Constitucional

La República del Paraguay y el paradigma constitucional modelo de Estado: democrático, social de derecho y republicano ...	23
<i>Emiliano Rolón Fernández</i>	

Derecho de la Niñez y la Adolescencia

Los medios telemáticos como acceso a justicia en el fuero de la Niñez y Adolescencia	35
<i>Pili Rodríguez</i>	

Derecho Laboral

ITAIPÚ. Normas de Trabajo y Seguridad Social	51
<i>Felipe Santiago Paredes</i>	
La suspensión de los Contratos de Trabajo.....	57
<i>Zully Almirón</i>	

CONTENIDO

Derecho Civil y Comercial

La anualidad de las Asambleas Ordinarias en las Sociedades Anónimas.....	69
<i>Raúl Sapena Brugada</i>	
Responsabilidad Civil en Procesos Penales.....	81
<i>José Raúl Torres Kirmser</i>	
Revisando la lesión, vicio de los Actos Jurídicos.....	109
<i>Alberto Martínez Simón</i>	

Derecho Penal

La Casación y la Apelación Especial. Aspectos fundamentales.	159
<i>María Carolina Llanes Ocampos.</i>	
Revisión del Auto de Apertura por la Cámara de Apelación	177
<i>Gustavo Enrique Santander Dans</i>	



Prólogo

La Gaceta Judicial nació con el propósito de sumar a la comunidad jurídica. Pero, ¿Qué sumamos? En la era de la información, que va creciendo vertiginosamente, tenemos la sensación de tener todo el conocimiento científico al alcance de un solo clic. Sin embargo, quienes estamos inmersos en el mundo del derecho sabemos que lo que lo mantiene vivo es la diversa, extensa e inabarcable conducta humana y la discrecionalidad con la que los jueces pueden interpretar las normas aplicables a esa conducta.

Por ello, al seleccionar los fallos a ser publicados, nos abocamos a distinguir los criterios tanto de la Corte Suprema de Justicia como de los Tribunales de Apelación, aplicados a aquellos casos que sirven de paradigma a los demás. Además, a lo largo de estos cuarenta años, han sido seleccionados cuidadosamente los ensayos y monografías que constituyen un aporte notorio a los usuarios de la revista.

Siempre enfocados en esta misión, pretendemos seguir entregando una herramienta tangible que pueda servir de inspiración a quienes, en su ánimo de mejorar la justicia, recurren al pensamiento y el trabajo investigativo de otros juristas.

En esta edición especial, presentamos algunos de estos prestigiosos aportes y aprovechamos para agradecer a todos aquellos que sumaron sus conocimientos y sus esfuerzos para colaborar con la gaceta desde su creación hasta hoy y asumimos con gusto el compromiso de seguir creciendo y seguir sumando.

Debido al límite de espacio, este ejemplar cuenta con solo nueve de los prestigiosos trabajos, en consecuencia, se nos encomendó la tarea de realizar una compilación completa la cual estará accesible en la brevedad posible en la biblioteca virtual de la página de la Corte Suprema de Justicia.

Equipo de la Gaceta Judicial.



Breve reseña histórica de la Gaceta Judicial.

La Gaceta Judicial nace en noviembre del año 1983, del deseo de divulgación de fallos del Poder Judicial del Paraguay, mediante la publicidad responsable del quehacer judicial con la colaboración en ese entonces de sus protagonistas, buscando incentivar y divulgar la producción doctrinaria en el campo jurídico, dar a conocer las Leyes, Acordadas, Procedimientos, Investigaciones, noticias y estadísticas referentes al ámbito judicial.

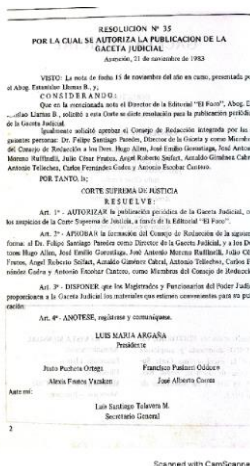
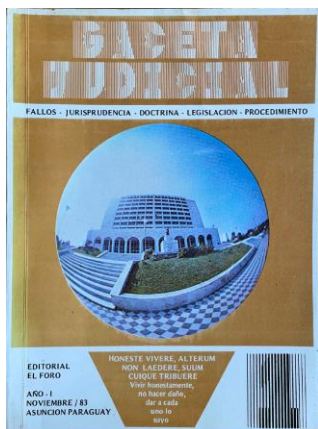
En aquel momento contaba con un Director, un Vice Director, un Consejo Redactor y un Consejo Asesor, que estaba conformado en su mayoría por Magistrados de destacada trayectoria.

Su primer Director fue el **Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes** seguido por el ex Magistrado **Dr. Joaquín Irún Grau** por un lapso de 10 años.



La Revista fue registrada por la Corte Suprema de Justicia y publicada por Editorial El Foro.

Primera Época



Mediante la nota presentada el 15 de noviembre de 1983 por el Abg. Estanislao Llamas Barrios, Director de la Editorial “El Foro”, se solicitó a la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Ministros Luis María Argaña como Presidente, Justo Pucheta Ortega, Francisco Pusineri Oddone, Alexis Frutos Vaesken y José Alberto Correa, como Miembros y Luis Santiago Talavera como Secretario General) dicte resolución para la publicación periódica de la Gaceta Judicial.

Es por ello que a través de la Resolución N° 35, del 21 de noviembre de 1983 se autoriza la publicación periódica de la Gaceta Judicial con los auspicios de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Editorial “El Foro” (Art. 1).

En dicha resolución también se aprueba la conformación del Consejo de Redacción de la siguiente forma: Dr. Felipe Santiago Paredes como Director de la Gaceta Judicial, y a los Doctores Hugo Allen, José Emilio Gorostiaga, José Antonio Moreno Ruffinelli, Julio César Frutos, Ángel Roberto Seifart, Arnaldo Giménez Cabral, Antonio Tellechea, Carlos Fernández Gadea, Antonio Escobar Cantero, como Miembros (Art. 2).

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA GACETA JUDICIAL.

Desde la Gaceta Judicial N° 8 (Año 2, Febrero-Marzo / 85) se suman al Consejo de Redacción Antonio Colman Rodríguez, Carlos González Alfonso, Myriam Peña de Ortiz y Carlos Alberto Alfieri como Miembros y a Roberto Ruiz Díaz Labrano como Coordinador.

Este Consejo estuvo encargado de la publicación de las Gacetas Judiciales desde noviembre de 1983 hasta agosto de 1986 (Gacetas Judiciales de 1 al 16).

Por Resolución N° 381, del 21 de noviembre de 1986, la Corte Suprema de Justicia resuelve, la reestructuración de la organización de la Gaceta Judicial, quedando constituida de la siguiente manera: Director: Dr. Joaquín Irún Grau, Vice Director: Dr. Marcos Riera Hunter, Comité Ejecutivo: Doctores Albino G. Garcete Lambiase, Carlos V. Köhn Benítez, Luis R. Escribá C. Benigno Rojas Vía, Luis Fernando Sosa Centurión, Luis Escobar Faella, Alberto Andrada Nogués, Roberto Ruiz Díaz Labrano y Hernán Casco Paganó. Secretario de Redacción: Dr. Alberto Rodríguez Alcalá. (Gaceta Judicial 17 al 25).

Una ampliación fue autorizada por el Presidente Luis María Argaña, que por Resolución N° 388 integra a la Gaceta Judicial el Consejo Asesor con las siguientes personas: Doctores Raúl Sapena Pastor, Cesar Garay, Luis Martínez Miltos, Ramiro Rodríguez Alcalá, Jorge H. Escobar, Carlos Alberto Alfieri (Notario y Escribano Público) y Hugo Allen.

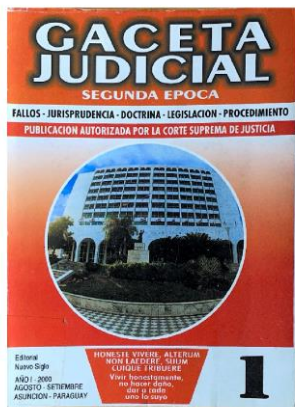
Una nueva reestructuración se dio por la Acordada N° 20, del 24 de julio de 1989, (Corte Suprema de Justicia integrada por los Ministros José Alberto Correa como Presidente; Jerónimo Irala Burgos, Francisco Pusineri Oddone, Albino Garcete Lambiase, Benito Pereira Saguier como Miembros y Carlos Acuña Lugo como Secretario General) ampliando la nómina de miembros del Consejo Redactor con los Doctores Flaviano González, José Raúl Torres Kirmser, Cesar Antonio Garay, Rodolfo Gill Paleari, Cristóbal Sánchez, Anselmo Aveiro (h), Antonio Escobar Cantero, María Sol Zuccolillo Garay de Vouga. El Consejo Asesor quedó conformado con las

siguientes personas: Luis María Argaña, Alexis Frutos Vaesken, Arquímedes Laconich, Ramiro Rodríguez Alcalá, Alejandro Encina Marín, Juan Carlos Mendonça, Carlos Mersán, Miguel Ángel Pangrazio, Carlos Alberto Alfieri, Felipe Santiago Paredes, José Kriskovich, Raúl Sapena Brugada, Hugo Allen, José Villarejo, Horacio Lebrón y Alejandro Doldán Insfrán. Como Secretario de Redacción fue designado el Magistrado Rafael Cabrera Riquelme (Gaceta Judicial 26 al 28).

En dicha época la labor de búsqueda del material a ser publicado se realizaba visitando de manera personal cada despacho o juzgado, revisando de forma manual una a una las resoluciones dictadas como así también la transcripción de las mismas, muchas veces soportando el costo con fondos propios.

Con la vigencia de la nueva Constitución de 1992 y los cambios provocados en la estructura del Poder Judicial y de la Gaceta Judicial, ésta tuvo una pausa y reapareció en el año 2000. Desde sus comienzos hasta la interrupción citada en el año 1998, publicó 28 números y 4 ediciones extras.

Segunda Época

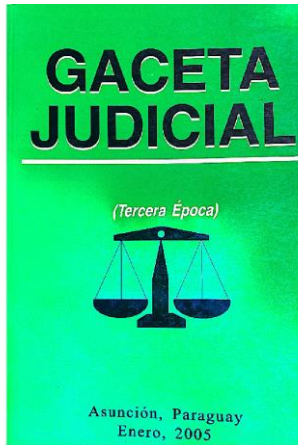


BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA GACETA JUDICIAL.

Una nueva versión de la Gaceta Judicial fue autorizada por la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Ministros Carlos Fernández Gadea, como Presidente; Jerónimo Irala Burgos, Bonifacio Ríos Avalos, Elixeno Ayala, Luis Lezcano Claude, Felipe Santiago Paredes, Wildo Rienzi Galeano, Raúl Sapena Brugada y Enrique Sosa Elizeche como Miembros), por Resolución N° 733 del 15 de junio del año 2000.

Dicha Gaceta Judicial estuvo integrada por las siguientes personas: como Director fue designado el Dr. Felipe Santiago Paredes; Consejo de Redacción: Luis María Benítez Riera (Penal), José Kris-kovich Prevedoni (Laboral), Rodolfo Gill Paleari (Civil), Manuel Silvio Rodríguez (Menor), Sindulfo Blanco (Contencioso) y Carolina Llanes, Marcos Köhn Gallardo y Roque Orrego (Reforma del Sistema Penal). Contó con 2 números publicados en el año 2000.

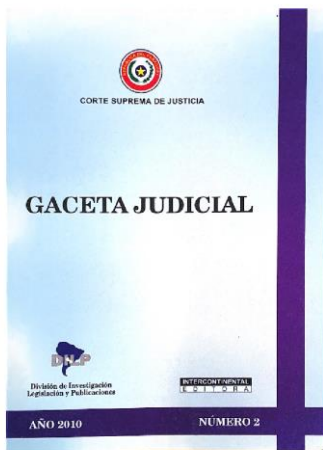
Tercera Época



Nuevamente aparece una publicación de la Gaceta Judicial, autorizada por la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Doctores Víctor Manuel Núñez Rodríguez, como Presidente; Wildo Rienzi Galeano, Antonio Fretes, José Raúl Torres Kirmser, Sindulfo

Blanco, Miguel Oscar Bajac Albertini, Cesar Antonio Garay Zuccolillo, José Victoriano Altamirano, Alicia Beatriz Pucheta de Correa, como Miembros y Esteban Kriskovich, como Secretario General) en la que se publicó 1 número, que fue lanzado en enero de 2005.

Cuarta Época



En el año 2010, surge la idea de retomar la publicación de la Gaceta Judicial por la imperiosa necesidad de publicación de textos con identidad nacional dentro del ámbito jurídico, para el estudio y la investigación, es por ello que la Corte Suprema de Justicia (integrada por los Doctores José Raúl Torres Kirmser, como Presidente; Víctor Manuel Núñez Rodríguez, como Vicepresidente 1º; Sindulfo Blanco, como Vicepresidente 2º y Miguel Oscar Bajac Albertini, Antonio Fretes, César Antonio Garay Zuccolillo y Alicia Beatriz Pucheta de Correa como Miembros) autoriza a la División de Investigación, Legislación y Publicaciones (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas)¹, en ese entonces dependiente del Centro Internacio-

¹ La Corte Suprema de Justicia, a través de la Acordada N° 837, del 20 de agosto del 2013, resolvió modificar la estructura de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales de la

nal de Estudios Judiciales (CIEJ) para realizar las investigaciones del contenido, principalmente Doctrina nacional e internacional y Jurisprudencia de los Tribunales de Apelación y Corte Suprema de Justicia.

El equipo de la Gaceta Judicial estuvo integrado en sus inicios por el Ministro Director de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones, Dr. Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Carmen Dora Montanía Cibils como Directora de la División y la colaboración de funcionarios designados para la Coordinación General, la investigación y otras labores de ponderada importancia.



Esta Cuarta fase de la Gaceta Judicial principió con la firma del convenio con la **Editora Intercontinental** en el año 2010, representada por el Abogado Alejandro Gatti. El compromiso y la intención del convenio fue poner a disposición una permanente y periódica herramienta de consulta que mantenga actualizados a sus lectores en temas de interés jurídico.

El convenio fijó una publicación trimestral, 4 números anuales, los que debían contener principalmente doctrina nacional e internacional y fallos de los Tribunales y de la Corte Suprema de Justicia multitemáticos.

máxima instancia judicial, que pasa a denominarse Instituto de Investigaciones Jurídicas.

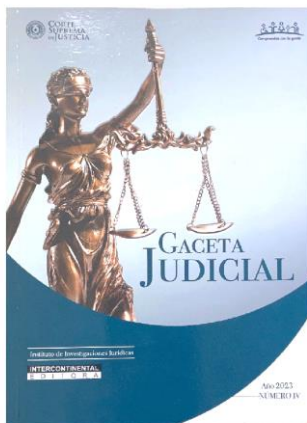
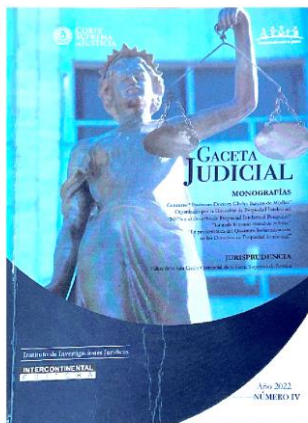


En el año 2014 se nombra al Ministro José Raúl Torres Kirmser como Ministro Responsable del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que continuó con el trabajo de investigación y publicación de las gacetas judiciales desde ese entonces.



En sesión plenaria del 01 de abril de 2019, la Corte Suprema de Justicia designó al Prof. Dr. Eugenio Jiménez Rolón como Ministro Responsable del Instituto de Investigaciones Jurídicas, quien sigue desempeñando la función hasta el momento de esta publicación.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA GACETA JUDICIAL.



Actualmente, sigue siendo uno de los principales objetivos de la Gaceta Judicial, la distribución gratuita de los ejemplares a los Magistrados, a la Biblioteca del Poder Judicial y a otras dependencias, en formato papel y también poner a disposición de los profesionales, estudiantes, docentes y funcionarios, el acceso a todos aquellos ejemplares que se encuentran digitalizados en la página web de la Corte Suprema de Justicia. Consideramos que tanto la Jurisprudencia como la Doctrina Nacional, son patrimonio común y están destinadas a ser divulgadas. Por esta razón, nos aseguramos de propiciar la accesibilidad de tal modo que esté disponible para todos sus destinatarios.



Derecho Constitucional

La República del Paraguay y el paradigma constitucional modelo de Estado: democrático, social de derecho y republicano

Emiliano Rolón Fernández¹

I. Introducción

La Nación Paraguaya, por disposición del poder constituyente, en 1992, ha reorientado el modelo de Estado y con ello el ejercicio del poder público ha observado una profunda transformación, pues de una orientación ***absolutamente verticalista*** –derecho constitucional histórico– en donde la aplicación del principio de autoridad era la regla, se cambió el paradigma para ***horizontalizar el ejercicio del poder central***, a través de la instalación, como principios rectores en arquitectura jurídica, las ideas ***de la República Democrática***, y de ***Estado Social de Derecho***, en donde el ejercicio del gobierno es compartido por los poderes ***Legislativo, Ejecutivo y Judicial***, dentro de un ***sistema de independencia, equilibrio y recíproco control***, Art. 3º Constitución Nacional, con los cuales el ser humano recibe nueva dimensión, pues se constituye en el eje y motor del universo jurídico, al convertirse en sujeto esencial del derecho y con ello sustentar las bases a través de las cuales el Estado es simplemente una entidad adecuada a sus fines de concretar sus propuestas en su intensión de búsqueda de la felicidad.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2015.
Miembro del Tribunal de Apelación Penal. Cuarta Sala. Capital.

En dicho paradigma de ejercicio fragmentario del poder y la redimensión del ser humano, el derecho público interno también debe reorientarse, pues en adelante el ejercicio omnímodo del poder público por alguna persona o entidad ya sólo es historia, con lo que el ciudadano dejó de ser número para constituirse en sujeto con roles, de quien se espera aptitudes acordes con el nuevo modelo instalado, en donde se lo justifique como ciudadano. En ese orden, el ejercicio fragmentario del poder significa que cada una de las estructuras preestablecidas: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sólo deben cumplir con las atribuciones de sus competencias. El primero, a elaborar las propuestas legislativas adecuadas para el país; el segundo, administrarlo y ejercer otros actos referidos a política exterior, liderazgos en materia de organizar la defensa nacional y asegurar la seguridad interna; y, el último, otorgar respuestas al común de la gente en lo atinente a conflictos que puede generar la interacción, para cuya funcionalidad ejerce la atribución en forma exclusiva.

En el ámbito del derecho público interno, y específicamente en lo que atañe al fenómeno de crisis llamado “delito”, dicho ejercicio fragmentario del poder central, también marca influencia, pues en adelante la figura del “juez comandante del proceso” deja de ser relevante, en adelante simplemente administra el conflicto y ejerce las atribuciones regladas referidas a “los actos de contenido jurisdiccional”, otorgándose las actitudes necesarias a otros sujetos, entre éstos el actuario, el fiscal y hasta el personal policial para asumir decisiones que afectan al sistema penal. En materia de hechos punibles y penas, sendero del derecho penal sustantivo, también es afectado por la nueva orientación, pues en adelante el viejo adagio latino de *salus populi suprema lex est* sustento de la hegemonía estatal ya no es persistente, en adelante la protección de la ley pasa por la atención de los bienes jurídicos, aquellos que son esenciales para el sujeto viviente, entre ellos la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, el patrimonio, etc. en escala descendente y progresiva de acuerdo a su interés.

II. Las Constituciones Nacionales del derecho positivo histórico

Históricamente, la visión jurídica no fue ni siquiera aproximada a la precedentemente esbozada, pues la verticalidad de la aplicación, habida cuenta que se sustentaba en la necesidad de afianzar lo colectivo, lo estatal, hacían a la justificación de las preeminencias, en ocasiones de un poder estatal sobre otro – generalmente a favor del Poder Ejecutivo– y en general de las autoridades constituidas en desmedro del ser humano.

La verticalidad del ejercicio del poder central, tuvo pues amplia manifestación en el derecho positivo histórico, ya que su aplicación irrestricta **constituía la regla**, por lo que el principio republicano, aunque utilizado en realidad en los documentos públicos que sustentaban políticamente la nascente estructura del Paraguay, no fue aplicado en la práctica.

En el orden precedentemente expuesto, es dable recordar que:

1. *El Reglamento General de Gobierno para la **República** del Paraguay de 1813*, instala la dictadura perpetua del Dr. Francia, ejerciendo el poder omnímodo hasta su muerte, instalando la hegemonía absoluta a su favor, desapareciendo la división tripartita del ejercicio del poder, según concepto tradicional.

2. *La Ley que organiza políticamente la **República** del Paraguay de 1844* (Constitución Nacional de 1844), en la realidad ni siquiera es ley. En puridad no había Poder Legislativo constituido y algunos ciudadanos eran convocados a los efectos de aprobar una propuesta ya realizada por el Ejecutivo. Por dicho documento, se instala la base hegemónica de los López, pues el Triunvirato propuesto tuvo una vigencia muy efímera. En esta normativa, el Poder Judicial resultaba dependiente del Poder Ejecutivo, y sus referentes, jueces y demás funcionarios, **eran designados por quien ejercía la titularidad de aquel**.

3. *La Constitución Nacional de 1870*, fue producto de una Convención Nacional Constituyente, pero tiene el estigma de que las propuestas –de **contenido ideológico liberal**– fueron tratadas por dicha convención, **bajo el control de las fuerzas aliadas**, o Triple Alianza, aun cuando éstas se hallaban sitiando la Capital de la República. En la construcción jurídica de esta Constitución Nacional, el ejercicio del poder central descansaba en la supremacía a favor del Poder Ejecutivo, con cierto protagonismo del Poder Legislativo, pero con marcado desequilibrio en contra de la independencia judicial, pues la designación de un componente del Superior Tribunal de Justicia (Corte Suprema de Justicia) o componentes de Tribunales, o Jueces, **dependía enteramente del Presidente de la República**.

4. *La Constitución Nacional de 1940*, fue producto de la inspiración del Poder Ejecutivo y para su instalación no se creó aforismos, se lo llamó con todas las letras “**Decreto por el cual se promulga la nueva Constitución Nacional**”. Obviamente, los componentes del cuerpo legislativo, **entonces Cámara de Representantes**, observaban la **aceptación del titular del Poder Ejecutivo, al igual que los componentes del Poder Judicial** (magistrados, jueces, etc.).

5. Finalmente en la *Constitución Nacional de 1967*, que también fue producto de una Convención Nacional Constituyente, con la participación de las fuerzas políticas activas, se mantiene como **figura preeminente, el Poder Ejecutivo**, pues sobrepasa en atribuciones al Legislativo y al Judicial. En este punto, sólo basta recordar que la designación de los Miembros de la Corte Suprema de Justicia, Tribunales, Jueces inferiores y también el Fiscal General del Estado y órganos menores, **eran de atribución del Poder Ejecutivo**, y “el asiento” de una de las Cámaras del Congreso –Diputados o Senadores– también se hallaba sujeto, cuanto menos, **al guiño complaciente del primer mandatario, aun tratándose de un opositor**.

Dichas líneas de ejercicio vertical del poder central, no fueron exclusivas de la República del Paraguay, ***por el contrario trasunta la realidad política latinoamericana*** de aquella época, propios de los regímenes que observaban las legislaciones que partían del medio-evo que tienen por fuente las concreciones del ***Derecho Canónico, legislación española – portuguesa, o derecho francés***, que confluían en asentar en legislaciones menores, el sistema inquisitorial en materia de derecho de forma y la supremacía del ente estatal, en derecho sustantivo, en desmedro del individuo, circunstancias éstas que permitieron, en estas latitudes, ***el ejercicio omnímodo del poder central y a favor del Poder Ejecutivo***.

Nótese que en todos los documentos de organización política para el Paraguay, precedentemente mencionado, se utiliza el vocablo ***“República”*** y el antagonismo va de suyo cuando en realidad se legisla en torno a la hegemonía y aun reconociendo a “la dictadura” como un sistema válido. Con lo cual, la utilización del vocablo se convierte simplemente en una fuente vacía de contenido, pues no existe nada más antagónico al principio republicano que el ejercicio omnímodo del poder o la propia dictadura.

III. La estructura constitucional vigente y el Poder Judicial

En la línea de atención de conflictos, normas sustantivas y de carácter procesal, obviamente debe seguirse el mismo orden establecido en la Constitución Nacional ***–de horizontalización del ejercicio del poder jurisdiccional y su administración fragmentaria, basado en el rol de los sujetos procesales–*** pues en el campo del derecho sustantivo la atención individual en la formulación de la política del Estado, sea en materia penal, civil, laboral, etc., y hasta en la formación universitaria, obedecía a la misma perspectiva ya esbozada del constitucionalismo histórico, razón por la cual el sistema inquisitivo se enseñoreaba en el ámbito de lo jus-

ticiable penal, y aún sigue vigente, en premisas rectoras, en otras legislaciones como la civil, laboral, etc.

La Constitución Nacional de 1992, rompe con el paradigma del ejercicio vertical del poder central, con lo cual, ***a raíz de que los cuerpos normativos menores deben estar orientados hacia la misma***, Art. 137 Constitución Nacional, se crean las condiciones para la asunción de ***una perspectiva sistémica***, pues de aplicación irrestricta del principio de autoridad, habría que avanzar hacia la propuesta de ***“servicio de justicia”***, ya que este valor supremo... “cualidad inespecial e intemporal que reina entre los objetos ideales”, debe llegar ***presto e incólume***, a su beneficiario, ***el común de la gente***, es decir, el pueblo. En las Repúblicas, el contralor del servicio es el ciudadano, en el Estado Social del Derecho, el eje y motor del universo jurídico, es “el individuo” y en las democracias, el pueblo es el soberano, contralor de las actividades públicas.

Por dicha redimensión ideológica en modelo de Estado, diseñado en la Constitución Nacional de 1992, se puede afirmar que la República del Paraguay fue refundada en 1992, ya que con la misma, nacen nuevas instituciones, con autonomía y autarquía, entre ellas el Ministerio Público, y protagonismo unitario, como la Policía Nacional, órganos encargados –en lo justiciable penal– de la persecución. Del mismo modo, se reorganiza el modelo de enjuiciamiento criminal, para observar el principio acusatorio y la libertad probatoria como ejes centrales en su formulación, acogiendo la lógica de los sistemas de garantía al ser humano y respeto a su dignidad.

IV. El Poder Judicial y la orientación de los modelos de enjuiciamiento

Como se ha expresado anteriormente, el modelo ideológico constitucional es contrario a la aplicación vertical del poder y en observancia de tal regla, las normas que hacen a la convivencia o interacción ciudadana, debieron aggiornarse a aquella. No obstante,

debe señalarse que dicha transformación es bastante lenta, ya que **sólo el sistema penal ha adquirido tal dimensión**, lineándose el Derecho Penal entorno al respeto de la dignidad humana, castigando la violación de los bienes más preciados que éste tiene, según escala cuyo epicentro se encuentra en el derecho a la vida, para concluir en otros bienes jurídicos de menor entidad.

En el campo del Derecho Procesal Penal, se adopta el modelo acusatorio que se ajusta al ideal republicano por su **oralidad y publicidad**, y más allá de simple mecanismo de instrumentación del acto procesal, constituye verdadera orientación ideológica, pues el ejercicio de la función jurisdiccional por el juzgador ocurre a la vista de la gente, por lo tanto, las presiones probables en el resultado del conflicto, se verán bastante amenguadas. En este sentido, con bastante acierto, el autor italiano Mauro Capeletti, *“Proceso, Ideología y Sociedad”*, señala que los modelos normativos que rigen al enjuiciamiento son consustanciados con el modelo de Estado optado, es así que los regímenes escrituristas son acordes con aquellos que eligen como gobierno la línea férrea del poder centralizado, mientras que la oralidad, son acordes con los regímenes de tipo abierto, como el democrático.

La Constitución Nacional de 1992 presenta orientaciones en cuanto a la forma de los juicios, señalando:

- El Enjuiciamiento Criminal: **“podrá ser oral”**.
- El Enjuiciamiento Civil.
- El Enjuiciamiento Laboral: **“deberá ser oral”**.

Sobre tales aspectos, debe señalarse que aún tenemos déficit pronunciados en el enjuiciamiento civil y también en el enjuiciamiento laboral. Dichos regímenes, según la orientación actual, no se hallan acordes con la perspectiva constitucional, pues en ellos se aplican aún “el sistema de las pruebas tasadas”, o el otorgamiento de “valor preconstituido a las evidencias”, entre éstas, supremo va-

lor a las confesorias y a los instrumentos públicos, rigiendo el escripturismo a ultranza y el impulso procesal “de parte”.

Existen intensiones de avance en tales disciplinas hacia la oralidad, entre éstas la de instalar un Código Procesal General, el cual se halla en estudio y una vez sancionado, permitirá la agilización en el modelo civil. En el ámbito laboral, la perspectiva ofrece serios nubarrones, pues aun cuando la Constitución Nacional *–en términos imperativos–* señala que *deben ser orales*, en ningún juzgado de la República se lo aplica, lo cual *es demostrativo que el peso de la tradición es más fuerte que el texto de ley*.

V. La organización del Poder Judicial para la atención de los conflictos

La vigente Constitución Nacional otorga al Poder Judicial la *potestad exclusiva y excluyente* de conocer y decidir en los actos de carácter contencioso, todos los que generan la interacción humana, con independencia y prohibición a otros poderes o estamentos, de ingerir en su funcionamiento, Art. 248 CN., y para tal misión, está estructurado de la siguiente manera:

a) *La atención primaria* del conflicto en las diferentes jurisdicciones y competencias, a cargo de jueces de primera instancia, jueces de paz letrada y jueces de paz.

b) *la atención derivada* de los recursos interpuestos, a cargo de Tribunales de Apelación, que se constituyen en órganos de segunda instancia, y, en determinados conflictos, la propia Corte Suprema de Justicia; y

c) *atención de la instancia máxima*, Corte Suprema de Justicia en cuestiones atinentes a acciones de inconstitucionalidad, recursos de casación *–per saltum–* y extraordinario, y recursos de revisión.

Merece consideración especial *“la acción y excepción de inconstitucionalidad”*, legislado en la línea de los procedimientos

escrituristas, de ***ejercicio vertical del poder***, aplicados hoy sin restricciones, tanto en regímenes civiles, como laborales, penales, etc., pues en la normativa reglamentaria, ***Código Procesal Civil de 1988***, la necesidad de su declaratoria previa, aún en el caso de un proceso en marcha en el cual fue propuesto, ***es de rigor el pronunciamiento de la instancia máxima***, lo cual riñe con la lógica del sistema acusatorio y la oralidad, pues en éstos la concreción del acto procesal y el decisorio de rigor, van unidos secuencialmente, por lo que el impulso procesal es generalmente oficioso, habida cuenta la obligación que tiene el Estado de concluir el juzgamiento ***dentro del plazo razonable***, como condición de imposición de sanción.

El diseño actual es más acorde con la lógica escriturista del impulso procesal de partes, lo cual no permite la concreción del acto procesal y la asunción de determinaciones, como hoy ocurre con la excepción de inconstitucionalidad, circunstancia que lleva, en el ámbito penal, al desgaste humano y erogaciones económicas, para simplemente resultar inane todo lo efectuado, pues debe suspenderse la tramitación en el estado de resolución, y esperar la ***solución final de la Corte Suprema de Justicia***.

En perspectiva de evolución, debería profundizarse en las simetrías existentes entre la acción de inconstitucionalidad y el recurso extraordinario de casación, pues ambos, en verdad, legislan sobre el control de constitucionalidad de los fallos, razón por la cual, hasta resulta un despropósito y atentatorio con la obligación estatal de concluir el proceso dentro del plazo razonable, el permitir la coexistencia de ambos mecanismos de control constitucional, en un mismo caso.

Quizá la solución más inmediata provenga de la renuncia expresa, en procedimiento penal, o prohibición del ejercicio de algunos de ellos, cuando se ha elegido inicialmente una de las vías, pues, hoy, la práctica nos enseña que ante intenciones de extinción de

casos, ese es el temperamento seguido por los litigantes, el cual conspira con la obligación estatal ya mencionada.

La ocasión se hace propicia para sintetizar la propuesta orientativa del modelo constitucional, según las sabias palabras del mentor esencial del esquema de reforma, Dr. Oscar Paciello, quien afirmara: ***“No es suficiente que a la institución le demos el nombre de Poder y pretendamos, de la noche a la mañana, que sus componentes sean príncipes valientes o llaneros solitarios, sino que confirmamos al pueblo, por los conductos que fuesen, un efectivo control sobre su administración de justicia”.***



Derecho de la Niñez y la Adolescencia

Los medios telemáticos como acceso a justicia en el fuero de la Niñez y Adolescencia

Pili Rodríguez¹

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

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2021.

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

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

El Art. 3 de la analizada ley establece que podrán ser sustanciados por medios telemáticos **todo tipo de audiencias en general**, de todos los **fueros e instancias**, incluso aquellas que requieren **asistencia personalísima**. Aquí es importante destacar que desde la adopción por la Corte Suprema de Justicia de la **Acordada N° 1366/20 “Que reglamenta la actividad del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria”** donde se suspendieron las actividades del Poder Judicial en todas las Circunscripciones Judiciales pero que al mismo tiempo incluyó como excepción al fuero de la Niñez y Adolescencia, considerándolo como servicio de estricta necesidad se garantizó su funcionamiento para atender los casos urgentes como las **venias para viajar**, conforme a los Arts. 100 y 101, de la Ley N° 1680/01, a excepción de las venias con fines de radicación, que se tramita por el procedimiento general de acuerdo al mismo cuerpo legal, **las medidas cautelares de urgencia, las restituciones** y los casos de **maltrato**³. Sin dejar de mencionar que posteriormente a través de la **Acordada N° 1446/20 “Que reglamenta la reducción de actividades en el Poder Judicial”** se dispuso que los Juzgados de Niñez y Adolescencia habilitados como servicio indispensable incluyan a las **demandas nuevas de alimentos** como procesos a ser tramitados como los demás ya establecidos por la Acordada N° 1366/20⁴.

² Art. 1 Ley 6495/20.

³ Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1366/2020.

⁴ Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1446/2020.

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

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

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

⁶ Art. 1 Ley 6083/18.

Asimismo en el caso de las medidas cautelares de urgencia la también noble Ley N° 6486/20 **“De promoción y protección del derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, que regula las medidas de cuidados alternativos y la adopción”** que entró en vigencia el 31 de enero de 2020 dispone que para la adopción de las medidas de urgencia en los casos de NNA en estado de vulnerabilidad que amerite la separación de su entorno familiar en ultima ratio, “...recibidos los antecedentes, el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, o en su caso el Juzgado de Paz, dentro de las siguientes 6 (seis) horas **debe oír al niño, niña o adolescente personalmente** y considerarlo de acuerdo a su edad y grado de madurez, así como **verificar su estado general por sí mismo** o a través del informe brindado por la Defensoría Pública; y arbitrar las medidas cautelares de carácter urgente que fueren necesarias para garantizar al niño, niña o adolescente su seguridad e integridad física y psicológica...”⁷. Así como la realización de audiencia de sustanciación donde el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, **debe convocar dentro del tercer día a las partes** y en dicha audiencia **deberán ser presentadas las pruebas documentales, testimoniales** y demás pruebas que resulten pertinentes, igualmente las partes **deberán presentar al Juzgado los documentos que acrediten su identidad y la de los niños, niñas o adolescentes** sujetos de la protección también el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia **está obligado a oír al niño, niña o adolescente** conforme a su grado de desarrollo y madurez en un espacio adecuado para recibir sus declaraciones, evitando su exposición pública, la revictimización y su contacto con el victimario y estará **acompañado por el Defensor de la Niñez y la Adolescencia y un profesional del área de psicología del Equipo Asesor de la Justicia**, quienes **emitirán sus pareceres en forma verbal** y que **en ningún caso se podrá suspender la audiencia** fijada por ausencia del fiscal o el defensor de la niñez o de cualquiera de los técnicos...”⁸.

⁷ Art. 32 Ley 6486/20.

⁸ Art. 34 Ley 6486/20.

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

*Cabe igualmente mencionar que en los casos de **Maltrato** hacia los NNA la **Ley N° 4295/11** “Que establece el procedimiento especial para el tratamiento del maltrato infantil en la jurisdicción especializada” prevé para dicho proceso la realización de una **audiencia de sustanciación** dentro del tercer día donde las partes serán convocadas por el **Juzgado de la Niñez y la Adolescencia**, donde se deberán **ofrecer y diligenciar las pruebas** y en caso de **inasistencia injustificada de la parte denunciada a la primera citación**, ésta será traída por la fuerza pública⁹.*

*En ese mismo orden el proceso especial establecido para el reclamo de la **Asistencia Alimentaria** de conformidad a lo dispuesto en el Art. 188 del Código de la Niñez y Adolescencia incluye a una **audiencia de rigor donde debe ser oído el alimentante** principalmente para ejercer su derecho a la defensa y pueda ser establecido un **monto provisorio de asistencia alimentaria** durante la tramitación de las pruebas y hasta tanto se dicte sentencia definitiva¹⁰.*

Sin duda alguna todos los procesos habilitados durante la suspensión y reducción de actividades en el Poder Judicial como medidas sanitarias ante la declaración de estado de emergencia nacional por la pandemia del COVID19 incluyen audiencias necesarias para la determinación de la resolución al proceso teniendo a la intermediación del juzgador o juzgadora como principio cardinal a más de los principios del derecho a ser oído y de interés superior de todo NNA como ejes transversales e ineludibles dentro de la Jurisdicción especializada contexto que ya ha tenido en cuenta el espíritu y la redacción de la Ley N° 6495/20 en consonancia con el principio constitucional y convencional del Interés Superior del Niño explícito en el Art. 54 de nuestra Carta Magna y Art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño cuando rezan que en caso de circunstancias contrapuestas primará la que esté más ajustada a ese

⁹ Art. 8 Ley 4295/11.

¹⁰ Art. 188 Ley 1680/01.

interés superior, la que radicará en su bienestar y permitirá la efectividad de sus derechos¹¹ en absoluta concordancia con los derechos de rango constitucional a la vida y la salud consagrados en los Arts. 4 y 68 respectivamente de la ley suprema de la República.

*Es así que para la implementación de los medios telemáticos en consonancia con los principios anteriormente señalados la Ley N° 6495/20 requiere se den las circunstancias como la existencia de una dificultad significativa para asistir a la audiencia ante el órgano jurisdiccional por el compareciente al acto procesal debido a **una enfermedad u otras circunstancias personales**¹² con mayor razón desde el aumento de casos y expansión de contagios de Covid19 a fin de no exponer la salud de los usuarios y funcionariado judicial.*

*También cuando por cualquier motivo, **así lo aconseje, el interés superior del niño, niña o adolescente**¹³. En este sentido la salud y la vida de los sujetos de protección especial del fuero especializado constituyen en este contexto de pandemia su interés superior estimando que incluso no existiendo una ley que así lo estipule la reingeniería judicial ante dicha situación hubiera desde luego apostado a medios alternativos como los tecnológicos para precautelar tales fines, no obstante y para mayor refuerzo en la protección el concierto de Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia conforme las circunstancias dadas y los decretos del Poder Ejecutivo en torno a las medidas sanitarias hacían hincapié en el cuidado del sistema de justicia en relación a la presencia de los NNA en las sedes judiciales como la prohibición del ingreso de los mismos, a excepción de aquellas situaciones en que la presencia de los mismos sea **indispensable para un acto procesal**, así como el arbitrio de los mecanismos necesarios a fin de poder llevar a cabo las audiencias en los distintos fueros, por medios telemáticos a través de la*

¹¹ Art. 54 Constitución Nacional de la República del Paraguay.

Art. 3 Convención Internacional de los Derechos del Niño.

¹² Art. 3 Inc. b ley 6495/20.

¹³ Art 3 Inc. c ley 6495/20.

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

*Dirección de Tecnología y Comunicación en coordinación con los Magistrados y Magistradas la disposición de fijación de **3 (tres)** audiencias por día como máximo, **cuando la realización sea estrictamente necesaria y no pueda llevarse a cabo por medios telemáticos**, siendo las llevadas a cabo **por medios telemáticos ilimitadas**, no obstante en el caso NNA o de otras partes, se deberán establecer los **mecanismos necesarios para la protección correcta de todas las partes para realizar dicha diligencia ya sea dentro o fuera del recinto judicial**, es decir implementar todas las medidas de prevención y bioseguridad recomendando siempre a los usuarios que deberán asistir en la **cantidad mínima y estrictamente necesaria de personas**¹⁴.*

*A medida del levantamiento gradual de las restricciones sanitarias se aumentó el número de audiencias presenciales a **4 (cuatro)** por día como máximo recomendando siempre exhortar fuertemente a los usuarios de justicia del fuero especializado a asistir en cantidad mínima y estrictamente necesaria de personas¹⁵. Así como mantener la prohibición del ingreso de niños y adolescentes, a excepción de aquellas situaciones en que la presencia de los mismos sea indispensable para un acto procesal o **cuando ingresen a las sedes para trámites varios**, en compañía de sus padres o tutores bajo su absoluta responsabilidad¹⁶. Ya en el 2021 se siguieron dictando acordadas relativas a las nuevas medidas sanitarias adoptadas por el Poder Ejecutivo siendo la constante el exhorto a los Magistrados a cumplir con las medidas, especialmente en lo relativo a la limitación de audiencias con presencia física de las partes y a la **utilización de los medios telemáticos**¹⁷, es decir que la última acción de medios telemáticos para la realización de audiencias así como para la realización de otros procedimientos como remisión de documentos, ratificaciones de firmas se fueron convirtiendo en una*

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

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

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

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

metodología de trabajo cotidiano principalmente en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia.

*La utilización de medios telemáticos también pueden constituir una **garantía de la realización de la diligencia**, cuando, debido a la distancia existente entre la sede jurisdiccional y el domicilio de la parte, del testigo, del perito o del compareciente que se encuentre privado de su libertad, el traslado pueda verse frustrado ante la falta de los **recursos necesarios** para el efecto o se vea impedido o dificultado por otro motivo atendible¹⁸, aquí opera con mayor énfasis el principio de la efectividad de los derechos de los NNA que se encuentren en proceso judicial de modo que la concreción de los mismos no se vea obstaculizada por la falta de realización de las audiencias, acto neurálgico de los procesos de dicho fuero como ya se pudo observar anteriormente, así como a su vez la aplicación de las **100 Reglas de Brasilia de acceso a justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad**, instrumento intencional ratificado por la Corte Suprema de Justicia por Acordada N° 633/10 que considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable, debiéndose ser estos objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo, igualmente ante dichas circunstancias de vulnerabilidad los servidores y operadores del sistema de justicia otorgaran el trato adecuado a estas circunstancias singulares, constituyendo causas de vulnerabilidad, no solo la edad también la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, dándose frecuentemente una concurrencia de varias vulnerabilidades en un solo NNA, recomendándose así priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia con agilidad y prioridad adoptando medidas necesarias para evitar retrasos en la tramita-*

¹⁸ Art. 3 inc. d-e Ley 6495/20.

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

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

ción de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así□ como una ejecución rápida de lo resuelto, cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, enfatizándose aún más en el contexto pandémico actual. La proximidad de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación, la comparecencia de una persona en condición de vulnerabilidad de manera adecuada, evitar comparecencias innecesarias, la grabación en soporte audiovisual del acto así como el aprovechamiento de las nuevas tecnologías para mejorar las condiciones de acceso a la justicia son normativas de este instrumento cuya aplicación transversal confluye perfectamente para optar por la utilización de los medios telemáticos para favorecer la realización de los derechos de la niñez y adolescencia¹⁹.

*Otro factor importante para la realización de actos procesales y concurrencia de las partes a través de medios telemáticos es la autorización por el Juzgado o Tribunal, mediante **resolución fundada**, especialmente en casos de hechos punibles relacionados con la violencia de género o violencia intrafamiliar, crimen organizado, dificultades que impidan comparecer físicamente, distancia considerable para acceso a la sede del Poder Judicial o del Ministerio Público, el traslado para la audiencia implique cuestiones de seguridad, es decir expresar y justificar en la resolución que dispone la utilización de medios telemáticos los motivos de la misma, y asimismo dicha disposición puede ser establecida **de oficio, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, o a petición de la autoridad administrativa encargada de institutos penales**, para los casos de personas privadas de libertad, reforzándose así el **principio de oficiosidad** propio del fuero de la niñez y adolescencia, igualmente la **irrecurribilidad de la resolu-***

¹⁹ Acordada No. 633/10.

*ción*²⁰ como forma de efectivizar las audiencias llevadas a cabo de forma telemática sin dilación alguna.

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

*Con respecto al valor de las actuaciones realizadas a través de los medios telemáticos, estas **mantendrán la misma eficacia jurídica y el valor probatorio del modo en que convencionalmente se suele efectuar el acto**, debiéndose adoptar para el efecto los **mecanismos de registro pertinentes** que deberán incorporarse a la carpeta fiscal o expediente judicial, **el registro audiovisual valdrá como prueba** de la realización del acto, independientemente que **el acta sea remitida posteriormente para su agregación material a la carpeta fiscal o expediente judicial, el acta labrada por el secretario judicial, tendrá valor con su firma**²².*

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

²⁰ Art. 4 y 7 Ley 6495/20.

²¹ Art. 4 Ley 6495/20.

²² Art. 6 Ley 6495/20.

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

tarían de impensable realización para la pronta efectividad de los derechos de los NNA²³.

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

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

Desde la vigencia de la Ley N° 6495/20 desde la jurisdicción de la niñez y adolescencia se ha encontrado la manera de utilizar los medios telemáticos en los diversos procesos con miras al beneficio exclusivo del NNA, la efectividad de las respuestas obtenidas hacen que con los recursos adecuados y el equilibrio entre los principios

²³ Art. 8 Ley 6495/20.

²⁴ Art. 8 Ley 6495/20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Derecho Laboral

ITAIPÚ. Normas de Trabajo y Seguridad Social

Felipe Santiago Paredes¹

Cada esquema Laboral concebido y aplicado responde a determinadas necesidades, convicciones, valoraciones y experiencias.

La ITAIPÚ es una Entidad Binacional creada por el Tratado suscrito entre la República del Paraguay y la República Federativa del Brasil el 26 de abril de 1973. Constituyen sus órganos principales: el Consejo de Administración (delibera y decide) y el Directorio Ejecutivo (decide y ejecuta).

En la Dirección Ejecutiva coexisten seis áreas competentes en razón de la materia (General, Técnica, Financiera, Administrativa, Coordinación y Jurídica). Sin embargo, impera el orden. Y la unidad institucional es granítica.

Para la realización de los servicios de subsistencia y apoyo la ITAIPÚ contrata empleados. Las relaciones entre ella y sus dependientes están reguladas por los documentos mencionados a continuación:

TRATADO DE ITAIPÚ Y ANEXO A (Art. XVIII inc. c; Art. 20);

REGLAMENTO INTERNO DE LA ENTIDAD (Art. 25 párrafo 17, Art. 48 párrafo 18, Arts. 52, 54, 64 y 78);

PROTOCOLO SOBRE RELACIONES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL;

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-1983.

ACUERDO ADMINISTRATIVO REGLAMENTARIO sobre prestación de servicios médicos, referente a la extensión y modalidades de los servicios a cargo de los órganos directivos de seguridad social, la coordinación entre los mismos y el régimen de compensaciones;

ACUERDO ADMINISTRATIVO COMPLEMENTARIO sobre Higiene y Seguridad del Trabajo que obliga al examen médico admisional y periódico, fija adicionales por insalubridad y peligrosidad, ordena constituir Comisiones Internas de Prevención de accidentes y prevé la elaboración de los Actos Normativos;

ACTOS NORMATIVOS de actividades insalubres y operaciones peligrosas, reglas prácticas para evitar enfermedades profesionales o daños a la salud. Procuran eliminar los actos y las condiciones inseguras. Reducen pérdidas de vidas humanas;

REGLAMENTO DEL PERSONAL. Consolida y perfecciona las disposiciones laborales y de Seguridad Social. Expresión del poder normativo para garantizar el contenido del contrato individual, el orden y la disciplina;

MANUAL DE ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL, conformado por Resoluciones del Directorio Ejecutivo referentes a la Administración de los recursos humanos.

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO, que permite mediante el juego de la autonomía de la voluntad, el acuerdo para establecer condiciones especiales o de excepción que interesan a las partes.

En cumplimiento del art. XX del Tratado de ITAIPÚ, el 11 de febrero de 1974, las Altas Partes Contratantes suscribieron el Protocolo Adicional sobre Relaciones de Trabajo y Seguridad Social, ratificado en el Paraguay por Ley N° 439 del 19 de julio del mismo año. Dicho documento conocido también como PROTOCOLO 1, consagra la aplicación de tres clases de normas: a) territorial; b) espe-

ciales uniformes; y c) más favorables al trabajador, consideradas en conjunto.

La territorialidad de la ley o la ley del lugar de celebración del contrato individual de trabajo rige en cuanto a: **Capacidad jurídica del trabajador, la formación y prueba del contrato, derechos sindicales de los trabajadores, la competencia de los jueces y tribunales, derechos y obligaciones de la ITAIPÚ y de sus empleados en materia de seguridad social y la identificación profesional.**

Independientemente del lugar de celebración de los contratos fueron creadas las **normas especiales uniformes**. Substituyen a las reglas que están en vigor en Paraguay y Brasil.

He aquí los asuntos por ellas regulados:

LA JORNADA DE TRABAJO: duración 8 horas, con pausa intermedia para descanso y alimentación. No distingue entre período diurno, nocturno y mixto.

Edad mínima para contratación de un paraguayo: 18 años. Un Acto Normativo estableció que las actividades insalubres tienen duración máxima de 6 horas por día. Están sujetos a la jornada normal con todos sus efectos, aquellos dependientes que realizan tareas de vigilancia e inspección y los que con motivos del trabajo se enteran de secretos. Solamente se los excluye a los Jefes, asesores, administradores de bienes y dinero.

PRORROGA DE LA JORNADA: hasta dos horas diarias, por acuerdo individual o colectivo, debido a fuerza mayor o para atender servicios impostergables por su naturaleza;

VALOR DE LA REMUNERACIÓN de horas extraordinarias no inferior a 25%, a ser negociado entre partes. En la zona de obras se elevó al 50%;

ADICIONAL POR TRABAJO NOCTURNO realizado entre las 21 y las 5:30 horas;

PRE-AVISO DE 30 DÍAS en los contratos sin plazo. Cursado u omitido, su duración integra la antigüedad. Es práctica abonar el importe substitutivo. No tener preavisados;

INDEMNIZACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIO cuando el contrato es indeterminado. Un mes del sueldo más alto por cada año de trabajo efectivo y por fracción igual o superior a 6 meses;

INDEMNIZACIÓN DEL 70% al término de todo contrato laboral para obra cierta.

Las Normas más favorables, en conjunto. La propia Entidad considera oficialmente como tales aquellas que regulan el régimen de vacaciones del Brasil, cuya duración máxima es de 30 días corridos, después de cada 12 meses de servicio, y el tiempo de prescripción de acciones laborales de dos años.

El aguinaldo paraguayo es un beneficio social inembargable. El derecho no se pierde. Es más ventajoso que el **decimotercer** salario del hermano país, abonado en cuotas. Existen otras.

ITAIPÚ, como cliente interesado en hacer construir las obras principales y auxiliares, suscribe contratos de naturaleza civil con firmas constructoras, fabricantes y Locadores de Servicios. Cada documento incluye cláusulas laborales padronizadas: nómina del personal, comunicación de entrada y salida, cantidad de trabajadores, calidad de la mano de obra, disciplina, salarios, higiene, seguridad, importe de cargas sociales destinadas a los trabajadores, seguro complementario en caso de accidentes, etc.

Los trabajadores son dependientes del Contratista o Locador de Servicios.

Se resumen así las normas aplicables a esas relaciones:

El ámbito normal de vigencia de estas normas, para Contratistas o **Locadores y sus respectivos subordinados, es la zona prioritaria.**

Fuera de la misma rige la Legislación prevista en el Contrato Civil, que puede ser también el correspondiente al esquema último, o la propia de cada país.

La fiscalización del cumplimiento de normas laborales la realiza ITAIPÚ, sin perjuicio de la que corresponde a las autoridades competentes del Paraguay y Brasil en sus respectivos territorios.

Los esquemas laborales aplicados en ITAIPÚ y la zona de obras logran los objetivos previstos y armonizan con la misión tutelar ínsita en el nuevo derecho. En ese sentido, se complementan con las condiciones apropiadas, preparadas por la Entidad para cada trabajador y su familia, como la vivienda decorosa y gratuita, lugares de recreación suficientes y adecuados, medios de transporte, facilidades para escolares, seguro de vida y accidentes personales, compensación por menor sede, gastos de traslados, viáticos, asistencia médica complementaria de alto nivel, alimentación variada, abundante, científicamente controlada.

Las comodidades materiales y Programas ejecutados son partes de una filosofía que considera al trabajador como el elemento más importante para la construcción de la USINA HIDROELÉCTRICA. Son pruebas de dignificación del trabajo.

ITAIPÚ	Contrato Civil	CONTRATISTA
	que contiene cláusulas laborales	o LOCADOR DE SERVICIOS
— Tratado de Itaipú y Anexos, en lo pertinente.		
— Protocolo Adicional sobre relaciones de trabajo de Contratistas con sus respectivos trabajadores (Protocolo 2).		
— Acuerdo Administrativo Reglamentario sobre Prestación de Servicios Médicos.		
— Acuerdo Administrativo Complementario sobre Higiene y Seguridad de Trabajo.		
— Actos Normativos.		
— Cláusulas laborales incluidas en el Contrato suscripto entre Itaipú y la Empleadora (con anexos).		
— Reglamento Interno de la Empleadora.		
— Contrato Individual de Trabajo.		
TRABAJADOR.		



La suspensión de los Contratos de Trabajo

Zully Almirón¹

La suspensión de los contratos es una figura jurídica cuyo objetivo es mantener la fuente de trabajo, como indica el Art. 86 de la Constitución “La ley protegerá el trabajo en todas sus formas...”.

Esta figura jurídica la encontramos regulada en el Capítulo VIII del Código del Trabajo (Ley N° 213/93) a partir del Art. 68 al 77, este primer artículo citado estipula la característica principal de esta institución que es la interrupción de los efectos no así la extinción de los derechos y obligaciones que surgen del contrato de trabajo.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2020.

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción 1993. Especialización en Derecho Procesal, en la Facultad de Alcalá de Henares I y II (2018-2019) España; Maestría y Doctorado en Teoría General del Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario - Argentina 2016/2017. Docente con Post grado en Didáctica Universitaria 2007 Asunción-Paraguay. Especialización en Derecho Procesal estrategias de litigación 2015 Colegio de Abogados de Asunción; en “Estrategias de Responsabilidad Social Universitaria” Dictado por la OEA y el BID 2009; Pasantía Internacional en Responsabilidad Social dictado en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Centro Vincular Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible - Chile 2012. Autora del libro Vínculos entre la Responsabilidad Social Empresarial, Derecho Ambiental y Salud Ocupacional. Co autora del Libro Normas de Seguridad en el Trabajo con cuatro ediciones lanzadas. Ha dictado varios cursos y charlas nacionales e internacionales sobre Derecho del Trabajo, Seguridad, Higiene y Medicina Ocupacional y Responsabilidad Social Empresarial, y Derecho Procesal del Trabajo. Realizó varios trabajos de diagnóstico para la implementación de ajustes en el área laboral y de recursos humanos de varias empresas reconocidas de nuestro medio, con criterios de RSE. Asesora Jurídica externa de varias empresas de nuestro país. Actualmente, es Directora de Asesora RSE Consultores.

De manera que en la suspensión se interrumpe el trabajo o servicio que presta el trabajador, es decir no se suministra la actividad laboral, y como es la actividad lo que da derecho al pago de la retribución éste también por ende queda interrumpido.

De acuerdo con el Art. 18 del Código del Trabajo, una de sus características del contrato de trabajo es que es conmutativo², es decir, debe existir proporcionalidad entre lo que se da y lo que se recibe. Al respecto, la misma Constitución Paraguaya establece en sus Arts. 91 y 92 la jornada máxima de trabajo y el salario mínimo en retribución a dicha jornada, en función a esto el empleador puede disminuir la jornada o aumentar el salario, pero no en modo contrario.

Para ahondar más en lo que respecta al cese de pago de remuneración, transcribiremos la definición de salario en el Art. 227 del Código del Trabajo, que estipula “es la remuneración sea cual sea su método de cálculo que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de los servicios u obras que éste haya efectuado o deba efectuarse” de dicha definición se infiere que el salario se adeuda desde el momento que se presta el servicio, obviamente no se presta el servicio no se percibe el salario.

Por ende, la suspensión de los contratos, como indica el artículo 68 ya citado, permite a los sujetos del contrato interrumpir los efectos inmediatos del contrato sin que esto afecte a la continuidad del contrato, principio que hace a la estabilidad del trabajador³, con la condición de que la causal invocada por cualquiera de las partes de la relación jurídica laboral se encuentre entre las establecidas en el Art. 71 del Código del Trabajo.

² Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. 1978. Pág. 168. “Deberá entender por contrato conmutativo aquel en que cada una de las partes contratantes da lo equivalente a lo que se recibe”.

³ Artículo 94 de la Constitución Paraguaya, sustentado en el Principio de Continuidad.

Como se observa, esta figura jurídica es un derecho que permite proteger la fuente de empleo por problemas que puedan surgir y que se encuentran reconocidos legalmente siendo derecho y obligación del empleador de conformidad al Art. 64 inc. a) y d) del Código del Trabajo, comunicar a la Autoridad Administrativa del Trabajo la suspensión, su causa, plazo y cantidad de trabajadores afectados.

El trabajador también tiene este derecho y se encuentra en los incas. k), l), ll), m), n), del Art. 71, en alguno de ellos el trabajador percibe un subsidio, por ejemplo, el reposo, que debe ser abonado por el I.P.S. y cuyo porcentaje depende del caso, así tenemos reposo por enfermedad común 50% del salario aportado, accidente de trabajo 75%, y reposo por maternidad 100% del salario de la aportante. De manera que por las causales establecidas en los citados incisos el trabajador no presta servicios por causas ajenas al empleador, pudiendo o no el trabajador percibir un subsidio dependiendo de la causal, pero mantiene todos los demás derechos y obligaciones que surgen de la relación laboral.

Las causales establecidas en los incisos a) a la j) del Art. 71 ya citado, están más relacionadas con la administración empresarial, no siendo precisamente culpa del empleador, sino por causas que no pudieron preverse o que pudiendo preverse no pudieron evitarse, ejemplo: variantes del mercado, fuerzas de la naturaleza, la bajante de las aguas que impide la navegación fluvial.

Estas causales citadas son enunciativas, no son taxativas, pero sí permite la normativa citada extraer dos características de la suspensión de los contratos: 1) que la situación sea temporal; 2) debe existir una causa legal demostrable que justifique la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales.

También cabe acotar que las suspensiones de los contratos pueden ser totales, afectando a todo el plantel del establecimiento laboral o parcial, afectando solamente a una parte de los trabajadores dependientes.

Como el efecto más directo está en la falta de percepción del salario y la no prestación del servicio, la ley establece un plazo máximo para las suspensiones que es de 90 días dando la opción al trabajador de seguir esperando la reanudación después de dicho plazo u optar por la indemnización dando por terminado el contrato de trabajo⁴, esto principalmente en los incisos a), b), d) y e) del Art. 71. Para el inciso f) “caso fortuito” al trabajador le corresponde la indemnización en caso de que la empresa estuviese asegurada. También cabe aclarar que la norma se refiere al Art. 91 de indemnización no al Art. 87 (preaviso). Es lógico porque es una opción del trabajador y la terminación del contrato no es imputable al empleador sino una causa exterior al giro de la empresa.

El empleador dentro de sus posibilidades económicas y financieras, puede, abonar determinados beneficios al trabajador durante la suspensión de los contratos, a fin de paliar su déficit monetario. Pero el Estado carece de la potestad de conminar al empleador para el pago de salario mientras dure la suspensión.

En el año 2020, ocurrió en el mundo una causa inesperada que influyó en lo económico, social, laboral, en las finanzas y principalmente en la salud, la Pandemia del COVID-19.

Esta Pandemia, llevó al Poder Ejecutivo a tomar medidas sanitarias de emergencia consistentes en restricciones de circulación, restricciones en el trabajo, distanciamiento, aislamiento social, a fin de evitar la propagación del virus, que en algunos casos es fatal.

Por supuesto, todas estas medidas afectaron todo tipo de actividades laborales, y para evitar el cierre de las fuentes de trabajo los empleadores comunicaron suspensión de contratos por caso for-

⁴ Art. 77 C.T.: Cuando la suspensión de los contratos de trabajo, por las causales previstas en los incisos a), b), d) y e) del artículo 71, dure más de 90 días, el trabajador podrá optar, entre esperar la reanudación de las tareas o dar por terminado el contrato. En este último caso, tiene derecho a ser indemnizado en la forma prevista en el artículo 91. Le corresponderá la misma indemnización si el empleador o empresa estuviese asegurada, en el caso del inciso f) del artículo 71.

tuito al Ministerio del Trabajo, ante los diferentes decretos dictados por el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, que solamente permitía actividades indispensables para el cuidado y mantenimiento de la ciudadanía.

Ante la pandemia mundial declarada por las Organización Mundial de la Salud - O.M.S., y siendo el Paraguay un Estado Social de Derecho, se dictaron leyes, decretos, resoluciones para paliar el déficit económico que ocasionaron las medidas sanitarias de emergencia, y se otorgó a los trabajadores asegurados al Instituto de Previsión Social - I.P.S. suspendidos en sus contratos de trabajo un subsidio en efectivo equivalente al 50% del salario mínimo, que podría repetirse en caso de que la suspensión de contratos de trabajo durara más de 30 días, esto por el Art. 46 de la ley 6524/20 el aporte de Cien millones de dólares americanos para ser utilizados en: 1) Subsidio de Reposo por Enfermedad; 2) Compensación Económica a cotizantes activos cuando a causa de la emergencia sanitaria se establezca el cese total de actividades de los sectores económicos afectados, o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, reglamentado en el Decreto 3506 del 31 de marzo “que declara Estado de Emergencia en todo el territorio de la República del Paraguay ante la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud a causa del COVID 19 o Coronavirus y se establecen medidas administrativas fiscales y financieras y reglamenta el art. 46”, en su art. 80 autoriza al Ministerio de Hacienda - M.H. a través de la Subsecretaría de Estado del Administración Financiera (SSEAF), a establecer los procedimientos presupuestarios, de tesorería, contables, de crédito y deuda pública, para las transferencias de fondos al I.P.S.

El I.P.S. reglamenta este decreto y establece el mecanismo requerido para la administración de los recursos a ser transferidos por el M.H. en virtud de lo dispuesto en el art. 46 de la Ley N° 6524/2020, de fecha 26 de marzo del año en curso, así como las condiciones requeridas para el acceso y la metodología de cálculo, para los siguientes beneficios:

a. Compensación económica a los trabajadores cotizantes activos cuando a causa de la Emergencia sanitaria COVID-19 o Coronavirus, se establezca el cese total de las actividades de los sectores económicos afectados a la suspensión temporal de los contratos de los trabajadores;

b. Subsidio de reposo por enfermedad, con diagnóstico de COVID 19 o Coronavirus; En cuanto a los sujetos destinatarios de éste beneficio la Resolución dispuso:

a) Sujetos: Los asegurados cotizantes beneficiarios de la Compensación por Suspensión de las actividades laborales, son los cotizantes activos del Seguro Social Obligatorio, con aportes realizados al mes de febrero 2020, en el rango salarial comprendido entre el mínimo imponible y dos salarios mínimos legales, incluidos los trabajadores domésticos a tiempo parcial, o a tiempo completo, trabajadores a medio tiempo y sujetos de regímenes de pluriempleo;

b) Estos sujetos del beneficio del subsidio posteriormente fueron ampliados para los trabajadores que percibían más de dos salarios mínimos legales.

La situación pandémica es un caso anómalo, las medidas sanitarias de emergencia decretadas por su causa igual, y las suspensiones de contratos tampoco fueron iguales a otras comunicadas en años pasados. Nunca el trabajador suspendido tuvo subsidio de parte del Estado. El Ministerio del Trabajo modificó la resolución que establecía el procedimiento para suspensiones, se dictaron dos la N° 500 y la 539, las cuales complicaron aún más los requisitos para el otorgamiento de la suspensión y el subsidio que por presión social, se termina otorgando este último aún sin resolución ministerial de suspensión de contrato de trabajo.

Y algo más, como se abona un subsidio y la causal no es culpa del empleador, dentro del año hubo empleadores que solicitaron hasta dos o tres veces suspensiones de contratos, pues al volver a trabajar por el levantamiento de las medidas, igualmente no había suficiente reactivación económica, para abonar salarios, por tanto si

la primera causa fue el caso fortuito, ahora es la carencia de medios de pago y la imposibilidad de obtenerlos, por lo que se debió volver a comunicar las suspensiones después de haber levantada las mismas.

Ahora, la realidad de este año 2020, es que por primera vez, se solicita una suspensión de contratos, se levanta porque se cumplió el plazo o porque las medidas sanitarias de emergencia se flexibilizaron, pero el empleador después del reintegro de los trabajadores, ahora se enfrenta a una nueva causal, por lo que debe volver a solicitar la suspensión, por otra causa, y posiblemente por otros 90 días.

El Código no prevé esta situación, legisla sobre la prórroga, que no es lo mismo, así como tampoco el pago de subsidio por suspensiones de contratos laborales, de manera que es posible volver a solicitar, porque es una causal sobreviniente y porque el Estado abona un subsidio de manera a paliar la situación económica del trabajador, pero la situación económica del empleador no se palia.

Si bien, el objetivo de la suspensión de los contratos de trabajo es mantener la fuente de empleo otorgando tiempo al empleador para poder solucionar los inconvenientes que impiden realizar la actividad económica elegida, este está a su propio riesgo porque no existen otras medidas que le permitan un sostenimiento del establecimiento, depende de su propia creatividad administrativa y organizativa para llevar adelante su empresa.

La figura jurídica de la suspensión de los contratos de trabajo data de 1961, y no se prevé un caso de Pandemia, una situación que no sólo afecta al país, sino que es global, y en la interconexión mundial la economía se resiente. Evidentemente, los artículos 68 al 77 ya mencionados, no otorgan soluciones para las causales relacionadas con el empleador, simplemente se trata de que la fuente de empleo no cierre, porque esto resulta un daño económico para la comunidad. Entonces la ley de emergencia N° 6524/20, el decreto N° las resoluciones de I.P.S. apuntaron a subvencionar al trabajador,

nuevas normas, ante un hecho nuevo, que es posible catalogar como un caso fortuito, pero jamás imaginado en cuanto a su magnitud.

Entonces, siendo el Paraguay un Estado Social de Derecho, el Estado, centra sus funciones en la búsqueda y realización de la justicia distributiva y la justicia material, (arts. 46 y 47 inc. 2 y 4 Constitución Paraguaya) con un Estado gestor al servicio de los ciudadanos. Por tanto, las medidas concretas estarán encaminadas a la seguridad de aspectos vitales en la sociedad, que en tiempos de pandemia sería la salud y el trabajo que mantienen la economía de un país, es entonces donde debe entrar a funcionar el principio de subsidiariedad, que implica justamente ayudar a quien no puede, de manera que un subsidio pagado por el Estado en tiempos de pandemia es para aquellos que, por cumplir una orden del Poder Ejecutivo, no pueden solventar sus propios gastos, esto es el salario. El subsidio es para quienes no perciben salario, no para quienes perciben. El subsidio del I.P.S. es para quien no percibió salario por la suspensión del contrato de trabajo por causas de medidas tomadas por el gobierno.

En tiempos comunes, el asegurado con reposo por enfermedad o accidente percibe subsidio de IPS porque su contrato se encuentra suspendido. Por lo mismo, en tiempos de pandemia, el subsidio del Estado es para quien no puede trabajar y por ende percibir su salario.

En resumen, el Estado durante el tiempo de emergencia sanitaria, tiene el deber de velar por los derechos fundamentales del ser humano porque las medidas tomadas desencadenaron las suspensiones masivas de contratos laborales, por tanto de conformidad a nuestra Constitución en los arts. 1, 4, 46, 68, 86 107 y 109, las normas jurídicas promulgadas deben ser respetadas y aplicadas a fin de que el Estado cumpla con su obligación de procura existencial, para satisfacer las necesidades vitales de sus ciudadanos, porque el Estado fue creado para estar al servicio del ciudadano, y no el ciudadano al servicio del Estado.

Bibliografía

Constitución Paraguaya.

Decreto N° 3506/2020 del Ministerio de Hacienda del 31/03/2020 “Por el cual se reglamenta la ley N° 6524/2020 “Que declara Estado de Emergencia en todo el territorio de la República del Paraguay ante la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud a causa del COVID 19 o CORONAVIRUS y se establecen medidas administrativas fiscales y financieras”.

Legislación del Trabajo. Ley N° 213/93 y su modificatoria Ley N° 495/96. Editorial Intercontinental. 2013. Pág. 35-38.

Ley N° 6524/2020 “Que declara Estado de Emergencia en Todo el Territorio de la República del Paraguay ante la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud a causa del COVID 19 o CORONAVIRUS y se establecen medidas administrativas, fiscales y financieras”.

Pla Rodríguez. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Bs. As. 1978.

Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. 1978. Pág. 168.

Res. C.A. 025-022/2020 Instituto de Previsión Social;

Res. C.A. 025-024/2020 Instituto de Previsión Social;

Zanotti Gabriel y López - Hermida Alberto. Ética y Mercado. Una reflexión en medio de la crisis. Instituto Democracia y Mercado. Chile. 2009.



Derecho Civil y Comercial

La anualidad de las Asambleas Ordinarias en las Sociedades Anónimas

Raúl Sapena Brugada¹

1. El Problema.

Una noticia periodística, originada en gremios empresariales, sacó a luz un desconcertante obstáculo en la interpretación de nuestro nuevo Código Civil, el art. 1081 dice categóricamente “la Asamblea Ordinaria ES ANUAL y debe ser convocada por el Directorio, y en su defecto, por el síndico”. Por su parte el artículo 1079 enumera cuatro “asuntos” que corresponden a las Asambleas Ordinarias. Para tratar los dos primeros debe convocarse una Asamblea Ordinaria, para el efecto, dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio. Se trata, justamente, de los temas que, en el Código de Comercio anterior, hacían de la Asamblea Ordinaria, esencialmente, una Asamblea periódica (anual):

a) memoria anual del Directorio, balance y cuentas de ganancias y pérdidas, distribución de utilidades, informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la empresa que le corresponda resolver de acuerdo con la competencia que le reconocen la ley y el estatuto, o que sometan a su decisión el directorio y los síndicos:

b) designación de directores y síndicos y su remoción;

Por exclusión, no es obligatorio tratar dentro de los cuatro primeros meses los dos tópicos siguientes:

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-1987.

- c) responsabilidad de los directores y síndicos y su remoción y
- d) emisión de acciones dentro del capital autorizado.

Como la obligatoriedad de la convocatoria de la asamblea para los dos primeros puntos está reforzada por obligaciones tributarias, normalmente, una Asamblea Ordinaria será convocada dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio (digamos, por ejemplo, el 27 de marzo) en cualquier Sociedad manejada cuidadosamente.

La inquietud surgida en los empresarios que cuestionaron a los juristas sobre el tema, es la siguiente: debemos entender entonces que se puede convocar MAS DE UNA ASAMBLEA ANUAL o, por el contrario, que se debe esperar al año próximo? ya que por estipulación expresa de la ley ésta asamblea debe ser anual.

Algunos juristas, según entiendo, se encaminaron a justificar una múltiple convocatoria de la Asamblea “Anual” y otros se atienen al texto literal del Art. 1081, en cambio el Profesor Pangrazio tuvo la gentileza de recoger una teoría mía -diferente- y de referirse a ella con mi nombre y apellido en el Tomo III de su Código Civil Co-mentado, basado en una conversación personal sobre el tema.

Como consecuencia de esta referencia, y de una charla que di en el Colegio de Escribanos del Paraguay, más de un colega me ha cuestionado ya sobre mi “teoría” (sobre la cual, sin embargo, nada he escrito). Algunos, como mi distinguido amigo y Profesor el Doctor Horacio Gabriel Lebrón, se han anticipado a informarme que no están de acuerdo con ella. Esta respetada opinión, y otras positivas -que no me he atrevido a contabilizar por miedo a perder la encuesta- me han alentado a exponer, por escrito, mis reflexiones sobre el tema, en esta pequeña y sintética monografía.

2. Análisis de los Arts. 1078 al 1081.

Como se explicará más adelante, yo pienso que LA ANUALIDAD de la Asamblea Ordinaria está demasiado clara y categóricamente expresada en el Art. 1081 y que los dos últimos incisos del

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Art. 1079, cuando ya se realizó la Asamblea Ordinaria Anual, pueden y deben ser tratados por una Asamblea **Extraordinaria**.

La fundamentación de esta tesis, lo mismo que la contraria, no es fácil ni directa. La única solución directa consiste en aplicar literalmente la Ley, lo que nos llevaría a decir a los accionistas inquietos, que NO PUEDEN convocar otra Asamblea Ordinaria y como el tema “NO ES COMPETENCIA de una Asamblea Extraordinaria”, deben esperar al año próximo.

Las consecuencias prácticas de esta interpretación literal, son las siguientes: a) En caso de necesidad de remover a uno o más Directores o Síndicos, habría que esperar el año próximo, dilación de por sí injustificada, a la que hay que agregar otro detalle: esa Asamblea deberá ser convocada por los mismos interesados en no llevarla a cabo (Directores y Síndicos), ya que según nuestro Art. 1081 que se aparta también en esto de su fuente argentina, sólo las Asambleas Extraordinarias pueden ser convocadas por pedido de los accionistas. b) Se obligaría a la sociedad a planificar UNA SOLA EMISIÓN AL AÑO, exigencia injustificada y sin fundamento concebible.

Es imposible pensar que tales consecuencias prácticas eran las deseadas por el legislador y ello nos obliga a seguir estudiando el escollo.

3. El Trasfondo Doctrinario.

Doctrinariamente, el texto de nuestro Código, mezcla el sistema del Código italiano (recogido por De Gásperi y no muy diferente de nuestro antiguo Código de Comercio) y el de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales. Brunetti, interpretando el primero, dice de las asambleas ordinarias y extraordinarias que esta calificación NO ESTA EN RELACIÓN A LA MATERIA A TRATAR SINO AL TIEMPO DE LA CONVOCATORIA (Tratado del Derecho de las Sociedades, Tomo II, & 560, pág. 366). En cambio, si vamos a la Ley argentina, (la otra fuente de nuestro Código), dice Juan M. Fariña

(y cualquier autor de esa nacionalidad) que “La Ley argentina distingue dos clases de asambleas generales...” (la ordinaria y la extraordinaria) y que “esta calificación se fundamenta en las MATERIAS que corresponde tratar a unas y a otras, NO TENIENDO NADA QUE VER LA ÉPOCA DE SU CELEBRACIÓN” (Juan M. Fariña, Tratado de Sociedades Comerciales, Parte Especial, II B, pág. 166).

Ambas legislaciones difieren, pues, radicalmente, sobre el tema. Donde una dice “blanco” la otra dice “negro”.

¿Qué hizo nuestro legislador? Mezcló AMBOS SISTEMAS. De allí surgen las dificultades interpretativas.

Al copiar textualmente los encabezamientos de los Arts. 233 y 234 de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales en los Arts. 1078 y 1079, introdujo –aparentemente– el sistema argentino, para el cual no importa el tiempo de convocatoria y sí, únicamente, las materias a tratar. En la argentina, nada impide convocar a más de una asamblea anual, pues, sigue diciendo Fariña en la cita arriba iniciada, su calificación depende de los temas que conforman el orden del día. Pero en la ley argentina ningún artículo dice, como nuestro Art. 1081 que la Asamblea Ordinaria es anual.

4. Planteamiento del Problema.

De este modo llegamos al cuello de la botella: ANUAL significa, según el diccionario de la Lengua Española que se sucede o se repite **cada año**. No tendría sentido usar esa palabra si la asamblea se pudiera realizar dos o siete veces al año sin ninguna periodicidad como no lo tendría si dijera trimestral y pudiera realizarse tres veces en el trimestre). Tampoco hay razón para pensar que estamos ante un caso de Ley de Errata, pues no es el primer caso en el cual nuestro Código decide incrustar algún elemento de la legislación anterior.

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Si rechazamos el camino de ir contra el TEXTO EXPRESO DE LA LEY QUE ESTABLECE LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS

ORDINARIAS, no tenemos más remedio que estudiar la POSIBILIDAD de tratar estos temas en una Asamblea Extraordinaria. Esta cuestión, así de simple es el origen de nuestras reflexiones: **¿Pueden** ser tratados los temas de los incisos c) y d) del Art. 1079 por una Asamblea Extraordinaria?

Hemos estudiado mucho el tema y nuestra respuesta es positiva. Es más, hemos arribado a la conclusión de que no solo es POSIBLE, sino PERTINENTE. Estas dos conclusiones, como se verá, no son idénticas. Alguien podría estar de acuerdo con nosotros en lo que respecta a la “posibilidad” (validez de una resolución **ya tomada** en una Asamblea Extraordinaria) y no estarlo en cuanto a su PERTINENCIA.

5. Comparación de nuestros artículos con los argentinos.

El codificador hizo más de una corrección a su fuente argentina. Comparemos, por ejemplo, nuestro Art. 1078 con su equivalente, el Art. 233 de la LSC de la Argentina: Estos artículos en una y otra legislación son tan importante para nuestro tema como los posteriores. Del Art. 233 surge en la legislación Argentina que “LAS ASAMBLEAS” (en plural) tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los Arts. 234 y 235”. Es decir, cada una de las sub-especies de Asamblea General, tiene su propia competencia para los asuntos enumerados respectivamente en esos dos artículos. Pero, fijémonos en la redacción de nuestro Art. 1078. Dice: “LA ASAMBLEA” (en singular) TIENE COMPETENCIA para tratar los asuntos mencionados en los dos artículos siguientes”. La diferencia es notoria, lo que dice es que LA ASAMBLEA TIENE COMPETENCIA PARA LOS ASUNTOS MENCIONADOS EN LOS DOS ARTÍCULOS SIGUIENTES.

Nuestro Código asume con firmeza literal que el órgano es uno sólo: La Asamblea General. La Ordinaria y la extraordinaria son MANIFESTACIONES del mismo.

Otra comparación interesante se relaciona con uno de los temas en discordia. Comparemos: el inciso d) de nuestro Art. 1079 con el 4) del Art. 234 de la Argentina. El nuestro, habla de la emisión de acciones dentro del capital autorizado” y el argentino (inciso 4) dice “aumento del capital hasta el quíntuplo conforme al Art. 188”.

Pasemos a los próximos artículos (los que tratan de las Asambleas Extraordinarias), en el Paraguay, se incluye en el inciso a) en forma lisa y llana el “Aumento, reducción la reintegración del capital”. (ver Art. 1080), en cambio, en la Argentina, el inciso 10) del Art. 235 relativo a la competencia de las Extraordinarias, dice “...1. Aumento del capital, SALVO EL SUPUESTO DEL ART. 188...” (que como vimos, estaba reservado a la Asamblea Ordinaria. NOTABLE DIFERENCIA CON LA REDACCIÓN DE NUESTRO CÓDIGO, el cual simplemente habla de aumento de capital SIN EXCLUIR EXPRESAMENTE EL TEMA DEL ART. ANTERIOR. El tema del inciso d) (emisión de acciones dentro del capital autorizado) tiene pues argumentación propia para ser tratado en una Asamblea Extraordinaria ya que, sin dudas, una de las formas de aumentar el capital social es emitir acciones dentro del capital autorizado, el cual, como se sabe, no tiene entidad contable alguna. Se halla expresamente incluido en la disposición genérica del inciso primero del Art. 1080 que trata de la competencia de dichas Asambleas.

6. Cuestionamientos al Sistema Argentino y Problemas Prácticos que Plantea.

Los propios autores argentinos critican la rigidez taxativa del sistema.

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Siguiendo siempre con JUAN M. FARINA (op. cit. &175 pág. 166 a 168), cuando concluye de afirmar que la competencia se determina en su país por “los temas del orden del día”, dice:

“Dentro de la doctrina nacional se formulan críticas a esta distinción que hace la ley entre asambleas ordinarias y extraordinarias. Cornejo Costas expresa: “No convence mucho la distinción se reduce a una cuestión de nombre si se mantienen los temas a tratar en el orden del día; es decir que puede eliminarse la distinción, dejando los recaudos mencionados, para lo cual habrá que coordinar los Arts. 234 a 237 y la exigencia de la anualidad para los casos del Art. 234, inc. 1”.

“Por otra parte -sigue diciendo Farina- la ley no es muy clara en cuanto a cuál es el criterio que debe adoptarse, para determinar si un asunto no previsto expresamente en las enumeraciones de los Arts. 234 y 235, corresponde ser tratado por una asamblea ordinaria o por una extraordinaria. La primera parte del Art. 235 expresa: “Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto...etc.”

“El Art. 234, que enumera los temas propios de la asamblea ordinaria, no contiene una frase que permita al intérprete extender su aplicación a otros casos análogos. En efecto, dicho artículo comienza: “Corresponde a la asamblea ordinaria, considerar y resolver los siguientes asuntos”: y luego viene la enumeración en cuatro incisos. No dice este artículo: “Corresponde a la asamblea ordinaria, considerar y resolver, entre otros...” o “En general corresponde a la asamblea ordinaria...” o cualquier frase semejante; con lo cual nos está dando a entender que la enumeración es taxativa.

Tal la rigidez del sistema argentino, pero, a pesar de ello, Fariña se ve obligado a solucionar un problema práctico: un tema tratado por error en la asamblea “equivocada”. Veamos cómo solucionar el problema:

“¿Qué ocurrirá si por error se incluyen en el orden del día de una asamblea ordinaria, temas que deben ser tratados por una extraordinaria y a la inversa?

“Si se incluye en el orden del día de una asamblea extraordinaria temas propios de la ordinaria, considero que esto no afecta la validez de la resolución adoptada, pues ello está indicando que ha habido quórum y mayoría más que suficiente para decidir en forma válida. Pero esto no impide que se puede impugnar tal convocatoria antes de celebrada la asamblea, pues al convocarse una extraordinaria en vez de una ordinaria se estaría imponiendo la exigencia de un quorum mayor del requerido por la ley y por el estatuto, lo cual podría ser un obstáculo para resolver temas de interés social y trabar de este modo el normal funcionamiento de la sociedad”.

Esto, repetimos, aun con la rigidez del sistema Argentino y la distinta redacción del Art. 233 comparado con nuestro Art. 1078.

ENRIQUE ZALDIVAR (CUADERNOS DE DERECHO SOCIETARIO, Sociedades por Acciones, pág. 319) es tanto o más categórico que Farina en cuanto a la competencia de la Asamblea Extraordinaria. Vemos que dice:

“43.2. Clases de asambleas. Competencia y funciones. “Hasta el momento tratado de la asamblea como órgano de gobierno de la sociedad. Ello presupone la noción de asamblea de todos los accionistas, cuya competencia abarca los temas que son del interés social general”.

“Estas asambleas se dividen en dos clases, con regímenes de funcionamientos distintos: ordinarias y extraordinarias. En el sistema del Cód. Com. la distinción se efectuaba por la época de su celebración; la Ley, con criterio más lógico, la realiza conforme a las materias que cada una de ellas debe considerar, como veremos en los puntos siguientes.

Sin embargo, es preciso destacar desde ya, que **el único efecto de la diferenciación entre asambleas ordinarias y extra-**

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

ordinarias “(el subrayado es nuestro)” es la exigencia de un quorum mayor para el regular funcionamiento de la segunda que para el de la primera y, en algunos supuestos, de una mayoría superior. Ello hace que mientras estén cumplidos los requisitos mayores, nada impide que ambas clases de asambleas funcionen simultáneamente; mejor expresado, **que una misma asamblea** asuma las dos calidades y tome resoluciones, referidas a temas de competencia de ambas. Con tal que la convocatoria sea regular y comprenda todos los puntos, el quorum sea el exigido y la mayoría resulte conforme a la ley, la división en su realización no tiene por qué mantenerse en forma sacramental”.

Al llegar a este punto podemos distinguir por qué dije que La POSIBILIDAD y la PERTINENCIA de tratar los asuntos en una ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, son temas diferentes. La POSIBILIDAD es indiscutible, aún en un sistema rígido como la ARGENTINA.

Pero la posibilidad no basta: algún accionista podría impugnar el tratamiento de estos temas ANTES o DURANTE la asamblea.

7. Nuestras conclusiones.

a) Nuestro Código, dijimos, refleja claramente el argumento que está detrás de estos ajustes interpretativos a la ley argentina: el ÓRGANO ES UNO SOLO, y se llama ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.

b) La competencia de las Asambleas, en nuestro Código, (a diferencia de sus fuentes) se basa en DOS variables y no una sola: los **temas a tratar** y el **tiempo de convocatoria**. Puede ser o no más complicado, pero está en la ley. Esto **no rige solamente para los dos incisos cuestionados**: si una Asamblea Ordinaria omitiera por error designar síndico (cosa que es muy posible ahora que su mandato no es anual), una NUEVA ASAMBLEA ORDINARIA sería INCOMPETENTE POR EL TIEMPO DE CONVOCATORIA (como

en el sistema italiano y en el de nuestro antiguo Código de Comercio). Habría que llamar una EXTRAORDINARIA.

c) Siendo una **segunda** -o tercera, cuarta etc.- Asamblea Ordinaria en un mismo año, incompetente por razón del TIEMPO DE CONVOCATORIA, cabe aplicar TAMBIÉN A LA INCOMPETENCIA TEMPORAL la frase más difícil del Art. 1080. Esa frase dice: “Corresponde a la asamblea extraordinaria, TODOS LOS ASUNTOS QUE NO SEAN DE COMPETENCIA DE LA ORDINARIA”. En su fuente argentina eso significa “que no sea competente por razón de la materia a tratar”, (puesto que esta es la única forma de calificar las asambleas en nuestro país, cabe agregar...” o **por razón del tiempo de su convocatoria**” ya que, según nuestro Código, las Asambleas Ordinarias SON ANUALES y una segunda Asamblea Ordinaria sería **incompetente por razón del tiempo de su convocatoria**.

d) Estos argumentos -repetimos- son al efecto de evitar una objeción ANTES O DURANTE la realización de la Asamblea. Como ya lo demostramos, AUN EN LA ARGENTINA DONDE LA COMPETENCIA ES TAXATIVA, RÍGIDA Y BASADA SOLAMENTE EN LA MATERIA, cualquier asunto **ya tratado** por una Asamblea Extraordinaria, sería válido, puesto que tiene más requisitos, más quorum y SE TRATA DE MANIFESTACIONES DE UN SOLO ÓRGANO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: LA ASAMBLEA, el cual, según el art. 1078 tiene atribuciones para tratar los temas de los DOS artículos siguientes, sólo restringiéndose la primera (la ordinaria) por tener MENOS REQUISITOS que la segunda.

EN SÍNTESIS, en nuestro Código:

1.- La Asamblea es un órgano único, que tiene competencia para tratar lo dispuesto en los Arts. 1079 y 1080 (10 dice textualmente el Art. 1078).

2.- Hay una restricción taxativa para la Asamblea **Ordinaria**, porque tiene requisitos menos exigentes y sólo apropiados para te-

LA ANUALIDAD DE LAS ASAMBLEAS ORDINARIAS
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

mas habituales y periódicos (memoria, balance, elección de Directores y Síndicos).

3.- Cualquier tema que NO sea de competencia de la Ordinaria por los temas a tratar, O POR EL TIEMPO DE CONVOCATORIA, corresponde a la Asamblea Extraordinaria.



Responsabilidad Civil en Procesos Penales

José Raúl Torres Kirmser¹

I. Introducción

La demanda de daños por prisión injusta o por estar una persona sometida a un proceso penal constituye siempre una pretensión de indemnización de fuente extracontractual. Esta premisa, así esbozada, requiere de ciertas precisiones, y de la explicitación y encuadre de las clases de supuestos que pudieran presentarse.

En este sentido, podemos decir que la actividad del Estado, de investigar, de perseguir hechos punibles de acción penal pública, y de obtener la respectiva condena para quienes los perpetren es, esencial y primariamente, una actividad no solo lícita, sino debida y obligatoria, según las atribuciones y deberes que nuestra Carta Magna impone al Estado y a sus órganos. Ello no obedece a que tal actividad regular pueda tomar el carácter de ilícita cuando es ejercida de modo irregular por los agentes y órganos estatales.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2-2017.

Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la misma en los ejercicios 2006, 2010 y 2014. Ministro encargado del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Dirección de Estadísticas Judiciales. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Decano y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Consejo Superior Universitario y de la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Titular de Derecho Mercantil I, Derecho Mercantil II y de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación. Miembro fundador de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

Esta distinción posiciona nuestro análisis en la consideración, cuando hablamos del Estado, de dos esferas principales de responsabilidad extracontractual de sus entes autónomos o autárquicos: la responsabilidad por actos ilícitos de sus funcionarios y la posible responsabilidad por los actos lícitos. Y cuando aludimos al poder de persecución y sanción penal, es claro que también la prisión –y otras medidas cautelares penales restrictivas– o la condena injusta pueden estar originadas en actos regulares y lícitos, o en actos irregulares e ilícitos. Veremos aquí la responsabilidad que se origina por dichos supuestos.

§1. Hemos de acometer estos dos supuestos, principiando por el tipo de responsabilidad más clásico y corriente, que incumbe a los hechos ilícitos.

En amplio ámbito de los ilícitos, podemos identificar, a su vez, por lo menos dos niveles: la responsabilidad indirecta o subsidiaria del Estado, y la responsabilidad personal del funcionario o agente público.

La norma de mayor rango, en el caso de los ilícitos, es el Art. 106 de la Constitución, que informa y marca todo el sistema legal consiguiente que de él se deriva y desarrolla. Dicho artículo reza: *“Ningún funcionario o empleado público estará exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometieren en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de este a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”*. El Art. 17, a su vez, establece: *“De los derechos procesales. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ...11) la indemnización por el Estado en caso de CONDENA por error judicial”*.

Por su parte, el Art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por nuestro país por Ley N° 1/89, establece que *“toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error*

judicial". De igual manera, el Art. XIV numeral 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley N° 5/92, preceptúa: *"Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la Comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la Ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido"*.

La norma nacional de segundo nivel que desarrolla esta disposición constitucional es, por supuesto, el Código Civil Paraguayo; el mismo, en su Art. 1845, primera y última parte, expresa: *"Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades, y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. [...] El estado, las municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos"*.

Al tema del que aquí queremos ocuparnos, cual es, como ya lo dijimos, la responsabilidad por la instauración de la acción penal pública, también refiere otra norma de segundo rango, la Ley N° 1562/00, Orgánica del Ministerio Público, que en su Art. 82 prescribe: *"RESPONSABILIDAD. El Fiscal General del Estado, los funcionarios del Ministerio Público, los empleados y auxiliares administrativos serán responsables conforme la ley, por los hechos punibles, faltas y omisiones que realicen durante el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas. También tendrán responsabilidad personal cuando por negligencia demoren el trámite de los procesos o de cualquier otra función del Ministerio Público"*.

Esta última disposición, que en realidad es una remisión legal a las leyes civiles de la materia, como se desprende de la alocución "conforme a la ley", al aludir a la actividad culposa de los funcionarios del Ministerio Público, solo agrega una breve explicitación res-

pecto de la culpa, la cual, de este modo, se encuentra expresamente incluida en el tipo de responsabilidad por hecho ilícito. Esta adición, por más que resulte conveniente, no implica, empero, una modificación sustancial del sistema civil que ya estaba vigente en materia de indemnización de daños, que desde siempre ha considerado a la culpa en sentido estricto –y no solo al dolo– como elemento que compromete la obligación de indemnizar.

Establecido el panorama normativo básico de nuestro estudio, pasaremos ahora a exponer sobre los elementos que configuran este subtipo.

La posición generalmente aceptada por la doctrina y la mayoría de las legislaciones es que no todos los daños producidos por la vigencia de normas penales y procesales –con sus respectivas medidas cautelares para asegurar su implementación y evitar frustraciones al deber impuesto al Estado– generan per se la obligación de indemnizar. Ya establecimos que la persecución y sanción penal que se hacen en violación de las leyes orgánicas, procesales y/o penales solo puede ser encuadrada en el marco del antijurídico y la responsabilidad por hecho ilícito. Veamos, pues, cuándo tiene lugar esta figura.

Primeramente, en cuanto a la responsabilidad por hecho propio, que atañe al funcionario por su actuación ilícita o irregular, debemos decir que ella no tiene mayores misterios. En efecto, ésta sigue las reglas comunes de toda responsabilidad civil por culpa, pues involucra los elementos del Art. 1834 del Código Civil, a saber: el antijurídico civil, el factor de atribución doloso o culposo, el daño y el nexo causal entre el hecho del agente y el daño ocasionado. Es éste el régimen que ha de aplicarse a los daños que surjan de la persecución y sanción penal derivados de la actuación de los Agentes Fiscales.

Lo que sí resulta aquí relevante y particular es la configuración de los dos primeros supuestos citados, a saber, el de la antijuridicidad y el del factor de atribución.

Para que una privación preventiva de libertad o la condena dictadas en el marco de un proceso penal sean consideradas antijurídicas e ilegítimas debe acreditarse fehacientemente dolo o error judicial.

Ahora bien, la cuestión de la antijuridicidad involucra obviamente las disposiciones del Código Civil, pero también el concepto de ilicitud, y por ende de antijuridicidad, contenido en el Código Penal.

Sin embargo, mientras que en el ilícito penal la tipicidad del hecho juega un papel preponderante y el dolo es parte de esa tipicidad —excepcionalmente la culpa— en el ilícito civil la conducta antijurídica no necesita enmarcarse en el estrecho marco de una tipificación; puede resultar de una combinación de conductas prohibidas que solas o aisladas no bastan para configurar un ilícito penal; vale decir, es suficiente que el acto contravenga de algún modo el orden normativo visto o concebido en su totalidad. De mucho mayor significación es la circunstancia de que el ilícito civil usualmente no exige dolo como parte de su definición de lo antijurídico, sino que el dolo o la culpa son solo factores de atribución de responsabilidad, los cuales incluso pueden estar completamente ausentes en los casos de responsabilidad objetiva previstos en la ley.

No obstante, esta caracterización ordinaria, en algunas formas de antijuridicidad civil la intención, el elemento subjetivo volitivo, es también factor constitutivo de lo ilícito, aproximándose de este modo —en su configuración— a la trasgresión o inconducta penal, que siempre o casi siempre integra en su definición el elemento intencional.

En efecto, como el actuar del funcionario se respalda normalmente en atribuciones legales, dicho actuar será *prima facie* lícito o regular, lo cual se halla, en cierto modo, vinculado al viejo principio de regularidad y legalidad de los actos jurídicos de la administración; solo el tenor volitivo doloso o culposo, que desvía el acto funcional de sus verdaderos fines legales, transforma el acto en antiju-

rídico. Desde luego, si el funcionario o agente obra sin estar investido de las atribuciones merced a las cuales actúa, el acto va a ser irregular e ilícito *per se*, sin necesidad de averiguar su raigambre subjetiva. Sin embargo, para el caso de la persecución penal oficiosa, a cargo del Ministerio Público, tal situación será asaz inusitada, habida cuenta que la investidura de los Agentes Fiscales está sometida a reglas formales muy definidas. Quizá solo en casos de cesación del cargo o falta de asunción del mismo pudiera presentarse este supuesto, pero su ocurrencia no ha de ser corriente.

Es decir, lo que a primeras vistas puede ser un acto perfectamente lícito –y por ende excluir su antijuridicidad– puede volverse un antijurídico civil si hay excedencia en el ejercicio del derecho o de la facultad involucrados; en otras palabras, abuso del derecho. En efecto, el ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito que, a diferencia del acto ilícito común –en el cual la norma legal es transgredida francamente–, implica una violación solapada del ordenamiento jurídico².

En principio, pues, el ejercicio de la facultad y deber de perseguir y sancionar los hechos punibles, de promover la actividad jurisdiccional, así como el ejercicio orgánico de las facultades de persecución penal por parte de los poderes públicos, no puede ser considerado *per se* un ilícito, aseveración que ya hemos hecho al principio de este examen.

Corolario de ello es que el decreto de prisión preventiva es un acto lícito, salvo cuando se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, desprovisto de elementos objetivos que permitan al órgano acusador o juzgador llegar al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta– de que medió un delito y de que existe una probabilidad cierta de que el

² ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL Oscar José y LÓPEZ CABANA Roberto M. Derecho de las Obligaciones. Reimpresión. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. pp. 719/720.

imputado sea su autor³, y el agente que solicitó tal decreto ha obrado de manera dolosa o culposa en su obtención.

Así entonces, el ejercicio de deberes, atribuciones legales o de simples facultades no será antijurídico si no viene acompañado de una temeridad o de un abuso que tuerza por completo las finalidades del acto del que se trate, y consiguientemente se configure una situación que se traduzca una completa desviación y una instrumentación del poder de persecución penal o, para el caso, de la denuncia, querella o proceso civil del que se trate⁴.

En tal sentido, en juicios de daños provenientes de hechos de todo tipo la reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales ha venido aplicando el Art. 372 del Código Civil, sosteniendo que el ejercicio del derecho a la acción judicial —a la par que el ejercicio de cualquier otro derecho— también debe ser ejercido de buena fe; es decir, no debe ser ejercido de modo manifiestamente desviado de su finalidad y sentido. Este principio ha sido aplicado repetidas veces, tanto en casos de responsabilidad derivada del hecho de haber sido sujeto de demanda en sede civil, o por procesos penales. Así en casos de responsabilidad por una demanda civil anterior, situación que guarda cierta similitud con la persecución penal, se ha dicho, por ejemplo: *“Este Tribunal ya ha establecido en jurisprudencia anterior que el ejercicio legítimo de un derecho no puede, en principio, constituir un antijurídico. Por tanto, prematuramente, podemos decir que la respuesta es negativa. Es así puesto que el ejercicio de un derecho, de naturaleza legítima como lo es el derecho de accionar judicialmente, de por sí excluye toda ilicitud posible. Sin embargo,*

³ Fallo N° 6: CSJN, “Balda, Miguel Ángel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios, B.2.XXIII, originario, Buenos Aires, 19 de octubre de 1995; citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por Daños, El Error Judicial. Tomo VII. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. Pp. 296/297.

⁴ En este sentido, véanse, por ejemplo, fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial: S.D. N° 326, de fecha 7 de julio de 2010; y N° 553, de fecha 22 de julio de 2008. En la S.D. N° 1286, de fecha 3 de diciembre de 2007, se mencionan otros varios precedentes jurisprudenciales en idéntico sentido.

esta afirmación siempre debe analizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso. Sabido es que la noción de antijuridicidad en el ámbito civil es más amplia que en la de otras materias, pues involucra no sólo conductas típicas del derecho penal, o faltas administrativas, sino toda lesión al orden normativo del derecho concebido como una totalidad, incluyendo no solo sus normas positivas, sino también sus principios rectores. En este orden de ideas podemos afirmar que el ejercicio de un derecho podría derivar en un actuar antijurídico cuando se efectúa con una finalidad no prevista para ese derecho en particular o extralimitando indebidamente su alcance, su extensión o su sentido. Así, en fallos anteriores este Tribunal ha sostenido que el abuso del derecho se configura por la deformación del contenido que legítimamente pueda corresponder al derecho en su ejercicio concreto, en una situación particular”⁵.

En suma, la atribución de una conducta punible a un sujeto determinado, ya sea a través de la activación de la persecución penal por parte del poder público ejercido por los Agentes Fiscales, o por una denuncia penal, una querella, u otro medio, constituyen un antijurídico en nuestro derecho civil solo si se vulneran los límites o marcos teleológicos para los cuales fue creado el instituto procesal en cuestión y siempre que se configure un verdadero abuso del derecho de perseguir, querellar o denunciar.

Luego, también hay que considerar que la ilicitud puede provenir de una contravención directa, puntual y concreta de las normas procesales o sustanciales, o también de la sola extensión del proceso más allá de los límites considerados como razonables por la ley positiva, momento a partir del cual la prosecución del mismo, con la consiguiente realización de actos jurisdiccionales, deviene irregular y antijurídica, y compromete la responsabilidad directa del funcionario que lo prosigue, sin poner fin al mismo por los me-

⁵ Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala. S.D. N° 33, de fecha 27 de abril de 2011. En el mismo sentido, *ex plurimis*, pueden verse las S.D. N° 55, de fecha 29 de junio de 2010; N° 56, de la misma fecha; N° 2, de fecha 6 de febrero de 2009; todas dictadas por el mismo órgano.

dios y vías previstos en la ley procesal. Aquí debe atenderse a lo dispuesto en las leyes sobre el tiempo máximo de prisión preventiva y sobre el tiempo máximo de duración del proceso, naturalmente vinculado con aquélla.

De esta manera, resulta claramente comprensible, en el hilo de análisis que estamos exponiendo, que la configuración de la anti-juridicidad está, en estos casos, estrechamente ligada al factor subjetivo de atribución que, en materia civil, como ya lo dijimos, no solo es doloso sino también culposo. Es por ello que, en tales casos, resulta principal la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del hecho.

En consecuencia, resulta patente que, en tanto y en cuanto haya habido temeridad, o manifiesta desviación de las finalidades y presupuestos del derecho a accionar, es posible postular una responsabilidad por daños y perjuicios. Ello constituye una premisa general que el Art. 372 del Código Civil, que ya hemos citado más arriba, consagra de manera genérica, para todo tipo de actos que impliquen el ejercicio de un derecho, pero que a veces merecen también una formulación legal más específica, algunas de ellas incluso contenidas en cuerpos procesales, como es el caso del Art. 53 inciso d) del Código Procesal Civil. Esta última, que no es sino una especificación del postulado genérico que venimos mencionando, indica que hay ejercicio abusivo del derecho cuando se formulen pretensiones que resulten manifiestamente desprovistas de fundamento; la norma tipifica, así, los supuestos concretos de tal ejercicio abusivo, que es sancionado dentro del mismo proceso cuando las pretensiones o defensas ya han sido juzgadas.

La prisión preventiva o la condena penal injustas se enmarcan también en esta premisa general y pueden suponer un caso de abuso de facultades legales, y comprometer la responsabilidad por hecho ilícito, si el actuar de los funcionarios con poder de decisión sobre tales facultades –juez y fiscal– se ejerce de modo claramente contrario a derecho. De este modo, la responsabilidad por hecho

ilícito se ubica en un espectro completamente opuesto a la responsabilidad estatal por hecho lícito, con la cual no debe ser confundida de ningún modo, y que, como veremos luego, es excepcional y no requiere culpa.

Ya establecido el punto, y dado que el elemento volitivo es crucial, hemos de referir que la comprobación del error o del dolo en el agente estatal ha merecido la cristalización de dos posturas bien definidas por las cuales han transitado la legislación, la doctrina y, consecuentemente, la jurisprudencia.

Por una parte, tenemos la vieja doctrina, asentada en el Art. 1090 del Código de Vélez, que veía a la acusación calumniosa como un delito penal. Y esta era la misma óptica de la norma penal misma, con el viejo Código Penal, que en su Art. 187 castigaba las denuncias y querellas falsas. Es por eso que, con admirable coherencia, funcionaba armónicamente el juego de ambos orbes de legislación: la civil y la penal –lo que, obiter, nos permite la oportunidad de resaltar la uniformidad y bondad de tal sistema y temperamento. Al decidirse sobre el mérito de la querella, el juez establecía su tenor calumnioso, y esta circunstancia la transformaba en delito, de acuerdo con el citado Art. 187; y con ello se remitía al órgano pertinente a la aplicación de las penas previstas en los Arts. 369 y siguientes de nuestro anterior Código Penal.

Tal modo de proceder desencadenaba, a la par, la aplicación del Art. 1090 del Código Civil de Vélez, que hablaba del delito de acusación calumniosa y mantenía diferenciadas las sanciones civiles de las penales; toda esto parecía llevar a la conclusión de que se requeriría un pronunciamiento en sede penal –en el marco de la posible sentencia– sobre la temeridad del proceso penal en cuestión, y, por lo mismo, se tendría instalada la prejudicialidad consiguiente, dado que, como vimos, la acusación calumniosa constituía también, ella misma, un delito.

La propia jurisprudencia argentina de la época, quizás advirtiendo esta situación, ha recurrido tradicionalmente en sus juzga-

mientos a otro artículo del Código de Vélez —el 1109— para diferenciar entre querella calumniosa y querella culposa, y evitar las consecuencias que hemos señalado.

Hoy día, como la norma civil referida ya no existe en nuestro Código Civil Paraguayo, es absolutamente claro que el asunto de la aquí cuestión prejudicial necesaria o forzosa a ser previamente determinada en sede penal, ha sido superado, y la jurisprudencia se inclina por mantener la potestad de la sede civil para definir si se ha obrado con culpa, aún en el caso de que el proceso penal respectivo no se hubiera pronunciado sobre la temeridad.

En efecto, siendo que la culpa civil no puede asimilarse a la penal, por cuanto que la primera se halla definida en el Art. 421 del Código Civil, y la segunda se halla definida en el Art. 17 del Código Penal, resulta obvio que nos hallamos ante criterios de apreciación absolutamente diferentes. La normativa civil exige la omisión de las diligencias correspondientes a las circunstancias de personas, tiempo y lugar; mientras que la penal pide que la conducta culposa sea expresamente sancionada en el tipo penal. Es por ello que en sede penal se califica de calumniosa a la querella atendiendo al actuar malicioso o temerario del litigante; en efecto, el Art. 295 del Código Procesal Penal atribuye responsabilidad personal al querellante que falsee los hechos o litigue con temeridad. Los criterios de valoración son, sin embargo, más severos en sede penal, porque exigir que deben imputarse hechos o circunstancias agravantes o hechos falsos es del todo muy diferente a la mera omisión de la diligencia debida que consagra la norma civil. Por ende, ausente en nuestra normativa una disposición análoga a la del Art. 1090 del Código de Vélez, entendemos que no se puede requerir la calificación previa de calumniosa de la querella o del proceso penal, para la establecer la obligación de indemnizar, siendo que dicha calificación se hace en sede penal considerando la situación o posibilidad de configuración de un delito penal. La responsabilidad civil se apoya sobre criterios más elásticos, y en ausencia de norma que impida generar responsabilidad civil o imponga un criterio especial de va-

loración para casos como éste, no pueden aplicarse parámetros más severos que los que el derecho privado establece para la existencia de culpabilidad. Así pues, los criterios de apreciación de culpa deben ser civiles y no penales, y por ende más latos. El juez civil está facultado a apreciar las vicisitudes del proceso penal desde la óptica que la ley civil le impone, para determinar la negligencia o imprudencia –civilmente considerada, reiteramos– de la denuncia, de la acción penal o del proceso respectivo.

De esta manera se ve que el factor de atribución puede y debe examinarse plenamente en sede civil, salvo que el fallo penal ya haya calificado el proceso como temerario, pero esto último obedecería a un principio de cosa juzgada y no necesariamente a la carencia de facultad de los juzgados y tribunales civiles para calificar el hecho.

Es menester recordar, nuevamente, que en aquellos casos en que estamos frente al juzgamiento de hechos ilícitos de funcionarios en ejercicio de sus funciones, el factor de atribución es siempre subjetivo, nunca objetivo, bajo la forma de dolo o culpa. La importancia de este elemento no puede ser suficientemente enfatizada, pues, como ya lo vimos, cuando estamos valuando el obrar irregular de un funcionario público –en la especie, de los Agentes Fiscales– la definición de la actividad funcional del agente como antijurídica estará muy vinculada al elemento volitivo que ha configurado la actuación sindicada de irregular o ilícita.

En la determinación del factor subjetivo de imputabilidad, la intencionalidad, para el ámbito civil, involucra tanto el dolo como la culpa. La atribución subjetiva es dolosa en los ilícitos civiles cuando hay intención de provocar el daño y es culposa cuando sin mediar esta intención existe por lo menos negligencia, imprudencia o impericia.

En el menester de la determinación de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que, como ya lo vimos, a la vez que indique la imputabilidad defina también la antijuridicidad del

hecho, debemos ver si la conducta culposa se inscribe en una de las formas típicas que puede adoptar este factor de imputación, como ser la negligencia, la imprudencia o la impericia; esta última es un presupuesto que será más difícil que se configure, dada la profesionalidad que se requiere en los Agentes Fiscales para el acceso a tales cargos, empero el hecho de la impericia no es imposible – cuando menos no en ciertas áreas o actividades– y tampoco puede ser descartado; asimismo, no se debe olvidar que, tratándose de procesos penales, la negligencia y la imprudencia suelen aparecer generalmente bajo la forma de la temeridad, que no es sino otra denominación de estas subclases.

En otro orden de ideas, la doctrina y la jurisprudencia han discrepado respecto de si la persecución o la acusación calumniosas requieren el conocimiento de la inocencia del acusado o si basta la mera culpa o negligencia al efectuarse la imputación. De acuerdo con los principios generales, no es difícil inclinarse por la segunda de las soluciones, dado que, conforme con el Art. 1833 del Código Civil todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado en general al resarcimiento del perjuicio. Ello, obviamente, explica la posición doctrinaria que se va delineando modernamente, en el sentido de que al no existir norma legal que lo establezca expresamente, no existe razón alguna para que el juez no aprecie la intención de dañar⁶, y a la cual ya hemos referido suficientemente más arriba.

En conclusión, siempre que la prisión preventiva o la condena se dicte con fundamentos fácticos y jurídicos suficientes, sin arbitrariedad ni desviación de poder, y merced a un proceso regular aun cuando haya “error judicial”, tal evento no será imputable en términos de ilicitud al funcionario que las solicitó o decretó ni puede servir de fundamento de su responsabilidad; y ello será así aun cuando con posterioridad sobrevenga el sobreseimiento o absolución del afectado, pues ésta última circunstancia no convierte en ilegíti-

⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. 1989. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 6ª Edición. Buenos Aires, p. 310. LL 74-175.

ma a la prisión preventiva dictada en dichas condiciones, ni tampoco la descalifica. Pero si los Agentes Fiscales obran con negligencia o dolo, estaremos ante un supuesto de ilicitud y la responsabilidad será personal de los mismos, valorada según los parámetros clásicos que conforman el delito civil.

De mucha mayor proyección en este escenario, es la situación del principal del funcionario público, vale decir, el órgano, poder del Estado, la institución o entidad estatal, autónoma o autárquica, en el cual o la cual se encuentra inserto funcionalmente el agente y en que ejerce sus atribuciones y potestades públicas.

Conforme con la normativa constitucional y legal que hemos referido más arriba, va de suyo que el Estado Central, los Municipios, los órganos e instituciones estatales, y los entes estatales también están llamados a responder por los actos del funcionario, pero solo de manera refleja y subsidiaria, y en defecto de la excusión del patrimonio del deudor principal de primer grado, que será siempre el funcionario agente. Este carácter de subsidiariedad, empero, no priva ni quita a la deuda su talante de obligación solidaria pasiva, ya que los obligados a responder: Estado o entidad estatal y funcionario, responden por el todo del quantum indemnizatorio –vale decir, la deuda no se parcela entre ambos sujetos responsables– aunque sí lo hacen en grado diverso y sucesivo: primero el funcionario y luego el Estado o la entidad. Jurisprudencia abundante ha sido dictada en tal sentido, tanto por la Excm. Corte Suprema de Justicia, como por los Tribunales de Apelaciones de nuestro país⁷.

En cuanto al Estado y entidades estatales, la responsabilidad civil por vía indirecta o refleja de los actos de sus funcionarios también requiere la demostración de los elementos requeridos por el Art. 1834 del Código Civil. De modo que la primera cuestión que ha

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial: S.D. N° 1226, de fecha 5 de diciembre de 2014; S.D. N° 378, de fecha 1 de junio de 2015. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala: S.D. N° 10, de fecha 21 de febrero de 2013.

de ser relevante a tal determinación es, nuevamente, la existencia de un hecho o acto antijurídico, con el consiguiente factor subjetivo, doloso o culposo, de atribución de tal hecho sobre el agente, con sus consabidas conexiones con el elemento de antijuridicidad. De ahí que puede afirmarse que por los actos administrativos reglamentarios válidos y regulares, esto es, cuando la actuación del funcionario en ejercicio del cargo o función pública es ajustada a la norma –y el daño se origina, eventualmente, en una actividad regular y propia del ente– no estamos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ilícito, sino por hecho lícito, cuya regulación se encuentra recepcionada en el Art. 39 de la Constitución de la República y del cual nos hemos de ocupar en el apartado que sigue.

§2. En segundo lugar, hemos de acometer el problema de la responsabilidad por hechos lícitos del Estado, sus órganos, instituciones y entidades autónomas o autárquicas.

La norma jurídica que recoge esta forma de responsabilidad es el Art. 39 de la Carta Magna que establece: “Del derecho a la indemnización justa y adecuada. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho”.

Esta disposición, para ser entendida en su justa dimensión, debe concordarse con el Art. 17, inciso 11, de la Constitución de la República, que, según lo hemos referido, regula todo lo relativo al debido proceso, y con el Art. 106 del mismo cuerpo fundamental, que norma la cuestión de la actuación ilícita de los funcionarios o agentes públicos, en ejercicio de sus funciones.

El Art. 39, pieza normativa central de la responsabilidad sin ilicitud, ha merecido algunas reglamentaciones legales, como las contenidas en el sistema penal y procesal penal, que se ocupa de las indemnizaciones que se deben en los casos de prisión injusta o de condena injusta. De modo que el supuesto que acometemos ahora en este análisis, que se refiere solo a la persecución y sanción penal,

tiene una norma de segundo nivel a la cual atenerse y que, por ende, también ha de ser examinada aquí.

En el ámbito de la persecución y sanción penal oficiosa, ya lo hemos visto, el accionar del Estado, o de los entes estatales, puede ser puramente lícito. Cuando la actividad estatal, a través del Ministerio Público, está dirigida a ejercer la investigación, persecución y sanción penal de hechos punibles, y tal actividad ha sido ejercida dentro de los márgenes legales, sin abuso de atribuciones y sin negligencias, pero finalmente se demuestra la inocencia del imputado, estamos frente a un supuesto de actividad lícita dañosa.

En suma, no cabe interpretar que el levantamiento de una medida cautelar dispuesta en ocasión del sobreseimiento definitivo en la causa tenga por sentido o consecuencia el declararla ilegítima, sino que debe entenderse que la resolución correspondiente se limita a disponer meramente el cese de sus efectos futuros, por haber devenido improcedente una vez concluida la investigación y en vistas de los resultados que surgieron de ella, o bien, a causa del efecto mismo de la resolución judicial que dispone el sobreseimiento o la absolución por las causas que fueren, según sean las particularidades de cada caso.

Se trata entonces del error judicial no imputable antijurídicamente al agente del poder público, pero no por ello las consecuencias dañosas de ese error quedan sin respuesta. Ahora bien, en el caso de las medidas cautelares privativas de libertad sufridas durante el procedimiento, las mismas sólo generan derecho a indemnización estatal en caso de que el sobreseimiento o absolución encuentren fundamento en la inocencia del imputado, en razón de no ser éste el autor del hecho o no haber participado en él, o por no constituir el hecho imputado hecho punible alguno –delito o crimen– y no por otras causas de absolución ajenas al presupuesto específico exigido por la norma, como ser, el beneficio de la duda, extinción de la acción penal, etc. En efecto, el principio o presunción de inocencia –Arts. 17 de la Constitución y 4º del Código Procesal Penal– que es suficiente para fundar el derecho a la libertad, no lo

es para sustentar por sí solo el derecho a la indemnización objetiva a cargo del Estado, la que constituye una consecuencia propia y puramente civil, decididamente distinta de lo penal en cuanto a su ámbito, alcance y fundamento. Si así no fuere, el Art. 275 del Código Procesal Penal se hubiese limitado a preceptuar simplemente que corresponde la indemnización cuando el imputado haya sido absuelto o sobreseído y hubiere sufrido privación de libertad durante el procedimiento, sin referir mayores requisitos, empero, de una lectura de la norma aludida vemos que ello no es así.

No ha de creerse que la interpretación así encarada vulnera el principio de inocencia estatuido en los Arts. 17 numeral 1º de la Constitución y 4º del Código Procesal Penal. El Art. 275 del Código Procesal Penal exige puntualmente que la absolución o el sobreseimiento definitivo se basen en la inocencia del imputado, y esta exigencia no ha conjugarse –para le supuesto que nos ocupa– con el Art. 4º del Código Procesal Penal, que dice: “*Se presumirá a inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad...*”. Recordemos también que, en cuanto a otras consecuencias derivadas del proceso, como la eximición de costas, el propio ordenamiento procesal penal requiere la demostración de la inocencia. Así, el Art. 265 del Código Procesal Penal, prescribe: “**ABSOLUCIÓN.** *Cuando se haya demostrado fehacientemente la inocencia del imputado en una sentencia absolutoria, las costas serán soportadas por el Estado*”. Lo mismo acontece con el Art. 266 del mismo cuerpo legal que preceptúa: “**SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.** *Para los casos de sobreseimiento definitivo y declaración de extinción de la acción penal regirá, analógicamente, el artículo anterior, salvo cuando la decisión se funde en la extinción de la acción por causa sobreviniente a la persecución ya iniciada, en cuyo caso el tribunal fijará los porcentajes que correspondan a los imputados y al Estado*”.

En cuanto al factor de atribución, la responsabilidad estatal derivada de los Arts. 273 y 275 del Código Procesal Penal es una

responsabilidad objetiva, que prescinde de la culpa o dolo del agente, y, por ende, también de cualquier deficiencia en la diligencia que se debiera emplear para evitar el daño. Este tipo de responsabilidad existe sobre la base de la pura y simple constatación de la ocurrencia de los hechos o circunstancias descritos en la norma, que en el supuesto de los artículos que estamos mencionando se refieren a la prisión injusta, ya sea por condena o por medida cautelar durante el proceso.

La acción que tiene el particular afectado por estos hechos es de carácter directo, no subsidiario. La subsidiariedad está prevista solo en casos de hechos antijurídicos perpetrados por los funcionarios públicos de los distintos órganos y reparticiones estatales, conforme surge claramente del Art. 106 de la Constitución y el Art. 1845 del Código Civil, como ya fuera expuesto en los párrafos que preceden. Por lo tanto, si una pretensión indemnizatoria es planteada como directa, ella solo será admisible si no se alega una conducta ilícita del agente público interviniente. La sola invocación de un ilícito sirve para desechar, de suyo, toda acción resarcitoria directa.

Así pues, el Art. 276 del Código Procesal Penal ha venido a crear una responsabilidad no solo independiente de toda atribución dolosa o culposa, y por lo tanto inscribible en la calificación de objetiva, sino también una responsabilidad directa del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad penal regular, judicial y fiscal. El Estado ha de responder directamente por las consecuencias nocivas de su actividad jurisdiccional penal regular, siempre que se cumplan los presupuestos de la norma –inocencia comprobada–, Art. 275 Código Procesal Penal. A esta altura del desarrollo científico del Derecho no puede predicarse que los daños que provienen de conductas lícitas del Estado no son reparables –a pesar de que, ciertamente, reconocen un marco restringido de aplicación– en razón de que la antijuridicidad, no constituye un requisito sine qua non de la responsabilidad del Estado.

En este esquema de análisis se debe también hacer referencia a una cuestión que hace a la determinación de la responsabilidad por hecho lícito. Se trata de la imposición de costas.

Recordemos que el concepto de costas procesales comprende todos los gastos causídicos de un litigio; son los gastos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la sustanciación del proceso. Normalmente, la responsabilidad por el pago de las costas pesa sólo sobre las partes, sin perjuicio del derecho de repetición. La parte vencida es la que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso; y desde que el vencimiento no requiere la existencia de una efectiva discusión o controversia, cuadra hablar de actor vencido cuando su pretensión es rechazada en su integridad y de demandado vencido en el supuesto de que su oposición corra la misma suerte.

Es preciso señalar, además, que el principio general de imposición de costas establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos a la contraria, aun cuando su contraparte no lo hubiese solicitado, vale decir, rige, en principio, el sistema objetivo de imposición de costas. Básicamente, el fundamento del principio enunciado reside en el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante el desenvolvimiento del proceso. *“El fundamento de la imposición de costas no responde a una idea de mala fe u oposición sin motivos valederos, sino que se vincula con el hecho de haber dado ocasión a la puesta en funcionamiento del servido de justicia”*⁸.

El principio objetivo no implica, por lo tanto, el reconocimiento de una reparación de daños fundada en la presunción de culpa y regulada en consecuencia por las pertinentes disposiciones del derecho material, sino que configura una directriz axiológica, de sustancia procesal, en cuya virtud *“se debe impedir, en cuanto es posi-*

⁸ CNCiv, F, 19.12.79, JA, 1980-IV-311.

ble, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia”⁹.

En otras palabras, la responsabilidad que recae sobre la parte vencida encuentra justificación en la necesidad de preservar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora, y de evitar que los gastos realizados para obtener ese reconocimiento se traduzcan, en definitiva, en una disminución del derecho judicialmente declarado. *“Los citados precedentes remiten a los valores jurídicos de orden y poder, porque si el proceso condujese inevitablemente a una disminución del derecho que finalmente se reconoce, lejos de superar el riesgo de inseguridad jurídica entrañaría, por exceso de orden, un plan de vida meramente ritual o formulista y si la sentencia, pese a su carácter de acto de autoridad, no lograra obtener la incolumidad del derecho del vencedor carecería de virtualidad, por insuficiencia de poder, para superar apropiadamente el conflicto suscitado entre las partes”¹⁰.*

La obligación de reembolso que pesa sobre el vencido debe circunscribirse a aquellos gastos que necesariamente debió afrontar para obtener el pronunciamiento de una sentencia favorable a su pretensión u oposición con prescindencia de las erogaciones que, en forma manifiesta, excedan los límites de la actuación procesal que normalmente debe desplegarse para lograr esa finalidad. *“Las costas del juicio comprenden los que resultan indispensables para obtener el reconocimiento y hacer efectivos los derechos que se debaten en juicio, y que se realizan en interés directo e inmediato de los acreedores y en conexión con el proceso judicial en cuestión”¹¹.*

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Sobre la *perpetuatio iurisdictionis* en Ensayos de Derecho Procesal Civil. Traducción SENTÍS MELENDO, Santiago. Tomo II. Buenos Aires. EJEa. p. 5.

¹⁰ PALACIO, Lino y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. 1989. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni. Tomo III. p. 89

¹¹ CNCiv, D, 07.07.82, 00, 100-404 y LL, 1982-D-164.

Las normas del Código Procesal Penal enunciadas introducen una innovación de indiscutible justicia, en donde si una persona tuvo que sufrir todas las vicisitudes e incertidumbres que un proceso penal representa, habiendo resultado con posterioridad inocente y desvinculado en forma incuestionable de las acusaciones vertidas en su contra, le corresponde la previsión de dispositivos de compensación, lo que se obtiene trasladando la carga del pago de los gastos del juicio al Estado, en razón de detentar éste el aparato oficial de persecución penal que está representado por el Ministerio Público Fiscal¹².

Así pues, el Código Procesal Penal consagra una verdadera responsabilidad extracontractual directa del Estado por el pago de las costas del proceso, cuando medie absolución o sobreseimiento definitivo, tras una demostración fehaciente de la inocencia del imputado. Dicha responsabilidad opera en ausencia de toda culpa o negligencia de los agentes o funcionarios encargados de la persecución penal, es decir, el hecho generador está determinado por la actuación lícita del Estado y su imposición no implica, ni puede entenderse de ningún modo que implique, que la parte perdedora ha incurrido en un hecho o conducta ilícitos.

También se debe hacer notar en este punto que la condena a pagar las costas de un juicio penal, impuesta al Estado en caso de que la sentencia absolutoria haya determinado la inocencia del imputado, importa también que el Estado ha de responder de los daños devenidos de la responsabilidad directa y objetiva derivada de una prisión preventiva injusta, en el marco de un proceso donde el imputado ha demostrado su inocencia. La norma del Art. 265 es una previsión especial, que carga a un sujeto –Estado– que no es parte directa del proceso penal con las consecuencias de su coste, por razones de política legislativa y social.

¹² VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo y CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián. 2012. Código Procesal Penal Comentado. Asunción. Intercontinental. P. 557.

Esta interpretación es plenamente congruente con los Arts. 275 y 276, que ya comentamos más arriba, dado que el presupuesto de hecho que dispara la obligación de responder es, en ambos casos, la inocencia comprobada. Esta normativa es también plenamente concordante con las normas que regulan la imposición de costas cuando media actividad ilícita del agente público, en cuyo caso se aplica el Art. 262 del Código Procesal Penal, que indica: “Los representantes del Ministerio Público no serán condenados en costas, salvo los casos en que hayan incurrido en mal desempeño de sus funciones y sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que incurran”. De modo que, si hay condena al Agente Fiscal, se debe entender inmediatamente que su actuar ha sido ilícito y cualquier pretensión resarcitoria del damnificado debe transitar las vías previstas en el Art. 106 de la Constitución y el Art. 1845 del Código Civil. En caso de que se impongan las costas al Estado, ex Art. 265, tal imposición crea una presunción de regularidad respecto del actuar de los agentes públicos que han intervenido en el proceso – Agente Fiscal y Juez, y eventualmente el Defensor Público, pero dicha presunción puede ser desvirtuada en sede civil, y allí el Estado demandado por tal actividad lícita de dichos agentes –siempre bajo el supuesto de inocencia comprobada– tiene derecho de discutir *ex novo* si el actuar de aquéllos ha sido o no lícito, permitiendo al juez civil un amplio juzgamiento en la materia. En tal sentido, la condena en costas no hace cosa juzgada irrefragable sobre el presupuesto de la licitud –esencial en la responsabilidad directa– a diferencia de una declaración de temeridad de la querella, la denuncia o del proceso penal, que sí lo hace; corolario éste que es, desde luego, congruente con la sistemática consagrada por los Arts. 1868 y 1869 del Cód. Civ., según los cuales la determinación de la antijuridicidad y del elemento volitivo culposos o dolosos en sede penal determina antijuridicidad y la culpabilidad del agente dañoso en sede civil, pero no viceversa, y por ende una desestimación de la existencia de la antijuridicidad o una liberación de culpa en sede penal no constriñen al juzgador del litigio sobre los daños civiles, ni le impiden analizar en su sede nuevamente estos elementos, ya que, como

vimos, la materia civil tiene concepciones y criterios mucho más amplios de determinación de la ilicitud y de la culpa.

§3. Otro asunto a considerar son los parámetros del resarcimiento. Tanto en los supuestos de prisión preventiva injusta como para la prisión injusta derivada de condena penal valen igualmente las previsiones de valuación de daño establecidas en el Art. 274 del Código Procesal Penal.

De una atenta lectura al articulado respectivo podemos ver la justeza de este aserto. En efecto, el Art. 274 dice literalmente: *“El juez, al resolver la revisión, fijará de oficio, la indemnización, a razón del equivalente de un día multa por cada día de privación de libertad injusta. Si el imputado acepta esta indemnización perderá el derecho de reclamarla ante los tribunales civiles; si no la acepta podrá plantear su demanda libremente conforme a lo previsto en la legislación civil”*. Nótese también la alocución de imputado, usada en el texto legal, es obvio que se refiere también a la prisión preventiva, pues de lo contrario se hubiese puesto *condenado*; el carácter de imputado solo se tiene durante la tramitación del proceso; luego de la sentencia, la designación cambia. Así pues, el afectado puede optar por solicitar la indemnización tasada, ante el mismo juez que decreta la libertad y levanta la condena o la prisión preventiva, o bien incoar una acción autónoma ante el fuero civil, que es el naturalmente competente según materia para entender en todo tipo de reclamos indemnizatorios. La diferencia radica en que el proceso ante el órgano penal no es de conocimiento amplio, y emplea una figura de daño presuntivo, que incluye en sí todo tipo de rubros y establece para ello una cuantificación fija o tasada. Es decir, el afectado puede optar por esta indemnización tasada, que abarca ya todo el daño posible y cuya satisfacción extingue la deuda de indemnización, o bien puede recurrir a la jurisdicción civil a intentar probar la existencia, entidad y real valor o cuantificación de su daño. La indemnización tasada puede ser vista como escasa o magra, pero tiene la virtud de que el interesado no debe probar ni la ocurrencia del

daño, con sus diferentes tipos de rubros, ni su cuantificación. Se trata de un sistema presuntivo.

Por otra parte, si escoge la vía civil el damnificado puede intentar probar el verdadero alcance y envergadura de los daños que ha sufrido, pero tiene que rendir prueba en tal sentido, y su existencia y cuantificación ya no se presumen. Es claro que el interesado puede también recurrir a la jurisdicción civil para reclamar meramente los daños presuntivos, ya que, como dijimos, la jurisdicción civil es la naturalmente competente para las condenas indemnizatorias, pero si opta por los daños presuntivos, ya no podrá pretender mayor indemnización que la tasada, ni la demostración de los diversos rubros que conforman su perjuicio. En otras palabras, la vía de los daños presuntivos y la vía de los daños a ser verificados son excluyentes entre sí y no pueden mezclarse en la pretensión indemnizatoria.

§4. También hay que definir quiénes son los sujetos que responden y cómo debe trabarse de la Litis en casos de pretensiones indemnizatorias devenidas del ejercicio de facultades de persecución y sanción penal. Así, la subsidiariedad a que se refiere el Art. 106 de la Constitución significa que la eventual obligación de indemnizar del Estado está supeditada a la eficacia de la obtención de satisfacción resarcitoria por parte del agente o funcionario; ello lo indica claramente el Art. 1845 del Código Civil, que viene a ser la aplicación operativa del mencionado Art. 106 de la Constitución. De esta manera, la eficacia de la responsabilidad del Estado está condicionada a la insolvencia del agente o funcionario.

Luego, la circunstancia de que un sujeto sea legitimado pasivo de segundo grado en una obligación no le convierte en parte necesaria del proceso; desde luego, será mucho más conveniente para el damnificado acumular sus pretensiones contra los dos legitimados pasivos solidarios: el agente del daño y su principal –Estado o enti-

dad pública estatal, según el caso— pero dicha acumulación es siempre voluntaria y no necesaria, por lo tanto, su falta no invalidará la resolución que se dicte contra uno solo de los obligados; naturalmente, la sentencia no podrá oponerse contra el sujeto que no ha sido parte del proceso, salvo que ella sea absolutoria, en cuyo caso puede ser aducida en su favor por el obligado preterido o no demandado.

Ahora bien, es importante distinguir cuidadosamente, en la economía del Art. 91 del Código Civil, la persona jurídica “Estado” (inciso a), de los entes autárquicos, autónomos y de economía mixta (inc. d). En estos términos, cada ente responde de los ilícitos de sus funcionarios, sin que pueda extenderse dicha responsabilidad subsidiaria más allá de este segundo grado; es decir, si el principal no es el Estado Central, sino una entidad autónoma o autárquica, aquel no puede ser llamado a responder por el hecho de agentes de otros sujetos de derecho.

Esta interpretación no riñe con el carácter unitario del Estado consagrado en el Art. 1º de la Constitución; al respecto, se debe decir que el principio de la personalidad unitaria del Estado, que implica la existencia de un único centro de poder, se aplica siempre y cuando no existan desmembraciones. En ocasiones, el Estado desprende de su propia organización administrativa ciertos núcleos a los que se le asigna personería jurídica propia y se le encomienda funciones públicas específicas. La administración del Estado paraguayo es descentralizada, por ello, nada obsta a que el mismo cree órganos, y los dote de personalidad jurídica y patrimonio propio, de modo que pasan a ser autónomos de ese poder central.

Este es precisamente el caso del Ministerio Público, cuya autarquía se encuentra consagrada en el Art. 266 de la Constitución que expresa: *“El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones. Lo ejercen el Fiscal General del Estado y los agentes fiscales, en la forma determinada por la ley”*. Dicha normativa se complementa

con en el Art. 1º de la Ley N° 1562/00 “Orgánica del Ministerio Público” que reza: *“El Ministerio Público es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales, promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y de los derechos de los pueblos indígenas, y ejercer la acción penal en los casos en que para iniciarla o proseguirla no fuese necesaria instancia de parte”*. Y concordante con el Art. 2º de la citada ley establece: *“En el cumplimiento de sus funciones ante los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público actuará en el marco de la ley con independencia de criterio. El Ministerio Público ejercerá sus funciones en coordinación con el Poder Judicial y las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a directivas que emanen de órganos ajenos a su estructura. El Ministerio Público tendrá una partida específica en el Presupuesto General de la Nación y administrará con autonomía los recursos que le sean asignados, sin perjuicio de los controles que establecen la Constitución Nacional y la Ley”*. Estas normas no permiten dudar del carácter autárquico del Ministerio Público, pues tiene independencia administrativa y sobre todo funcional.

El Art. 266 de la Carta Magna y los Arts. 1º y 2º de la Ley N° 1562/00 “Orgánica del Ministerio Público” también consagran la autonomía del Ministerio Público. Del mismo modo, el Art. 63, inciso d), del Código de Organización Judicial y el Art. 50, numeral 9, de la Ley N° 1562/00 “Orgánica del Ministerio Público” reconocen a dicho ente la facultad de emitir instrucciones y reglamentos. Es así que el Ministerio Público, además de facultad de autorregulación administrativa, puede dictar su reglamento de gobierno interno y normas generales obligatorias para todos los individuos sujetos a un proceso penal.

Dotar de personalidad jurídica del Ministerio Público, implica, de igual manera, reconocer su legitimación procesal para ser parte en un juicio. El Ministerio Público resulta así una persona jurídica

diferente del Estado Central. Por lo tanto, y considerando lo expuesto líneas arriba, el Ministerio Público es el responsable subsidiario de los ilícitos cometidos por sus funcionarios, sin que pueda extenderse ulteriormente la responsabilidad al Estado Central¹³.



¹³ Para mayor abundamiento, véase, la opinión de la Magistrada María Mercedes Buonghermini Palumbo en: A.I. N° 235, de fecha 13 de mayo de 2016, del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Cuarta Sala.

Revisando la lesión, vicio de los Actos Jurídicos¹

Alberto Martínez Simón²

I. Sumario

1. Introducción. 2. Antecedentes. 2.1. Antecedentes romanos. 2.2. Antecedentes españoles. 2.3. Antecedente francés. 2.4. Antecedente alemán. 2.5. Antecedente suizo. 2.6. Antecedente argentino. 3. Lesión objetiva, lesión subjetiva. 3.1. Lesión objetiva. 3.2. Lesión subjetiva. 4. Características del instituto según el Código Civil paraguayo. 4.1. Elementos subjetivos. 4.1.1. Que la parte esté en una de las situaciones de inferioridad indicadas por la ley. a) La necesidad. b) La ligereza. c) La inexperiencia. 4.1.2. Notoria desigualdad entre las prestaciones. 4.1.3. Aprovechamiento del beneficiado. 5. Presunción que nace de la notable desigualdad en las prestaciones.

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2018.

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

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

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

II. Breve prólogo: Del efecto del tiempo en lo que hacemos

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

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

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

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

pido al tiempo, me otorgue en el futuro, la misma chance que ahora me dio, de tratar de enmendarlos.

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

1. Introducción

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

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

2. Antecedentes

2.1. Antecedentes romanos

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

Las fuentes señalan un Rescripto de los emperadores **Dioclesiano y Maximiniano** del año 285 de nuestra era⁴, dado en contestación a la consulta formulada por un súbdito, y en virtud del cual se autorizaba a *rescindir* un contrato de compraventa cuando el precio pagado ha sido menor a la mitad del “justo precio” del bien o, dicho de otra forma, del valor real del inmueble.

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

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

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

2.2. Antecedentes españoles

Después de estas normas romanas, debemos reconocer que *cayó en el olvido* el instituto, durante muchos siglos, —o por lo menos, quien escribe estas páginas no encontró referencias al mismo—

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

hasta que reapareció en el derecho español, en el **Fuero Real**, al conceder acción a las partes de un contrato, cuando se probara la lesión.

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

2.3. Antecedente francés

El Código Civil francés de 1804, incorporó, según se ha afirmado, a pedido del propio Napoleón, el instituto de la lesión. Así, el Art. 1674⁵, se dispuso que se podía proceder a la rescisión contractual siempre que no se abonara en la compraventa de **inmueble**, siete de las doceavas partes (7/12) del valor del inmueble vendido, con lo cual, claramente este código se enlista dentro de la llamada **lesión objetiva**, que implica una valoración matemática de la diferencia de valor entre lo vendido y el precio recibido, limitándose igualmente la aplicación del instituto –por lo menos en el Art. 1674, antes citado– al negocio de la compraventa.

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

2.4. Antecedente alemán

Debemos reconocer que De Gásperi cita al Código Civil alemán de 1900 (BGB) como una de sus fuentes más cercanas, para la redacción de la norma que regulara la lesión y que aquel propusiera en su anteproyecto. El BGB recogió en su cuerpo al instituto, y lo

⁵ Art. 1674. Código Civil francés de 1804. Si el vendedor hubiera resultado lesionado en más de siete doceavas partes en el precio de un inmueble, tendrá el derecho de pedir la rescisión de la venta, incluso cuando hubiera renunciado expresamente en el contrato a la facultad de pedir esta rescisión, y que hubiera declarado donar la plusvalía

consagró como norma, en el Art. 138, con esta redacción: *“Es nulo todo acto contrario a las buenas costumbres. En particular será nulo el acto jurídico por el cual alguien explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para sí o un tercero que, a cambio de una prestación, le prometa o entregue ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que, teniendo en cuenta las circunstancias exista una desproporción chocante con ella”*.

2.5. Antecedente suizo

También el Código General Suizo de las Obligaciones⁶ aceptó la lesión, exigiendo igualmente la *desproporción* entre las prestaciones otorgadas por las partes, sin establecer un criterio objetivo sobre aquella, y especificando que la lesión debió ser producida por la penuria, la ligereza o la inexperiencia de la parte afectada.

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

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

2.6. Antecedente argentino

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

⁶ Art. 21. Código Civil Suizo de las Obligaciones. En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del plazo de un año, declarar que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia.

⁷ “Todos los que nos hemos formado estudiando el Código de Vélez conocemos la nota final al título de los vicios de la voluntad, que suele ser citada como

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

3. Lesión objetiva, lesión subjetiva

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

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

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

3.1. Lesión objetiva

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

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

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

Recordemos que este era el sistema que utilizaban los primeros antecedentes romanos⁹ y que, como ejemplos de Códigos Civiles que consagran este sistema de la lesión objetiva, se citan al **código**

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

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

chileno y al **colombiano**¹⁰ que reúnen todos los requisitos antes señalados, entre ellos la limitación de la aplicación de la **lesión** a un acto jurídico puntual, en el caso de los artículos de esos códigos, citados a pie de página, el de la **compraventa**¹¹.

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

En el caso del **Código Civil de Chile**, también encontramos aplicación de la lesión al negocio de la permuta¹², en la cláusula penal¹³, en el contrato de mutuo con intereses excesivos¹⁴ o en el

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

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

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

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

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

contrato de partición de bienes¹⁵. En todos estos casos, para los cuales el Código Civil de Chile prevé la aplicación del instituto de la lesión se extrae claramente el perfil **objetivo** de la misma.

3.2. Lesión subjetiva

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

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

permitido estipular. En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

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

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

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

Además de los Códigos de México y de Austria, se incorporan a la lista de Códigos Civiles adoptan la **lesión subjetiva**, los códigos de Alemania de 1900 (el BGB)¹⁸, y los Códigos Civiles argentinos de Vélez –en su modificación del año 1968–¹⁹ y el del año 2015²⁰.

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

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

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

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

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

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

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

²¹ Art. 671 C.C. Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación.

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

4. Características de la lesión en el Código Civil paraguayo

4.1. Elementos subjetivos

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

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

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

b) a esto debemos sumar otro requisito, que sostengo, también es subjetivo, a pesar que la doctrina sostiene que es objetivo: que quien se aprovechó de la situación subjetiva de inferioridad de la otra parte del contrato, obtenga una **ventaja desproporcionada**, con la que recibe la otra parte, es decir, precisamente, la afectada por la vulnerabilidad²³ y finalmente,

²³ “1171-7. Nuestra ley exige dos condiciones: a) Que medie un aprovechamiento de la necesidad, la ligereza o inexperiencia de la otra parte. Esta enumeración es simplemente indicativa. Lo sustancial es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte. Por tanto, también debe incluirse el aprovechamiento de la debilidad mental, la toxicomanía, la ebriedad consuetudinaria, la prodigalidad. En todos estos casos habrá que admitir que, por lo menos, se ha obrado con ligereza o inexperiencia; b) que se haya obtenido del contrato una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justifica-

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

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

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

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

Así, debo decir que quien analice el caso sospechoso de estar afectado por **lesión**, y especialmente el Juez, en los procesos que se

ción. La norma es flexible y deja librada a la apreciación judicial cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada”. Borda, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil”. Parte General II, 8ª Edición. Editorial Perrot, p. 342.

entablen en base al Art. 671 del CC, deberá analizar, en primer lugar, si se ha producido –o no– la explotación en uno de los tres extremos que indica la norma, para luego pasar a ver si existe o no una notoria desigualdad entre las prestaciones que recibe cada parte y, finalmente, si una de las partes se ha aprovechado de una de dichas situaciones de inferioridad que se encontraba la otra parte del contrato.

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

a) La necesidad

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

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

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

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

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

necesidad estética que tenía de hacer ciertas rectificaciones faciales, a través de una cirugía plástica embellecedora.

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

²⁴ “La amplitud del término necesidad ha sido discutida en distintos congresos de derecho civil, comentados en este trabajo, en algunas legislaciones del derecho comparado se utiliza el término penuria, en otras utiliza el término peligro para dejar de utilizar por su amplitud la necesidad, sin embargo, en algunas legislaciones se hace una diferenciación bien nítida entre peligro y la necesidad, regulando en forma muy especial para los actos celebrados en estado de peligro y los celebrados bajo la influencia de la necesidad como elemento subjetivo de la lesión... Esta situación de angustia o de agobio, deriva de la carencia de los medios elementales para subsistir imprescindible o necesario, teniendo en cuenta las circunstancias personales de cada agente o contratante, según el caso. El derecho contempla los casos en que una de las partes realiza un acto por influjo de una circunstancia que constituye un riesgo, un peligro o un constreñimiento de las circunstancias que

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

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

b) La ligereza

Este es uno de los requisitos subjetivos que podría ofrecer más cuestionamientos, por la dificultad de establecer el alcance del

afectan a la salud, libertad u honor de las personas, afecciones tanto materiales como físicas y espirituales. Todas estas circunstancias se hallan comprendidas dentro del concepto de necesidad de las cuales se hubiesen aprovechado las o la otra parte, sea para obtener una ventaja injusta para sí o para otro”. Ríos Avalos, Bonifacio. “La Lesión”, Intercontinental Editora, 1991, ps. 114/115.

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

mismo. Se podría asignar al término **ligereza** una connotación de actuar *irreflexivo, sin meditación, sin evaluar debidamente el alcance de sus actos*. Debo decir que no es esta la acepción en la cual hay que entender este vocablo (**ligereza**) en el marco de la aplicación del instituto de la **lesión**, pues ese *actuar irreflexivo* caería en el ámbito de la *culpa personal del agente*, cuyas consecuencias sólo él debería soportar y, por ende, reitero, no es esta la acepción aplicable en los casos en que se demanda con fundamento en este instituto.

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

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

Recordemos, incluso, que Borda criticaba la inclusión del error como vicio de la voluntad²⁶ y, consecuentemente, de los actos jurídicos.

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

cos. Se justificaría la posición de este autor, alegando que no es seria ni creíble esta alegación, pues *nadie podría invocar su propia torpeza* para anular un acto jurídico del cual fue parte, y que tuvo que tener la suficiente habilidad –por ser capaz– de concebirlo de modo tal a responder a su legítimo y real interés.

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

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

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

Cabe reconocer que el vocablo utilizado por la norma para referirse a esta situación de inferioridad –ligereza– no sea probablemente el más feliz, por las acepciones que podría tener, desvinculadas de lo que el codificador quiso legislar que fue la existencia de una patología mental, como situación que sume a una de las partes del acto jurídico en inferioridad o vulnerabilidad con respecto a la otra. Por ello, legislaciones del mundo no utilizan este término y se refieren con términos mucho más claros a la situación psicológica de la persona afectada²⁸.

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

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

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

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

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

Si bien es cierto que el Código Civil paraguayo regula la **inhabilitación**²⁹ y la **interdicción**³⁰, como institutos tuitivos de personas que se encuentren en alguna de las circunstancias que prevén las normas respectivas, debemos decir que la **ligereza** prevista en el Art. 671 del C.C., si bien podría tratarse de algún supuesto ya comprendido en los dos institutos previamente citados, no exige la **permanencia o continuidad de la dolencia** para proceder a la protección de la persona vulnerable que, momentáneamente estaba incurso en alguna situación de *inferioridad patológica* que la llevó a realizar un acto jurídico ruinoso.

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

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

³⁰ Art. 73 C.C. Serán declarados incapaces y quedarán sujetos a curatela los mayores de edad y los menores emancipados que por causa de enfermedad mental no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias

³¹ “Nuestro Código Civil establece la inhabilitación y a su vez el elemento ‘ligereza’ a la lesión entendemos que al igual que en la República Argentina se otorga una doble protección a los débiles mentales para anular los actos que realizaron en ese estado. Más que nada nos referimos a los actos realizados antes de ser

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

c) La inexperiencia

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

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

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

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

declarada la inhabilitación ya que los posteriores a la declaración carecen de por sí ningún valor (Art. 86 C.C.P.) Sin embargo, el Art. 87 del C.C.P. a su vez establece que los actos anteriores a la interdicción (disposición a su vez aplicable a la inhabilitación) pueden ser anulados. Como habíamos mencionado se otorga una doble protección a los débiles mentales, el de la lesión y el de la inhabilitación". Avalos Viera, Cira Montserrat. Lesión. Perfil actual del instituto. Necesidad de ajustes legislativos. Revista Jurídica de la Facultad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", No. 23, año 2014, p. 112.

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

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

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

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

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

4.1.2. Notoria desigualdad entre las prestaciones

Debo empezar diciendo que varios doctrinarios de peso sostienen que la **notable desproporción entre las prestaciones** no es un requisito subjetivo, sino es uno objetivo³². En la primera edición

³² “En efecto, en el negocio jurídico lesivo el elemento objetivo se materializa mediante la desproporción grosera e injustificada entre las prestaciones, mientras que el elemento subjetivo mediante las condiciones de inferioridad. Entre estos dos elementos se requiere una relación causal, que sin lugar a dudas debe ser el apro-

de este trabajo había adoptado la tesis inversa –es decir, que se trata de un requisito subjetivo– y en esta nueva edición, ratifico lo entonces escrito.

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

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

vechamiento de aquellas condiciones subjetivas de la víctima, que se manifiesta por medio del elemento externo y fáctico del negocio jurídico consistente en la desproporción grosera entre las prestaciones... ...Conforme se desprende de esta disposición legal, la presunción arranca de la desproporción, se halla originada en esa notable desproporción, es decir, nace del elemento objetivo del acto, lo cual no es aceptable, porque existen actos donde no existe contraprestación y, sin embargo, son plenamente válidos (donación, etc.)”. Ríos Avalos, Bonifacio. “La Lesión”, Intercontinental Editora, 2001, ps. 173/174.

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

³³ “aunque en la norma se utilizan dos vocablos que no son en verdad estrictamente equivalentes, ya que primero se habla de obtención de una ventaja ‘evidentemente desproporcionada’ (2º párrafo), y luego de una ‘notable desproporción de las prestaciones’ (3er párrafo), lo cierto es que de todas maneras parece claro, que se ha querido utilizar a ambas expresiones en calidad de sinónimas” Título: Nulidad por lesión de una cesión de derechos litigiosos. Autor: Felix A. Trigo Represas. LLBA 2006, 714-DJ 23/08/2006, 1158.

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

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

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

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

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

No existen, por ende, reglas que analizar. Será la misma experiencia del Juez como *buen padre de familia*, ciudadano de su sociedad, habitante promedio de ella, la que defina si considera *agraviantemente injusto* lo que recibió la parte afectada. Pero debo remarcar, que el Juez podría considerar que el afectado *no recibió el valor real del bien*, sino uno inferior, hecho que por sí solo puede no llenar el requisito de ser *notoriamente desproporcionada la prestación*. Por lo tanto, la *prestación* recibida por el lesionado, para cumplir este requerimiento, deberá agredir de tal como el conocimiento empírico del concepto de *justo valor* del objeto del contrato, que lleve al Juez al convencimiento que en el supuesto planteado existe –casi– un caso de despojo, atendiendo al valor de dicho objeto, al tiempo del contrato.

Es aquí, en este punto, en donde encuentro, reitero, el fundamento para sostener que este requisito de la **notaria desigualdad de las prestaciones** es subjetivo: en que dependerá del criterio

personal, de la evaluación particular del Juez, es decir, de su parecer *subjetivo*.

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

Veamos qué dice la doctrina al respecto³⁴, y remitámonos a la misma, pues ella explica mejor lo que queremos decir: *“Para apreciar si ha mediado desproporción notable, los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda (Art. 954). La disposición es equitativa. El transcurso del tiempo desajusta muchas veces los valores relativos. Al cabo de algunos años, una cosa puede haberse valorizado o, por el contrario, perdido su valor. Pero ello no le resta justicia a la transacción que, apreciada en el momento en que se la hizo, fue equitativa. De igual modo, debe desestimarse la demanda si la transacción, originariamente injusta y lesiva, ha devenido equitativa en el momento de iniciarse el juicio; porque si es así ¿de qué puede quejarse el accionante? El tiempo se ha encargado ya de hacerle justicia³⁵”*.

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

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

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

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

4.1.3. Aprovechamiento del beneficiado

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

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

Puede darse perfectamente el caso que el beneficiario no conozca a la otra parte del acto jurídico, antes de formalizar el mismo y, por ende, no tenga la menor noticia sobre el estado de su patrimonio, su situación de necesidad, la experiencia que tuvo –o no tu-

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

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

vo— en su vida, o el estado de su situación mental, al momento de realizar el acto jurídico. Por tanto, en estas circunstancias, no demostrándose por el actor que el mismo estaba incurso dentro de uno de esos estados de inferioridad, no podremos concluir que la otra parte del acto jurídico explotó uno de ellos.

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

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

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

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

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

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

Esto tiene gravitación en cuanto a la carga probatoria de las partes pues, a la actora le competirá probar solo la notoria desproporción entre las prestaciones recibidas por cada una de las partes para ganar el juicio, pues el juez, probada dicha notoria despropor-

ción, pasará a presumir la existencia del estado de inferioridad invocado –necesidad, ligereza o inexperiencia– y la explotación por la otra parte, mientras que a la demandada le corresponderá probar para el mismo fin, es decir, para ganar el juicio –por efecto de la presunción legal, así interpretada– que no existió ninguna de las condiciones de inferioridad de la parte que alega perjuicio en la transacción o que ellas no fueron explotadas por la parte accionada.

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

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

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

Será, por ende, el supuesto lesionante, demandado en el proceso judicial respectivo, quien deberá producir pruebas que apunten a convencer al juez que aquel *no explotó* la circunstancia puntual

invocada por el lesionado, ello, para la hipótesis que el juez considere que la desproporción es *notable*.

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

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

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

Como puede notarse, así concebida esta interpretación pone en cabeza del accionado una carga procesal absolutamente irracio-

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

Es por la razón expuesta previamente que he abandonado este criterio –que fuera sostenido en la primera versión de este trabajo, publicado en el 2009– y me he adscripto a la segunda posición que relato más adelante. Debe citarse que existe jurisprudencia nacional que concuerda con esta primera posición con la cual, reitero, discrepo ahora³⁷.

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

“Al acreditarse por vía de la presunción legal los elementos subjetivos a partir del elemento objetivo de la lesión, la accionante ya no necesita probar nada, sino que, al contrario, es la parte demandada la que tiene que probar que la actora no se encontraba en estado de necesidad, ni le afectaba la ligereza en la operación o la inexperiencia”. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción,

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

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

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

Los fundamentos del cambio de criterio pueden resumirse en lo siguiente: la lectura detallada de la parte específica de la norma

Sala 1. 2002/09/12. Juicio: Morel Rodríguez, Nimia E. c. González Florentín, Ramón E. Ac. y Sent. N° 102.

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

indica claramente que lo que el juez debe presumir es solo la explotación de la situación de inferioridad. La ley, en esa parte dice: *“La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario”*.

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

Por otra parte, exigir que el demandado pruebe situaciones muy personales, casi íntimas del accionante —como su situación económica o patrimonial, cuanta experiencia tiene o no tiene en cierto ámbito o que padeció alguna patología mental en el pasado— es una misión casi imposible, pues implica que el demandado se inmiscuya en ámbitos privadísimos del actor, exigencia que excede toda razonabilidad³⁹.

³⁹ 9 “Presunción: el artículo 671 menciona que ‘la notable desproporción hará presumir la explotación’. Una vez que el juez considere que existe la desproporción manifiesta se presumirá que existió explotación por parte del otro contratante —demandado en el juicio— salvo prueba en contrario, a cargo precisamente del accionado. Es decir, hay una inversión en la carga de la prueba y el demandado debe probar que no explotó el estado de inferioridad en el que se encontraba el actor. Es importante señalar que lo que se presume aquí es la explotación y no el estado de inferioridad de la otra parte. Es decir, el actor debe además de demostrar la desproporción, debe probar el estado de inferioridad en que se encontraba, ya sea de necesidad, ligereza o inexperiencia y justificar la existencia de uno de esos elementos. El texto es bien claro al establecer que lo que se presume aquí es ‘la explotación’ y la pregunta sería ¿explotación de qué? Y es eso lo que el actor debe responder: ¿qué estado es el que explotó el demandado? ¿El estado de necesidad, de ligereza o de inexperiencia? Considerando que entre ambas presunciones existen diferencias. Puede suceder que exista una notable desproporción pero que el actor no se haya encontrado en ninguno de los estados anteriores mencionados, entonces no estaríamos ante el vicio de la lesión. Es por ello que además de demostrar la notable desproporción debe probar cuál es el estado en el que se encontraba y justificar-

Por ende, la segunda posición, que suscribo, sostiene que el actor debe probar dos extremos: la notoria desproporción entre las

lo. Hacemos esta aclaración ya que en doctrina y en jurisprudencia existen opiniones discordantes en el sentido de que algunos sostienen que la notable desproporción presume tanto la explotación como el estado de inferioridad del lesionado y otros sostienen que se presume solo la explotación, postura ésta última a la que nos adherimos”. Avalos Viera, Cira Montserrat. Lesión. Perfil actual del instituto. Necesidad de ajustes legislativos. Revista Jurídica de la Facultad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, No. 23, año 2014, ps. 109/110.

“Adviértase, por otra parte, que la ‘notable’ desproporción se limita a invertir la carga de la prueba con respecto al elemento subjetivo del ‘aprovechamiento’, pero no exime a la víctima de su deber de acreditar la existencia de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza o inexperiencia), ya que el artículo 671 no tiene como finalidad corregir cualquier desequilibrio en las prestaciones, sino proteger a quienes al contratar se encuentran en alguna de las situaciones de desventaja previstas por la ley. Como el artículo 671 requiere la existencia de tres elementos (uno objetivo y dos subjetivos), en la práctica la víctima que entable la acción tendrá a su cargo probar primeramente que padece un estado de inferioridad, y si a ello agrega la prueba de una desproporción ‘notable’, la ley presumirá la explotación y estará a cargo del demandado el demostrar que no medió tal aprovechamiento, y que la inequivalencia entre las prestaciones tenía una justificación legítima. En el derecho argentino el punto ha sido motivo de discusión habiéndose votado expresamente en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se efectuaron en Rosario en 1971, una recomendación que sostuvo: ‘La presunción de explotación se interpreta como mera inversión de la carga de la prueba’, y ‘La víctima del acto lesivo deberá probar siempre el estado de inferioridad (necesidad, ligereza o inexperiencia) en que se encuentra’. Y posteriormente en marzo de 1976, en las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, se recomendó: 1.- Recordar que la figura de la lesión se integra con tres elementos: a) Desproporción; b) Situación de inferioridad de la víctima; c) Explotación por parte del beneficiario. La presunción de explotación constituye una mera inversión de la prueba y se limita a ese elemento subjetivo, quedando siempre a cargo de la presunta víctima la prueba de su estado de inferioridad (necesidad, ligereza, inexperiencia). Esta opinión, dominante de manera casi unánime en la doctrina argentina, es perfectamente aplicable al derecho paraguayo que en su artículo 671 ha mejorado al texto que le sirvió de modelo, aclarando que se trata de una mera inversión de la prueba de ese elemento subjetivo.” Moisset de Espanés, Luís. La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay. Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

prestaciones y la existencia del estado de inferioridad que invocara⁴⁰.

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

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

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

⁴⁰ “Hemos manifestado oportunamente que nuestra postura es coincidente con el voto en análisis, en el sentido que la presunción de que se habla en el Art. 954; párr. 3º no excluye que se deba por lo menos probar el estado de necesidad, ligereza o inexperiencia en que se encontraba quien resulta perjudicado con el negocio jurídico concertado en tales condiciones. Es decir, como bien puntualiza Suares, la presunción es sólo respecto al aprovechamiento del beneficiado, pero acreditados los otros dos extremos, el inequitativo resultado obtenido, y el extremo subjetivo del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia; con lo cual la actividad de quien acciona por el vicio de la lesión debe ser suficientemente clara como para demostrar la disvaliosa carga de prestaciones, como también el estado subjetivo negativo de la víctima. Estas dos pruebas incumben y corresponden al actor y recién cumplimentadas las mismas podrá hacerse jugar la simple presunción de que ha habido un aprovechamiento por parte del beneficiado”. Zago, Jorge A. Correcta interpretación restrictiva de las presunciones del instituto de la lesión. La ley 1987 – C, 98-LLP 1987, 442.

do al contestar la demanda”. Lo mismo hace el actual Código Civil y Comercial de ese país⁴¹.

6.1. Acción de nulidad

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

El acto afectado de nulidad por lesión conlleva un vicio de nulidad por acto **anulable**, pues el interés que se afecta es también privado, específicamente de la persona afectada, y no un interés público, por lo que, con ello, se encuentra implícito que el acto es confirmable por el afectado por la supuesta lesión⁴², debiendo observarse la misma formalidad que se observó para la formalización del acto jurídico atacado —en el caso de haberse otorgado por escritura pública el acto impugnado, habrá de otorgarse, en ese mismo tipo de instrumento, la ratificación—⁴³ y no siendo necesaria la com-

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

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

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

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

parecencia, en dicho acto de confirmación, de la persona a cuyo favor se realiza la misma⁴⁴.

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

La acción de nulidad por lesión solo puede ser planteada por el personalmente afectado⁴⁵, y eventualmente sus herederos, lo que debería entenderse en forma amplia, es decir, tanto los universales como los particulares –en este último caso, los cesionarios de créditos-⁴⁶, al no tener el Art. 671 del C.C. una limitación al respecto, pero no teniendo acción otras personas para dicho planteamiento⁴⁷, aunque acertadamente la doctrina especializada propone que también se reconozca acción a los acreedores “*si la ejercitan por vía subrogatoria o intentan que se revoque una renuncia a la acción (Art. 313)*”⁴⁸.

Declarada la nulidad del contrato por lesión, se retrotraen los efectos del acto jurídico y, en consecuencia, deberían devolverse las

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

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

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

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

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

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

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

6.2. Acción de modificación equitativa

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

Planteada la demanda de **modificación equitativa del contrato**, obviamente este último conservará su eficacia, pero la contraprestación que recibió quien deduce la acción será modificada en un sentido que le favorezca al mismo. Vayamos al caso recurren-

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

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

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

6.3. Prerrogativa del demandado

En nuestro Código Civil –así como en otros– se presenta una particularísima situación que tiene una repercusión procesal insos-

⁵⁰ En esto coincide la doctrina consultada. “El artículo 671 contempla la posibilidad de que el actor opte por solicitar la nulidad o la modificación del acto lesivo, lo que confiere al sistema las características propias de la rescisión, que es el remedio más adecuado en estas circunstancias”. Moisset de Espanés, Luís. La lesión y el artículo 671 del nuevo Código Civil de Paraguay. Publicado en R.G.L.J., Nueva Época, 2002-2, ps. 243-263.

pechada, al afectar, incluso, el mismo principio de iniciativa del proceso⁵¹.

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

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

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

En ese sentido, hemos sostenido anteriormente, que sería más justa la solución legal si solo extendiera la posibilidad de *modificar equitativamente el acto jurídico*, y no anularlo, específicamente en los casos en los que los estados de inferioridad invocados sean el estado de necesidad y la inexperiencia, pudiendo alegar la nulidad sólo quien alegase ligereza –estado mental patológico– pues únicamente en este último caso podría sostenerse convincentemente que la persona que formuló el acto jurídico, al momento de realizarlo, no tenía toda la capacidad necesaria para entender sus reales alcances y el eventual perjuicio que podría producirle.

En caso de invocarse el *estado de necesidad* del lesionado debo señalar que la persona que formuló el acto jurídico obraba con absoluta conciencia del acto, era plenamente capaz, conocía los alcances

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

de lo que estaba realizando y, por ende, no existe vicio de la voluntad. Alegando el estado de *inexperiencia* puede sostenerse lo mismo, siendo dicha situación –la inexperiencia del afectado– algo que no es culpa de la otra parte.

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

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

de necesidad, podría recaer sobre el mismo bien que fuera objeto del acto jurídico anulado.

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

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

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

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

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

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

7. Contratos a los que se aplica la lesión

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

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

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

⁵⁴ 4 “1171-9. Contratos a los que puede aplicarse. Solamente los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hablarse de desigualdad de las prestaciones. En este caso, el contrato no reposa en la idea de equidad y equivalencia, sino en el propósito de hacer una liberalidad...” Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Parte General. T.II, 1984, Edit. Perrot, Bs.As. Argentina, ps. 307/308.

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

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

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

Ha asentado también la misma doctrina citada que todos los contratos bilaterales (o **bilateralmente obligatorios**) son *onerosos*. Pero en cuanto a los unilaterales (o **unilateralmente obligatorios**) podrían ser gratuitos, en su mayoría, u onerosos, en algunos casos, trayendo como **ejemplo** al contrato de *mutuo*, y estableciendo al respecto, que será *oneroso* si se han pactado *intereses*, y *gratuitos*, si no.

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

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

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

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

Si bien existen similitudes notables entre el instituto de la prescripción y el de la caducidad, ya que en ambos tenemos un plazo que corre y la inacción de alguien para la producción de un efecto jurídico puntual, debo señalar que las diferencias son también, importantes. En ese sentido, debería señalarse que una de las grandes diferencias es aquello que es afectada: la prescripción afecta a la acción y la caducidad, al derecho mismo. Para sostener este cambio de criterio y afirmar ahora que nos encontramos ante un plazo de caducidad y no de prescripción he tomado en cuenta el argumento *sedes materiae*, alegando al respecto que nuestro Código Civil tiene un capítulo específico en el cual trata el tema de la prescripción liberatoria (Arts. 633 y sgtes.) y una serie de artículos –a partir del 659– en el que se enlistan los distintos plazos de prescripción de las

diferentes acciones. El plazo que se refiere al vicio de la lesión, no figura en dicha lista, por lo que habrá que asumir, a primera vista, que el legislador no consideró que el plazo indicado en el Art. 671 sea de prescripción; por descarte nos queda deducir que es de caducidad.

Por otra parte, de la lectura de la parte pertinente del Art. 671, tampoco se extrae que el plazo sea de prescripción, pues no aparece esta palabra –prescripción– a diferencia de lo que sí sucede en el Art. 954 del Código Civil argentino de Vélez, en la versión de la reforma de 1968, ley 17711, donde, a pesar de tampoco estar enlistado entre los plazos de prescripción liberatoria, el legislador extranjero indicó expresamente que se trata de un plazo de esa naturaleza en el mismo artículo donde se regula la lesión⁵⁸.

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

El Art. 671, sin embargo, no difiere, como dijimos, el inicio del cómputo a otro momento, y no vemos razón para que así se haga, pues el afectado sabía de las circunstancias del acto realizado, desde la misma formalización de este, por ello, el cómputo debería iniciarse en la misma fecha en que el acto jurídico nació, siempre que se haya alegado necesidad o inexperiencia. Consideración aparte merecería si se alegó ligereza, pues, recordemos, estaríamos en presencia de una patología mental, por lo menos temporal que impidió al sujeto percatarse de los reales alcances del acto jurídico concluido,

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

por lo menos durante el tiempo que duró dicha patología. Sin embargo, la ley no hace ningún distingo con respecto a este extremo, por lo que cabría preguntarse si el cómputo para la caducidad del derecho debería igualmente arrancar el día de la formulación del acto. El afectado, en ese caso, debería buscar la protección de sus intereses en otros institutos, especialmente tuitivos como la inhabilitación, pero no recurrir a la lesión, si el plazo de caducidad ya se ha cumplido.

Una solución similar, establecía el Código Civil argentino de Vélez, reformado en 1968, en forma más específica: “...*Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años **de otorgado el acto**...*” (Art. 954, Código Civil según la ley 17711). La solución normativa argentina, hoy derogada, como dije, es mucho más clara y puntual, y no deja lugar a dudas sobre el inicio del cómputo del plazo.

9. La lesión en Unidroit

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

Revisando la formulación que tiene el principio del **Art. 3.2.7.**, en la versión 2010, debemos decir que llama la atención que no se

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

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

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

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

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

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

ha considerado la ligereza —o cualquier otro estado de patología mental— como uno de los estados de inferioridad a considerar en la persona para que esta reclame la nulidad o la modificación equitativa con fundamento en la lesión. Esta omisión, si bien interesante para discutirla académicamente, no tiene incidencia alguna, dada la redacción de nuestra norma positiva.

10. A modo de conclusión

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

El instituto dio pie a una serie de demandas judiciales apuntadas a restablecer, de un modo, el equilibrio roto al concluirse el acto atacado. Aquellas que fueron admitidas, luego de constatados la existencia de la situación de vulnerabilidad, los abusos respectivos y la notable desigualdad, restituyeron a los afectados lo que habían salido de sus patrimonios. Sin embargo, nos queda pendiente la duda sobre la absoluta justicia de la solución normativa, pues si bien restablece el patrimonio del lesionado, no restablece lo pagado por el lesionante, por lo menos en ese momento. Habrá que reconocer que existen varios puntos que no fueron tratados en este breve trabajo.

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

Bibliografía

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

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

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

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

RÍOS AVALOS, Bonifacio. “La Lesión”, Intercontinental Editora, 1991.

TRIGO REPRESAS, Félix A. Nulidad por lesión de una cesión de derechos litigiosos. Autor. LLBA 2006, 714-DJ 23/08/2006.

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



Derecho Penal

La Casación y la Apelación Especial. Aspectos fundamentales

María Carolina Llanes Ocampos.¹

De conformidad al diseño constitucional, la Ley N° 1286/98 instituye el juicio oral y público con base acusatoria. Una de las características fundamentales de la nueva legislación es la incorporación del juicio oral en única instancia, en el cual el tribunal de sentencia pronuncia la decisión definitiva, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado, es decir la “sentencia de mérito”. Esta decisión es dictada luego de un debate oral en que el tribunal y las partes han apreciado la prueba y discutido las cuestiones bajo la vigencia de los principios de inmediación y concentración. La identidad física del juzgador es preponderante para asegurar la legitimidad de la sentencia. No es posible entonces admitir ninguna clase de recurso en cuanto al “mérito”. El tribunal de alzada está impedido para revalorar las pruebas o modificar los hechos en cuya producción y discusión no ha participado. Si se admitiera nuevamente la revisión de los hechos, lo valioso de la inmediación perdería sentido. El tribunal de alzada (Cámara o Corte) debe limitarse a examinar la corrección jurídica del fallo, en cuanto a la observancia de la ley sustantiva y a las formas esenciales del proceso, absteniéndose de incursionar en la parte histórica, es decir la relación fáctica que ha sido definitivamente fijada por el tribunal de sentencia.

Antes de abordar el tema, es necesario señalar por qué el Código Procesal ha “desdoblado” el recurso de casación en el sistema recursivo paraguayo. En efecto, a fin de mantener la estructura

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 2000.

constitucional de la doble instancia representada por los tribunales de apelación, se ha considerado importante a los efectos de la racionalización de la tarea recursiva, otorgar también competencia casacional (además de su competencia tradicional en el conocimiento de los recursos de apelación general) a los tribunales de apelación, al revisar cómo los jueces de primera instancia han aplicado la ley penal o procesal penal en el juzgamiento de los hechos.

Por otro lado, tratándose del máximo tribunal de la República, el legislador concede a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el control de la aplicación de la Constitución en los procesos penales, sin perjuicio del control constitucional ejercido por la Sala Constitucional sobre las leyes y las decisiones emanadas de cualquier otro tribunal de la República, que atenten contra dicha ley; conforme lo establecen los Arts. 259 inciso 6º y 260 de la C.N.

De esta manera en consideración a la complejidad del recurso de casación propiamente dicho, a lo que se agrega la especificidad de la materia penal la ley procesal ha establecido el desdoblamiento del recurso tradicional de casación, en los recursos de apelación especial y casación penal en la forma descripta y la competencia exclusiva en ésta última, a la Sala de la Corte especializada en materia penal.

El origen de este tipo de recursos debe buscarse en el Derecho Francés y particularmente en el llamado *Conseil des Parties*, aparecido como una subdivisión del antiguo *Conseil du Roi*. En la lucha librada en Francia entre el poder real y los parlamentos, un arma frecuentemente utilizada por el soberano para paralizar los intentos de injerencias de éstos, fue la de anular los actos llevados a cabo por tales parlamentos en ocasión de ejercer sus funciones jurisdiccionales y que en cualquier forma pareciesen contrarios a su voluntad; y especialmente *anmuler, casser*, sus sentencias cuando siendo contrarias a las ordenanzas, edictos y declaraciones regias, debían ser consideradas nulas.

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

Lo cierto es que a la vez de las funciones políticas que cumplía en interés del Rey, el *Conseil des Parties* actuaba como un verdadero y propio órgano jurisdiccional. Para entenderlo así, no debe olvidarse que en ese entonces, las funciones políticas, legislativas y judiciales coincidían en el soberano.

Al producirse el advenimiento de la Revolución Francesa, los legisladores proclamaron la total desvinculación de sus creaciones con respecto al régimen derrocado. Y suprimieron desde luego el *Conseil des Parties*. Pero no obstante su intención, y aunque el espíritu del instituto varió, se amplió su alcance y se reemplazó su nombre, pero continuó siendo el mismo, transformándose en un medio para defender la ley de las transgresiones de los jueces. Es así que como expresión de esa desconfianza, y para prevenir las desviaciones de los jueces respecto al texto de la ley, lo que era considerado como una intromisión en la esfera del poder legislativo capaz de quebrantar la separación de los poderes, nace el *Tribunal de Casación*, creado en 1790. El Tribunal de Casación representa así, la suprema garantía de justicia frente a la violación de la ley.

En el proceso penal la decisión jurisdiccional que concluye un caso justiciable, constituye a la vez un hecho jurídico y un hecho político. El Estado al haber monopolizado la función de dirimir conflictos concretos de intereses con relevancia jurídica, para evitar la justicia por mano propia, ha contraído la obligación institucional de resolverlos legal y lógicamente. El Poder Judicial, es el que de una forma u otra *dice el derecho*. Por tanto, la decisión de un tribunal de mérito es un acto de poder en su esencia y administrativo en su formulación, de allí su revisabilidad legal ajena a las decisiones políticas. Pero claro, la revisabilidad permanente, de la sentencia como acto humano, debería ser siempre perfectible. Aunque a este aspecto se opone otro de valor axiológico: La seguridad jurídica. En consecuencia desde el punto de vista de la revisabilidad casatoria, lo que debe analizarse no es el acto en sí, sino cómo se ejerció la función jurisdiccional para llegar a él. Por ello se ha dicho que los tribunales de méritos son *jueces de juicios*, en cambio los de casa-

ción son *jueces de jueces*. Es lo que distingue a los tribunales de instancia única de los de casación. Los primeros se mueven en el campo del *Ius litigationis*, los segundos en el del *Ius constitutionis*.

Sentada la premisa de que la sentencia constituye un acto de poder, la apelación especial y la casación constituyen medios de control del ejercicio de ese poder, para garantizar la regularidad en la prestación del servicio de justicia. Los tribunales como parte de la administración de justicia no escapan a conceptos como exceso, desviación o abuso de poder.

La doctrina consagra... *El derecho es único pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo posible la aplicación de la sanción o de la coacción que los resguarda. Los imperativos regulan el fondo del asunto, y constituyen la ley sustantiva; las normas que establecen el modo de llegar a la aplicación de la sanción o de ejercer materialmente la coacción, son las leyes procesales. Estas se cumplen más que aplicarse, aquéllas se aplican a los casos concretos. Por eso cuando la infracción jurídica versa sobre la actividad procesal, el error es **in procedendo**, cuando versa sobre la determinación del hecho y su inserción en la norma, es **in iudicando**, y si es sobre el hecho por haber sido fijado en la sentencia con error sobre la verdad histórica será **in factum**; en cambio, si es sobre la inteligencia de la norma que a ese hecho debe aplicarse, será **in iuris**. La infracción a la ley procesal no configura un vicio in iudicando, porque ella se ejecuta, se cumple y señala el proceder de la actividad realizadora, del mismo modo que nunca la infracción a la ley sustantiva será error in procedendo, porque su aplicación supone siempre **un iudicio** de subsunción del hecho al derecho².*

En el régimen recursivo vigente, tanto la apelación especial de la sentencia de primera instancia como la casación son medios de

² Fernando de la Rúa. La Casación Penal, pp. 31/2.

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL. ASPECTOS FUNDAMENTALES

impugnación con “motivos tasados”, con los que se pretende la nulidad de la sentencia (casación por infracción de la ley sustantiva) o del proceso y, consiguientemente de la sentencia (casación por quebrantamiento de forma). Estos recursos, encuentran su fuente en el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional. La uniformidad de la jurisprudencia de los tribunales asegura un tratamiento similar frente a la ley penal por parte de los jueces, favoreciendo así la vigencia de dicho principio. Asimismo la libertad como garantía constitucional primaria, no puede ser coartada sino en los casos precisamente establecidos y nadie puede ser condenado sin juicio previo. Para efectivizar estas normas constitucionales, las leyes procesales establecen las formas que deben necesariamente ser observadas para llegar a una sentencia justa. Establecida la única instancia en el proceso penal moderno, el legislador ha querido que la sentencia sea un instrumento eficaz para la obtención de la justicia, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla *juicio no sólo previo sino también legal*.

La apelación especial y la casación penal tienden a defender los intereses y derechos de las partes procesales, revistiendo una función de preservación de las normas del ordenamiento jurídico (conocida en la doctrina como “función nomofiláctica”) y unificación de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En este sentido la función de carácter político que el legislador ha instituido con estos recursos, aparece reflejada en ellos. Estos recursos viven y se desarrollan únicamente en el campo procesal, como instrumento que depende de la voluntad de la parte afectada por el resultado de la sentencia. Pero aquella finalidad se muestra en la especialización de dichos recursos en la función del control jurídico realizado a través del examen del derecho sustantivo o procesal, mientras que los hechos están excluidos de su alcance.

La apelación especial se halla prevista en el Capítulo II del Título III del C.P.P. y se caracteriza por:

Es un recurso ordinario.

DERECHO PENAL

Se plantea contra sentencias definitivas del tribunal de sentencia o aquellas que pongan fin al proceso.

Se aplica por la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal de fondo o de forma.

Se interpone fundadamente ante el mismo órgano que dictó el fallo impugnado y se sustancia y resuelve ante el tribunal de apelaciones.

El trámite: 10 días para interponer, 10 días para contestar, audiencia de prueba o fundamentación dentro de los 15 días y se resuelve inmediatamente si ha convocado a la audiencia de pruebas o dentro de los quince días si no se ha convocado a dicha audiencia.

El Capítulo III del mismo Título prescribe la casación penal presentando las siguientes características:

Es un recurso extraordinario.

Se plantea contra sentencias definitivas del tribunal de apelaciones, o que pongan fin al proceso.

Se aplica por la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional en sentencias de condenas mayores de diez (10) años, arbitrarias o infundadas.

Se interpone y se sustancia ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El trámite: 10 días para interponer, 10 días para contestar, audiencia de prueba o fundamentación dentro de los 15 días y se resuelve en un plazo máximo de un mes.

Como se ve en ambos recursos, la inobservancia o error se puede dar directamente en la arbitrariedad del fallo o en la decisión sin fundamento, como una desviación del ejercicio del poder jurisdiccional. Ello permite que ante la arbitrariedad que presenta la sentencia de primera instancia o de cualquier auto que ponga fin al

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

proceso, se pueda recurrir directamente a la casación *per saltum* para la restauración del quebrantamiento.

Estos recursos se caracterizan porque no permiten que los hechos, sean objeto de un nuevo examen por el tribunal de alzada, que trata únicamente de los errores de derecho que hacen a la existencia o al significado de la norma jurídica o a los que contenga el fallo al aplicar el derecho. La sentencia que debe ser revisada fija los hechos en forma definitiva, por lo que el tribunal de casación (en nuestro caso la Cámara de Apelación o la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia) se debe limitar exclusivamente al análisis de la aplicación del derecho sobre esos hechos. La actividad del tribunal al pronunciarse sobre este recurso debe circunscribirse principalmente a determinar la existencia de errores de juzgamiento, vale decir, a establecer concretamente las normas legales sustantivas que se han aplicado, cuáles son las que realmente corresponden para resolver el caso y si ellas han sido debidamente interpretadas por el juzgador.

No cabe confundir la apelación especial y la casación con el recurso de apelación general, pues en éste se gestiona la reparación de cualquier defecto, sea de hecho o de derecho, mientras que en el ámbito de aquéllos, sólo se examina si la ley ha sido bien aplicada a los hechos declarados en la instancia ordinaria. La apelación especial o la casación, no constituyen una nueva instancia sobre los hechos, al igual que la apelación general donde el tribunal *aquem* está facultado legalmente a reexaminar de nuevo todo el material probatorio.

“Dentro de un sistema acusatorio los recursos casacionarios obedecen a razones técnicas, el juicio oral y público, no concibe otro tipo de recursos (cabe recordar que en el C.P.P. paraguayo la apelación especial de la sentencia de primera instancia es en esencia una “casación encubierta”, precisamente por este motivo) porque ello representaría ineludiblemente, duplicar el juicio, en relación al hecho sobre el que versa. Y esto es así por en virtud del principio de inmediación que rige el juicio oral, sólo los jueces que presenciaron

el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia. Y por ese mismo principio un tribunal posterior que no ha presenciado el desarrollo de la prueba y el debate carece de legitimidad para dictar el fallo, pues aun apelando a métodos modernos de reproducción (grabaciones, videos) la ausencia de los jueces de sentencia al debate provocaría la pérdida de toda sustancia y razón de ser del juicio oral, significando un regreso a la *delegación*.

Los **motivos casacionales** pueden ser clasificados en vicios de actividad o vicios de juicio o *errores in procedendo* y *errores in iudicando*. Esta distinción parte de la diferente posición en que se halla el juez frente al derecho, según sea sustantivo o procesal. Si bien en ambos casos se configura una infracción jurídica, el ángulo bajo el cual es examinada la sentencia resulta totalmente diverso. Es preciso aclarar que en todos los casos existe una violación de la ley, como genérica desobediencia al mandato del legislador, pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes (ley procesal).

En la casación paraguaya esta inobservancia formal o sustancial debe referirse a un precepto constitucional, en una sentencia que disponga la pena de diez años, sea arbitraria o infundada.

La **motivación** es una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios lógicos supremos que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son verdaderos o falsos. A estas reglas está sometido el juicio del tribunal de mérito, si ellas resultan violadas, el razonamiento no existe, la fundamentación de la sentencia aunque aparezca como acto escrito, no tendrá vida como pensamiento y desde el punto de vista del sistema procesal vigente será nula por falta de motivación.

En la sentencia por ejemplo: La actividad valorativa, volitiva y crítica que realiza el juez se cumple con un juicio lógico, pero el error en que incurra puede traducirse en un **vicio del procedimiento** en la motivación de la sentencia, o en un **vicio del juzga-**

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

miento cuando no obstante la corrección formal del fallo existe error en la decisión del fondo del asunto. Por eso es necesario captar claramente el sentido de la diferencia. Toda norma jurídica, por el solo hecho de serlo, necesita que se explique su significado, precisando el sentido de su mandato tanto para juzgar como para actuar, tanto para examinar cómo se ha juzgado como para examinar cómo se ha actuado. Se interpreta la ley sustantiva para aplicarla y decidir, conforme al mandato que se traduce en su texto, la controversia que constituye el objeto del proceso; se interpreta también la ley procesal para cumplirla y se la aplica cumpliéndola, conforme al imperativo que contiene. En el primer caso se interpreta para decidir sobre el fondo del asunto y en el segundo para ajustar la conducta procesal a la norma. En ambas situaciones la ley se interpreta para aplicarla, la ley sustantiva para aplicarla al juzgar; la ley procesal para aplicarla en el proceder.

Aplicar una norma jurídica a un caso que reclama la aplicación de otra norma, implica siempre una inobservancia de ésta última, y tanto la *inobservancia* como la *aplicación errónea* configuran violaciones a la voluntad del legislador. De ahí que este motivo se halla genéricamente contemplado en la *violación de la ley o infracción jurídica*.

La doctrina sistematiza dentro del concepto genérico de *infracción jurídica* los siguientes casos:

- a) Falta de aplicación de la norma jurídica que corresponde al caso.
- b) Aplicación de una norma a una hipótesis no contemplada en ella.
- c) Abierta desobediencia o transgresión a la norma.
- d) Todos los errores de derecho que constituyan desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado.

Desde otra perspectiva se ha afirmado que la fórmula puede comprender:

El error acerca de la existencia de la norma.

El error en la interpretación de la norma.

El error en la aplicación, cuando se aplica a un hecho no correspondiente con la norma.

El error en la deducción de las consecuencias de la norma, cuando no obstante ser correcta la interpretación y la subsunción del hecho, se proclaman consecuencias no correspondientes con la norma interpretada³.

La **violación de la ley** se presenta cuando el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de una norma jurídica vigente, o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente, o cuando incurre en un error en la interpretación o en la elección de la norma, aplicando a los hechos una distinta a la que corresponde. La violación puede ser entonces, atinente a la ley como norma jurídica de carácter abstracto (en cuanto a su existencia o contenido) o bien puede referirse al juicio individual relativo al caso concreto, por aplicación incorrecta del precepto a los hechos establecidos. En el primer caso se trata de una errónea inteligencia de la ley; en el segundo, de una errónea apreciación jurídica del caso resuelto.

Dentro de la terminología del Código Procesal Penal, *inobservancia* significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla. *Errónea aplicación* es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato.

³ El Juicio Civil de Casación, p. 74.

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL. ASPECTOS FUNDAMENTALES

La *arbitrariedad* consiste en un exceso de poder o ejercicio abusivo del mismo, en los casos en que el juez se excede en los límites jurídicos de la función asumiendo el papel de legislador sustituyendo la voluntad objetiva de la ley por la propia, ya sea que lo haga con la ley sustantiva o procesal. Esta arbitrariedad afecta el principio de división y equilibrio de poderes y eso es lo que descalifica la decisión. Otro tanto ocurre cuando el juzgador falla sin ajustarse a los hechos probados.

Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está a cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. La sentencia *infundada*, corresponde a aquella que carece de motivación porque no expone los motivos que justifican la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de la norma a ese hecho, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión. También resulta infundada aquella que no ha sido razonada lógicamente, porque carece de coherencia y congruencia en cuanto a la acusación o los hechos probados o resulta contradictoria en cuanto a los motivos que se aducen y la parte resolutive, de modo que, oponiéndose, se destruyen recíprocamente y nada queda de la idea que se quiso expresar, resultando la sentencia privada de motivación o con una *motivación contradictoria*.

El tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en ella se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la sicología y la experiencia.

La doctrina jurisprudencial española incluye como motivos de **infracción de la ley**, no solamente la infracción propiamente dicha, sino también el error en la apreciación de la prueba. Ellos podrían sintetizarse de la siguiente manera:

a) *Cuando conforme a los hechos probados en juicio se hubiera infringido un precepto legal de carácter sustantivo.* Esto significa que lo que se decide en la casación es si el juicio penal se ha llevado a cabo en razón al resultado del juicio histórico que contiene la sentencia. No se puede fundar la sentencia sin respetar escrupulosamente los hechos que se han probado en juicio. Lo que se discute en estos casos es sencillamente si el tribunal de sentencia, desde el punto de vista jurídico, ha valorado los hechos correctamente.

b) *Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de documentos que muestran la equivocación evidente del juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas.* Este motivo permite, controlar la racionalidad del juicio histórico o fáctico que ha realizado el tribunal. La libre valoración de la prueba no significa que el tribunal pueda hacer una valoración arbitraria, ilógica o irrazonable. El tribunal debe hacer un juicio histórico fundándose en la razón, las pautas normales del comportamiento humano y el manejo de las máximas de experiencia (sana crítica).

c) *Que se ponga de manifiesto un error sufrido en la narración de los hechos que se declaren probados, haciendo constar entre estos, supuestos no acaecidos en realidad.* Esto puede manifestarse a través de lo que se conoce como *error positivo*, es decir la inclusión en la narración del hecho de algo que está en abierta contradicción con lo que expresa el documento; o bien como *error negativo* al incluir en el relato del hecho un acontecimiento fáctico que no tiene base probatoria alguna o que se basa en una prueba ilegal. Igualmente, la valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal, es considerado el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas pueda imaginarse.

d) *Que el error esté basado en la prueba documental per se; no en otra prueba que se documente a través del proceso o fuera del mismo en forma preconstituida.* En este sentido no son documentos la documentación de actos procesales y tampoco lo son las pruebas

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

preconstituidas en forma documental que podrían haberse practicado en el juicio oral. El error o equivocación puestos de manifiesto en el documento debe ser indubitado y evidente.

e) *Que la prueba alegada para demostrar el error no se desvirtúe por otros medios probatorios.* Esto significa que sólo deberá prevalecer la fuerza del documento en los supuestos y extremos en que realmente tenga fuerza probatoria para cualquiera de las partes, según el caso concreto. En definitiva, esto no quiere decir que en materia penal los documentos carezcan de cualquier fuerza probatoria, la tienen, la fuerza legal. Por ejemplo, las manifestaciones contenidas en un documento firmado por una de las partes, podrán tener la trascendencia penal que se quiera, pero es indudable que en la valoración de la prueba, se debe partir de que han sido hechas por su autor, a no ser que se hayan realizado pruebas en el proceso que demuestren la falsedad de la firma o el error material cometido en el momento de hacerlas o la violencia, etc.

En cuanto al **quebrantamiento de la forma** generalmente se plantean los siguientes motivos:

a) *Que se haya denegado alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.* En este sentido la jurisprudencia establece los requisitos: 1.- Que la diligencia concreta de prueba cuya práctica no se realizó se hubiere propuesto anteriormente en tiempo y forma oportunos. 2.- Que la misma hubiese merecido la declaración de pertinencia y estuviese programada procesalmente su realización. 3.- Que ante la decisión judicial negativa de la solicitud de suspensión del juicio para la realización de la diligencia, se hubiese dejado constancia de la correspondiente protesta y reserva de recurrir. 4.- Que tratándose de prueba testifical propuesta y no practicada, se hubiese consignado en su oportunidad el interrogatorio a ser formulado a fin de que el tribunal quede debidamente informado del contenido de la prueba fallida. 5.- Igualmente se exige que la prueba propuesta y no realizada sea de carácter ineludible, insustituible, fundamental y de posible realización.

b) Cuando el presidente del tribunal se niegue a que un testigo conteste en juicio o en una diligencia probatoria practicada fuera de la audiencia, preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa. El motivo se refiere exclusivamente a la prueba testifical, admitida y practicada, en la que el presidente del tribunal deniega alguna pregunta o preguntas, siendo pertinentes y de manifiesta influencia para la causa. Se debe tratar por consiguiente de preguntas que hagan referencia al objeto del proceso y de cuya respuesta dependa la decisión que se tome en la sentencia, de modo tal que se puede afirmar que la respuesta del testigo hubiera cambiado lógicamente el sentido de la sentencia. Para que este motivo pueda dar lugar a la anulación de la sentencia se requiere que en la causa no existan pruebas que desvirtúen la posible e hipotética versión de los hechos que se presume podría haber referido el testigo, pues de otra manera la respuesta no tendría una manifiesta influencia en la causa.

c) Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviera verdadera importancia para el resultado del juicio. Una pregunta capciosa es aquella que está formulada en forma artificiosa o que lleva al engaño, una respuesta sugestiva es la que sugiere la respuesta, una pregunta impertinente es la que no guarda relación alguna con el objeto del proceso. En todos los supuestos son preguntas que se hacen no sólo al testigo sino también a peritos o al propio imputado. Este motivo tiene que ver con las modalidades o finalidades en cuanto a la formulación de las preguntas. Se puede denunciar a través de este motivo no solamente que la pregunta estuvo mal formulada sino también que la respuesta tenía verdadera importancia en el resultado final del proceso.

d) Cuando se haya omitido la citación de las partes al juicio oral, salvo que hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas. El motivo tiene incidencia directa en los derechos constitucionales de defensa y del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Sin embargo, la comparecencia del interesado convali-

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

da la citación mal efectuada, desapareciendo en este caso el motivo de indefensión.

e) Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como probados conceptos que, por su carácter impliquen la predeterminación del fallo. En este motivo cabe distinguir tres submotivos que tienen fundamento y naturaleza diferentes como: 1.- La falta de indicación clara y terminante de los hechos probados: Esto viene dado por la simple razón de que sobre esos hechos habrá que hacer la valoración jurídica que conduce inexorablemente a la condena o absolución. Lo que se exige en este caso es que la sentencia no adolezca de una ausencia de hechos probados y sobre todo que contenga a aseveraciones puntuales y básicas que debe estar en perfecta conexión con las valoración jurídica que posteriormente se realicen pero al mismo tiempo es necesario que existiendo relato de hechos probados, éste no se haga en forma vaga, ambigua, oscura, ininteligible o inasequible en el sentido de que se sepa que es lo que se ha querido manifestar. La falta de claridad siempre tiene que ser gramatical o conceptual. 2.- La manifiesta contradicción entre los hechos, la que se produce cuando existen afirmaciones dentro de los hechos probados, que por ser antitéticas son absolutamente incompatibles entre sí, por lo que se destruyen recíprocamente, produciéndose en estas circunstancias un vacío fáctico esencial en la sentencia, al afirmar como probado algo que conceptualmente no puede estar probado; y 3.- La predeterminación del fallo. Este motivo requiere que las palabras que se empleen en la narración histórica de los hechos estén en la tipología penal con carácter normativo y jurídico, además que la supresión de las mismas, si no pueden sustituirse por otras, originen un fallo sin base histórica.

f) Cuando en la sentencia sólo se expresa que los hechos alegados por la acusación no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados. Caben señalar que no basta afirmar que los hechos relatados han sido probados, como asimismo no bas-

ta la afirmación de que no lo han sido, lo que realmente se requiere es que en cualquiera de los dos casos se expresen las razones que llevan al tribunal a cualquiera de las dos soluciones, por consiguiente, debería permitirse la posibilidad de recurrir en casación y por este motivo, aquellas sentencias que no expresen mínimamente las razones que ha tenido el juzgador para dar como probados o no los hechos objeto de acusación.

g) *Cuando no se resuelva en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.* Este motivo se refiere a lo que en doctrina jurisprudencial se denomina “incongruencia omisiva” Por este motivo se podrá denunciar la violación del principio de correlación entre acusación y sentencia, en el sentido de que se esté condenando por unos hechos distintos de los que han sido acusados. El principio de congruencia no impone que el tribunal conceda lo que se pide, sino que decida en todo caso sobre lo que se le pide; y esta petición se refiere como es lógico no sólo a los hechos sino a una determinada calificación de esos hechos. Sin embargo no existe incongruencia cuando el tribunal acepta una calificación pero supone la exclusión de la tesis sostenida por la parte afectada y por consiguiente la eliminación implícita de ésta. Por otra parte, se halla en juego el principio de conservación de los actos procesales cuando se entiende que la falta de respuesta en el fallo a la pretensión punitiva, equivale a una desestimación implícita, siempre que no se rompa el equilibrio y la correlación entre lo pedido y el fallo.

h) *Cuando se condene por un hecho punible más grave que el que haya sido objeto de la acusación.* Este motivo permite la condena por delito más grave del calificado por las partes, siempre que se haya preservado el principio de derecho a la defensa, igualmente permite partes siempre que tenga señalada una pena inferior a la solicitada calificación alegada por las partes. Calificar de manera más gravosa o menos gravosa no es incongruencia, si se toma en consideración lo que las partes ha propuesto como objeto del juicio y si se califica todo lo que han propuesto. Lo que la ley preserva es el

LA CASACIÓN Y LA APELACIÓN ESPECIAL.
ASPECTOS FUNDAMENTALES

derecho de que nadie pueda ser condenado sin ser oído y por hechos distintos a los que conforman el objeto del juicio.

i) Cuando La sentencia haya sido dictada por menor número de magistrados que lo previsto en la ley o sin la concurrencia de votos conformes exigidos por la ley. Este motivo se encuentra relacionado con el principio de inmediación que debe existir entre el tribunal que juzga la causa y todo el desarrollo del juicio desde el inicio hasta la deliberación y elaboración de la sentencia definitiva. Es nula la sentencia que ha sido deliberada por dos jueces y no tres como establece la ley. En los casos de imposibilidad material de conformación de tribunal no se inicia el juicio hasta que el órgano esté integrado; y si la desintegración surge posteriormente, es causal de suspensión del juicio.

Todos estos motivos, según el caso, pueden ser alegados como causales de nulidad tanto en la apelación especial de la sentencia de primera instancia como en la casación propiamente dicha, ya que ambos recursos son en esencia la misma cosa, al establecerse como motivo para su interposición la inobservancia en la aplicación del derecho de fondo o de forma. Lo único que los distingue es que en la casación las normas infringidas deben ser de origen constitucional y la pena aplicada debe ser mayor a diez años de privación de libertad.

En conclusión, en lo que hace referencia a la estructura recursiva prevista en la ley procesal, la apelación especial y la casación han sido instituidas por el legislador con la finalidad de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, asegurando el respeto de los derechos individuales y las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como el mantenimiento del orden jurídico en cuanto a la uniformidad en la aplicación de la ley penal.



Revisión del Auto de Apertura por la Cámara de Apelación

Gustavo Enrique Santander Dans¹

I. Introducción

La cuestión gira en torno a si el órgano de alzada tiene la potestad de estudiar la impugnación de un auto de apertura a juicio. El dilema surge a partir de las diferentes posiciones asumidas por la Corte Suprema de Justicia y las Cámaras de Apelaciones que, en algunos casos, se muestran reacios a admitir la apelabilidad del auto de apertura a juicio; mientras que, en otras ocasiones, postulan la tesis de que el órgano de alzada tiene la suficiente potestad de atender la apelación planteada contra dicha resolución.

A fin de tener un panorama más amplio sobre este debate, basta con dirigir la mirada sobre algunas legislaciones latinoamericanas sobre este punto específico. Así: El Código Procesal Penal de

¹ Publicado en la Revista Gaceta Judicial 1-2020.

Abogado, Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Postgrado, Especialización en metodología de la investigación aplicada, Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Ciencias Jurídicas de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Escuela Judicial del Paraguay, Postgrado, a nivel de Maestría en Derecho Penal “Parte General y Especial”, así como la Metodología del Derecho y Técnica Jurídica. Postgrado, a nivel de Maestría “Fundamentos Teóricos del Procedimiento Penal y Metodología del Derecho”. Diplomado, en ciencias Penales. INECIP-PARAGUAY. Diplomado en Derecho Constitucional por la Universidad Católica. Ex-Presidente de la Asociación de Magistrados del Paraguay, Ex-vice Presidente de la Federación Latinoamericana de Magistrados.

CÓRDOBA², solo autoriza a la defensa plantear apelación, expresando *“El auto de elevación a juicio será apelable por el defensor que dedujo la oposición”*. Entiéndase que haya manifestado oposición a la acusación.

En CHILE³ ocurre exactamente al revés, solo el Ministerio Público puede apelar el auto de apertura a juicio cuando el Juez de Garantías excluya la prueba y no el imputado. Esto sobre la base que consideran que el imputado al estar cobijado por la presunción de inocencia, no tiene que hacer absolutamente nada, y que, en su caso, tiene el recurso de nulidad contra la sentencia.

Por su parte, MÉXICO⁴ es uno de los países que ha implementado el nuevo Código Procesal Penal y en el que, expresamente, dispone que el auto de apertura es irrecurrible. Esta disposición tiene coherencia por la amplitud de facultades que le da el Código al Juez de la etapa intermedia, que incluso puede ya acreditar hechos para el Juicio, y excluir medios de pruebas ilícitas. La audiencia intermedia es un verdadero debate oral.

En otros países, como VENEZUELA⁵, no se admite el Recurso de Apelación contra el auto de apertura dictado por el juez de instrucción. En COSTA RICA⁶, contra lo resuelto sólo procede recurso

² Ley 8123. Art. 358 - Elevación a Juicio. El Juez resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciere lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto por el artículo 282. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse con respecto a todos, aunque el derecho que acuerda el artículo 357 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno. Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por

³ Ley N° 19696/00 (Código Procesal Penal). Art. 277.

⁴ Ley de Reforma del Código Orgánico Procesal Penal, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.558 de fecha 14 de noviembre de 2001. Decreto N° 266/09. Art. 328.

⁵ Artículo 331.

⁶ Ley N° 7594 DE 4 DE JUNIO DE 1996. Art. 320.- Admisión de prueba para el juicio El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio. GUATEMALA, tampoco tiene establecido la apelación del auto de apertura a juicio. La audiencia intermedia es para estudiar la acusación y luego se realiza la audiencia de admisión de pruebas. Por último, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, no prevé el recurso de apelación, sino el recurso de casación, que, al ser el auto de apertura, una resolución que no pone fin al proceso, no sería posible plantear una impugnación contra el mismo.

Como se podrá notar, la mayoría de las legislaciones citadas establecen una salida clara a este nudo gordiano que se llama auto de apertura, que desde el punto de vista del justiciable es una odisea, desde el momento en que al plantear la apelación los órganos de alzada declaran inadmisibile el recurso, remitiendo la cuestión al Tribunal de Sentencia, que a la vez rechaza por no tener competencia para entender de un auto que fue dictado por un órgano de la misma instancia. Entonces, ¿a quién debe recurrir el justiciable cuando considera que se han violado derechos y garantías establecidos a su favor, pero sin posibilidad de ejercer por medio de los mecanismos recursivos?

En nuestro país existe una posición ambivalente tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia, desde el momento que no tenemos una línea jurisprudencial uniforme de la Corte Suprema de Justicia. En puridad, muchas veces, la construcción de la jurisprudencia sobre el tema examinado se dificulta por la frecuente inhibición de los miembros naturales de la Corte, quedando esta última integrada con miembros de otras Salas o miembros de las Cámaras de Apelaciones para cada caso, que a su vez tienen posturas dife-

ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas. Contra lo resuelto sólo procede recurso de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio.

rentes de aquellos miembros naturales a quienes suplantán temporalmente.

Esta divergencia interpretativa no favorece a la comunidad jurídica, pues deja traslucir un vacilante lineamiento exegético que no permite la consolidación de una postura firme que aporte decididamente seguridad jurídica a los justiciables. La suerte de los acusados y víctimas depende exclusivamente del azar o de la maniobra que puedan implementar sus defensores, pues en algunos casos sus respectivos recursos pueden caer en manos de quienes tienen una posición que coincida con su pretensión, y en otros casos puede ser lo contrario. Es urgente que los nuevos integrantes fundamenten con autoridad sus respectivas posiciones a fin de marcar rumbo en el proceso penal respecto a este tema controversial.

Así la Sala Penal, en algunos fallos sostiene que “...*En virtud del principio de progresividad que rige al proceso penal, tratándose de una decisión que pone en marcha el procedimiento, el auto de apertura a juicio es irrecurrible. Y esto es así porque lo que eventualmente podría producir algún gravamen a las partes va a ser saneado, corregido o rectificado en el juicio. Por ello al dictarse el auto precluye la fase de objeciones y reclamos*”.

Sigue diciendo: “Cuando el sobreseimiento es denegado por el Juez Penal de Garantía, y se dicta la apertura del juicio estamos en una situación de orden procesal terminante y clara en virtud de la última parte del Art. 461, el cual no permite ninguna fórmula de desdoblamiento llevando a la cuestión a una dirección no bifurcable. Por lo demás, el juicio oral y público está ensamblado procesalmente dentro de una amplia garantía, teniendo como base los principios de oralidad, objetividad e inmediatez, con la intervención de jueces versados que tienen a su cargo la valoración de las pruebas según el sistema de la sana crítica. Bajo las condiciones expuestas precedentemente, y con sustento en lo dispuesto en el Art. 461 del Código de Procedimientos, resulta claro y evidente que el recurso de apelación

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

general deducido por la defensa no debió haber sido admitido por el Órgano de alzada...”⁷.

Pero la postura –en el mismo sentido– más firme y uniforme de la Sala Penal con los integrantes naturales, se resume en el siguiente esbozo interpretativo: “...*el auto de apertura es irrecurrible y en caso de que se hubieran resuelto otras cuestiones apelables, a tenor de lo dispuesto en el mismo articulado, ello no causa gravamen irreparable a la parte perjudicada, porque las cuestiones planteadas constituyen incidentes a ser resueltos y en su caso subsanados en el marco del juicio oral y público, en el cual las pretensiones de las partes si corresponde en derecho van a ser reparadas sin mayores demoras, como consecuencias del control horizontal que ejerce el Tribunal de Sentencia de conformidad al Art. 382 del C.P.P...*”.

Incluso, en algunos casos, la inobservancia de la veda recursiva del auto de apertura ha motivado el llamado de atención a los Miembros del Tribunal de Apelaciones que lo desconocen. Un ejemplo de ello es el Acuerdo y Sentencia N° 192 de fecha 30 de marzo de 2012⁸, en el que resolvió lo siguiente: “*La ley, en su Art. 461 del Código Procesal Penal, dice textualmente: “No será recurrible el auto de apertura a juicio”. Esta prohibición dada por ley de manera tan expresa, no puede ser inobservada y por ende la Cámara de Apelación se equivocó cuando recibió el recurso en contra de ella, debiendo haber declarado la misma inadmisible y remitiendo los autos rápidamente para la realización del juicio oral y público. Se debe llamar la atención a los magistrados... por incumplir norma procesal penal tan clara, arriba transcrita, e irrumpir con su actuar en el campo del Tribunal de Sentencias, órgano jurisdiccional que, en el marco*

⁷ Acuerdo y Sentencia N° 743 de fecha 1 de abril de 2004. Expte: “RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN interpuesto por la Agente Fiscal Penal de Coronel Oviedo Abg. Elva Verónica Miltos Martínez en: MINISTERIO PÚBLICO c/ DIETER HUHN y WILLIAM AYALA GIMÉNEZ s/ ESTAFA EN CORONEL OVIEDO”.

⁸ Expte: “D.C.P.A.Y OTRA S/ ESTAFA”.

del control horizontal, puede verificar la actuación realizada en la audiencia preliminar.”

Mientras que en el Auto Interlocutorio N° 500 de fecha 7 de Mayo de 2003⁹ sostuvo: “...y que este disponga lo que corresponda en derecho, debiendo tener presente que la práctica de los Tribunales (la cual es compartida por esta Sala Penal de la Corte) ha determinado que la irrecurribilidad del auto a apertura a juicio a que hace alusión la última parte del Art. 461 del código ritual, debe ser interpretado en relación única y exclusiva al punto de la resolución que dispone tal decisión, por lo que si el auto que ordena dicha elevación resuelve igualmente otros puntos debatidos en la audiencia preliminar, resulta evidente que aquellas decisiones que caen dentro de la órbita taxativa del Art. 461 del Código Procesal Penal, son susceptibles de apelación general, por más que estén contenidas en el mismo auto que ordeno la elevación a Juicio Oral y Público...” (2).

En el mismo interlocutorio agrega: “...*Que en atención a que situaciones como la contemplada en la presente causa no hacen otra cosa sino dilatar innecesariamente el procedimiento. Siempre será conveniente diferir el auto de elevación a Juicio Oral Público de toda causa penal que así lo amerite, para el momento inmediato posterior a quedar firme la resolución a que hace alusión el Art. 356 del Código Procesal Penal (decisión sobre cuestiones planteadas en la audiencia preliminar), de manera a mantener incólume el sistema de la doble instancia, resguardando el derecho de las partes de recurrir ante Tribunal de Apelaciones, conforme así les faculta el Art. 461 del Código Procesal Penal, en los casos expresamente previstos en dicha normativa...*”.(3)

Esto significa hacer la audiencia en donde se plantean todas las incidencias y que una vez resueltas y quedar firmes dictar propiamente el auto de apertura a juicio, que llevada a la práctica ha-

⁹ Expte: “RAMONA ESTHER WOLSCHAM MARIÑO, CARLOS PAATS Y GLORIA ESTIGARRIBIA S/ ESTAFA, PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE CONTENIDO FALSO”.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

ría interminable los procesos, conociendo los innumerables ingenios de los procesalistas para encontrar recursos para dilatar la definición de la causa.

En estos fallos quedan patentizadas las interpretaciones, absoluta y preocupantemente, contradictorias sobre la misma materia, esto es, en cuanto a la irrecurribilidad o no del auto de apertura. Por una parte, niega total y tajantemente la posibilidad recursiva del auto de apertura; mientras que, por otra, la habilita, deja abierta, expedita la posibilidad de recurrir – excepto el ítem de auto de apertura - los otros puntos que integran las materias discutidas en la Audiencia Preliminar y decididas en la resolución dictada como corolario de la Etapa Intermedia.

Ahora bien, la Sala Constitucional incurre en similar contradicción interpretativa sobre la irrecurribilidad o no del auto de apertura a juicio; así en el Acuerdo y Sentencia N° 116 de fecha 5 de Marzo de 2012¹⁰ ha señalado: *“Es decir, el Código Procesal Penal señala concretamente la imposibilidad de recurrir el Auto de Elevación a Juicio Oral y Público. Es importante dejar precisar que con ello no se vulnera ninguna garantía o principio de los justiciables, muy por el contrario, busca reafirmar la trascendencia del Juicio Oral y Público, dónde se centran los principios que rigen el nuevo ordenamiento penal, ya que se realiza con la participación de los jueces en la doctrina de la inmediatez y la objetividad, para la valoración de pruebas y tiende a lograr la seguridad jurídica de los ciudadanos involucrados, en el marco de la legitimidad y la amplitud de la defensa. Por consiguiente, con la realización del juicio se encuentran salvaguardados los derechos: a la defensa y al debido proceso, consagrados en la Carta Magna, en los Pactos Internacionales y en el Código de Formas.”*.

¹⁰ Expte: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “JARVIS CHIMENES PAVAO, FERNANDO JORGE BITENCOURT DA SILVA Y PAULO LARSON DIAZ S/ LAVADO DE DINERO”.

Añade en apartado subsiguiente: *“Dicho esto, y dadas las constancias del expediente considero que la presente Acción de Inconstitucionalidad debía haber sido rechazada in limine en la etapa procesal oportuna, por así corresponder a derecho; al haberse dado trámite a la misma se produjo un dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional. Además, ya la jurisprudencia de la Sala Constitucional al respecto ha sido determinante, disponiendo la inadmisibilidad de las Acciones contra los Autos de Elevación a Juicio Oral y Público”*.

Este es uno de los pocos casos en que la causa se elevó a juicio oral sin acusación fiscal, pues el mismo en la audiencia preliminar desistió de su postura inicial y solicitó criterio de oportunidad pues ya había una orden de extradición del justiciable con condena firme en otro país, que ya no ameritaba seguir con el proceso, pero inexplicablemente llegó hasta la Corte, luego a juicio oral, que terminó en condena.

Hacia la misma línea se expidió en el Acuerdo y Sentencia N° 132 de fecha 22 de abril de 2008¹¹, en el que adiciona la indisgregabilidad de la resolución por la que se dicta el auto de apertura a juicio, señalando: *“Por todo cabe destacar que la “Resolución” que dicta el Juez en la fase intermedia, aun cuando resuelva incidentes o excepciones, se constituye en un “TODO”, esto es, en un solo “resuelve” que es el Auto de Apertura a Juicio Oral y Público, en virtud del art. 356 del C.P.P., y al ser inapelable la “Resolución de Elevación”, también lo son las incidentales y excepcionales que están contenidas en ésta.”*.

Dichas exégesis son consecuentes con lo vertido en el Acuerdo y Sentencia N° 701 de fecha 21 de agosto de 2006¹², en el que res-

¹¹ Expte: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “CRISTIAN FERREIRA Y OTROS S/ HOMICIDIO DOLOSO EN CAAGUAZÚ”.

¹² Expte: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “HUGO FIDEL BARBOZA AGUILERA Y OTROS S/ SUPUESTO HECHO DE LESIÓN DE CONFIANZA EN SAN COSME Y DAMIÁN”.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

pecto al Art. 461 del C.P.P., ha señalado: “...No será recurrible el auto de apertura a juicio...”, no es inconstitucional, y ello obedece a la tesis sostenida por la doctrina que manifiesta cuanto sigue: “El proceso penal fija etapas claras y determinadas así como el alcance de la intervención del Ministerio Público, la defensa, la querella y el Juez Penal de Garantías, como autoridad encargada de garantizar un proceso debido. Llegada la fecha determinada por el A-quo respecto a la duración del proceso de investigación, establecida en la admisión de la imputación, el Fiscal interviniente debe requerir lo que considera pertinente a partir de los elementos recabados durante la investigación”.

También refiere: “Es en este momento en que todos los elementos que sustentan el requerimiento conclusivo fiscal, son puestos a consideración por las partes por un plazo determinado, ello a los efectos de verificar el sustento probatorio así como la validez o no de la obtención de los mismos. Una vez verificada, las partes pueden recurrir a las vías recursivas pertinentes a los efectos de evitar la inclusión de determinadas cuestiones (pruebas periciales, testificales, argumentos, etc.) en el juicio oral. La etapa intermedia, en consecuencia, es como una suerte de embudo o de tamiz donde se pretende filtrar, purificar los elementos generados en la etapa de investigación que puedan considerar las partes como improcedentes o producidas fuera del marco legal...”.

Sin embargo, la misma Sala Constitucional, en el Acuerdo y Sentencia N° 389 de fecha 28 de mayo de 2012¹³, por voto mayoritario de sus miembros, asumen un criterio opuesto a los anteriores, afirmando: “...Por su parte, analizadas las consideraciones expuestas en el fallo de segunda instancia, también nos encontramos con el inconveniente de una falta de fundamentación, en efecto, el Tribunal

¹³ Expte: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: “JUAN FRANCISCO GODOY VERA, PEDRO LEONARDO RAGGIO SANTA-CRUZ, JORGE DARÍO VILLALBA, HUGO ENRIQUE SOSA ORTIZ, CARLOS JORGE PEÑA WEISENSE, MARIO ANTONIO SOSA BONZI Y EDGAR PINE-DA MERELES S/ LESIÓN DE CONFIANZA”.

de Apelaciones ha declarado inadmisible el recurso de apelación general interpuesto por la defensa, alegando que el auto interlocutorio impugnado por los recurrentes cae dentro de aquellas resoluciones judiciales consideradas irrecurribles por imperio del Art. 461 in fine del Código Procesal Penal, sin emitir pronunciamiento alguno respecto a los agravios expuestos por los apelantes”.

Inmediatamente, agrega: *“En efecto, los jueces Ad-quem no tomaron en consideración las disposiciones del Art. 461 inc. 11 del C.P.P., en cuanto dispone que el recurso de apelación procederá contra resoluciones “que causen un agravio irreparable”, conculcando de ese modo los derechos de defensa de los apelantes. Los Jueces Ad-quem se encuentran obligados a examinar los agravios de los apelantes, sobre todo cuanto que aparentemente el fallo dictado por el A-quo además de causar agravios irreparables al apelante, habría incurrido en una errónea interpretación de las normas que guardan relación con los requisitos de procedencia del instituto de la suspensión condicional del procedimiento, contenidas en la Ley ritual penal, circunstancia ésta en que se habría incurrido en el caso examinado”.*

Más recientemente, en un sonado caso, plasmado en el Acuerdo y Sentencia N° 248 de fecha 3 de mayo de 2018¹⁴, desarrolla – al igual que el anterior - una línea interpretativa que colisiona severamente con los discernimientos, que sobre la irrecurribilidad o no del auto de apertura a juicio, ha sentado en los fallos invocados y reproducidos precedentemente. En efecto, en el citado precedente, ha señalado, inter alia, los siguientes: *“...Se sabe que la Sala Constitucional no se erige como tercera instancia revisora de los fallos emitidos por órganos jurisdiccionales de rango inferior, no obstante, el control deberá realizarse sobre la base de la observancia o no de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y que han sido invocados por los accionantes, no siendo errado esgri-*

¹⁴ Expte: “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Rafael Filizzola y otros s/ Lesión de Confianza y otros”.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

mir que en caso de hallar en el presente estudio el incumplimiento de otra norma de rango fundamental esta Magistratura se encuentra autorizada a acoger favorablemente lo peticionado teniendo en consideración el principio, también aplicable en el proceso constitucional, conocido como iura novit curiae...”.

Explica, en otro apartado: “Se constata en primer lugar una ausencia total de consideración de los planteamientos expuestos por el apelante y que el colegiado de alzada se abstrae de su tarea sobre la base de conceptualizaciones erradas expresadas en su fundamentación”. Agrega a renglón seguido: “El Ad-quem restringe el alcance de la disposición aplicada al caso, el Art. 461 C.P.P., al establecer que el auto interlocutorio atacado no es recurrible equiparándolo con el auto de apertura a juicio oral y público. Sin embargo, conforme a las reglas de redacción legislativa es sabido que cuando el legislador usa palabras diferentes esta también expresando algo diferente. Así, efectuando una interpretación sistemática del mismo cuerpo legal puede verse que el legislador en el Art. 363 del C.P.P. que tiene como epígrafe “Auto de Apertura a Juicio” define al mismo: “La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación del Ministerio Público y querellante, en su caso, y abrir el procedimiento a juicio oral y público.” de esta definición no surge que pueda equipararse al auto interlocutorio dictado en oportunidad de decidir las cuestiones ventiladas en la Audiencia Preliminar...”.

De la constelación de fallos, surge un verdadero laberinto en cuanto al auto de apertura, pues esta última resolución vuelve a establecer que debe distinguirse el auto que resuelve aceptar la acusación y otra en donde se resuelven las cuestiones propias de la audiencia preliminar al decir: “...No obstante, en el mismo canon legal se lee cual es el contenido del mencionado auto de apertura a juicio, en dichas previsiones no están incluidas la resolución de los incidentes planteados, de las nulidades reclamadas, excepciones, sobreseimiento y cualquiera de los planteamiento autorizados en el Art. 353 del C.P.P....”.

Esta posición viene a reivindicar aquella resolución de la Sala Penal que decía. *“...Siempre será conveniente diferir el auto de elevación a Juicio Oral Público de toda causa penal que así lo amerite, para el momento inmediato posterior a quedar firme la resolución a que hace alusión el Art. 356 del Código Procesal Penal (decisión sobre cuestiones planteadas en la audiencia preliminar), de manera a mantener incólume el sistema de la doble instancia, resguardando el derecho de las partes de recurrir ante Tribunal de Apelaciones, conforme así les faculta el Art. 461 del Código Procesal Penal, en los casos expresamente previstos en dicha normativa...”*.

Claramente esta posición pretende dividir el resultado de una misma audiencia en dos partes. Digo una misma audiencia, pues el Art. 354 habla de una sola audiencia, cual es la Audiencia Preliminar, su desarrollo y consecuencia. Esto se sustenta en lo que dice el Art. 356 del código de forma, cuando expresa *“inmediatamente finalizada la audiencia, el Juez resolverá todas las cuestiones planteadas y en su caso: 1) admitirá, total o parcialmente, la acusación del Ministerio Público y del querellante, y ordenara la apertura a juicio;...”*. Amén de las demás cuestiones planteadas en dicha audiencia.

Por su parte el Art. 363 del mismo cuerpo legal simplemente complementa esta disposición, exigiendo las cualidades que debe reunir un auto de apertura a juicio a fin de remitir al Tribunal de Sentencia para la realización del juicio oral y público, pero en ningún momento separar una resolución de la otra, por el solo pretexto de habilitar el recurso o más claramente buscar pretexto legal para analizar el auto de apertura, cuando existe un mecanismo para ello.

Respecto a este punto la Cámara de Apelación, Primera Sala, de la Capital, en voto dividido, en el Auto Interlocutorio N° 363 de fecha 3 de setiembre de 2019, ha dejado la siguiente postura: *“...Surge entonces la coexistencia de dos autos interlocutorios productos de la audiencia preliminar, lo cual colisiona con lo establecido por el Art. 356 del código procesal penal que dice “inmediatamente finalizada la audiencia el juez resolverá todas las cuestiones plan-*

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

teadas”, y cuando exista acusación, el juez dictara el auto de apertura a juicio de conformidad a los Arts. 357 y 363 del C.P.P.”.

Adicionalmente, expresa: “De la interpretación conjunta y armónica del Título II-Etapa Intermedia- Arts. 352 al 364 del C.P.P, fluye con absoluta claridad que no está permitida la fragmentación resolutive de la audiencia preliminar en cuanto al pronunciamiento que surge de ella, debiendo emitirse una sola resolución al respecto, en donde se deberán resolver todas las cuestiones planteadas por las partes en dicho acto procesal. En concreto, la división desarrollada por el a-quo vulnera los principios de unidad y concentración resolutive del auto de apertura a juicio, determinados y sustentados en los preceptos jurídicos antes mencionados...”.

Evidentemente se debe evitar dividir la resolución dictada como consecuencia de la Audiencia Preliminar a fin de no convertir un solo caso en varias causas, pues de haber varios acusados cada cual apelaría lo que le conviene a su derecho con el consecuente peligro de que en una misma causa se dicten resoluciones contradictorias. Se debe preservar la unidad del proceso penal, para dictar una sentencia única cuando las mismas circunstancias fácticas son atribuidas a varios procesados, y evitar resoluciones contradictorias en una misma causa.

Además, la idea de fraccionar el auto de apertura a juicio, como propone la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no resguarda con seguridad su irrecurribilidad con la estrategia de hacerlo por separado de las demás decisiones también adoptadas en la Audiencia Preliminar, como ser – por citar algunos - sobreseimiento definitivo, nulidad absoluta, prescripción, etc. En efecto, si cualquiera de estas últimas son recurribles y en su caso, el Tribunal de Alzada acogiera favorablemente a uno de ellos, el auto de apertura a juicio - cuya inmutabilidad se pretendía haciéndolo irrecurrible - cae aparatosamente con el éxito recursivo aun cuando estuviere contenido otro interlocutorio.

Así por ejemplo, si el Tribunal de Apelaciones concede la prescripción del hecho por vía apelativa, negada en la Audiencia Preliminar, el protegido auto de apertura sucumbe ante dicha absolución anticipada, no obstante, de no haber sido recurrido. Y ello es así, pues de darse los presupuestos configurativos de la prescripción, ésta opera como un obstáculo procesal que impide a los órganos jurisdiccionales la aplicación, a partir de su acaecimiento y en lo sucesivo, del derecho penal material.

En tal sentido se ha expedido, reiteradamente, la Sala Penal, explicando: *“La existencia de uno de estos obstáculos procesales tiene como consecuencia que no se puede dictar una resolución sobre la procedencia del recurso y el proceso debe terminar por ello con un sobreseimiento por un obstáculo procesal. Ello es así, porque los presupuestos procesales son atendibles en verdad como condiciones para poder dictar una decisión material”*¹⁵. Con el ejemplo ilustrado se demuestra la puerilidad del argumento que se decanta por fraccionar – en pro de mantener la incolumidad del auto de apertura a juicio - la resolución que lo ordena, pues, como en los casos reseñados y con vocación recursiva, el éxito en alzada hará caer al irrecorrrible autos de apertura, dejándolo en un ridículo procesal. Brevemente, con la propuesta separatista o fraccionadora de resolución que precede a la Audiencia Preliminar solo se asegura la irrecorribilidad directa del auto de apertura a juicio, pero deja una amplia y generosa brecha para que lo sea indirectamente.

En un reciente fallo –volcado en el Acuerdo y Sentencia N° 440 de fecha 33 de mayo de 2019¹⁶– la Sala Constitucional viene a reiniciar este debate, al hacer lugar a una acción de inconstitucionalidad promovida contra el auto de apertura. Si bien se hizo lugar a la acción, denota criterios muy disímiles entre los Ministros fir-

¹⁵ Acuerdo y Sentencia N° 246 de 12 de abril de 2019. Expte: “Virginia Aurelia Arias de Villalba c/ Iván Ruiz Arguello s/ Calumnia, Difamación e Injuria en San Estanislao”.

¹⁶ Expte: Acción de Inconstitucionalidad en la causa: “Camilo Ernesto Soares Machado y otro s/ Lesión de Confianza”.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

mantes, lo que presagia que va a depender de cada caso y de acuerdo a los que integran la sala para fallar en uno u otro sentido. A corto plazo no va a existir una jurisprudencia pacífica y uniforme de esta sala respecto a esta cuestión.

Así ya en el voto de la preopinante, ya expresa que deja constancia del cambio de posición respecto a la recurribilidad del auto de apertura. Pero independientemente de este cambio, el fundamento para resolver la inconstitucionalidad se basa resumidamente en lo siguiente: “...*La irrecurribilidad del auto de apertura a juicio surge de la oración final del Art. 461 CPP, en donde se establece que: “16. No se será recurrible el auto de apertura a juicio”. Sobre la fundamentación de esta frase, en la exposición de motivos del CPP se expuso que el recurso de apelación general procede contra las resoluciones judiciales dictadas durante la etapa preparatoria e intermedia, siempre que causen un agravio “irreparable”, no siendo recurrible el auto de apertura a juicio, ya que sus efectos son reparables (Colección de Derecho Penal. Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Concordado, con Legislación Complementaria e índice Alfabético - Temático. [2001]. Exposición de Motivos Pág. CIX y sig.). Como agravio “irreparable”, se entiende que no puede ser enmendado posteriormente con la sentencia definitiva. De esto surge que para los anteproyectistas del CPP, la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio estaba justificada con el entendimiento de que sus efectos podrían ser posteriormente enmendados con la sentencia definitiva. Esto sin embargo solo es parcialmente correcto”.*

Aduce, a renglón seguido: “*La etapa intermedia tiene como fin principal (aunque no único) el control formal y “sustancial” del requerimiento presentado por el Ministerio Público. Este control consiste concretamente en corroborar la existencia o no de “fundamento serio” para el enjuiciamiento público del imputado, requisito exigido por la ley para la apertura del juicio oral (Art. 347 CPP). Cuando el requerimiento a ser controlado es además una acusación, este control sirve también para el aseguramiento de la garantía prevista en el Art. 11 CN, según la cual “nadie debe ser procesado sino median-*

do las causas y en las condiciones fijadas por la Constitución y las leyes”. Como fundamento serio debe entenderse “(1) la sospecha suficiente acerca de la existencia del hecho y la participación del imputado (2) fundada en elementos de convicción recolectados legalmente, acompañada de la falta de (3) criterios de oportunidad (3) y obstáculos para el enjuiciamiento”. El dictamien- to de un “auto de apertura”, implica por tanto la afirmación del cumplimiento de todos estos presupuestos y así la justificación constitucional para el enjuiciamiento público del imputado”.

Sigue diciendo: “Ahora, de todos los puntos citados, el único que no causa un agravio irreparable al imputado es “la afirmación de sospecha suficiente sobre la existencia del hecho y de su participación en el” (siempre por supuesto que esta sospecha se funde en elementos de convicción recolectados legalmente). La afirmación de que esta sospecha existe, si bien representa una carga para el imputado, no representa un agravio irreparable, ya que el juicio oral es precisamente la etapa procesal que tiene por objeto comprobar si esta sospecha es o no acertada, y además, esta comprobación se realiza con la producción de pruebas en el marco de un juicio público en el cual el imputado tiene la oportunidad de intervenir con todas las garantías y derechos que la ley le otorga”.

Inmediatamente, agrega: “Así, si la sospecha que se le atribuye al imputado con el auto de apertura es injustificada, este agravio puede ser enmendada posteriormente con una sentencia absolutoria. En este caso, además, el enjuiciamiento no resulta injusto, ya que para la apertura del juicio no se requiere la certeza sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, sino que ya basta la probabilidad. Por su parte, cuando se niega la existencia de sospecha suficiente para la apertura del juicio, si se está causando un agravio irreparable al Ministerio Público (y eventualmente querrela adhesiva), pues en este caso, al no realizarse el juicio oral, ya no existe posibilidad de demostrar un posible error del juez con respecto a la determinación de la falta de sospecha suficiente...”.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

Ante la postura divergente del votante siguiente –quien postula la irrecurribilidad del auto de apertura a juicio y propone el rechazo de la inconstitucionalidad planteada– el tercer miembro completa la voluntad jurisdiccional plasmada en el fallo, acompañando en el acogimiento favorable de la inconstitucionalidad intentada, pero en base a fundamentos absolutamente diferentes a los desgranados por la preopinante. Es decir, existe coincidencia en la resolución final a adoptar, pero en función a motivos que son manifiestamente extraños.

En efecto, el voto de la preopinante estuvo avalado por el tercer ponente, quien expuso los siguientes argumentos: “...*En relación, a la resolución dictada por el Tribunal de Apelación, por la que se declara inadmisibile el recurso de apelación general, en base a la disposición del Art. 461, ultima parte, del Código Procesal, que no admite el recurso contra el auto que eleva la causa a juicio oral y público, considero que es inconstitucional, porque constituye una resolución judicial fundada en una norma inconstitucional, por las razones siguientes: 1.- El Art. 461, ultima parte, del Código Procesal Penal, que establece la no apelabilidad de la resolución que eleva la causa a juicio oral viola los artículos 16 y 137 de la Constitución Nacional. Violación del derecho a la defensa (Art. 16 de la Constitución)*”.

Subsiguientemente, EXPLICA : “*La prohibición de interponer un recurso contra un determinado acto procesal constituye una afectación del derecho a la defensa, pues si bien no existe una determinación normativa de cuáles son los supuestos constitutivos del derecho a la defensa, la doctrina procesal penal, es coherente en afirmar que los elementos que conforman el derecho a la defensa son los siguientes: el de ser oído, a participar de los actos del proceso, a ofrecer, controlar e impugnar las pruebas, de obtener una resolución fundada en los hechos probados y la norma aplicable al caso y la de interponer recursos para la revisión de la decisión judicial*”.

Afirma, en otro apartado: *“Por consiguiente, la no admisión de recursos judiciales contra determinadas resoluciones - en este caso de elevación de la causa a juicio oral-constituye una afectación del derecho a la defensa en su dimensión del derecho a recurrir y con lo cual se viola el derecho establecido en el Art. 16 de la Constitución. El recurso implica el doble examen de la decisión judicial por un órgano superior...”. Concluye, afirmando: “... la norma prevista en el Art. 461 del Código Procesal Penal que declara inadmisibile el recurso de apelación general contra el auto de elevación a juicio oral y público es inconstitucional por afectar el derecho a la defensa prevista en el Art. 16 de la Constitución y el derecho a la doble instancia previsto en el Art. 6.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”*

Si bien pueden existir otros fallos de las dos Salas que hayan escapado a este análisis, lo cierto es que los invocados y reproducidos precedentemente, denotan la inexistencia de una postura firme uniforme que resalte por la autoridad y solidez de sus argumentos, de modo tal a que puedan servir de guía hermenéutica a los operadores de justicia, y a los justiciables en pro de la anhelada seguridad jurídica; sino más bien –los fluctuantes discernimientos sobre el instituto en comento– se observan por ser argumentos de “autoridad”, en tanto provienen de la máxima instancia judicial que, de ordinario, nadie se atreve a ponerlo en tela de juicio, a pesar de que existe autorización constitucional para ello, como la plasmada en el Art. 256 –segundo párrafo, in fine¹⁷– de la C.N.

Por mi parte considero que la Cámara de Apelación no tiene ningún impedimento para analizar el auto de apertura y todas las cuestiones resueltas en la audiencia preliminar, no precisamente por el control de convencionalidad. Muchos sostienen que aplicando

¹⁷ Artículo 256 - DE LA FORMA DE LOS JUICIOS. Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine. Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre. El proceso laboral será total y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

el principio de la supremacía de los tratados el Pacto de San José de Costa Rica a la luz del Art. 137¹⁸ de la C.N., habilita al órgano de alzada la revisión del auto de apertura, sin embargo con ese criterio cualquier providencia seria apelable.

En efecto, el artículo 8.2 h) de la *Convención Americana establece*: “*Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”. Con esta norma convencional no se está queriendo decir que todas las resoluciones judiciales deben, obligatoriamente, ser recurribles; cada Estado tiene un margen de discrecionalidad para establecer la materia susceptible de impugnación; mas no puede prohibir la recurribilidad de una sentencia condenatoria, porque es ésta la que está garantizada por la Convención Americana.

Claramente ha dicho la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe de Fondo 98/17*¹⁹: “*De acuerdo a la jurisprudencia interamericana, el objetivo de este derecho es permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica y evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. El*

¹⁸ Artículo 137 - DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

¹⁹ CASO 12.925. “OSCAR RAÚL GORIGOITIA VS ARGENTINA.

debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia mediante una revisión adecuada”.

Subsiguientemente, agrega: *“La Corte ha sostenido que “la doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”.*

En el caso “Herrera Ulloa vs Costa Rica”²⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: *“La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.”.*

Mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, expresamente circunscribe la obligatoriedad recursiva a la sentencia condenatoria, tal como surge del Art. XIV.5, que estatuye: *“5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la Ley”.* Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado su alcance, señalando: *“El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del Art. 14, impone al Estado Parte la obligación de*

²⁰ Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 158.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

*revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente al tenor del Pacto*²¹.

Precisado lo anterior, en mi opinión, el órgano de Apelación no puede de dejar de considerar el estudio del recurso de Apelación General dirigido contra el auto de apertura a juicio debiéndose tener en cuenta que dicho recurso, en el actual diseño procesal, lleva implícito la posibilidad del análisis de eventuales nulidades absolutas por incumplimiento de las formas de los actos procesales realizados en la etapa anterior, sobre todo cuanto estos son fulminados normativamente con la sanción de nulidad absoluta. El proceso penal no es un proceso dispositivo que depende del impulso de las partes, al contrario es de orden público, por lo tanto, el Juez como el Tribunal, tienen facultades oficiosas para evitar que las nulidades traspasen de una etapa a otra, tal como sigue ocurriendo, demostrando el fracaso de los operadores.

Y ello debe ser así, pues si una causa es anulada en la última instancia, generalmente queda sin posibilidad de volver a reiniciarse, consolidándose la impunidad de los infractores penales, precisamente, porque en la cadena del proceso algún operador del sistema de justicia rehuyó a la tarea de sanear el procedimiento. Este es la autocrítica que tenemos que hacer a quienes gerencian la administración de justicia por las reiteradas nulidades de las causas, pues es nuestra responsabilidad evitar que se lleven adelante procesos nulos y sin ningún valor en contra de las garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional.

²¹ La redacción de del artículo 14.5 del PIDCP es sustancialmente similar a la del artículo 8.2.h de la Convención Americana, por lo tanto, las interpretaciones que haga el Comité de los Derechos Humanos de la ONU con relación al contenido y alcance de dicho artículo son pertinentes como pauta de interpretación del artículo 8.2.h de la Convención Americana.

A efectos de una mejor ilustración, por ejemplo, en la audiencia preliminar se plantea la prescripción de la acción penal y el Juez de Garantías, rechaza porque considera que aun la causa no se halla prescripta y eleva la causa a juicio oral. Por el principio adoptado por la Corte en su afamada frase por el control horizontal del procedimiento, solo el Tribunal de Sentencia puede atender dicho incidente. Sin embargo, considero que el Tribunal de apelación no puede desentenderse de estudiar la cuestión, cuando está en juego la vigencia de la acción. El código de forma obliga a los Magistrados estudiar de oficio situaciones como esta. La vigencia de la acción penal es una cuestión oficiosa que un Tribunal de Apelaciones no puede rehuir a la hora de analizar un recurso con la excusa de no ser apelable el auto de apertura.

Lo anterior, porque la prescripción, así como la extinción de la acción penal, por su naturaleza jurídica, son instituciones que integran la órbita de las llamadas cuestiones de “orden público”, razón por la cual, precisamente, debe ser objeto de análisis oficioso por todo órgano jurisdiccional y cualquiera sea la instancia recorrida, porque no es renunciable, ni lo purga la preclusión.

Tal cualidad le reconoce tanto la Sala Constitucional y Penal de la Corte Suprema de Justicia. La primera explica, al respecto: *“Por último, necesariamente debe ser objeto de control constitucional la cuestión relativa al plazo razonable, tanto en cuanto al proceso así como al control de la prescripción de la acción desde un punto de vista sustantivo y este control debe darse aun de oficio considerando que se trata de una cuestión de orden público...”*²².

Mientras que la segunda, exhibe similar postura exegética al suscribir lo que sigue: *“Admitido el recurso interpuesto, esta Sala Penal debe analizar la existencia de otros obstáculos, tales como, cosa juzgada, prescripción material o extinción procesal, –cuya existencia impediría habilitar la competencia de la Sala Penal para*

²² Acuerdo y Sentencia N° 1670 de 21 noviembre de 2017: “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Blanca Margarita Zaracho y otros s/ Estafa”.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

estudiar la procedencia del recurso— y que al ser cuestiones de orden público deben ser estudiadas por el órgano jurisdiccional de oficio. Por una circunstancia acaecida en la actualidad que guarda relación con la prescripción material que a su vez constituye un obstáculo procesal que impide el análisis de la procedencia del recurso de casación planteado...”²³.

Por otro lado, existen numerosos fallos de los Tribunales de Apelación, que consideran que, si efectivamente debe ser estudiada el auto de apertura, cuando existen vicios de nulidades que pueden afectar el proceso, a fin de evitar que esto pase de una eta a otra. Así citamos algunas de estas resoluciones.

Esta decisión puede ser *Declarada de Oficio* cuando se requiera su saneamiento y corrección por parte del tribunal de alzada y tiene el sentido sistémico de evitar que una nulidad absoluta tras-pase a otra etapa procesal de la que un retorno para la eventual corrección de los vicios ya sería inadmisibile, ameritando así una decisión de oficio incluso por parte de la autoridad jurisdiccional.

Entonces corresponde estudiar solo aquella parte que pueda traer aparejada la nulidad de la resolución, por existir vicios procesales y no aquellas que se refieran al estudio del fondo de la cuestión que fueron resueltas por el Juzgado, que no pueden ser objeto de apelación, como el rechazo del sobreseimiento provisional y definitivo, del criterio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento. Esta es la línea de los que creen que se debe estudiar el auto de apertura, aunque es muy discutible que no se pueda estudiar por ejemplo el criterio de oportunidad o la suspensión condicional del procedimiento si esto no es fundamentado por el juez de garantías desde el momento en que es un derecho y por lo tanto debe ser resuelto en forma fundada.

²³ Acuerdo y Sentencia N° 362 de 4 junio de 2019: “Lucio Antonio Romero Orué c/ Juan Riquelme Isasi s/ Lesión Culposa”.

Es cierto que nuestro sistema procesal no prevé el recurso de nulidad como el proceso civil, eso no obsta a que el órgano judicial por el principio de oficiosidad pueda atender el análisis del auto de apertura. Es decir el tratar de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haberse cumplido la sanción²⁴.

Prueba de tal afirmación es lo sostenido por la Sala Penal en el Acuerdo y Sentencia N° 1948 de fecha 15 de noviembre de 2012²⁵, afirmando: *“no podemos sustraernos a los reclamos efectuados por el Recurrente que sostiene que el Acuerdo y Sentencia no reúne los presupuestos indispensables de una resolución judicial válida, por cuanto padece de serios defectos que lo convierten en un pronunciamiento nulo. Lo expuesto, impone el deber de adentrarse al estudio de la resolución atacada, al invocarse el dictado de una resolución defectuosa dictada por el Tribunal de Apelaciones; la que en caso ser advertida nos obligaría a excluirla inmediatamente del proceso, so pena de invalidez futura de todos y cada uno de los actos procesales que se verifiquen como consecuencia del acto viciado, en consonancia con el temperamento sostenido por esta Sala, que sostiene que la declaración de nulidad de los actos y resoluciones judiciales es una cuestión de orden público, que exige su declaración en cualquier etapa del proceso, incluso de oficio, cuando el vicio alegado se circunscribe a la violación de las reglas del debido proceso o de la defensa en juicio”*.

Otro caso frecuente – dentro de la misma línea de lo reseñado – es que se plantea incidente de nulidad de actuaciones, por no haber prestado el imputado declaración indagatoria ante la fiscalía, por exigencia del Art. 350 del código procesal penal, el Juez de Garantías, no hace lugar al incidente y eleva la causa a juicio oral. Es

²⁴ A.I. No. 280/29/09/17, Cámara de Apelación, Segunda Sala de la Capital.

²⁵ Expte: “Recurso de Casación interpuesto en la causa penal caratulada: “C. G. S/ HOMICIDIO CULPOSO. N° 8043”.

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

posible que el Tribunal de apelación no pueda analizar el planteamiento, cuando expresamente el código procesal fulmina de nulidad el procedimiento? Aquí ya no hablamos de la distinción entre si le dio oportunidad suficiente o no cuando le convoco a la audiencia y se abstuvo, o porque se suspendió la audiencia por falta de defensor, sino nunca le convoco a la audiencia. Evidentemente el proceso no puede seguir, debe cortarse y ordenar el sobreseimiento definitivo.

Igualmente se puede mencionar el caso en que la causa se extinguió por el cumplimiento del plazo de duración. Evidentemente el proceso ya no debe continuar, porque existe un vicio insoslayable que fulmina el proceso. Igualmente ocurre cuando el Juez de Garantías, eleva la causa a juicio oral, aun cuando el fiscal se retractó en su posición y pidió otra salida procesal alternativa.

Lo mismo ocurre cuando en el desarrollo de la Audiencia Preliminar se plantea la sustitución de la medida cautelar privativa de libertad o su revocación, materia sobre la cual el Juez de Garantías debe expedirse, positiva o negativamente, en la resolución que ordena la apertura a juicio. Y esa decisión, necesariamente, tiene que abrir jurisdicción del órgano de alzada en la hipótesis de ser impugnada, porque dicha recurrencia está garantizada por el Art. 7.6²⁶ la Convención Americana de Derechos Humanos y por el Art. IX.4²⁷ del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Ambos instrumen-

²⁶ Art. 7. 6. “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

²⁷ IX.4. “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

tos internacionales integran nuestro ordenamiento jurídico en el orden de prelación establecido en el Art. 137 de la C.N., por lo tanto, una norma ordinaria y de inferior jerarquía, como es el Código Procesal Penal, no puede primar sobre una norma de mayor rango para negar el derecho recursivo so pretexto que se trata de un auto de apertura a juicio.

Igualmente existen otros fallos de igual sentido - de los Tribunales de Apelación, de la Capital - que sustentan la teoría de que existe la posibilidad de revisar el auto de apertura, desde el punto de la oficiosidad del procedimiento, no precisamente abrir el recurso completamente. Así encontramos lo siguiente: *“...Corresponde un análisis formal de la resolución impugnada a los efectos de la constatación de vicios in procedendo, ya esta clase de vicios, como bien hemos señalado líneas arriba, no pueden escapar al análisis respectivo si contempla actos realizados en inobservancia a las formas y condiciones procesales previstas. Tenemos así la necesaria impugnabilidad del Auto de Apertura, que permitiría el control de los actos judiciales; admisión de acusación, elevación de causa a juicio, entre otros, en cumplimiento a las normativas legales, constitucionales como también los derechos y garantías previstos en ellas.”*

Adiciona: *“Asimismo, encontramos que nuestro mismo código de forma establece la facultad para el estudio de cuestiones de oficio, conforme se preceptúa en el art. 170 CPP “Cuando no sea posible sanear un acto...el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá declarar su nulidad por auto fundado o señalara expresamente la nulidad...”. Conforme a esta norma procesal, este Tribunal tiene la potestad suficiente para declarar de oficio inclusive la nulidad parcial o total, cuando deba encauzarse el procedimiento y resguardarse los derechos y garantías en el juicio. Dicho en otros términos, el Tribunal de Alzada tiene la facultad de revisar la causa, aún de oficio, a los fines de verificar, entre otros aspectos, la validez y regularidad de los actos procesales cumplidos en la anterior instancia. En efecto, los órganos jurisdiccionales deben velar funda-*

REVISIÓN DEL AUTO DE APERTURA
POR LA CÁMARA DE APELACIÓN

mentalmente por la regularidad de los actos procesales, en el afán de evitar la actividad procesal defectuosa...”²⁸.

Como se puede percibir, existen numerosos precedentes en los Tribunales de Apelación, que consideran que el auto de apertura es revisable por el órgano de alzada, aunque no existe unanimidad al respecto, pues existen Magistrados que consideran que la elevación de la causa a juicio es inapelable, remitiendo cualquier posibilidad de cuestionamiento al Tribunal de Sentencia para su resolución. Es una discusión que va a seguir, pues no existe posibilidad que la Sala Penal pueda poner fin a esto, debido a que el recurso extraordinario de casación no le permitiría abrir el recurso por el objeto del mismo que dice *“Solo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelación o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento...”*.

Es sabido que el auto de apertura no pone fin al proceso, por lo tanto, como ya lo dijo en casi todas sus resoluciones, la Sala Penal se niega a analizar esta cuestión. Quedando solo recurrir a la Sala Constitucional, que tampoco tiene un criterio uniforme al respecto, dependiendo de la suerte de los justiciables que se alineen los astros a su favor, en el sentido de que los que integran dicha Sala tengan la postura de considerar que el auto de apertura es apelable o no, por cualquiera de los argumentos.

Francamente, resulta preocupante que una materia común, irrecurribilidad o no del auto de apertura a juicio, sea objeto de interpretaciones –notoriamente contradictorias y cambiantes sin justificación racional– por parte de los órganos de alzada (Tribunal de Apelación, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal y Constitucional), principalmente estos últimos que integran el Máximo Tribunal de la República, ya que la observancia de sus decisiones –en aras de la seguridad jurídica– se impone a todos los operadores del sistema de justicia. Es que la jerarquía, el prestigio y la autoridad del órgano

²⁸ Fallo del Tribunal de Apelación de la Capital, Primera Sala.

del que emana los criterios interpretativos, no solo tienen un efecto adjetivo o procesal, dado que al poder fundarse una pretensión en la infracción a las doctrinas legales que crea o acoge, se debe reconocer a este valor y eficacia para la solución del conflicto en casos afines, porque de lo contrario cundiría intolerables galimatías jurídicas.

Es que las decisiones disimiles en supuestos esencialmente idénticos, devienen en verdadero atentado contra la seguridad jurídica. De ahí la necesidad – sin desmedro de la independencia judicial – de fomentar elementos mínimos que proporcionen coherencia a la jurisprudencia, exigiendo motivar de modo uniforme las decisiones y, en su caso, explicar racionalmente los cambios de la línea jurisprudencial, en especial si se producen dentro del mismo órgano judicial o implica apartarse de la doctrina consolidada de los órganos superiores.

Concluyo parafraseando a Badeni²⁹, la seguridad jurídica garantiza a la persona que no será pasible de sanciones por realizar los actos permitidos por la ley y que los efectos atribuidos a esos actos operaran irremediamente. De tal manera, la seguridad jurídica, como garantía constitucional, permite organizar la vida individual y social, sin quedar sujeta a la arbitrariedad y a los cambios injustos, irrazonables e imprevisibles.



²⁹ Invocado en la elaboración de las “REGLAS MÍNIMAS SOBRE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ÁMBITO IBEROAMERICANO”. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia 4 a 6 de mayo de 2008.