





## **GACETA JUDICIAL**





# GACETA JUDICIAL

**JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD  
CONSULTA CONSTITUCIONAL

Director  
**Dr. Eugenio Jiménez Rolón**  
Ministro

Año 2019 – Número 3

INSTITUTO DE  
INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Asunción, Paraguay

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

Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

**GACETA JUDICIAL N° 3/2019**  
Primera edición 2019: 500 ejemplares

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJJ)**  
DR. EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN, MINISTRO ENCARGADO  
ABG. CARMEN MONTAÑA CIBILS, DIRECTORA

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

**EQUIPO DE ELABORACIÓN**  
ABG. NATALIA MUÑOZ CARMAN, INVESTIGADORA  
ABG. ALEXANDER ARGÜELLO, INVESTIGADOR  
ABG. CÁNDIDA MARÍA SANTACRUZ SOSA, INVESTIGADORA  
LIC. PAULA MÉNDEZ F., ASISTENTE

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

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

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

**ISBN: 978-99967-12-34-0**

# CONTENIDO

## ÍNDICES

Índice Temático .....	13
Índice por Tribunales .....	19

## DOCTRINA

<b>CONSTITUCIONES EXTRAVIADAS .....</b>	<b>23</b>
-----------------------------------------	-----------

*Juan Carlos Mendonça Bonnet*

## JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo. Juzg. 1ra. Inst. N. y A. 08/06/2018 (S.D. N° 13).....	53
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Defensa. Derecho a la vida. TRATADOS INTERNACIONALES. Aplicación. Pacto de San José de Costa Rica. LEY N° 1.680/01. Aplicación de la Ley. Código de la Niñez y la Adolescencia. NULIDAD. Nulidad Absoluta. TApel. 26/06/2018 (Ac y Sent. N° 05). .....	59
PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Acción en el proceso civil. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Acción de Amparo. C.S.J. Sala Constitucional. 04/02/2019 (A. I. N° 04)..	79
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria. DE LA REPÚBLICA DEL	

## CONTENIDO

PARAGUAY. Derechos humanos. C.S.J. Sala Constitucional. 01/11/2017 (Ac. y Sent. N° 1507). .....	83
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Legalidad. In dubio pro reo. Irretroactividad de la ley. Excepción. Principio de Legalidad. Excepción. DERECHO PENAL. Prescripción de la acción. C.S.J. Sala Constitucional. 21/11/2017 (Ac. y Sent. N° 1670). .....	95
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. Antecedentes. Código Sanitario. Acto normativo. Ratio de la norma. DERECHO DE MARCAS. Principio de agotamiento del Derecho de marcas. Importación paralela. DERECHO POSITIVO PARAGUAYO. MERCOSUR (Mercado Común del Sur). Grupo Mercado Común. PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo. C.S.J. Sala Constitucional. 05/02/2018 (Ac. y Sent. N° 6). .....	110
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Facultades ordenatorias e instructorias. ACCIÓN DE AMPARO. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Supremacía de la Constitución. ESTADO SOCIAL DE DERECHO. C.S.J. Sala Constitucional. 12/02/2018 (Ac. y Sent. N° 10). .....	130
MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta Constitucional. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta Constitucional. AMPARO. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. Derecho a la Salud. C.S.J. Sala Constitucional. 16/03/2018 (Ac. y Sent. N° 119). .....	142
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad privada. JUBILACIÓN. Derechos adquiridos. Derechos en expectativa. C.S.J. Sala Constitucional. 16/03/2018 (Ac. y Sent. N° 122). .....	150

## CONTENIDO

PROCESO LABORAL. Principios Generales. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Irretroactividad. DEBIDO PROCESO V. Proceso. C.S.J. Sala Constitucional. 06/04/2018 (Ac. y Sent. N° 176). .....	156
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. Libertad de concurrencia. Libre circulación de los productos. DERECHO CONSTITUCIONAL. Restricciones Indirectamente Constitucionales. Límites intrínsecos. C.S.J. Sala Constitucional. 27/06/2018 (Ac. y Sent. N° 482). .....	170
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Consulta Constitucional. ESTADO. Persona Jurídica. Demandas. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios profesionales. C.S.J. Sala Constitucional. 06/08/2018 (Ac. y Sent. N° 623). .....	184
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. MUNICIPALIDAD. Ingresos municipales. Impuestos inmobiliarios. De la Protección de los recursos. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Supremacía de la Constitución. Prelación de las leyes. C.S.J. Sala Constitucional. 06/08/2018 (Ac. y Sent. N° 632). .....	197
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Defensa. RESOLUCIÓN JUDICIAL. DEBIDO PROCESO. Proceso. C.S.J. Sala Constitucional. 14/08/2018 (Ac. y Sent. N° 720). .....	206
PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Acción en el proceso civil. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Deberes y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia. C.S.J. Sala Constitucional. 10/09/2018 (Ac. y Sent. N° 826). .....	219

## CONTENIDO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Propiedad Privada. LEY N° 2856/2006. Que sustituye las Leyes N° 73/91 y 1802/01 “De la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay. LEY N° 2345/03. De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal, Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público. C.S.J. Sala Constitucional. 08/10/2018 (Ac y Sent. N° 937). .....	227
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Proceso Contencioso Administrativo. C.S.J. Sala Constitucional. 08/10/2018 (Ac. y Sent. N° 939). ...	234
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. De los Deberes y Atribuciones. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Facultades ordenatorias e instructorias. C.S.J. Sala Constitucional. 02/11/2018 (Ac. y Sent. N° 1036). .....	243
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad del recurso de aclaratoria. Objeto del recurso de aclaratoria. C.S.J. Sala Constitucional. 22/11/2018 (Ac. y Sent. N° 1105).....	252
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. JUBILACIÓN. Equiparación de haberes jubilatorios. Actualización de haberes jubilatorios. C.S.J. Sala Constitucional. 11/02/2019 (Ac. y Sent. N° 1).....	256
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. DEFENSOR DEL PUEBLO. Autonomía y Autarquía. LEY. Ley Especial. Ley General. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. C.S.J. Sala Constitucional. 23/04/2019 (Ac. y Sent. N° 245).....	260

## CONTENIDO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Del régimen de las jubilaciones. LEY N° 3542/08 DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO. C.S.J. Sala Constitucional. 02/05/2019 (Ac. y Sent. N° 287). ...	274
PROCESO PENAL. Actos procesales en el proceso penal. Actos procesales en el proceso penal. Etapa intermedia. Audiencia preliminar. Auto de apertura a juicio oral y público. Sobreseimiento definitivo. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Auto de apertura a juicio oral y público. C.S.J. Sala Constitucional. 02/05/2019 (Ac. y Sent. N° 287).....	
PROCESO PENAL. Actos procesales en el proceso penal. Etapa intermedia. Resoluciones apelables. C.S.J. Sala Constitucional. 23/05/2019 (Ac. y Sent. N° 440). .....	287
LEY N° 438/94 DE LA CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS Y DEL SECTOR COOPERATIVO. PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Actos Procesales. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Requisitos para su procedencia. C.S.J. Sala Constitucional. 03/06/2019 (Ac. y Sent. N° 474). .....	343





## Índice Temático

ACCIÓN DE AMPARO, 131, 132

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 79, 83, 84, 85, 110, 111, 113, 130, 131, 132, 185, 186, 197, 198, 219, 220, 221, 234, 252, 253, 256, 257, 260, 261, 262, 298

Acto normativo, 83, 84, 85, 110, 111, 112, 113

Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad, 79, 185, 186, 197, 198, 221, 234, 256, 257, 260, 261, 262, 298

Antecedentes, 110

Auto de apertura a juicio oral y público, 298

Código Sanitario, 110

Consulta Constitucional, 130, 131, 132, 185, 186, 219, 220

Interés jurídico concreto, 112

Legitimación activa, 112

Ratio de la norma, 111

AMPARO, 142, 143

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 53, 54, 59, 61, 63, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 97, 131, 132, 143, 151, 152, 159, 170, 171, 185, 186, 197, 198, 207, 220, 221, 227, 243, 244, 275

Acción de Amparo, 53, 54, 80

De la Forma de los Juicios, 221

De la Propiedad Privada, 227

De los Deberes y Atribuciones, 244

Deberes y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, 220

Del régimen de las jubilaciones, 275

## ÍNDICE TEMÁTICO

- Derecho a la Defensa, 61, 63, 207
- Derecho a la Igualdad, 170, 185, 186, 227, 243
- Derecho a la propiedad privada, 151, 152
- Derecho a la Salud, 143
- Derecho a la vida, 59, 143
- Derechos humanos, 83, 84, 85
- Excepción, 95, 96, 97
- In dubio pro reo, 95, 96, 97
- Irretroactividad de la ley, 95, 96, 97
- Libertad de concurrencia, 171
- Libre circulación de los productos, 171
- Prelación de las leyes, 197, 198
- Principio de Irretroactividad, 159
- Principio de Legalidad, 95, 96, 97
- Supremacía de la Constitución, 131, 132, 197, 198
  
- CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 235
  - Proceso Contencioso Administrativo, 235
  
- DEBIDO PROCESO, 160, 208
  - Proceso, 160, 208
  
- DEFENSOR DEL PUEBLO, 260, 261, 262
  - Autonomía y Autarquía, 260, 261, 262
  
- DERECHO CONSTITUCIONAL, 172
  - Límites intrínsecos, 172
  - Restricciones Indirectamente Constitucionales, 172
  
- DERECHO DE MARCAS, 111
  - Importación paralela, 111
  - Principio de agotamiento del Derecho de marcas, 111
  
- DERECHO PENAL, 97
  - Prescripción de la acción, 97

## ÍNDICE TEMÁTICO

DERECHO POSITIVO PARAGUAYO, 112

ESTADO, 185, 186

    Demandas, 185, 186

    Persona Jurídica, 185, 186

ESTADO SOCIAL DE DERECHO, 132

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, 345

    Requisitos para su procedencia, 345

JUBILACIÓN, 83, 84, 85, 151, 152, 256, 257

    Actualización de haberes jubilatorios, 256

    Derechos adquiridos, 151, 152

    Derechos en expectativa, 151, 152

    Equiparación de haberes jubilatorios, 256, 257

    Jubilación obligatoria, 83, 84, 85

LEY, 260, 261, 262

    Ley Especial, 260, 261, 262

    Ley General, 260, 261, 262

LEY N° 1.680/01, 61

    Aplicación de la Ley, 61

    Código de la Niñez y la Adolescencia, 61

LEY N° 2345/03, 228

    De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal, Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público, 228

LEY N° 2856/2006, 227

    Que sustituye las Leyes N° 73/91 y 1802/01 “De la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay, 227

## ÍNDICE TEMÁTICO

LEY N° 3542/08 DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL, 276

LEY N° 438/94 DE LA CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS Y DEL SECTOR COOPERATIVO, 343

MAGISTRADO, 131, 132, 142, 143

Facultades del Magistrado, 130, 131, 132, 142, 143

Facultades ordenatorias e instructorias, 130

MERCOSUR, 112

Grupo Mercado Común, 112

MUNICIPALIDAD

De la Protección de los recursos, 197, 198

Impuestos inmobiliarios, 197, 198

Ingresos municipales, 197, 198

NULIDAD, 62

Nulidad Absoluta, 62

PODER EJECUTIVO, 113

Decretos del Poder Ejecutivo, 113

PODER JUDICIAL, 142, 143

Consulta Constitucional, 142, 143

Corte Suprema de Justicia, 142, 143

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD, 261, 262

PROCESO CIVIL Y COMERCIAL, 79, 219, 244, 344

Acción en el proceso civil, 79, 219

Actos Procesales, 344

Facultades ordenatorias e instructorias, 244

## ÍNDICE TEMÁTICO

PROCESO LABORAL, 157

Principios Generales, 157

PROCESO PENAL, 288, 289, 290, 299, 302

Actos procesales en el proceso penal, 288, 289, 299, 302

Audiencia preliminar, 289

Auto de apertura a juicio oral y público, 289

Etapa intermedia, 289, 299

Resoluciones apelables, 302

Sobreseimiento definitivo, 290

RECURSO DE ACLARATORIA, 252, 253

Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad del recurso de aclaratoria, 252, 253

Objeto del recurso de aclaratoria, 252, 253

REGULACIÓN DE HONORARIOS, 185, 186

Honorarios profesionales, 185, 186

RESOLUCIÓN JUDICIAL, 207

SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO,  
276

TRATADOS INTERNACIONALES, 60

Aplicación, 60

Pacto de San José de Costa Rica, 60





# Índice por Tribunales

## PRIMERA INSTANCIA JUZGADO PENAL DE LA ADOLESCENCIA

Juzg. 1ra. Inst. N. y A. 08/06/2018. “Amparo Constitucional promovido por los Abogados Aurora María Bareiro y Geza Poka, en representación de la señora M. C. G. G. en contra del Dr. P. P. G., Director Médico de la C. G. y sus representantes legales” (S.D. N° 13). .....	53
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

TApel. 26/06/2018. “Amparo promovido por M. C. G. G. c/ P. P. G. Director Médico de la Clínica G.” (Ac y Sent. N° 05). .....	59
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### Sala Constitucional

C.S.J. Sala Constitucional. 04/02/2019. Acción de Inconstitucionalidad promovida por C.H.G. en los Autos caratulados: “Amparo promovido por M.C.G.G. c/ P.P.G., Director de la Clínica G. (A. I. N° 04). .....	79
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. Sala Constitucional. 01/11/2017. Acción de Inconstitucionalidad: “Florentín Gómez del Puerto c/ el Art. 12° de la Ley N° 1286/87”. Año: 2014 – N° 1644 (Ac. y Sent. N° 1507).....	83
CSJ. Sala Constitucional. 21/11/2017. Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “B. M. Z. y otros s/ Estafa”. Año: 2009 – N° 1684 (Ac. y Sent. N° 1670). .....	95
CSJ. Sala Constitucional. 05/02/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Supermercado Leticia S.A. c/ Decreto N° 2881 de 30/12/14, Circular DNA N° 9 de 23/01/2007, Art. 280 de la Ley 836/80, Art. 39 de la Ley 1119/97, Decreto N° 17057/97 de 29/04/1997, Res. 1067 de 14/12/2006, Decreto N° 3214 de 12/10/2009, Decreto N° 1029 de 23/12/2008, Res. S.G. N° 432 de 30/06/2008, Decreto N° 8790 de 28/12/2006”. Año: 2016 – N° 1652 (Ac. y Sent. N° 6). .....	110
CSJ. Sala Constitucional. 12/02/2018. Consulta Constitucional en el juicio: “Usuarios de la Energía Eléctrica prov. por la Adm. Nac. De Electricidad y el Poder Ejecutivo s/ Amparo”. Año: 2017. N° 530 (Ac. y Sent. N° 10).....	130
CSJ. Sala Constitucional. 16/03/2018. Consulta Constitucional en el juicio: “Martin Pereira c/ Instituto de Previsión Social s/ Amparo”. Año: 2016 – N° 2051 (Ac. y Sent. N° 119). .....	142
CSJ. Sala Constitucional. 16/03/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Francisco Diego Díaz Calderara c/ Ley N° 2857/06 y Resolución IPS DAJ-OAF N° 128/2007 del 06 de mayo de 2007 del IPS, dictada por la Comisión Co-administradora del fondo”. Año: 2016 – N° 1157 (Ac. y Sent. N° 122). .....	150
C.S.J. Sala Constitucional. 06/04/2018 “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Rubén Antonio Roa Giménez c/ Energía compuesta en Potencia S.A. (ECEPSA) s/ Reposición laboral y cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 176)..	156
C.S.J. Sala Constitucional. 27/06/2018 “Acción de Inconstitucionalidad: “Eralio Unsain Rivas c/ 1° párrafo Art. 1 de la Ley N° 4333/11 que modif. el Art. 1 de la Ley N° 2018/02” (Ac. y Sent. N° 482). .....	170

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. Sala Constitucional. 06/08/2018. Consulta Constitucional en el juicio: “R.H.P. de la Abog. Gloria Iracema Brizuela en el juicio: Banco Nacional de Fomento c/ Julio César Galeano Ramírez s/ Juicio Ejecutivo”. Año: 2017 – N° 1330 (Ac. y Sent. N° 623). .....	184
C.S.J. Sala Constitucional. 06/08/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Municipalidad de Asunción c/ Arts. 1 y 2 de la Ley N° 5513/2015”. Año: 2016 – N° 1974 (Ac. y Sent. N° 632). .....	197
C.S.J. Sala Constitucional. 14/08/2018 “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “José Alberto Planás c/ Celso Gaona Cuquejo y otro s/ Nulidad de acto jurídico” (Ac. y Sent. N° 720). .....	206
C.S.J. Sala Constitucional. 10/09/2018. “Consulta Constitucional en la Regulación de Honorarios Profesionales del Abog. Blas Antonio Barrios Ortíz en los Autos: “Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra s/ Mensura” (Ac. y Sent. N° 826)....	219
C.S.J. Sala Constitucional. 08/10/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Federico Martin Kallus Luzco c / Art. 41 de la Ley 2856/06” (Ac y Sent. N° 937).....	227
C.S.J. Sala Constitucional. 08/10/2018 Acción de Inconstitucionalidad: “Lucio Flores Morínigo c/ Res. DPNC-B N° 1100 del Ministerio de Hacienda de fecha 10 de abril de 2005; Ley N° 5386/15” (Ac. y Sent. N° 939).....	234
C.S.J. Sala Constitucional. 02/11/2018 “Consulta Constitucional en el juicio: Regulación de Honorario del Abg. Milner Marcial Núñez Cabañas en los Autos Dirección Nacional de Aduanas c/ Astro Tech S.R.R. s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales” (Ac. y Sent. N° 1036). .....	243
C.S.J. Sala Constitucional. 22/11/2018. Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Ismael A. Pintos Ramírez c/ Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL) s/ Retiro justificado y cobro de guaraníes en diversos conceptos laborales” Año 2017 - N° 2672 (Ac. y Sent. N° 1105). .....	152

## ÍNDICE POR TRIBUNALES

C.S.J. Sala Constitucional. 11/02/2019. Acción de Inconstitucionalidad: “Leticia Aguilar Vda. de Soria c/ Art. 1 de la Ley N° 3542/08 que modf. y amplía la Ley 2345/03”. Año: 2017 – N° 2352 (Ac. y Sent. N° 1). .....	256
C.S.J. Sala Constitucional. 23/04/2019. Acción de Inconstitucionalidad: “Miguel Ángel Godoy Servín – Defensor del Pueblo – c/ Arts. 1º, 2º, 7º, 15º, 27º, 35º y 59º de la Ley N° 1626/00; Arts. 82º, 135º núm. D), 136º, 137º, 144º núm. F) y g) del Anexo a) del Decreto N° 6715/17”. Año: 2017 – N° 224” (Ac. y Sent. N° 245). .....	260
C.S.J. Sala Constitucional. 02/05/2019 “Acción de Inconstitucionalidad Yolanda Benítez de Villalba c/ Art. 2,8, de la Ley 2345/03 modf. por el Art. 1 y 8 inc. y de la Ley 3542/08, y el Art. 6 del Decreto 1579/04” (Ac. y Sent. N° 287). .....	274
C.S.J. Sala Constitucional. 23/05/2019 “Acción de Inconstitucionalidad en la causa: “Camilo Ernesto Soares Machado y otro s/ Lesión de confianza” (Ac. y Sent. N° 440). .....	287
C.S.J. Sala Constitucional. 03/06/2019 “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta por los Abgs. Edward Miguel Arca López y Gerald Marcelo Arca López en representación de Pablo Antonio Gaona y Pablina Díaz Báez en los Autos caratulados: Cooperativa Multiactiva de Ahorro, Crédito y Servicios “Medalla Milagrosa” Ltda. c/ Pablina Díaz Báez y otros s/ Ejecución hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 474). .....	343



# *Doctrina*

---

## CONSTITUCIONES EXTRAVIADAS

*Juan Carlos Mendonça Bonnet*

### LO QUE ES UNA CONSTITUCIÓN

No fue fácil encontrar el calificativo exacto para las constituciones de las que quiero hablar, pero finalmente decidí llamarles “extraviadas”<sup>1</sup>. Uso la palabra, intencionalmente, en un doble sentido: 1) como algo perdido; 2) como algo que se salió del rumbo correcto. Estas constituciones de las que quiero hablar son así ya que, al menos yo, no sabía que existían y, por otra parte, parece que no andaban por el sendero esperado para una constitución. Parto del supuesto, pues, de que, a pesar de su extravío, son auténticas constituciones. Esta afirmación me obliga a explicitar qué entiendo por “constitución”, para que el lector pueda juzgar apropiadamente si existen o no esas constituciones extraviadas.

Pues bien, esta es seguramente la tarea más difícil, porque hay poca concordancia al respecto. Así, comenzaremos por lo obvio: según el diccionario. “constitución” viene de “constituir” y esto significa formar, componer,

---

<sup>1</sup> También me planteé la posibilidad de llamarles “extravagantes”; que significa andar errante por fuera de los límites y, además, es lo raro, extraño, desacomunado, según dos acepciones del Diccionario de la Real Academia Española.

establecer, erigir, fundar<sup>2</sup>. Ahora bien ¿formar qué? La respuesta parece bastante evidente: formar un Estado. Las constituciones forman, componen, establecen o fundan un determinado Estado. Esta es su función primordial e inexcusable: fundar o darle forma a un Estado. En efecto, en ocasiones fundan un Estado y en otras le dan forma o transforman a un Estado pre-existente. El mero uso de las palabras ya nos lleva a la conclusión kelseniana, de que no hay Estado sin constitución y no hay constitución sin Estado. El Estado no acaece sin un ordenamiento jurídico fundamental que le sirve de base para su misma existencia. Al Estado podemos verlo como una forma de organización política dotada de un poder soberano e independiente e integrado por una población y un territorio; también podemos verlo como el conjunto de órganos que gobiernan dentro de ese territorio. La que nos dice, pues, cómo se organiza, quién gobierna y cómo lo hace, es la constitución. Organizar y determinar competencias es propio de las normas, en este caso, de normas constitucionales.

Existe la posibilidad de hablar de la constitución en sentido **formal**, en cuyo caso nos referimos a un documento solemne que contiene un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales. Pero también podemos hacerlo en un sentido **material** y desde esta perspectiva hablamos de un conjunto de preceptos que regula la creación de normas jurídicas generales y, especialmente la creación de leyes<sup>3</sup>, junto con las competencias para crear normas.

Ferdinand Lassalle, en su célebre conferencia de 1862 *¿Qué es una Constitución?*, decía que una constitución es la suma de los factores reales de poder en un país, y en los tiempos modernos cuando se extienden en una hoja de papel y adquieren una expresión escrita, es entonces cuando esos factores reales de poder se convierten en derecho, en instituciones políticas. Y agregaba que, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene necesariamente una constitución real y efectiva, pues no se concibe un país en el que no imperen determinados factores reales de poder.

También decía Lassalle que cuando en un país triunfa una revolución las leyes del derecho privado siguen teniendo vigencia, *“pero las de derecho público yacen por el suelo, rotas, o no tienen más que un valor provisional y*

---

<sup>2</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo tercera edición, 2014.

<sup>3</sup> Ley tanto en sentido formal como material.

*hay que hacerlas de nuevo*". La constitución escrita sucumbe frente a la constitución real, aquella que tiene sus raíces en los factores reales de poder. La inclemencia de Lassalle puede hasta resultar cruel con las constituciones, pero bien entendida, refleja la realidad indiscutible de que hay constituciones que no son lo que querríamos que fuesen, pero *son*, porque simplemente reflejan la estructura de poder dominante en ese momento histórico de una sociedad.

Del apretado resumen de lo dicho por Lassalle podemos concluir algunos postulados que más allá de su evidencia, corresponde remarcar: 1) todo país tiene constitución (buena o mala); 2) cuando las constituciones no son capaces de reflejar la realidad política, se rompen, como consecuencia, eventualmente, de una revolución. El cambio violento de una constitución es, por consiguiente, un fenómeno que no puede ser negado, sino que, por el contrario, debe ser analizado.

Muchos años después Hans Kelsen expuso sus ideas –no en una conferencia– sino en un sistema orgánico<sup>4</sup>. Esas ideas guardan cierta coincidencia con las de Lassalle, ya que, como dijimos antes, el maestro vienés afirma que no hay Estado sin constitución; es más, Estado y constitución se identifican. En su indagación acerca de lo que es una constitución Kelsen se hace ciertas preguntas: ¿Cómo una multitud de normas se convierte en *sistema*? y; ¿Cuándo una norma pertenece a un *sistema*? La respuesta está en la validez. En efecto, el fundamento de la validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho; el fundamento de la validez de una norma no nos conduce a la realidad, sino a otra norma de la cual procede. En otras palabras, una norma pertenece a un sistema normativo en la medida en que se fundamenta en otra anterior y en esto consiste, precisamente, la validez de una norma.

Ahora bien, ese conjunto de normas forma un sistema porque absolutamente todas ellas tienen un origen común, que es el elemento unificador del sistema; ese elemento es la llamada *norma fundamental o norma básica* (Gründnorm); pero no nos confundamos, esta expresión no tiene en Kelsen el sentido que hoy le damos comúnmente; la *norma fundamental* no es para Kelsen la constitución, sino una norma anterior a la constitución, que sirve, a su vez, de fundamento de validez para la constitución. En la terminología

---

<sup>4</sup> Para exponer el pensamiento de Kelsen vamos a seguir su libro *Teoría General del Derecho y del Estado*.

del nuestro autor la *norma fundamental* es un *presupuesto lógico trascendental*. En suma, no es un precepto que vamos a encontrar escrito en algún instrumento normativo, sino que lo suponemos por razones lógicas y, además, trasciende a la misma constitución, porque es lógicamente anterior a ella. Así, a aquella norma cuya validez ya no se puede derivar de otra, se le denomina *fundamental*. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma *norma fundamental*, constituyen un *orden o sistema normativo*.

La *norma fundamental* representa, como fuente común, el vínculo de unidad entre todas las diversas normas que integran un determinado *sistema normativo*. En suma, una norma es *válida* si pertenece a un sistema válido de normas y puede ser derivada de una *norma fundamental* cuya validez se presupone. En otras palabras, las normas son *válidas* en cuanto son derivables de una norma fundamental específica, de la misma manera en que lo particular se deriva de lo general; por tanto, todas las normas particulares del sistema se pueden obtener mediante una inferencia de lo general a lo particular.

Ahora bien, la derivación de una norma particular puede realizarse, considerándose no el contenido de la norma sino la forma de su creación, lo que importa, entonces, es que la norma haya sido establecida por una autoridad con facultad suficiente para crear la norma. La facultad de crear normas es delegada por una autoridad superior a otra autoridad inferior, como sucede cuando el constituyente faculta al legislador común a crear normas y luego el legislador común hace lo propio con aquella autoridad que va a reglamentar la ley, o con el juez que va a crear normas de carácter particular, y así sucesivamente.

Desde esta perspectiva dinámica que guarda relación con el proceso de creación, las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase ya que lo relevante es que se haya seguido el procedimiento de producción de normas.

Si nos preguntamos por qué una constitución es válida, el fundamento de su validez está en otra constitución más antigua, hasta llegar a la constitución que es históricamente la primera. La validez de la primera constitución es el supuesto último, el postulado final del que depende la validez

de todas las normas del sistema<sup>5</sup>. Esto hace que debemos *presuponer* que la primera norma es obligatoria y tal *presupuesto* constituye la norma básica del ordenamiento.

Ese *presupuesto lógico trascendental* que la norma fundamental dispone, según Kelsen, establece lo siguiente: “*es obligatorio conducirse en la forma prescripta por los creadores de la Constitución y por los individuos directa o indirectamente facultados (mediante delegación) por la Constitución misma.*”. Para decirlo brevemente: “*Uno debe comportarse de acuerdo con la constitución realmente promulgada y eficaz*”.

Resumiendo. La función de la norma fundamental es la de conferir poder creador de derecho al primer legislador y, en consecuencia, a todos los demás actos a partir de allí. Interpretar tales actos como jurídicamente válidos, y su producto como normas obligatorias, sólo es posible a condición de que la norma básica se presuponga como válida. La norma básica no es formulada mediante un procedimiento jurídico por un órgano creador del derecho; la norma básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se *presupone* que es válida. Tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto posterior podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas.

H. L. Hart critica la noción kelseniana de la norma básica. Como vimos, para Kelsen todos los ordenamientos jurídicos dependen de una norma fundamental que presume el deber de los gobernados de obedecer a sus gobernantes. Hart sostiene que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no es una presunción sino un hecho: la regla de reconocimiento. Para Hart la regla de reconocimiento tampoco deriva su validez de otras normas, sino que es una regla que existe por la aceptación que los jueces hacen de ellas para distinguir las reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico. Así, cuando los jueces usan expresiones como: “Es la regla en el país X que Y”, están implicando que aceptan una regla que determina la validez de otras reglas, esto es, están aceptando la regla de reconocimiento. En este sentido, la regla de reconocimiento, para Hart es un hecho y no un concepto a priori o una presuposición, como lo es para Kelsen. De todos modos, hay una regla básica que confiere validez a las demás.

---

<sup>5</sup> Asumiendo, obviamente, que en el curso de la historia no se produzca una ruptura del orden constitucional. Si esto sucede, el proceso se reinicia a partir de la nueva constitución revolucionaria que se constituye, a su vez, en originaria.

Al realizar un análisis comparativo entre la obra de estos dos autores, Riccardo Guastini señala que la *norma fundamental* de Kelsen y la *regla de reconocimiento* de Hart tienen diferencia, ya que la norma fundamental de Kelsen es una norma no positiva –no puesta– sino presupuesta por la ciencia jurídica; sin embargo, para Hart la regla de reconocimiento sí es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla social convencional, tácitamente aceptada por los jueces.

No obstante, las propuestas de Kelsen y Hart tienen importantes aspectos comunes.

1. Ambas son normas no promulgadas por autoridad jurídica alguna.

2. Ambas son normas ni válidas ni inválidas (no tiene sentido hablar de validez respecto de normas “últimas”).

3. Ambas tienen la función de otorgar validez a la (primera) constitución, si por constitución (en sentido material) entendemos, como Kelsen sugiere, el conjunto de normas sobre las fuentes del derecho (“reglas de cambio”, en la terminología de Hart), es decir, las normas que regulan la creación de otras normas, otorgando competencias, reglando procedimientos, etc.

4. Ambas son normas no constitucionales, sino meta-constitucionales.

5. Ambas, por consiguiente, se refieren a las normas sobre las fuentes del derecho o normas sobre la producción jurídica.

Por su parte también Norberto Bobbio expone su opinión sobre el tema, afirmando que si hay normas constitucionales debe haber un poder normativo del cual se deriven y este poder es el poder constituyente. Determinado el poder constituyente como poder último, ha de presuponerse una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: *esta norma es la norma fundamental*. En otras palabras, la norma fundamental es una norma presupuesta –como en Kelsen– que atribuye al constituyente la facultad de dictar una constitución<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Es de advertir que con el tiempo Bobbio cambia de opinión sobre el tema, llegando a afirmar la futilidad de la norma fundamental.

A los efectos de este trabajo resultaba indispensable exponer, aunque fuera de manera concisa, estos conceptos básicos que nos permitirán reconocer el carácter de los instrumentos normativos que nos proponemos analizar. En otras palabras, sobre estos presupuestos juzgaremos si estamos o no en presencia de una constitución extraviada –o, si se quiere, que no reconocíamos como tales–.

## LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL

Pero no podemos olvidar la afirmación de Lasalle de que en ocasiones las revoluciones triunfan y entonces las constituciones tienen que hacerse de nuevo. Esto implica, obviamente, que la nueva constitución –la de la revolución triunfante– no se deriva de la anterior y, por consecuencia, requiere de una nueva norma fundamental, sea al estilo de Kelsen, al de Hart o al de Bobbio. En este sentido una constitución revolucionaria sería una constitución originaria y no derivada.

Nuevamente, en la teoría de Kelsen las normas siguen siendo válidas hasta que sean derogadas en la forma que el mismo orden jurídico prescribe. Así, una norma es expulsada del sistema por mandato de otra norma –de igual o superior jerarquía– que la deroga. Este es el modo legítimo y legal de dejar sin efecto una norma o un conjunto de ellas.

Sin embargo, en ciertas circunstancias el principio cae por tierra. Esto sucede en el caso de la revolución o del golpe de estado. Ocurre que el orden jurídico es anulado y sustituido en forma *ilegítima* por un nuevo orden. Cuando esto acontece la sustitución no se hace en la forma prescrita por el orden anterior, y se puede afirmar que se ha producido un quiebre de legitimidad en el ordenamiento constitucional.

Señala Kelsen que muy frecuentemente los que llegan al poder únicamente anulan la constitución (o parte de ella) y ciertas leyes de significación política superior, poniendo en su lugar otras normas. Pero una gran parte del viejo sistema permanece válido, incluso dentro del marco del nuevo orden.

Si bien es cierto que en general los contenidos de las normas del nuevo orden no cambian, pero sí lo hace su “razón de validez”, ya que el nuevo orden deja de ser válido conforme a la vieja constitución, puesto que no ha sido creado en la forma prescrita por la constitución anterior, la que ha

dejado de tener fuerza obligatoria y ha sido reemplazada por una nueva que, reiteramos, ya no representa el resultado de una legítima modificación constitucional.

La existencia de un nuevo orden jurídico y de una nueva “razón de validez” implica, necesariamente, la existencia de una nueva norma fundamental.

En efecto, el nuevo orden “recepiona” o “adopta” la mayoría o al menos una parte importante de las normas del viejo orden. El nuevo orden asume como válidas normas que poseen el mismo contenido que las del precedente, pero no son idénticas a las anteriores, porque varía la “razón de validez” de unas y otras. La razón de su validez no está en la constitución vieja, sino en la nueva, y entre ambas no existe continuidad.

Así, con una revolución no se cambia solamente la constitución, sino todo el orden jurídico, aunque el contenido siga siendo, en gran medida, el mismo.

Se puede afirmar que, si el viejo orden deja de existir y el nuevo comienza a ser eficaz, en cuanto los individuos se comportan, en la generalidad de los casos, conforme a éste, entonces dicho orden es estimado como *válido*. A partir de entonces, las conductas serán consideradas como legales o ilegales, conforme al nuevo orden. Esto implica que se presupone la existencia de una nueva norma básica.

Si, por otra parte, la revolución fracasa y el nuevo orden no se establece -no hay una nueva norma básica- los actos de quienes intentaron imponer el nuevo orden serán considerados ilegales, crimen o traición.

Esta es, en resumidas cuentas, la realidad que debemos administrar en la historia política de muchas de las naciones. Constituciones que van y que vienen según cuáles sean los factores de poder dominantes, tal como lo explicaba Lassalle.

## LA CONSTITUCIÓN ORIGINARIA

Si hemos de buscar cuál ha sido nuestra primera constitución -la originaria-, tenemos que remontarnos, obviamente, al principio de nuestra historia independiente. Y si aceptamos, como hemos propuesto, que una constitución debe constituir, formar o -si es la primera- *fundar*, un Estado, en

tonces debemos encontrar ese instrumento normativo fundacional de la República del Paraguay, pero recordemos, tiene que contener normas de creación de normas, normas sobre las fuentes del derecho, sobre la creación jurídica, junto con normas de competencia para los órganos que habrán de poner en funcionamiento el nuevo Estado, esto quiere decir que solo nos importa el concepto material de constitución, su contenido básico; no nos interesa ni el nombre ni el criterio formal. No más que esto le vamos a exigir a la constitución. Podemos decir que se trata de una concepción minimalista de la constitución: buscamos solo aquello que permita formar y funcionar a un Estado, sin altos estándares de calidad, solo lo esencial e inexcusable. Solo buscamos una constitución, no una *buena* constitución.

Lo obvio es, pues, que iniciemos la búsqueda en mayo de 1811. En este momento de la historia no aparece instrumento normativo alguno con las características que buscamos. La revuelta de la noche del 14 de mayo y la madrugada del 15 solo da origen a un cambio de gobierno, a partir de lo cual tres personas ejercen el poder: los españoles Velazco y Zevallos y el paraguayo Rodríguez de Francia. Ninguna transformación sustancial se observa a tenor del bando que el Triunvirato emite el 17 de mayo, que en su parte pertinente dice:

*... haciendo los sacrificios que sean posibles a fin de sostener y conservar los fueros, libertades y dignidad de esta Provincia, reconociendo siempre al desgraciado soberano bajo cuyos auspicios vivimos<sup>7</sup>, uniendo y confederándose con la misma ciudad de Buenos Aires para la defensa común y para procurar la felicidad de ambas provincias y las demás del Continente bajo un sistema de mutua unión, amistad y conformidad, cuya base sea la igualdad de Derechos.*

En el mes de junio del mismo año se produce un nuevo cambio de gobierno a partir del cual el poder es ejercido por Yegros, Caballero, Bogarín, de la Mora y Rodríguez de Francia. Esta nueva estructura de poder es establecida por el Congreso General de la Provincia del Paraguay que se reúne los días 17, 18, 19 y 20 de junio. Nótese que se trata de un congreso de la *provincia* del Paraguay y, resaltamos, se presta juramento y se reconoce como soberano al “*Señor D. Fernando Séptimo*”, Rey de España preso por orden de Napoleón.

---

<sup>7</sup> Se refiere al Rey de España Fernando Séptimo, depuesto por Napoleón.

En el referido Congreso se resuelven, además, una serie de cuestiones particulares relativas, por ejemplo, al impuesto al tabaco, a la Sisa y al Arbitrio, a la responsabilidad de Velazco por el tabaco remitido a Montevideo, etc. El Acta del Congreso de junio de 1811, por su contenido, de ningún modo puede ser un instrumento normativo equiparable a una constitución y, sobre todo, queda descartado como tal porque no se observa allí ninguna intención de fundar un nuevo Estado, desde que todavía se jura lealtad al Rey de España y se considera al Paraguay como una *provincia*. En efecto, al referirse a los designados para ejercer el gobierno, dice el acta del Congreso:

*... y finalmente que sus individuos para entrar al ejercicio de sus oficios, harán juramento ante Escribano de no reconocer otro Soberano que al Señor D. Fernando Séptimo, proceder fiel y legalmente en los cargos que se les confía, y sostener los Derechos, libertad, defensa e indemnidad de la misma Provincia*<sup>8</sup>.

El siguiente congreso inicia sus deliberaciones el 30 de septiembre del año 1813. Entre otras cuestiones el Congreso de más de mil diputados resuelve aprobar, el 12 de octubre, un documento autónomo, denominado *Reglamento de Gobierno*. Como su nombre lo indica no se trata simplemente de un cambio de gobierno, sino que supone un instrumento normativo que tiene por finalidad *reglamentar* la manera como el gobierno será ejercido. Este Reglamento de Gobierno instituye un consulado, conformado por dos cónsules con iguales atribuciones. Se estipulan las competencias de los cónsules y se diseña con bastante detalle una suerte de equilibrio y recíproco control en relación a sus funciones.

Decían los Art. 1º, 2º y 3º en las partes más relevantes:

**Artículo 1.** *Continuarán en el gobierno superior de la provincia solamente los dos ciudadanos, don Fulgencio Yegros, y don José Gaspar de Francia, con la denominación de Cónsules de la República del Paraguay ...*

**Artículo 2.** *Usarán por divisa de la dignidad consular el sombrero orlado con una franja azul con la escarapela tricolor de la Re-*

---

<sup>8</sup> Pappalardo Zaldívar, Conrado. *Paraguay: Itinerario Constitucional*. Intercontinental Editora. As. 1993.

*pública, y tendrán jurisdicción y autoridad en todo igual, la que ejercerán unidamente y en conformidad. Por consecuencia, todas las providencias de gobierno se expedirán firmadas por los dos.*

**Artículo 3.** *Su primer cuidado será la conservación, seguridad, y defensa de la República con toda la vigilancia, esmero y actividad que exigen las presentes circunstancias.*

Por su parte, los artículos 10, 11 y 12 establecen normas relativas al ejercicio del poder jurisdiccional y se decide incluso “*la creación de un tribunal superior de recurso, que deberá conocer y juzgar en última instancia conforme a las leyes, según la naturaleza de los casos y juicios que se dejase a su conocimiento*”.

El artículo 14 dice:

*... se establece también como ley fundamental, y disposición general perpetua é invariable, que en lo venidero se celebrará anualmente un congreso general de la provincia al propio modo, con la misma formalidad, número y circunstancia, señalándose á este efecto el día 15 de cada mes de octubre, ...*

Sin dificultad se advierte que el Reglamento de Gobierno contiene normas relativas a las tres funciones tradicionales: ejecutiva, legislativa y judicial. Obviamente que la regulación es rudimentaria, pero ya hemos afirmado nuestra posición minimalista en este sentido. Solo buscamos lo indispensable en una constitución. Y aquí encontramos normas de creación de normas, normas sobre las fuentes del derecho y la creación jurídica, así como de competencias para gobernar.

Sin embargo, resta todavía cierta incertidumbre. El *Reglamento de Gobierno* de 1813 utiliza reiteradamente la palabra “provincia” al referirse al Paraguay. En efecto, dice, por ejemplo, el artículo 1º:

*Continuarán en el gobierno superior de la provincia solamente los dos ciudadanos, don Fulgencio Yegros, y don José Gaspar de Francia, con la denominación de Cónsules de la República del Paraguay ...*<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup>Por seis veces utiliza la palabra “provincia”.

En contrapartida, también utiliza la palabra “república”; lo cual constituye una llamativa ambigüedad. Como vemos, se califica al Paraguay como *República*, pero también se le llama *Provincia*.

Lo cierto es que en los Congresos anteriores nunca se había hecho referencia a la República, sino solo a la Provincia. Obviamente la República es una forma de gobierno distinta a la Provincia ya que esta implica, usualmente, la subordinación a un poder superior y, consecuentemente, falta de soberanía. Mientras que la República es absolutamente incompatible con la Monarquía, ya que una y otra son modos opuestos de forma de gobierno. Considero que más allá de la ambigüedad señalada, podemos convenir en que la afirmación que hace el Congreso de que el Paraguay es una *república*, le separa definitivamente de cualquier monarquía. La declaración de “república” no puede sino entenderse, pues, como un acto de desmembramiento del reino de España, es un acto innegable de soberanía y<sup>10</sup>, consecuentemente, de independencia. Es de señalar, además, que aquí ya no hay mención alguna al Rey Fernando Séptimo.

En suma, considerando todos los elementos de juicio señalados, creemos que el Reglamento de Gobierno de 1813 es un acto normativo constitutivo de un nuevo estado, de una república separada de una monarquía. Contiene, además, un conjunto de normas relativo a la creación de normas y a las competencias necesarias para ejercer el gobierno; incluso se advierte con claridad la división tripartita de poderes. Cuenta, pues, con los requisitos básicos para ser una constitución originaria<sup>11</sup>.

Como es usual en las constituciones, se establecen las reglas para su propio cambio. En efecto, allí se dice: “**Artículo 15.** *Se observará el presente Reglamento hasta la determinación del futuro congreso, y se copiará en el libro de acuerdos del gobierno.*” Y antes, en el artículo 14, al referirse a las reuniones del Congreso, se acotaba que:

*... al menos una vez al año pueda congregarse á tratar, como pueblo libre y soberano, lo más conducente á la felicidad general, á*

---

<sup>10</sup> Más adelante se verá que expresamente se hace mención al “pueblo libre y soberano”.

<sup>11</sup> Como elemento simbólico, recordemos que el artículo 2º se refiere al uso de la escarapela tricolor. Esto es, el símbolo representativo de un Estado diferente al español.

## DOCTRINA

*mejorar su gobierno si fuese necesario, y á ocurrir á cualesquiera abuso que pueda introducirse, tomando las disposiciones y haciendo los establecimientos más bien meditados con el conocimiento que da la experiencia.*

Dos circunstancias importantes a señalar: 1) se habla de pueblo libre y soberano, lo cual indica a las claras la separación de España; 2) se admiten futuros cambios en la forma de gobierno adoptada, *con el conocimiento que da la experiencia*. La norma de cambio establece, pues, que la competencia para la modificación del Reglamento de Gobierno está dada al Congreso, que se reúne anualmente y puede hacerse conforme a la experiencia recabada.

### ALGUNAS CONSTITUCIONES EXTRAVIADAS

Y efectivamente, el Reglamento es cambiado por el congreso reunido al año siguiente, instaurándose la Dictadura Temporal. Allí se toma cuidado de consignar que

*... consiguientemente a lo dispuesto en el Reglamento de Gobierno establecido en la Asamblea General celebrada últimamente en el año próximo pasado en este propio Templo, con el justo fin de arreglar y mejorar el gobierno dándole la forma que se estime más conveniente, con el conocimiento que da la experiencia, según quedó prevenido en el Capítulo del mismo Reglamento<sup>12</sup>.*

Se deja constancia, pues, de que se ha seguido fielmente el procedimiento de modificación preestablecido, quedando salvaguardada la legitimidad de la nueva constitución. Ya que, en efecto, aparece una nueva constitución que instala la dictadura temporal por el lapso de cinco años. Podría plantearse si es una nueva constitución o si se trata de un mero cambio en la constitución de 1813. Mi opinión es que, considerando el carácter radical

---

<sup>12</sup> No desaparece el término “provincia”, que convive con “república”.

de la transformación, debe entenderse que se trata de una nueva constitución. No lo que hoy llamaríamos una enmienda, sino una auténtica reforma constitucional.

Las principales modificaciones de 1814 son las que señalamos a continuación.

En relación al **Poder Ejecutivo**, se dispone que el gobierno

*... quede reunido y concentrado en el Ciudadano José Gaspar de Francia con el título de Dictador Supremo de la República, con el mismo tratamiento del Gobierno antecedente, por el tiempo de cinco años.*

Respecto del **Poder Judicial** se establece que

*...si el presente Congreso antes de disolverse no dejase señalado los individuos que deban componer el Superior Tribunal de Justicia sobre que ya se tomó resolución en el Congreso anterior para el mejor expediente y despacho de las causas contenciosas, que no deben ser del resorte del Gobierno, proceda dicho Dictador a poner en planta a la mayor brevedad este importante e indispensable establecimiento baxo el Reglamento que formará a este fin, pudiendo entretanto, solo interinamente ejercer este Poder judicial*

En cuanto al **Congreso**, se dice que

*... en adelante se reduzca el número de dichos Congresales a la cuarta parte, esto es, al número de doscientos cincuenta Ciudadanos, elegidos siempre popularmente en toda la Provincia<sup>13</sup> en la forma y método en que se ha executado ahora y el año próximo pasado, deviendo el Gobierno distribuir el número de sufragantes que deben venir de cada Partido a proposición de la respectiva población de cada territorio, ...*

---

<sup>13</sup> Se sigue utilizando, ocasionalmente la palabra “provincia”.

*... que en lo sucesivo se celebren estos Congresos anuales en el mes de mayo<sup>14</sup>, pero a fin de que le próximo Congreso siguiente no sea tan inmediato al presente, no deberá celebrarse hasta el año de mil ochocientos diez y seis, ...*

Conforme a las cuestiones reguladas, referidas al ejercicio del poder y a las competencias de los órganos supremos del Estado, reitero que estamos en presencia de una auténtica constitución. Se trata de una reforma del Reglamento de Gobierno con un cambio muy importante: el paso del Consulado a una Dictadura temporal, que debía durar cinco años.

Tal como estaba previsto, a fines de mayo y principios de junio se reúne el siguiente Congreso en el año 1816<sup>15</sup>. Sus deliberaciones son muy breves y sus decisiones muy pocas. La más importante dispone que

*En atención a la plena confianza que justamente ha merecido del Pueblo el Ciudadano José Gaspar de Francia, se le declara y establece Dictador perpetuo de la República durante su vida en calidad de ser sin exemplar.*

Respecto del Congreso, se establece que el

*Congreso General tendrá la República cada vez y quando que el Dictador haya por necesario.*

Nueva alteración de claro contenido constitucional, ya que se sustituye la forma de gobierno de la Dictadura temporal por la perpetua. Además, el Congreso desaparece virtualmente del sistema político paraguayo considerando que solo volvería a reunirse si el Dictador lo consideraba necesario; lo que nunca sucedió durante el resto de su vida.

Un detalle que resulta llamativo y significativo es que se manda cuanto sigue:

*... en las misas capitulares, parroquiales, conventuales y votivas en lugar de **Regem &**, que se mandó proscribir por nuestro Gobierno,*

---

<sup>14</sup> Se celebraron en octubre tanto el de 1813 como el de 1814.

<sup>15</sup> El Congreso es convocado para el 30 de mayo de 1816.

*se establezca, y se nombre lo siguiente: et dictatorem nostrum Populo sivi comiso et exercitu suo; ...*

En pocas palabras, donde se usaba la palabra *Regem*, de ahora en más se utilizará la palabra *Dictatorem*. El Dictador Supremo sustituye al Rey. La primera conclusión obvia es que el poder del Dictador es equivalente al del Rey; lo único que les diferencia es que aquél es electivo y éste hereditario. Lo segundo es que el Rey de España ya nada tiene que ver con la República del Paraguay; toda invocación al mismo queda prohibida. El Paraguay es independiente, más allá de toda duda.

No está demás señalar que el procedimiento para la modificación ha sido respetado, ya que ha sido producto de una reforma introducida por el Congreso, institución facultada para hacerlo. Desde este punto de vista formal, la reforma, por consiguiente, es legítima. El Estado paraguayo se *constituye*, pues, en una dictadura perpetua.

Fallecido el dictador en el año 1840 se produce, como era de esperar, una gran desorientación política. Durante un tiempo reina el caos y la anarquía. A la muerte de Francia los comandantes de los cuarteles organizan una junta de gobierno que respondía al *fiel de fechos* del Dictador, Policarpo Patiño. Pocos días después, se constituye otra junta de gobierno integrada por cinco personas y presidida por Manuel Antonio Ortíz, en la que Policarpo Patiño todavía tiene influencia.

A los pocos meses, en enero de 1841, la anterior junta es derrocada y se forma una nueva, compuesta por tres personas: Juan José Medina, José Gabriel Benítez y José Domingo Campos, quienes asumen el encargo de convocar al Congreso que resuelva sobre los destinos políticos del Paraguay. En menos de un mes la referida junta también es destituida y el Comandante del Cuartel de San Francisco, Mariano Roque Alonso, asume el gobierno teniendo como secretario a Carlos Antonio López.

El 14 de marzo de 1841 se celebra el Congreso General en el que se reinstala el sistema del Consulado. Siendo nombrados para tales cargos Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonso. El Congreso de 1841 instituye, nuevamente, una carta política con la distribución de competencias necesaria para el ejercicio del poder en el Estado.

En efecto, se dispone que el Congreso

*... ha proveído el Supremo Gobierno de la República por el tiempo de tres años con el tratamiento de Excelencia en los expresados Cónsules de la República ...*

*Que dichos Cónsules ejercerán unidamente la jurisdicción de Gobierno en la Comandancia general de Armas de la República, y en todos los ramos del despacho general del gobierno.*

*Que en caso de discordia entre los dos Cónsules la dirimirá el Presidente de turno del Cuerpo Municipal.*

*Que (los Cónsules) ejercerán el poder ejecutivo y judicial, y por impedimento de alguno de los Cónsules en las funciones del poder judicial formará en causas de graves consecuencias un juzgado eventual de tres individuos que serán: el Cónsul no impedido, uno de los Alcaldes ordinarios y el Procurador General de la Ciudad, ...*

*Se ha establecido el Cuerpo Municipal en seis ciudadanos de virtud y luces, que serán amovibles anualmente al menos en el mayor número á saber: Dos Alcaldes primero y segundo, de igual jurisdicción, un Procurador general de la Ciudad, un Defensor General de Menores, otro de pobres y naturales ...*

*El Cuerpo Municipal ejercerá las funciones que le tocan de derecho hasta que otra cosa determine la constitución ...<sup>16</sup>.*

Como se puede ver, el documento emanado del Congreso de 1841 recompone el Estado fallido que acaece en el período inmediato a la muerte del Supremo Dictador. Las nuevas autoridades son designadas por el procedimiento entonces aceptado, esto es, a través de un Congreso, que, a la vez, distribuye las competencias necesarias para gobernar, y de la dictadura se vuelve al consulado. Estamos, de nuevo, en presencia de una constitución que, por otra parte, sigue el procedimiento formal antes establecido, esto es, por la celebración de un Congreso General.

Como dato interesante se puede apuntar que, en dicha ocasión, de entre los 500 diputados que integraban el Congreso, Juan Bautista Rivarola

---

<sup>16</sup> Nótese la expresa mención a una futura Constitución.

propuso un proyecto de Constitución de su autoría, que no era del agrado de Carlos Antonio López. Luego de un tumulto, con amenazas de intervención militar, el proyecto no pudo ser presentado ni tratado<sup>17</sup>.

Al año siguiente se celebra un nuevo Congreso General, el del año 1842 cuya principal importancia radica en que en él se aprueba el Acta de Independencia de la República del Paraguay<sup>18</sup>. Razones históricas aconsejaban que tal declaración tomara un aspecto formal, aunque, como allí se dice, ya para entonces la *emancipación e independencia es un hecho solemne e incontestable*.

Este Congreso concluye con una Ley que resuelve, primordialmente, aprobar diversas gestiones del Consulado. No obstante, se observan un par de decisiones de relevancia. En primer lugar, se aprueba el estatuto provisorio de la administración de justicia, que consta de 82 artículos y debe ejecutarse y cumplirse en todas sus partes. Por otra parte, *se autoriza plenamente al Gobierno de la República con facultades extraordinarias hasta la reunión del futuro Congreso*<sup>19</sup>.

En las decisiones del Congreso de 1842 no hay modificación alguna de importancia que constituya un cambio en la forma de gobierno o en las competencias, por lo que no creemos que cumpla con los requisitos para ser considerada como una constitución.

En 1844 se reúne el congreso que aprueba la “Ley que establece la Administración Política de la República del Paraguay, y demás que en ella se contiene”, cuyo proyecto había sido obra de Carlos Antonio López. Pocos pueden poner en tela de juicio que esta es una constitución<sup>20</sup>. Y, en efecto, reúne todas las condiciones para ser una constitución. Se establecen las atribuciones del Congreso, que se compone de doscientos diputados y solo se

---

<sup>17</sup> Decoud, Héctor Francisco. *La Convención Nacional Constituyente y la Carta Magna de la República*. Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso. Buenos Aires, 1934. Págs. 17 y siguientes.

<sup>18</sup> Otra decisión importante guarda relación con la libertad de vientres, según la cual los hijos de esclavas nacen libres; disposición que entraría a regir a partir del 1° de enero de 1843.

<sup>19</sup> Llamativamente, en la cláusula 25 se dispone que “*queda prohibido conceder o permitir en el territorio de la República la tolerancia de sectas religiosas, o la libertad de cultos*”.

<sup>20</sup> Algunos afirman que es la primera constitución de la República del Paraguay.

reúne cada cinco años. Asimismo, se enumeran las competencias del Poder Ejecutivo, que es ejercido por un Presidente de la República, elegido por el Congreso por un mandato de diez años, y se establece la competencia jurisdiccional.

Se puede leer en el Título I:

***Artículo 2.** La facultad de hacer las leyes, interpretarlas ó derogarlas, reside en el Congreso Nacional.*

***Artículo 3.** La facultad de hacer ejecutar las leyes y reglamentarlas para su ejecución, reside en el Supremo Poder Ejecutivo de la República.*

***Artículo 4.** La facultad de aplicar las leyes reside en los Jueces y Tribunales establecidos por la ley.*

Hay reglas para los Ministros Secretarios y se establece un Consejo de Estado. Ciertamente no hay un capítulo para el Poder Judicial; la explicación debe buscarse en el hecho de que, como señalamos antes, en el Congreso de 1842 se aprobó un Estatuto para la Administración de Justicia y aquello fue considerado como suficiente regulación para el Poder Judicial el cual, también hay que decirlo, en esa época no tenía la misma relevancia que los otros dos poderes. En efecto, dice el Art. 1º del Título I:

***Artículo 1.** La Administración General de la República se expedirá en adelante por un Congreso ó Legislatura Nacional de Diputados Representantes de la República; por un Presidente en quien reside el Supremo Poder Ejecutivo y por los Tribunales y Jueces establecidos por ley del Soberano Congreso Extraordinario de 25 de noviembre de 1842.*

La Constitución de 1844 siguió el procedimiento formal de ser aprobada por el órgano competente, esto es, un Congreso General, por lo que no cabe dudar de su legitimidad formal. En este orden de ideas, es importante señalar que esta constitución establece un mecanismo especial para su reforma. Al respecto allí se establece en el Título X:

***Artículo 12.** La presente ley puede ser reformada o adicionada según lo exigiese la experiencia, y para esto se necesita:*

*1. El consentimiento y aprobación de la mayor parte del Congreso Nacional.*

*2. Que los artículos dignos de reformar estén plenamente demostrados en la necesidad de ser reformados.*

*3. Que el Poder Ejecutivo exponga, además, su opinión fundada para resolverse sobre la conveniencia y necesidad de la reforma o de alguna adición substancial.*

*4. Sancionada la necesidad de la reforma, se convocará un Congreso General con poderes especiales para verificar la reforma con las formalidades debidas.*

*5. Verificada la reforma, pasará al Poder Ejecutivo para su publicación o para que exponga los reparos que encontrare. En caso de devolverla con reparos, la votación de la mayor parte del Congreso hará su última sanción.*

Esto significa que estamos en presencia de una constitución no solamente en sentido material, sino también formal, ya que este es un documento solemne que contiene un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, distintas a las de las leyes comunes<sup>21</sup>.

En 1865 se inicia la Guerra de la Triple Alianza y la constitución de 1844 se diluye paulatinamente, generándose su progresiva ineficacia por razones obvias. La guerra, en la práctica, ya estaba terminada en el año 1869; si bien es cierto que Francisco Solano López todavía seguía con vida, toda posibilidad de resistencia había desaparecido y el desenlace final era solo cuestión de tiempo. Sin gobierno real no había Estado. En septiembre de 1869 se instala en Asunción un Triunvirato como gobierno provisorio, bajo los auspicios de los aliados y en presencia de sus ejércitos. En este ambiente, se aprueba la constitución cuyo proyecto es preparado por Juan José Decoud.

La constitución sigue los lineamientos clásicos del liberalismo dominante en la época. Hay división de poderes, reparto de competencias y hay,

---

<sup>21</sup> En 1856 la constitución sufrió algunas modificaciones que tenían por objetivo primordial permitir a Francisco Solano López acceder al cargo de Presidente de la República, para lo cual se eliminó la inhabilidad de ser militar en servicio activo y se redujo la edad mínima a treinta años.

por primera vez en nuestra historia constitucional, un catálogo detallado de derechos fundamentales. Se prevé, además, un procedimiento para su propia reforma. Ninguna duda puede caber, pues, de que esta es una auténtica constitución, en todos los sentidos: formal y material. No tiene, sin embargo, legitimidad formal ya que no se siguió el procedimiento de cambio previsto en la constitución de 1844.

Conviene apuntar que todas las constituciones anteriormente analizadas tienen una norma fundamental —en el sentido kelseniano— que les otorga validez, y eso se comprueba por el mero hecho de que tuvieron efectiva aplicación hasta el momento en que se produce su cambio o reforma. Es difícil afirmar si también ha quedado satisfecha la regla de reconocimiento de Hart, porque con los datos que contamos no podemos determinar si ha existido o no su aceptación por parte de los jueces, aunque podemos presumir que también esto ha ocurrido. Creemos que también Bobbio habría estado de acuerdo en la existencia de la norma fundamental, puesto que los diversos Congresos (entendidos como *poder constituyente*) tenían el reconocimiento de sus atribuciones para dictar válidamente las diversas constituciones de ellos emanadas<sup>22</sup>. Lassalle habría afirmado que esta constitución —al igual que todas las anteriores— era el resultado esperado de la suma de los factores reales de poder.

La constitución de 1870 dura en el tiempo más que cualquier otro instrumento político anterior. Pero, en el año 1936 se produce una revolución que, nuevamente, altera la estabilidad constitucional. En efecto, el 17 de febrero de ese año se produce un levantamiento militar que destituye al Presidente Eusebio Ayala. Los militares sublevados emiten primero una “Proclama del Ejército Libertador” y luego un “Decreto Plebiscitario”. Este último documento, datado el día 19 de febrero de 1936, decía en la parte pertinente:

*Artículo 1º.- Designase Presidente Provisional de la República del Paraguay al ciudadano Coronel don Rafael Franco, con la misión de establecer el Gobierno que ha de realizar los ideales de grandezas nacional esbozados en el plebiscito del Ejército Libertador.*

---

<sup>22</sup>En el caso de la Constitución de 1870 no se trató de un Congreso sino de una Convención Constituyente con la atribución específica de dictar la nueva constitución.

**Art. 2º.-** *Autorízase al ciudadano Presidente Provisional designado a convocar en su oportunidad una Convención Nacional Constituyente que habrá de resolver sobre la organización moderna definitiva de la República y dictar Decretos Leyes que sean indispensables para proveer intereses vitales de la Nación, mientras dure el período del Gobierno Provisional.*

**Art. 3º.-** *La Carta Constitucional de 1870 será observada en su espíritu y preceptos fundamentales considerándose las circunstancias del momento histórico.*

Es importante señalar cuanto sigue. En primer lugar, el Presidente Provisional queda autorizado a gobernar por Decretos Leyes, sin restricción alguna, en todo lo que sea indispensable para proveer a los intereses vitales de la nación. En segundo lugar, y no menos importante, la constitución de 1870 debía ser observada en su espíritu y preceptos fundamentales, pero, “*considerándose las circunstancias del momento histórico*”. Esto es, la constitución no queda íntegramente invalidada aunque sí queda restringida en su aplicación y bajo la expresa salvedad de considerar las especiales circunstancias históricas que se vivían en ese momento.<sup>23</sup> En otras palabras, nadie podía decir a ciencia cierta lo que quedaba vigente de la constitución, ni cómo sería aplicado aquello que subsistía de ella. Podemos afirmar que la constitución de 1870 dejó de existir en su forma original, pero tampoco deja de haber una constitución. En suma, tenemos un nuevo orden constitucional, en cierto modo, inspirado en el anterior que no fue íntegramente derogado.

Lo cierto es que existen mecanismos de creación de normas y competencias para gobernar; todo concentrado en el Presidente Provisional. Hay, pues, una nueva constitución.

El 10 de marzo se dicta el Decreto Ley N° 152 que, entre otras cosas, declara *identificada la Revolución Libertadora del 17 de Febrero de 1936*

---

<sup>23</sup>Recordemos la afirmación de Kelsen de que las revoluciones frecuentemente no dejan sin efecto todo el orden jurídico anterior, sino solamente una parte del mismo, adoptando o “repcionando” fragmentos del viejo orden.

con el Estado de la República del Paraguay<sup>24</sup>. En la parte de sus considerandos afirma

*Que el Acta Constitucional del Primer Gobierno de la República<sup>25</sup>, se halla incorporado ya al derecho constitucional de la República con la trascendencia de una nueva Carta Magna que dispone sobre la futura organización del Estado ...*

*Que este acto supremo de soberanía invistió al Gobierno Provisional de un mandato imperativo, que este no podía eludir y que por el contrario deberá ejercerlo en toda la plenitud que le acuerdan las facultades expresamente establecidas en el Plebiscito Constitucional del Ejército Libertador, de que emanan sus atribuciones.*

La intención de los revolucionarios queda más que clara, respecto del valor del Decreto Plebiscitario del 19 de febrero. En efecto, el mismo es calificado como “*Plebiscito Constitucional*”, o como “*Acta Constitucional del Primer Gobierno de la República*”. Para que no quede duda acerca de su alcance, se dice de él que “*se halla incorporado ya al derecho constitucional de la República con la trascendencia de una nueva Carta Magna que dispone sobre la futura organización del Estado*”. El Decreto Plebiscitario es, pues, la nueva constitución del Paraguay, que acoge parcialmente y de manera condicionada a la vieja constitución de 1870.

Con motivo de la denegación del Hábeas Corpus a un grupo de ciudadanos, la cuestión llega al Superior Tribunal de Justicia. En su resolución del 21 de marzo de 1936 se califica al Decreto Plebiscitario del 19 de febrero como el “*Acta Constitucional*”. Señalándose, asimismo que:

---

<sup>24</sup> El Decreto dice en sus considerandos que *el advenimiento de la Revolución Libertadora en el Paraguay reviste la misma índole de las transformaciones sociales totalitarias de la Europa contemporánea, en el sentido de que la Revolución y el Estado son ya una misma e idéntica cosa.*

<sup>25</sup> Se califica más adelante como un “*acto supremo de soberanía*”. De modo que, si sumamos esta afirmación con la que se refiere al “*Primer Gobierno de la República*”, vemos claramente la pretensión de que se trata de una constitución originaria surgida de una revolución.

*... la apreciación de la salvedad que condiciona la vigencia de los principios y garantías fundamentales de la referida Constitución (la de 1870), queda reservada al Gobierno Provisional surgido de la Revolución<sup>26</sup>.*

La conclusión inevitable es que los tribunales reconocen el valor constitucional del Acta Plebiscitaria y que el contenido final de la nueva constitución está librado al arbitrio del Gobierno surgido de la revolución. Asumimos, pues, como satisfecha la exigencia de Hart para reconocer a la constitución de un país.

Luego de la caída del gobierno revolucionario de febrero del 36, queda restituida la constitución de 1870. Pero cuatro años después, nuevamente se produce un desequilibrio constitucional. En efecto, José Félix Estigarribia gana las elecciones presidenciales de 1939 y asume el cargo el 15 de agosto. Pocos meses después, en febrero de 1940, se produce la renuncia masiva –inducida– de todos los miembros del Congreso. El 18 de febrero Estigarribia asume la responsabilidad de la totalidad del poder político y dicta el Decreto N° 1 de 1940, que dice en la parte pertinente:

*Artículo 1°. Asumo la plenitud de los poderes políticos del Gobierno de la República.*

*Art. 2°. Declaro subsistente el Capítulo de la Constitución Nacional de 1870 relativo al Poder Judicial.*

*Art. 3°. Establécese una tregua en las actividades políticas de los partidos y agrupaciones.*

*Art. 4°. Declaro subsistentes los derechos y garantías consagrados por dicha Constitución de 1870 en lo que no se opongan a la nueva Organización del Estado Paraguayo.*

*Art. 5°. Oportunamente y de acuerdo con el Decreto legislativo de fecha 16 del presente mes, convocaré al pueblo a elecciones para la reunión de una Convención Nacional que deberá dictar la nueva Carta Política.*

*Art. 6°. Créase una comisión de juristas integrada por tres miembros encargados de formular el anteproyecto de la nueva Constitución, que deberá inspirarse en los principios de la democracia republicana representativa.*

---

<sup>26</sup> Prieto Yegros, Leandro. *Documentos Fundamentales del Pueblo Paraguayo*. Ed. Cuadernos Republicanos. Asunción, 1986. Págs. 126/27.

La similitud con lo acontecido cuatro años atrás es más que evidente. Se advierte la concentración de todo el poder en el presidente de la república y la constitución de 1870, de nuevo, queda solo parcialmente subsistente y su vigencia condicionada a que no se oponga a la nueva organización del Estado Paraguayo. La obra es la misma, solo cambian los actores.

Pues bien, el Decreto N° 1 de 1940, se convierte en la nueva constitución del Paraguay, que incorpora parcialmente la constitución de 1870. El nuevo ordenamiento constitucional –al igual que en 1936– es la amalgama de un decreto con jirones de la vieja constitución.

A la luz del análisis kelseniano podemos afirmar que: 1) la nueva constitución es formalmente ilegítima, porque no se ha seguido el proceso de cambio previsto en la constitución de 1870; 2) aparece una nueva norma fundamental presupuesta, que valida la nueva constitución, y; 3) el nuevo orden “recepiona” o adopta parte del viejo orden constitucional.

Una vez admitido que el Decreto N° 1 de 1940 es la nueva constitución del Paraguay, debemos tomar en consideración que el Art. 5° establece expresamente que “*Oportunamente y de acuerdo con el Decreto legislativo de fecha 16 del presente mes, convocaré al pueblo a elecciones para la reunión de una Convención Nacional que deberá dictar la nueva Carta Política*”. Esto es, se regula la manera en que habrá de producirse el cambio constitucional: por medio de una Convención Nacional, producto de elecciones.

Sin embargo, la posterior constitución, también del año 1940, no es el resultado de las deliberaciones de una Convención, sino, nuevamente, de un acto unilateral. En efecto, el Decreto Ley N° 2242 del 10 de julio de 1940, dice:

**“YO, JOSÉ FÉLIX ESTIGARRIBIA,  
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY,**

**DECRETO Y SANCIONO:**

**Artículo 1°.-** *Desde esta fecha entra en vigencia la presente Constitución, en substitución de la Carta Política de 1870.-*

**Artículo 2°.-** *Somete la presente Constitución al veredicto del pueblo, a cuyo efecto convoco a todos los ciudadanos a plebiscito, que se realizará el*

*4 de agosto próximo venidero, de acuerdo con las leyes electorales vigentes y a la reglamentación que se dictará oportunamente.*

**Artículo 3º.-** *Comuníquese, publíquese y dése al Registro Oficial”.*

Fácil es advertir que no hubo la prometida convención, y que el método de legitimación de la nueva constitución se sustituye por un plebiscito. Consiguientemente, esta también adolece del vicio de falta de legitimidad formal. Curiosamente, la norma fundamental que inicialmente valida la constitución es un *Decreto Ley*<sup>27</sup>, dado que la nueva constitución es sancionada y entra en vigencia por virtud del Decreto Ley y en la misma fecha del 10 de julio de 1940; antes incluso de la celebración del plebiscito del mes de agosto. Es de advertir que no solamente la nueva constitución entra en vigencia por virtud de un Decreto Ley, sino que también la anterior es derogada por el mismo Decreto Ley. El orden de prelación ausente por completo.

La siguiente constitución es la de 1967, que sigue el proceso de cambio previsto por la anterior, por lo que su validez formal no puede ser cuestionada. Lo mismo puede decirse de la constitución de 1992. Estas dos, no son, desde luego, constituciones extraviadas<sup>28</sup>, por lo que no caen en el ámbito del presente análisis.

La convulsionada historia política del Paraguay deja su rastro indeleble no solamente en revoluciones, cuartelazos, muertes, apresamientos, destierros, etc., sino también en los instrumentos normativos que les escoltan. Visto desde esta perspectiva, el Paraguay es, a no dudarlo, un excelente campo de pruebas para la teoría de Kelsen que, una vez más, muestra su enorme fuerza explicativa.

---

<sup>27</sup> En este caso no se trata de una norma presupuesta, sino que contamos con un instrumento normativo histórico y concreto. Sí corresponde apuntar que el Decreto Ley requiere, a su vez, una norma fundamental que lo valide, y allí volvemos a la teoría del presupuesto lógico trascendental de Kelsen. Tal vez podría sostenerse que la Constitución de 1940 cambia, en un momento dado, su fundamento de validez, pasando del Decreto Ley al plebiscito.

<sup>28</sup> Ya casi al concluir el presente artículo he tenido acceso al libro *Paraguay: Itinerario Constitucional*, del Dr. Conrado Pappalardo. En él pueden encontrarse los textos de las “constituciones extraviadas” de las que hablamos.

**BIBLIOGRAFÍA**

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Ed. Debate, Madrid, 1999.

Cardozo, Efraím. *Paraguay Independiente*. Ed. Servilibro. Asunción. 2010.

Díaz, Elías y Ruiz Miguel, Alfonso. *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Editorial Trotta. Madrid. 1996.

Decoud, Héctor Francisco. *La Convención Nacional Constituyente y la Carta Magna de la República*. Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso. Buenos Aires, 1934.

Garay, Blas. *La Revolución de la Independencia del Paraguay. La Junta Superior Gubernativa. El Primer Consulado*. Ed. Servilibro. Asunción. 2009.

Guastini, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Ed. Fontamara. México. 2013.

Guastini, Riccardo *Otras Distinciones*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2014.

Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Clarendon, Oxford, 1961.

Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ed. Universidad Autónoma de México. México 1988.

Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires. 1946.

Moreno, Fulgencio R. *Estudios sobre la Independencia del Paraguay*. Intercontinental. Asunción. 2011.

Pappalardo Zaldívar, Conrado. *Paraguay: Itinerario constitucional*. Intercontinental Editora. Asunción. 1993.

Prieto Yegros, Leandro. *Documentos Fundamentales del Pueblo Paraguayo*. Ed. Cuadernos Republicanos. Asunción, 1986.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimo tercera edición, 2014.





# *Jurisprudencia*

---

## **JURISPRUDENCIAS DESTACADAS**

### **SENTENCIA DEFINITIVA N° 20**

***Cuestión debatida:** En el presente fallo se estudió la acción de amparo, presentado por la señora M. C. G., contra el Dr. P. G., director médico de la Clínica G., en base a que la mencionada clínica, ha limitado sus derechos al negarle la continuación del tratamiento de fecundación in vitro que le permitiría quedarse embarazada y continuar con el procedimiento de implantación de los embriones a la Sra. M. C. G., en razón a la negativa de su pareja el señor C. H., quien ya no quiso continuar con el tratamiento y posteriormente comunicando al médico. La decisión del tribunal se centra en la interpretación Constitucional, artículo 4° “Del Derecho a la vida”, y el artículo 4° de “la Convención Americana de Derechos Humanos”, en razón que no existe una legislación referente a la fecundación in vitro en nuestro país.*

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 12**

***Cuestión debatida:** El caso que fue decidido por el Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, es en relación a la impugnación de Sentencia N° 20 de fecha 03 de octubre de 2018, que no hizo lugar al Amparo Constitucional, presentado por la señora M. C. G. G., en contra del Doctor P. G., propietario de la Clínica G., al no acceder el mismo a la conclusión del tra-*

## JURISPRUDENCIA

*tamiento “Fecundación In Vitro”, faltando solo la última etapa, implantación de los embriones en el útero de la señora M. C. G. G., en razón de la negativa del señor C. H., pareja de la amparista de continuar con el tratamiento. El presente fallo se centra desde que momento el embrión es concebido y considerado persona humana y gozando de los derechos consagrados en nuestra Carta Magna, “Derecho a la vida”. No encontrándose regulado el proceso de fecundación in vitro en nuestra legislación paraguaya.*



## PRIMERA INSTANCIA JUZGADO PENAL DE LA ADOLESCENCIA

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 13

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

#### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo.**

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

categoría de hijos post-póstumos, con violación de la regla sucesoria que exige sobrevivir al causante para heredarle.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo.**

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

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

**Juzg. 1ra. Inst. N. y A. 08/06/2018. “Amparo Constitucional promovido por los Abogados Aurora María Bareiro y Geza Poka, en representación de la señora M. C. G. G. en contra del Dr. P. P. G., Director Médico de la C. G. y sus representantes legales” (S.D. N° 13).**

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

RESULTA:

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

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

QUE, a fs. 7/18 de autos obra el escrito de promoción de la garantía constitucional de amparo en los siguientes términos “... Que por medio del presente escrito acudimos ante esta Magistratura a su cargo, a los efectos de promover acción de Amparo Constitucional, de conformidad a la disposición constitucional del Art. 134, en concordancia con las previsiones procesales de los Artículos 565 y siguientes del Código Procesal Civil, contra el Dr. P. P. G., Director Médico de la C. G., y sus representantes legales, sito en la A. P. N° XXXX c/ A. E., de esta Capital, en los siguientes términos: Nuestra mandante, la señora M. C. G. G., fue y sigue siendo paciente del

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

Que, a fs. 19 de autos, obra la providencia de fecha XXXX de XXXX de XXXX, donde este Juzgado tuvo por iniciado el juicio de AMPARO CONSTITUCIONAL promovido por los Abogados AURORA MARIA BAREIRO, con Matrícula N° 32.670 y GEZA POKA, con Matrícula N° 10669, contra el DR. P. P. G., DIRECTOR MÉDICO DE LA C. G., Y SUS REPRESENTANTES LEGALES. De la misma, con los documentos presentados, córrase traslado a la parte demandada. Quedan habilitados por imperio de ley, días y horas inhábiles de conformidad a lo establecido en el Art. 585 del C.P.C. Señalase audiencia para el día XXXX de XXXX de XXXX, a las XXX horas, a los efectos de la substanciación del presente Amparo Constitucional, de conformidad a lo previsto en el Art. 573 del C.P.C., ante este Juzgado. Con

relación a la medida de urgencia solicitada, no hacer lugar, en atención a que la misma hace a la cuestión de fondo. A los demás puntos del petitorio, téngase presente para su oportunidad.

Que, la parte accionada no compareció a la audiencia de substanciación del presente Amparo, presentando un escrito en fecha XXXX de XXXX de XXXX, donde el Sr. P. P. G., bajo patrocinio del Abogado RAFAEL A. SALOMONI, con Matrícula N° 3400, contesta el presente Amparo Constitucional, en los siguientes términos: Que, por medio del presente escrito vengo a contestar el traslado del amparo promovido por la ciudadana M. C. G. G., quien es paciente de la C. G., donde cumpla funciones de Director Médico y en ese sentido manifiesto: Que, la señora, M. C. G. G., fue y sigue siendo paciente de la mencionada clínica, debido a que la misma había realizado un tratamiento de fecundación in vitro acompañado del estudio denominado “Diagnóstico genético Preimplantario”, que por razones médicas era necesario para la amparista. Que, para dicho efecto, se tomaron las medidas necesarias y en ese sentido se siguió con el protocolo para tal situación, iniciando el tratamiento y cumpliendo con cada etapa del mismo, hasta finalmente llegar a la etapa conclusiva, faltando nada más la implantación o transferencia embrionaria a la paciente, sin embargo la persona que acompañó el tratamiento decidió no continuar, razón por la cual había decidido suspender aquello, mientras tanto no lleguen a un acuerdo o medida judicial para la continuación de ese tratamiento, teniendo en cuenta que tampoco es viable éticamente desechar los embriones obtenidos listos para su implantación. Considerando lo relatado precedentemente y la petición razonable que realiza la Señora C. G., mediante el presente amparo, manifiesto que mi parte deja al sano criterio de V.S. la decisión final y considere pertinente, quedándome sujeto a la misma por así corresponder en derecho.

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

Que, el Juzgado en audiencia resolvió: ORDENAR la apertura de la CAUSA A PRUEBA, de conformidad Art. 574 C.P.C. ADMITIR las pruebas Instrumentales ofrecidas por la parte actora. Líbrese oficio a la C. G., a fin de que remita copia autenticada de los documentos obrantes relativos al

tratamiento de fecundación in vitro de la paciente M. C. G. G., con C.I. N° XXXX.

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

CONSIDERANDO

QUE, el art. 134 de la Constitución Nacional reza “Toda persona que por un acto y omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular”, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria puede promover amparo ante el magistrado competente”.

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

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

## JURISPRUDENCIA

paternidad y maternidad, difícilmente encajables en las categorías. Se crea una nueva categoría de hijos post-póstumos, con violación de la regla sucesoria que exige sobrevivir al causante para heredarle.

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

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

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

RESUELVE:

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

2º) IMPONER las costas en el orden causado.

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

JUECES: María Teresa Franco Carrera.

ANTE MÍ: Abg. Jessika Verocay - Actuaría Judicial.

\*\*\*

# TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

## ACUERDO Y SENTENCIA N° 5

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

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

¿Por qué afirmar que el ser humano comienza con la fecundación? Simplemente porque allí irrumpe una novedad, que no es más ni una célula paterna ni materna; que tiene una nueva capacidad de desarrollar un plan continuo, autónomo y progresivo que presenta una identidad propia, única e irrepetible<sup>1</sup>.

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

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

---

<sup>1</sup> Trabajo presentado en el ciclo de Conferencias de la PERSONA HUMANA, Persona por Nacer.

Así las costas, el Art. 4 de la Constitución Nacional establece: DEL DERECHO A LA VIDA. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción...”. En ese contexto si bien la situación legal de la fecundación in vitro en el Paraguay, no cuenta con una regulación en nuestro ordenamiento jurídico, entre la voluntad de las partes manifestada en un contrato y el respeto a una vida distinta en gestación, la vida en desarrollo, tiene prioridad.

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

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

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

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

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

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

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

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

Corresponde hacer notar que, en lo atinente al contrato aludido, en autos sólo consta la afirmación de su existencia por parte de la clínica y la

---

<sup>2</sup> CIDH, Baby Boy vs Estados Unidos (1981, casi n° 2141).

amparista, el mismo nunca fue agregado, por lo que si se pretende que tenga efectos, no puede ser solamente un mero comentario, sino que debe convertirse en algo palpable, tangible, verosímil, a fin de que la Juzgadora pueda también basarse en el mismo para dictar la correspondiente resolución, siendo esta negativa la base fundamental del amparo promovido.

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

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

### **NULIDAD. Nulidad Absoluta.**

La fórmula que propone Alsina<sup>3</sup> es la siguiente: “...donde hay indefensión hay nulidad, si no hay indefensión, no hay nulidad...”.

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

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

Como se puede observar, este Tribunal se encuentra facultado, por imperio de la ley, a declarar la nulidad cuando se han violado mandatos constitucionales, tal como es el caso en el presente juicio, por lo que a los

---

<sup>3</sup> ALSINA, HUGO: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, p. 652.

efectos de subsanar tales circunstancias, corresponde declarar la nulidad de la S.D. N° 13 de fecha 08 de junio de 2018, dictada por el Juzgado Penal de la Adolescencia del Segundo Turno de la capital.

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

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

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

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

**C U E S T I Ó N:**

¿Se ajusta a derecho la sentencia recurrida?.

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

Por la resolución impugnada, la Jueza Penal de la Adolescencia Abog. MARIA TERESA FRANCO CARRERA ha resuelto: “...1°) NO HACER LUGAR a la acción de Amparo Constitucional promovida por los Abogados AURORA MARIA BAREIRO con Matrícula N° 32.670 Y GEZA POKA con Matrícula N° 10.669, en Representación de la Señora M. C. G. G., con C.I. N° xxxx contra el DR. P. P. G. DIRECTOR MÉDICO DE LA CLINICA G. por improcedente, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente

resolución.; 2°) IMPONER las costas en el orden causado; 3°) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia...” (Sic).

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

mujer, ahora ésta es la única oportunidad que tiene. En nuestro país, no contamos con legislación alguna al respecto y ante este vacío legal no queda de otra que volver a la Ley máxima, la cual es la Constitución Nacional, de donde surgen todas las demás leyes, y a través de la misma solicitar el cumplimiento de una garantía de rango constitucional, que no es nada más y nada menos que la preservación de la vida. El embrión humano o nasciturus como objeto de derechos, posee desde nuestra óptica, el comienzo o inicio de la persona humana. Es preciso reconocer el carácter de persona del embrión humano desde el momento mismo de la fecundación. Es así que a partir de que el espermatozoide penetre el óvulo comienza la existencia de la persona humana y desde entonces el embrión debe ser sujeto de derechos que la legislación de cada país le debe reconocer. En nuestra legislación, estos embriones se encuentran protegidos por lo mencionado en el Art. 4 de la Constitución Nacional, el Art. 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 1680/2001, y demás acuerdos y tratados internacionales que se mencionan en este escrito. Lo resuelto por la SD 13/2018, dejaría justamente a esos embriones sin la protección necesaria y condenados a su eliminación, conculcando nuestro propio ordenamiento legal y la mayor garantía constitucional que es la vida humana. De acuerdo a todo lo relatado precedentemente, se puede notar que el embrión es una vida que tiene que desarrollarse y no ser sometida a la voluntad de las partes que ya habían acordado someterse al procedimiento de fecundación in vitro, y al momento que se dio inicio al mismo, escapa a la mera voluntad y prevalece la VIDA HUMANA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y UNIVERSAL, siendo procedente reafirmar la petición que originariamente se realizó en el amparo promovido, dando lugar al mismo, con lo cual se estará dando también oportunidad a una o más vidas humanas. DERECHOS INVOCADOS. I. CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 4 Del Derecho a la Vida... Artículo 6 De la Calidad de Vida...Artículo 40 Del derecho a Peticionar a las Autoridades...Artículo 54 De los derechos y garantías no enunciados. Artículo 49 – De la Protección de la familia...Artículo 55 De la maternidad y de la paternidad...Artículo 68 Del derecho a la Salud...Artículo 69 Del sistema Nacional de Salud... Artículo 134 Del amparo... Artículo 137 De la supremacía de la Constitución... Artículo 141 De los tratados internacionales...CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS/PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA...Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos... Artículo 2 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho

Interno...Artículo 4 Derecho a la Vida...Artículo 17. Protección a la Familia...Artículo 25 Protección Judicial...PACTO INTERNACIONES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 9, 10, 11.1.2, Artículo 12.1.2. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Ley 1680/2001. Art. 9 De la Protección de las personas por Nacer... Por tanto al Tribunal Penal de la Adolescencia respetuosamente se solicita HACER lugar a la acción de amparo promovida en representación de la señora M. C. G. G., y en consecuencia, ordene al Dr. P. P. G. continuar con el tratamiento de fecundación in vitro iniciado en marzo del 2017 y en ese sentido proceder a la fase final de la transferencia embrionaria al útero de la señora M. C. G. G.” (Sic).

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

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

Que, este A-quem, considera pertinente, antes de cualquier otra consideración, dejar en claro que el AMPARO es una medida o remedio de carácter excepcional, de trámite breve, sumario y especial. Es una vía reservada para cuestiones no conflictivas, destinada única y exclusivamente para la restauración de una garantía constitucional, para el caso en que por un acto ilegítimo de una autoridad o de un particular se vea conculcada o en peligro inminente de serlo, siempre y cuando que por la urgencia del caso, no permita acudir a la vía ordinaria para lograr dicho objetivo. Esta Magistratura, pasa seguidamente a examinar si en el caso de autos se dan los presupuestos de orden fáctico y legal, que hagan posible la pretensión del recurrente, garantía que se halla consagrada en el Art. 134 de la Constitución Nacional, que establece: ... “Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente o en peligro de serlo en derechos o garantías consagrados en esta constitución o en la ley y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el Magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía o para establecer inmediatamente la situación jurídica infringida”.

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

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

lograrse en un amplio debate, el procedimiento breve y sumario del amparo es a todas luces insuficiente y debe necesariamente recurrirse a las vías administrativas previas.

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

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

Establecida la cuestión debatida en esta instancia, corresponde realizar algunas consideraciones respecto al thema decidendum. En ese sentido, tenemos que el término in vitro proviene del latín y significa “dentro del vidrio”, y hace referencia a la fecundación entre el óvulo y el espermatozoide que se produce fuera del vientre materno. Esta técnica se utiliza cuando se encuentran obstáculos insuperables que impiden que la fecundación se realice dentro del cuerpo humano<sup>4</sup>.

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

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

---

<sup>4</sup> 2 Tullio, Ángel. Diccionario médico-legal. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 243.

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

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

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

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

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

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

En ese contexto, el objetivo de la ley es proteger a todos, aún en aquellos casos en los que se susciten controversias, porque es mejor, ante la duda: proteger que avasallar los derechos de un solo ser humano, y no hay más ley inhumana que desproteger la vida frágil<sup>5</sup>.

¿Por qué afirmar que el ser humano comienza con la fecundación? Simplemente porque allí irrumpe una novedad, que no es más ni una célula paterna ni materna; que tiene una nueva capacidad de desarrollar un plan continuo, autónomo y progresivo que presenta una identidad propia, única e irrepetible<sup>6</sup>.

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

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

---

<sup>5</sup> La protección de la Persona Humana. Persona por nacer. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>6</sup> Trabajo presentado en el ciclo de Conferencias de la PERSONA HUMANA, Persona por Nacer.

Así las cosas, el Art. 4 de la Constitución Nacional establece: DEL DERECHO A LA VIDA. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción...”. En ese contexto si bien la situación legal de la fecundación in vitro en el Paraguay, no cuenta con una regulación en nuestro ordenamiento jurídico, entre la voluntad de las partes manifestada en un contrato y el respeto a una vida distinta en gestación, la vida en desarrollo, tiene prioridad.

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

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

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

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

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

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

Es importante, tener en cuenta que el propio Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre los Derechos del Niño, afirman el deber de los Estados partes de proteger al niño por nacer, quien “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento<sup>7</sup>. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31.2, el preámbulo de un tratado es una parte esencial del mismo. Además, los Artículos 6.2 y 24. 2d) de la Convención de los Derechos del Niño, así como el principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo el “adecuado cuidado prenatal”.

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

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

Finalmente, tomando en consideración todo lo expresado en el subexamine, se puede entonces sostener, que en el presente caso corresponde REVOCAR la sentencia apelada, y en consecuencia HACER LUGAR a la acción de amparo interpuesta por la Sra. M. C. G. G. contra el Dr. P. P. G.,

---

<sup>7</sup> CIDH, Baby Boy vs Estados Unidos (1981, casi n° 2141).

Director Médico de la CLÍNICA G., por las sólidas argumentaciones expuestas precedentemente.

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

VOTO DE LA MAGISTRADA CLARA ESTIGARRIBIA MALLADA

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

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

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

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

La importancia de este trámite procesal es trascendental, pues no podemos apartarnos de una patente realidad: el mismo, en caso de darse continuidad al tratamiento, sería nada más y nada menos que el progenitor de la criatura, por lo que su presencia en esta acción constitucional se torna muy importante y hasta necesaria, de tal manera a brindarle la posibilidad

de ser oído y cumplir así con derechos de raigambre constitucional como lo es el de la defensa en juicio, por lo que la sentencia recurrida se encuentra revestida de un vicio insoslayable, ya que ha sumido al Sr. C. H. en una clara indefensión. Al respecto, el artículo 16 de la C.N. establece: “De la defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable...”

La fórmula que propone Alsina<sup>8</sup> es la siguiente: “...donde hay indefensión hay nulidad, si no hay indefensión, no hay nulidad...”.

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

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

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

VOTO DE LA DRA. IRMA ALFONSO DE BOGARIN.

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

Del análisis de las constancias en autos surge que en la presente acción de amparo constitucional impetrada por la accionante, se ha omitido dar intervención al Sr. C. H. (ex pareja de la Sra. M. C. G.), quién en común acuerdo con la amparista, ha firmado un contrato donde se ha estipulado los términos del tratamiento, así como el alcance del mismo, según asevera-

---

<sup>8</sup> ALSINA, HUGO: “Tratado de Derecho Procesal Civil”, p. 652

ciones hechas por las partes intervinientes en autos, sin que tal circunstancia pueda ser comprobada ante la inexistencia del documento obligacional base de la presente acción.

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

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

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

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

La legitimación es una condición en la causa o relación jurídica sustancial (activa o pasiva) que se refiere a la calidad de parte en todo juicio e

implica que la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra las personas obligadas por ley para satisfacerlo. En principio corresponde al actor acreditar tal circunstancia, vale decir la calidad de titular del derecho y la calidad de obligado del demandado; sin embargo, en los juicios de amparo, debe analizarlo el juzgador aun de oficio e incluso el tribunal de alzada aunque no haya sido tema de la apelación.

Conteste con esta postura el doctrinario Peyrano sostiene que la legitimación para obrar (activa o pasiva), no es otra cosa que: "...la aptitud de un sujeto o de una pluralidad de sujetos para postular proveimientos en determinado proceso, procedimiento, tramos o aspectos de los mismos"<sup>9</sup>. Así también Couture expresa: "¿Que es, pues, legitimación procesal? Expresado en las palabras más sencillas, es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela de un derecho"<sup>10</sup>.

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

Hechas estas apreciaciones conforme a las normativas citadas, y en atención a la circunstancia particular del caso, considero indispensable para la correcta y válida prosecución del juicio dar intervención al Sr. C. H., en razón al interés trascendental que el mismo tenga la oportunidad de ser oído, con el evidente propósito de contar con la posibilidad cierta de expresarse sobre el hecho en cuestión, brindando todo cuanto crea conveniente en su descargo y, a su vez, proponer el diligenciamiento de pruebas u actos que estime conducentes para la posición que asuma. Pues, caso contrario, estaríamos al arbitrio de que la amparista, de manera unilateral, imponga obligaciones a espaldas de la otra parte, también legitimada a ejercer su defensa en juicio, quebrantándose así con notoria y flagrante vulneración el

---

<sup>9</sup> Peyrano, Jorge W. 1996. "Legitimaciones atípicas. La Legitimación", Libro homenaje a Lino Enrique Palacio, Morello, Augusto M. Coord. Edit. Abeledo-Perrot. Bs.As., Argentina.

<sup>10</sup> Couture, Eduardo. 1951. Estudio de derecho procesal. Tomo III. Edit. EDIAR.

## JURISPRUDENCIA

debido proceso custodiado en tratados internacionales y consagrado en nuestra Carta Magna.

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

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

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

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

**R E S U E L V E:**

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

2) COSTAS, en el orden causado.

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

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

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

\*\*\*

# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

## Sala Constitucional

### AUTO INTERLOCUTORIO N° 4

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

#### **PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Acción en el proceso civil.**

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

#### **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad.**

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

descalificarlas por arbitrariedad, y no se demuestra lesión concreta a derechos de rango constitucional.

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

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Acción de Amparo.**

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

**C.S.J. Sala Constitucional. 04/02/2019. Acción de Inconstitucionalidad promovida por C.H.G. en los Autos caratulados: "Amparo promovido por M.C.G.G. c/ P.P.G., Director de la Clínica G. (A. I. N° 04).**

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

**CONSIDERANDO:**

Que el accionante se agravia contra el fallo dictado por el Tribunal de Alzada, que por unanimidad resolvió: "...2- Revocar la S.D. N° 20 de fecha 03 de octubre del 2018, dictada por la Jueza Penal de la Adolescencia del

Primer Turno... 3- hacer lugar al amparo constitucional planteado y consecuentemente, ordenar al Dr. P.P.G. de la Clínica G., continuar con el procedimiento de implantación de los embriones a la Sra. M.C. G...”.

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

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

El Art. 12 de la Ley 609/95 establece: “No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad en cuestiones no justificables, ni a la denuncia que no precise la norma constitucional afectada, ni justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria”.

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

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

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

En apoyo de esta tesitura, y respecto a la improcedencia, en general, del recurso extraordinario - o Acción de Inconstitucionalidad en nuestro sistema – planteado contra resoluciones que no revisten carácter de definitivas en sentido material, NESTOR PEDRO SAGÜES, sostiene: "... Aquí confluyen dos motivos: por un lado, el principio de buen orden en los pleitos, que exige que ellos se concluyan según las prescripciones procesales en vigor. Por otro, razones de economía de la causa, de tal modo que se torne innecesaria la intervención de la Corte Suprema..." (Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, pág. 137).

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

POR TANTO, la  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA CONSTITUCIONAL  
RESUELVE:

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

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ORDENAR la agregación de las instrumentales presentadas.  
RECHAZAR in límite la presente acción de inconstitucionalidad.  
ANOTAR y notificar.

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

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

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1507**

***Cuestión debatida:** El accionante plantea acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 1286/87, art. 12, por considerar agravante y discriminatorio dicho artículo al otorgar jubilación forzosa u obligatoria de los trabajadores sujetos al sistema de seguridad Social que configuren las condiciones de edad y antigüedad legal.*

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria.**

Ante esta situación, resulta ininteligible el caso sometido a estudio, porque los argumentos que sustentan los supuestos agravios de la impugnación no contienen en sí mismos a la “afectación” en relación con el contenido y alcance de la norma impugnada. Sin “afectación” no existe parámetro alguno para determinar la efectividad del reclamo del accionante, tendiente a valorar la inconstitucionalidad del acto normativo impugnado.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.**

El derecho, como resultado de la convivencia humana y de la interacción de las conductas sociales, no es ilimitado en su ejercicio, sino que debe ejercerse dentro del marco de ciertos límites que impone la referida convivencia, y dentro de un régimen de reciprocidad, que tiene su punto más prominente en la consideración del bien común. En esa línea, los derechos fun-

damentales de las personas están sujetos a límites, ya sean explícitos o implícitos, lo que no significa ni equivale a desconocer o denegar tales derechos.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.**

En efecto, la doctrina tiene dicho que: “Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos –forzosa e inevitablemente– a ciertos límites [...] la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común” (Jaime Guzmán, citado en “El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad”, Renato Cristi, LOM Ed., 2000, Santiago de Chile).

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.**

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.**

La determinación por vía legislativa de una limitación no expresada en el texto constitucional, pero que deriva implícitamente del derecho de terceros o del bien común general, siempre debe seguir ciertos requisitos, entre los cuales se cuenta la cláusula del contenido esencial de derechos y la exigencia de justificación, ya que la facultad normativa de las limitaciones de derechos constitucionales no puede ser ejercida de manera arbitraria. (Prieto Sanchís, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003, págs. 232/241). En consecuencia, las reglamentaciones normativas de derechos subjetivos particulares, aún los de

rango constitucional, solo serán inconstitucionales si no están fundamentadas, si la regulación carece de razonabilidad y de proporcionalidad, o si afecta de tal modo el contenido del derecho subjetivo, que desnaturaliza su contenido esencial y termina anulándolo o menoscabándolo gravemente.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.**

Surge de las propias manifestaciones del accionante que éste cuenta con 28 años de cotización al IPS y, teniendo en cuenta copia de su cédula (fs. 02), a la fecha cuenta con 63 años, por lo que se hallan reunidos los requisitos referidos y la medida no va en detrimento de sus derechos, ni siquiera en cuanto a la posibilidad de que pueda volver a convenir una relación laboral con su mismo empleador o con otro, con posterioridad a su jubilación (lo que no ocurre en la función pública, por la prohibición de reingreso impuesta a los jubilados del sector público), de acuerdo con el propio Código del Trabajo (Art. 94) y con el artículo 32 de la ley 430/73, al que se remite el artículo impugnado, transcritos más arriba. Es decir, no existe óbice legal para que el trabajador del sector privado, no obstante haberse acogido a la jubilación, vuelva a concertar contrato de trabajo, por sentirse aún en condiciones físicas y psíquicas aptas para hacerlo.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. JUBILACIÓN. Jubilación obligatoria. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derechos humanos.**

Es cierto que la discriminación está proscripta en nuestra Constitución, de forma genérica en el Art. 46 ; y de manera concreta en el ámbito laboral por motivo de la edad, de acuerdo con el Art. 88, pero, insisto, la norma impugnada no entraña discriminación alguna con respecto a los trabajadores que han llegado a la vejez en relación con los más jóvenes, dado que al establecerse la extinción de la relación de trabajo por haber alcanzado el trabajador la edad prevista en la norma impugnada (y cumplir indefectiblemente los requisitos de cotización), éste pasa a ser sujeto propio del sistema de Seguridad Social, al que corresponde la cobertura a través de la pensión pertinente, y una asistencia social dirigida a su bienestar, por lo que la norma de marras no puede ser reprochada de inconstitucional.

**C.S.J. Sala Constitucional. 01/11/2017. Acción de Inconstitucionalidad: “Florentín Gómez del Puerto c/ el Art. 12° de la Ley N° 1286/87”. Año: 2014 – N° 1644 (Ac. y Sent. N° 1507).**

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El señor FLORENTÍN GÓMEZ DEL PUERTO, por sus propios derechos y bajo patrocinio de abogado, se presenta ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia para promover Acción de Inconstitucionalidad contra el Artículo 12 de la Ley N° 1286/87, “QUE MODIFICA Y AMPLIA DISPOSICIONES DE LAS LEYES QUE RIGEN EL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (IPS)”.

Alega el profesional abogado que se encuentran vulnerados los Artículos 6, 46, 47, 57, 86, 92, 103 de la Constitución, y fundamenta su acción manifestando, entre otras cosas, que la normativa impugnada “(...) me expone a la pérdida de mi estatus salarial, el nivel social y profesional, más que eso, pondría en duda la posibilidad de vivir dignamente desde los 65 años con un tope jubilatorio menor a MI SUELDO ACTUAL (...)”.

El **impugnado Artículo 12 de la Ley N° 1286/87** dice: “El Asegurado que se encuentra en la situación prevista en el **Artículo 32 de la Ley N° 430/73** no solicitare los beneficios que le corresponde, su empleador podrá recurrir al Instituto de Previsión Social para que éste los otorgue de oficio” (negritas y subrayado son míos).

El **Artículo 32 de la Ley N° 430/73** “QUE ESTABLECE EL DERECHO AL BENEFICIO DE JUBILACIONES Y PENSIONES COMPLEMENTARIAS A CARGO DEL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL”, **modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 560/75** “QUE MODIFICA EL ART. 28 INCISO b) Y EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY N° 430/73 “QUE ESTABLECE EL DERECHO AL BENEFICIO DE JUBILACIONES Y PENSIONES COMPLEMENTARIAS A CARGO DEL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL”, que fuera aludido por la norma impugnada dice:

**“Art. 32. El Afiliado que reúna los requisitos necesarios para obtener conjuntamente la pensión que le corresponde por la Ley N° 375 y sus modificaciones y la jubilación ordinaria de acuerdo con**

**la presente ley**, o en su caso, la jubilación extraordinaria conforme al artículo 43º de esta misma ley, juntamente a la pensión obtenida por la mencionada Ley N° 375 y sus modificaciones, **está obligado a acogerse a los beneficios que le corresponde**. Una vez otorgados tales beneficios, el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo sin obligación de pagar indemnización por despido.

No obstante la pensión y jubilación conjunta, o la jubilación extraordinaria más la pensión ordinaria, el empleador y el trabajador podrán convenir una nueva relación laboral”. (negritas y subrayado son míos).

La norma impugnada concede “facultad” al empleador para solicitar que el I.P.S. “de oficio” conceda la jubilación al asegurado en el caso de que el propio asegurado no lo solicitase, a los efectos de que la “situación jurídica de jubilado”, de quien ha reunido “todos” los requisitos para acceder a los beneficios de la jubilación (edad, años de servicio y pago de aportes), quede definida y consolidada bajo el imperio de la Ley.

Es de aclarar que no se adquiere el derecho a la seguridad social, consagrado en nuestra Ley Suprema en su Artículo 95 “DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, por el simple hecho de ser una persona humana, como sí sucede con los derechos fundamentales. **Para ser titular del derecho a la seguridad social es preciso acreditar en forma fehaciente el cumplimiento de los requisitos que la Ley de manera general impone para adquirirlos.**

Dicho esto, entendemos que lo que pretende la norma impugnada es el debido cumplimiento de la ley, para que el I.P.S. como órgano de aplicación, conceda la jubilación a quien por derecho le corresponda.

Cabe mencionar que la norma impugnada encuentra su fundamento en las prescripciones de la **Ley N° 430/73 “QUE ESTABLECE EL DERECHO AL BENEFICIO DE JUBILACIONES Y PENSIONES COMPLEMENTARIAS A CARGO DEL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL”**, cuyo **Artículo 18** dice: **“La Jubilación ordinaria se adquirirá cuando el Afiliado cumpla (60) sesenta años de edad** y tenga (20) veinte años como mínimo de servicios reconocidos o (55) cincuenta y cinco años de edad y (25) veinte y cinco años como mínimo de servicios reconocidos también ante el Beneficio (...)”. (negritas y subrayado son míos).

Cuestión ésta que desvanece la pretensión del accionante, tornando improductivo el control de constitucionalidad promovido, pues ante la plena

vigencia de la norma transcrita la actividad jurisdiccional reclamada por el accionante quedaría desprovista de toda consecuencia jurídica.

Ante esta situación, resulta ininteligible el caso sometido a estudio, porque los argumentos que sustentan los supuestos agravios de la impugnación no contienen en sí mismos a la “afectación” en relación con el contenido y alcance de la norma impugnada. Sin “afectación” no existe parámetro alguno para determinar la efectividad del reclamo del accionante, tendiente a valorar la inconstitucionalidad del acto normativo impugnado.

Tal interpretación, deja vacío de contenido el pronunciamiento de esta Corte, reduciendo su alcance a una mera satisfacción moral para el accionante. Cabe resaltar que esta alta instancia judicial es incompetente para hacer pronunciamientos sin efecto jurídico alguno.

Por lo tanto, en virtud a lo brevemente expuesto, opino que corresponde rechazar la presente acción de inconstitucionalidad. Es mi voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Coincido con la conclusión arribada por la distinguida Colega Preopinante, Dra. Gladys Bareiro de Médica, en cuanto propone rechazar la presente acción de inconstitucionalidad, pero de acuerdo con los fundamentos que se apuntan a continuación:

El núcleo de los agravios del accionante, y sustento de la inconstitucionalidad que el mismo predica respecto de la disposición legal que impugna –Art. 12 de la ley N° 1286/87– es el carácter forzoso u obligatorio que, en su apreciación, dicho artículo otorga a la jubilación de los trabajadores sujetos del sistema de Seguridad Social, al facultar al empleador a solicitar al ente previsional el otorgamiento de oficio del beneficio de la jubilación, en el supuesto de que el trabajador que reúna todos los requisitos necesarios para jubilarse (edad y años de servicios reconocidos), no haga ejercicio de dicho derecho en forma voluntaria. Dicha circunstancia, a criterio del accionante, implica un trato discriminatorio por razón de la edad, además de comportar el peligro de un inminente despojo de su puesto de trabajo, pues su empleadora, la Entidad Binacional Yacyretá (EBY), solicitó al Instituto de Previsión Social –basada en el mentado artículo 12– que proceda a jubilar al accionante “de oficio”, todo lo cual, a su modo de ver, vulnera su derecho a la igualdad, al trabajo, a la calidad de vida y a la especial protección que la Carta Magna consagra en favor de las personas de la tercera edad, por lo que reputa ostensiblemente inconstitucional el artículo impugnado y solicita que esta Sala declare la inaplicabilidad del mismo a su respecto.

La disposición legal impugnada –artículo 12 de la ley N° 1286/87– estatuye cuanto sigue: “**Artículo 12.** El Asegurado que se encuentra en la situación prevista en el Artículo 32 de la Ley N° 430/73 no solicitare los beneficios que le corresponde, su empleador podrá recurrir al Instituto de Previsión Social para que éste los otorgue de oficio”.

Por su parte, el artículo 32 de la ley 430/73 –al que se remite el artículo impugnado– expresa: “Art. 32. **El Afiliado que reúna los requisitos necesarios** para obtener conjuntamente la pensión que le corresponde por ley N° 375 y sus modificaciones y la jubilación ordinaria de acuerdo con la presente ley, o, en su caso, la jubilación extraordinaria conforme al artículo 43 de esta misma ley, juntamente a la pensión obtenida por la mencionada ley N° 375 y sus modificaciones, **está obligado a acogerse a los beneficios que le corresponde.** Una vez otorgados tales beneficios, el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo sin obligación de pagar indemnización por despido. No obstante la pensión y jubilación conjunta, o la jubilación extraordinaria más la pensión ordinaria, el empleador y el trabajador **podrán convenir una nueva relación laboral**” (las negritas son mías).

Expuestas tanto la postura del accionante como la norma reputada inconstitucional por aquél, se tiene que el análisis de la norma cuestionada girará en torno a la determinación de la existencia de una causa justa y razonable que sirva de fundamento a la disposición contenida en la misma (jubilación obligatoria), pues, de ser así, esa restricción revestiría carácter constitucional y no podría considerarse como lesiva del derecho a la igualdad ni del derecho al trabajo, como aduce el accionante.

Pues bien, como punto de partida del enjuiciamiento de constitucionalidad que nos ocupa, debe subrayarse que el derecho, como resultado de la convivencia humana y de la interacción de las conductas sociales, no es ilimitado en su ejercicio, sino que debe ejercerse dentro del marco de ciertos límites que impone la referida convivencia, y dentro de un régimen de reciprocidad, que tiene su punto más prominente en la consideración del bien común. En esa línea, los derechos fundamentales de las personas están sujetos a límites, ya sea explícitos o implícitos, lo que no significa ni equivale a desconocer o denegar tales derechos. En efecto, la doctrina tiene dicho que: “Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado

y no infinito, sus derechos están sujetos –forzosa e inevitablemente– a ciertos límites [...] la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común” (Jaime Guzmán, citado en “El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad”, Renato Cristi, LOM Ed., 2000, Santiago de Chile).

En ese orden de ideas, resulta oportuno recordar lo dispuesto en el Art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, y en el Art. 29.2 de la Declaración de la ONU que estatuje: “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. El Pacto de San José de Costa Rica en su Art. 30 recoge estos lineamientos cuando dice que: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Ahora bien, la determinación por vía legislativa de una limitación no expresada en el texto constitucional, pero que deriva implícitamente del derecho de terceros o del bien común general, siempre debe seguir ciertos requisitos, entre los cuales se cuenta la cláusula del contenido esencial de derechos y la exigencia de justificación, ya que la facultad normativa de las limitaciones de derechos constitucionales no puede ser ejercida de manera arbitraria (Prieto Sanchís, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003, págs. 232/241). En consecuencia, las reglamentaciones normativas de derechos subjetivos particulares, aún los de rango constitucional, solo serán inconstitucionales si no están fundamentadas, si la regulación carece de razonabilidad y de proporcionalidad, o si afecta de tal modo el contenido del derecho subjetivo, que desnaturaliza su contenido esencial y termina anulándolo o menoscabándolo gravemente.

A la luz de las precedentes reflexiones, vale traer a colación los términos en que nuestra Constitución consagra el derecho a la estabilidad, garantía fundamental del Derecho Laboral, al amparo de la cual un trabajador

tiene derecho a conservar su empleo durante toda su vida de trabajo, sin que pueda privársele del mismo, a menos que exista una causa que justifique ya sea el despido o alguna otra forma de desvinculación. Este derecho, de acuerdo el Art. 94 de nuestra Carta Magna “...queda garantizado **dentro de los límites que la ley establezca...**” (la negrita es mía).

A su vez, su homónimo Art. 94 del Código del Trabajo (Ley 213/93), reglamenta uno de los “límites legales” al blindaje constitucional que abroquelaba a la estabilidad laboral en nuestro ordenamiento jurídico, al señalar este último artículo que, no obstante haber adquirido el trabajador la estabilidad especial por haber prestado servicios en forma ininterrumpida por más de diez años con el mismo empleador, su contrato de trabajo termina, entre otros casos, cuando: “3) **el trabajador se haya acogido a la jubilación**, de conformidad con la ley. En este caso. El empleador y el trabajador podrán convenir una nueva relación laboral, sujeta a las siguientes reglas: a) No habrá alteración de salario, duración de vacaciones u otros beneficios anteriores; b) La terminación del vínculo deberá ocurrir con preaviso de noventa días, compensables en efectivo; y, c) El trabajador no tendrá derecho a la indemnización por antigüedad” (las negritas son mías).

De esta manera, la jubilación, como limitación al derecho al trabajo, encuentra su fundamento principal en la propia dignidad y en el bienestar de aquellos trabajadores que han llegado a la vejez –que conlleva vicisitudes propias y previsibles– lo cual es tenido en cuenta desde la óptica de la Seguridad Social, a los efectos de que su paso a la pasividad sea llevadero y puedan contar una prestación adecuada para afrontar dicha etapa de la vida, cuando ya no perciban el salario. Asimismo, dicha medida es en aras del bien colectivo, pues mediante la misma se posibilita a la población más joven el acceso a puestos laborales, mediante la redistribución del trabajo y el consecuente recambio ocupacional, que favorece el dinamismo del mercado de trabajo.

O sea, para los trabajadores en edad activa, el derecho del trabajo importa el derecho a insertarse en la vida laboral y obtener un puesto de trabajo, así como la continuidad en el mismo, mientras que los trabajadores que han llegado a la tercera edad pasan a tener otras exigencias y necesidades que requieren especial protección, mediante una prestación como consecuencia inherente al tiempo de trabajo asalariado y, asimismo, ser beneficiarios de una política integral de Seguridad Social atenta a los principios sociales y económicos que proclama la Constitución.

De hecho, la Recomendación N° 162 Sobre los Trabajadores de Edad, de la Organización Internacional del Trabajo (1980), no habla de un derecho absoluto y eterno a conservar el puesto de trabajo por los referidos trabajadores, sino que consagra una serie de principios altamente tuitivos en favor de los mismos, relativos a la preparación y acceso al retiro, indicando en su parte cuarta, que las disposiciones legislativas o de otro tipo que fijen una edad obligatoria para la terminación de la relación de trabajo deberían examinarse a la luz de las disposiciones protectorias contenidas en la misma.

Cabe poner de relieve que en el campo de la Función Pública –en el que también está prevista la jubilación forzosa– los funcionarios estatales se ven compelidos por ley a pasar a la pasividad al cumplir la edad de 65 años, sin importar la cantidad de aportes que hayan efectuado a la Caja, ni el hecho de que la eventual exigüidad de sus futuros haberes jubilatorios por insuficiencia de aportes les impidiera llevar una vejez digna.

En cambio, en el caso de los trabajadores del sector privado, sujetos del Régimen de Seguridad Social, la norma reputada inconstitucional por el accionante –Art. 12 de la ley 430/73– no estatuye una jubilación obligatoria sin más y por el solo hecho de haber cumplido una edad determinada, sino que condiciona el ejercicio de la facultad de petitionar la jubilación conferida al empleador, a la circunstancia de que el trabajador en cuestión –además de haber llegado a la edad de 60 años– reúna todos los requisitos necesarios para acceder al beneficio de la jubilación (años de cotización al ente previsional), lo que garantiza que una vez que le sea acordado tal beneficio y, en consecuencia, se extinga su contrato de trabajo, el trabajador pueda percibir una prestación jubilatoria digna y razonable. Ello porque el diseño legislativo sobre Seguridad Social del sector privado conjuga diversos factores (edad y aportes), a fin de garantizar al trabajador una pensión por edad acorde con las necesidades humanas en dicha etapa de la vida (tercera edad); con base en lo señalado es que el goce de este derecho, en principio, puede ser solicitado por el propio titular (el trabajador) y –en forma subsidiaria al pedido voluntario del trabajador– ser petitionado por el empleador al ente previsional (Instituto de Previsión Social), para que éste disponga “de oficio” la jubilación del trabajador en cuestión.

No resulta razonable que el empleador se vea compelido a retener ad eternum a un trabajador cuando ya ha cumplido a cabalidad con el aporte o contribución a su cargo ante el organismo previsional pertinente (IPS), a los efectos de que su dependiente pueda gozar del haber jubilatorio total y tener

la seguridad de la cobertura de contingencias presentes y futuras. En el caso de autos, surge de las propias manifestaciones del accionante que éste cuenta con 28 años de cotización al IPS y, teniendo en cuenta copia de su cédula (fs. 02), a la fecha cuenta con 63 años, por lo que se hallan reunidos los requisitos referidos y la medida no va en detrimento de sus derechos, ni siquiera en cuanto a la posibilidad de que pueda volver a convenir una relación laboral con su mismo empleador o con otro, con posterioridad a su jubilación (lo que no ocurre en la función pública, por la prohibición de reingreso impuesta a los jubilados del sector público), de acuerdo con el propio Código del Trabajo (Art. 94) y con el artículo 32 de la ley 430/73, al que se remite el artículo impugnado, transcritos más arriba. Es decir, no existe óbice legal para que el trabajador del sector privado, no obstante haberse acogido a la jubilación, vuelva a concertar contrato de trabajo, por sentirse aún en condiciones físicas y psíquicas aptas para hacerlo.

Es cierto que la discriminación está proscripta en nuestra Constitución, de forma genérica en el Art. 46 ; y de manera concreta en el ámbito laboral por motivo de la edad, de acuerdo con el Art. 88, pero, insisto, la norma impugnada no entraña discriminación alguna con respecto a los trabajadores que han llegado a la vejez en relación con los más jóvenes, dado que al establecerse la extinción de la relación de trabajo por haber alcanzado el trabajador la edad prevista en la norma impugnada (y cumplir indefectiblemente los requisitos de cotización), éste pasa a ser sujeto propio del sistema de Seguridad Social, al que corresponde la cobertura a través de la pensión pertinente, y una asistencia social dirigida a su bienestar, por lo que la norma de marras no puede ser reprochada de inconstitucional.

Sobre este punto, resulta clarificadora la reflexión del Tribunal Constitucional Español, que en su Sentencia N° 22 del 2 de julio de 1981, expresa: "...Que el legislador, valorando los distintos elementos, individuales o colectivos, que juegan a la hora de una política de retiro obrero, opte por sistemas distintos en orden al tratamiento legal, por el sistema de una edad mínima, completada por períodos de cotización, como generadora de un derecho del trabajador a la jubilación, con tendencia a disminuciones generales de esta edad, y a la par, a una edad máxima justificada por factores individuales y la estimación de otros intereses comprometidos en la decisión, fije un límite máximo del trabajo determinante de la situación forzosa de retiro, podrá valorarse, desde consideraciones socio-económicas y, en definitiva, desde opciones políticas, mas no podrá objetarse que las normas que acojan uno u

otro modelo de regulación de las situaciones de pasivos, o del tránsito a situaciones sin actividad laboral, quedan incursas en inconstitucionalidad...”.

Finalmente, debe señalarse que subyace en esta cuestión el problema de la eventual insuficiencia del haber jubilatorio para obrar como una prestación sustitutiva del salario que se deja de percibir por el paso a la pasividad, lo que lleva al trabajador a tratar de postergar en lo posible el ingreso a dicho estado. Mas, la referida circunstancia, así como el tipo de tratamiento que otorgan a este complejo tema las normas de Seguridad Social que integran nuestro ordenamiento jurídico, y su consonancia o no por las fórmulas consideradas más flexibles o equitativas, como las que postulan soluciones de paso gradual desde la actividad al retiro, es algo que corresponde a la valoración política, y no al ámbito del juicio de constitucionalidad.

En síntesis, no estamos ante una privación injusta o arbitraria del empleo que conculque los derechos a la igualdad y al trabajo, puesto que la igualdad se considera violada y conlleva discriminación siempre que la diferenciación esté desprovista de una justificación objetiva y razonable, lo que no ocurre en este caso. La aplicación de la disposición impugnada, en la hipótesis de configurarse los presupuestos a que la ley supedita el otorgamiento del beneficio de la jubilación –como efectivamente se dan en el presente caso– no lesiona derechos constitucionales del accionante, pues, como se tiene dicho, la misma no lo coloca en una situación de discriminación como el mismo alega.

Basada en todo ello, estimo, en coincidencia con la Dra. Bareiro de Módica, que la presente acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada. Voto en ese sentido.

A su turno la Doctora PUCHETA DE CORREA manifestó que se adhiere al voto de la Ministra, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: GLADYS BAREIRO DE MODICA, MIRYAM PEÑA CANDIA, ALICIA PUCHETA DE CORREA.

ANTE MÍ: Abg.: JULIO PAVON MARTINEZ. Secretario Judicial.

\*\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1670**

***Cuestión debatida:** El objeto de estudio en el caso particular, se circunscribe para esta Corte, a determinar si en los fallos penales analizados se ha quebrantado o no la garantía constitucional contenida en el Art. 256, es decir, el deber que tienen los magistrados en fundar las resoluciones en la Constitución y en la ley, puesto que esta Corte ha sostenido reiteradamente que, la acción de inconstitucionalidad está reservada exclusivamente para el control de la observancia de preceptos de rango constitucional y para hacer efectiva, eventualmente, la supremacía constitucional en caso de verificarse transgresiones a esos preceptos.*

#### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Legalidad. In dubio pro reo.**

Como punto de partida del control constitucional siempre se encuentra lo previsto en el artículo 256 de la Constitución Nacional segundo párrafo: “Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley”. Partiendo de esta norma, consideramos especialmente lo previsto por la misma Constitución en el artículo 14 que consagra el principio de legalidad y su excepción de aplicación obligatoria en los procesos penales a saber, la aplicación retroactiva más favorable al encausado o condenado.

#### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Legalidad. In dubio pro reo. Irretroactividad de la ley. Excepción.**

Como norma operativa del derecho a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna el Código Penal vigente Ley N° 1160/97 en el artículo 5 inc. 3° estatuye: “Cuando antes de la sentencia se modificara la ley vigente

al tiempo de la realización del hecho punible se aplicará la ley más favorable al encausado”. La sistemática obliga a considerar además lo previsto en la Constitución Nacional artículo 16 “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable”.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Legalidad. In dubio pro reo. Irretroactividad de la ley. Excepción.**

Con la vigencia del Código Penal Ley N° 1160/98 al momento del dictamen del fallo de primera instancia como se ha señalado, resultaba verificada una situación de sucesión de leyes penales entre el tiempo de comisión del hecho y el tiempo de su juzgamiento y sentencia. A la luz de lo previsto en el artículo 14 in fine de la Constitución Nacional resultaba imperativo que el juzgador realice un estudio sobre la norma más benigna aplicable al caso en cuestión para realizar la incursión de la conducta en la formulación típica correspondiente.

En la S.D. N° 112 del 4 de mayo del 2007, no se encuentra ningún tipo de estudio concreto de la norma penal más benigna a ser aplicada para la calificación de la conducta de los sujetos procesales. En una cuestión de contenido constitucional como la aplicación imperativa y no potestativa del principio de retroactividad de las leyes penales más favorables, se verifica una omisión injustificable en el juzgamiento.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Legalidad. In dubio pro reo. Irretroactividad de la ley. Excepción.**

Prosiguiendo con el control de la constitucionalidad del fallo, resulta que tampoco el Tribunal de Apelación realiza la determinación de la ley penal más favorable al caso en concreto en violación del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna en violación al artículo 14 in fine de la Constitución Nacional. Como cuestión de orden público, considerando el planteamiento de las partes por otro lado, el control sobre la prescripción de la acción penal debe ser realizado de oficio, e incluso como cuestión previa en la instancia recursiva.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Legalidad. In dubio pro reo. Irretroactividad de la ley. Excepción. DERECHO PENAL. Prescripción de la acción.**

Debe ser objeto de control constitucional la cuestión relativa al cumplimiento del 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 aún de oficio considerando que se trata de una cuestión de orden público. Como se puede notar, en el ámbito penal la prescripción tiene que ver con una limitación al ius puniendi estatal, condicionada por la actuación del interesado, que puede ser el Estado a través del Ministerio Público o del particular afectado, en la querrella autónoma. Esa limitación está dada por el transcurso de tiempo sin actividad o sin dictarse resolución definitiva en la causa, tras un periodo de tiempo establecido en la ley o por incumplimiento de la resolución definitiva luego de transcurrido el plazo legal. Con ello se busca que la persecución de los hechos punibles tenga un límite temporal, como garantía para el perseguido de que el proceso no durara indefinidamente, conocido como principio de razonabilidad.

**CSJ. Sala Constitucional. 21/11/2017. Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “B. M. Z. y otros s/ Estafa”. Año: 2009 – N° 1684 (Ac. y Sent. N° 1670).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: El Señor C. H. P. P. M. por sus propios derechos y bajo patrocinio del Abogado José Miguel Fernández Zacur presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del Acuerdo y Sentencia N° 77 dictado el 7 de octubre de 2009 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal Segunda Sala y la S.D. N° 112 dictada el 4 de mayo de 2007 por el Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia N° 5 en la causa titulada “B. M. Z. y otros s/ estafa”.

El Acuerdo y Sentencia N° 77 del 9 de octubre del 2009 resolvió: “1) NO HACER LUGAR los recursos de nulidad; 2) RECHAZAR por improcedentes los recursos de apelación opuesta contra la sentencia apelada; 3) CONFIRMAR en todas sus partes la S.D. N° 112 de fecha 04 de mayo del

2007, dictada por el Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 3; 4) IMPONER las costas a la perdedora; 5) ANOTAR...”. Por su parte la S.D. N° 112 del 4 de mayo del 2007 resolvió en lo pertinente: “1°) CALIFICAR la conducta delictual de los encausados B. M. Z. DE V., F. R. R. R. y C. H. P. M. dentro de las disposiciones establecidas en el artículo 396 del C.P.P (sic); 2°) CONDENAR a los encausados... a una pena privativa de libertad de dos años y seis meses que empezarán a cumplir una vez firme la resolución; 3°) DECLARAR la responsabilidad civil emergente del delito... “.

Argumenta el accionante que en los fallos citados el vicio de arbitrariedad deviene de la inobservancia de la garantía prevista en el artículo 14 de la Constitución Nacional que prescribe la aplicabilidad de la norma penal más favorable al encausado o al condenado. Relata el accionante que su parte formuló ante el Tribunal de Apelaciones un pedido prescriptivo ajustado al Art. 104 inc. 2 de la Ley N° 1160/97 que permite que la prescripción de la acción penal opere sin importar cuantas veces se haya verificado un supuesto de interrupción del plazo correspondiente, habiendo sido condenado por la comisión del hecho punible de estafa previsto y penado en el artículo 187 del Código Penal cuyo tipo base prevé un marco penal máximo de cinco años de pena privativa de libertad. Prosigue el accionante diciendo: “según la sentencia confirmada de Primera Instancia, el señor PIETRO GIGLIOLA entregó USS 50.000 a representantes de FINANZAS E INVERSIONES S.A. el 3 de junio de 1998. El supuesto estropicio se habría producido el 21 de julio de 1998, fecha en que la entidad fue intervenida por el BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY frustrando el recupero del dinero colocado. Desde aquella data transcurrió sobradamente el referido plazo de 10 años. Ergo, sin importar las veces que se haya interrumpido debió declararse operada la prescripción de la acción penal... la Cámara estimó que la pena máxima prevista para la estafa sería de 8 años invocando el Art. 187 inc. 3) C.P. que establece el marco sancionatorio para los...casos especialmente graves... su doble sería entonces 16 años, lapso no perimido todavía. Sobre esta base rechazó nuestra postulación... el Acuerdo y Sentencia N° 77 fue dictado el 7 de octubre de 2009. Para entonces no sólo estaba vigente la Ley N° 1160/97 sino también su modificatoria la Ley N° 3440/08. Ésta última introdujo el Art. 102 inc. 4) Que dice:”... el plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para los casos especialmente graves o menos graves...”.

Iniciando el análisis de las actuaciones principales resulta que la presente causa se originó por Querrela Criminal instaurada por el Abogado José Enrique García en representación del Señor P. G. contra B. Z. de V., F. R. y C. P. S. por el delito de estafa y conforme a los Códigos Penal de 1914 y de Procedimientos Penales de 1890. Conforme al procedimiento vigente se instruyó sumario por A.I. N° 165 del 4 de febrero de 1999 en contra de los citados, habiendo sido acusados por Dictamen fiscal N° 173 del 26 de junio del 2002 por la comisión del delito de estafa previsto y penado en el artículo 396 del Código Penal de 1914. La Providencia de “autos para sentencia” fue dictada el 2 de mayo del 2007.

La Sentencia S.D. N° 112 del 4 de mayo del 2007 dictada por el Juzgado de Liquidación y Sentencia N° 3 dispuso con respecto a la excepción de prescripción planteada en la causa por el accionante: “conforme al artículo 428 inc. 8 del Código Procesal Penal del año 1890 la excepción promovida es de previo y especial pronunciamiento y se pretende por esta vía que la jurisdicción inhabilite por el transcurso del tiempo la prosecución del proceso... el recurrente realizada una serie de cálculos teniendo presente la expectativa de pena prevista para el hecho punible de estafa fundado en el Código Penal de 1914, art. 396 y sobre el particular se afirmó mal podemos referirnos a esta cuestión porque el presunto hecho aún no ha sido objeto de calificación incluso no se ha determinado la responsabilidad individual de los procesados en esta causa por la que necesariamente se impone su rechazo”. Luego, el juzgador de Primera Instancia califica la conducta de los procesados según los presupuestos del artículo 397 del Código Penal de 1914.

Acuerdo y Sentencia N° 77 dictado el 7 de octubre de 2009 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal Segunda Sala en lo pertinente expresa: “No comparto el criterio del Agente Fiscal con lo que respecta a la prescripción. Porque la ley es categórica al predeterminar el máximo. Y el máximo penal previsto es de 8 años no de 5 años para el ilícito de estafa. No transcurrieron aún 16 años de doble plazo. La causa sigue su curso”.

El objeto de proceso está circunscripto al supuesto hecho de que el señor P. G. realizó un depósito de 50.000 dólares americanos a través de un cheque cargo Banco Alemán N° xxxx de fecha x de xxxx de xxxx, el citado documento fue entregado a la señora B. Z. quien en aquella época fungía de Gerente Administrativo de la firma Finanzas e Inversiones S.A. de las cuales eran Directores C. P. M. en carácter de Presidente de la firma y F. R. en

calidad de Miembro del Directorio. C. P. M. habría convencido y asegurado al querellante P. G., la bondad de su inversión de 50.000 dólares sin embargo al momento de recibirse la inversión la firma ya no estaba en condiciones de responder ningún reclamo ante su iliquidez.

El objeto de estudio en el caso particular, se circunscribe para esta Corte, a determinar si en los fallos analizados se ha quebrantado o no la garantía constitucional contenida en el Art. 256, es decir, el deber que tienen los magistrados en fundar las resoluciones en la Constitución y en la ley, puesto que esta Corte ha sostenido reiteradamente que, la acción de inconstitucionalidad está reservada exclusivamente para el control de la observancia de preceptos de rango constitucional y para hacer efectiva, eventualmente, la supremacía constitucional en caso de verificarse transgresiones a esos preceptos.

Ahora bien, el caso sometido a estudio debe ser observado "constitucionalmente", dentro de los presupuestos legales establecidos por la norma facultativa para esta Sala Constitucional, proponiendo la misma y, en tal sentido, un control de los actos jurisdiccionales desde los alcances constitucionales y no por medio de la revisión de los mismos, como lo sería en el caso de los controles jurisdiccionales de tercera instancia.

Como punto de partida del control constitucional siempre se encuentra lo previsto en el artículo 256 de la Constitución Nacional segundo párrafo: "Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley". Partiendo de esta norma, consideramos especialmente lo previsto por la misma Constitución en el artículo 14 que consagra el principio de legalidad y su excepción de aplicación obligatoria en los procesos penales a saber, la aplicación retroactiva más favorable al encausado o condenado.

Como norma operativa del derecho a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna el Código Penal vigente Ley N° 1160/97 en el artículo 5 inc. 3° estatuye: "Cuando antes de la sentencia se modificara la ley vigente al tiempo de la realización del hecho punible se aplicará la ley más favorable al encausado". La sistemática obliga a considerar además lo previsto en la Constitución Nacional artículo 16 "La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable".

La Ley N° 1160/97 Código Penal Paraguayo entro en vigencia conforme al artículo 3°, en su totalidad, el 26 de noviembre de 1998 a excepción del artículo 104, que entró en vigencia el 26 de noviembre de 1997. Además, por ley N° 3440/08 modificatoria del Código Penal, en cuanto a las normas

aplicables a la cuestión estudiada resulta que el artículo 104 del cuerpo legal citado quedó redactado en el inciso 2º como sigue: “Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo. Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción” y el artículo 102 inc. 4) modificado dice “... el plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para los casos especialmente graves o menos graves...”.

El fallo de primera instancia en este caso, S.D. N° 112 del 4 de mayo del 2007 fue dictada estando ya vigente el Código Penal Ley N° 1160/97 y califica la conducta según el artículo 396 del Código Penal de 1914 que disponía: “El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida u otros manejos o artificios dolosos propios para engañar o sorprender la buena fe, indujere a alguno en error y se procurase de esa manera a sí mismo, o a un tercero un provecho indebido con daño a otro, será castigado con penitenciaría de uno a tres meses si el perjuicio sufrido no excediere de quinientos pesos. Si pasare de esta suma, el exceso se computará a razón de un día de penitenciaría por cada diez a veinte pesos”.

Con la vigencia del Código Penal Ley N° 1160/98 al momento del dictamiento del fallo de primera instancia como se ha señalado, resultaba verificada una situación de sucesión de leyes penales entre el tiempo de comisión del hecho y el tiempo de su juzgamiento y sentencia. A la luz de lo previsto en el artículo 14 in fine de la Constitución Nacional resultaba imperativo que el juzgador realice un estudio sobre la norma más benigna aplicable al caso en cuestión para realizar la incursión de la conducta en la formulación típica correspondiente.

En la S.D. N° 112 del 4 de mayo del 2007, no se encuentra ningún tipo de estudio concreto de la norma penal más benigna a ser aplicada para la calificación de la conducta de los sujetos procesales. En una cuestión de contenido constitucional como la aplicación imperativa y no potestativa del principio de retroactividad de las leyes penales más favorables, se verifica una omisión injustificable en el juzgamiento.

El Acuerdo y Sentencia N° 77 del 9 de octubre del 2009 en el inciso 3º resuelve: “confirmar en todas sus partes la S.D. N° 112 del 4 de mayo del 2007” en la cual, se había calificado la conducta de los procesados conforme al artículo 396 del Código Penal de 1914 entre otras cuestiones. Por otro lado, sin dar razón alguna, en lo relativo a la prescripción de la causa, el

fallo analizado se circunscribe al marco penal previsto para la Estafa correspondiente al artículo 187 del Código Penal vigente Ley N° 1160/97. En este punto incurre en autocontradicción y por ende se verifica con este vicio lógico, arbitrariedad en el fallo por error en la estructura lógica interna del razonamiento judicial.

Prosiguiendo con el control de la constitucionalidad del fallo, resulta que tampoco el Tribunal de Apelación realiza la determinación de la ley penal más favorable al caso en concreto en violación del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna en violación al artículo 14 in fine de la Constitución Nacional. Como cuestión de orden público, considerando el planteamiento de las partes por otro lado, el control sobre la prescripción de la acción penal debe ser realizado de oficio, e incluso como cuestión previa en la instancia recursiva.

Finalmente con respecto al Acuerdo y Sentencia N° 77 del 9 de octubre del 2009 al tiempo de aplicar las normas correspondientes a la prescripción de la causa, los juzgadores se apartan ostensiblemente de lo dispuesto por la Ley 3440/08 modificatoria de la Ley 1160/97 Código Penal, en lo dispuesto por el artículo 102 numeral 4, que establece que el plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para los casos especialmente graves o menos graves. Los juzgadores en este fallo, resuelven la cuestión aplicando el marco penal para los casos de estafa “especialmente graves” previstos en el artículo 187 del Código Penal vigente decidiendo notoriamente “contra legem” incurriendo de nuevo en arbitrariedad en el juzgamiento y considerando el planteamiento de la parte afectada sobre el transcurso del plazo de prescripción previsto en el artículo 104 del Código Penal vigente, el error in iure citado fue determinante para la resolución de la causa en un sentido determinado y con conculcación de preceptos constitucionales como los citados (256, 14 in fine y 16 de la Constitución Nacional).

En su Tratado de Derecho Penal, Parte General, Eugenio Raúl Zaffaroni expone: “el principio de retroactividad de la ley penal más benigna halla su fundamento en la naturaleza de la ley penal... la sucesión de leyes que altera la incidencia del estado en el círculo de bienes jurídicos del autor denota una modificación de la consideración del conflicto. Si las agencias políticas consideran no racional una injerencia de esa magnitud o de cualquier otra, no tiene sentido que el juez la habilite porque se la consideraba razonable en el momento en que el autor cometió el hecho. Por otra parte,

el principio republicano de gobierno exige la racionalidad de la acción del estado y ésta es afectada cuando, por la mera circunstancia de que un individuo haya cometido el mismo hecho con anterioridad a otro, se lo trate más rigurosamente”.

Para la determinación de la ley penal más benigna aplicable, el mismo tratadista expone: ...La ley penal más benigna no es solo la que desincrimina o la que establece una pena menor pues puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad; puede provenir también de otras circunstancias como el menor tiempo de prescripción... ante la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración no es posible hacerlo en abstracto sino que debe plantearse frente al caso concreto. De esta manera se resuelve hipotéticamente el caso conforme a una y otra ley, comparándose luego las soluciones para determinar cuál es la menos gravosa para el autor, para ello deben tomarse por separado una y otra ley, pero no es lícito tomar preceptos aislados de una y otra, pues de no ser así, se aplicaría una tercera ley inexistente... “. (pág. 115 Op. Cit).

Por último, necesariamente debe ser objeto de control constitucional la cuestión relativa al cumplimiento del 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 aún de oficio considerando que se trata de una cuestión de orden público. Como se puede notar, en el ámbito penal la prescripción tiene que ver con una limitación al *ius puniendi* estatal, condicionada por la actuación del interesado, que puede ser el Estado a través del Ministerio Público o del particular afectado, en la querella autónoma. Esa limitación está dada por el transcurso de tiempo sin actividad o sin dictarse resolución definitiva en la causa, tras un periodo de tiempo establecido en la ley o por incumplimiento de la resolución definitiva luego de transcurrido el plazo legal. Con ello se busca que la persecución de los hechos punibles tenga un límite temporal, como garantía para el perseguido de que el proceso no durara indefinidamente, conocido como principio de razonabilidad.

En tal sentido, la doctrina señala que: ”...por ser la prescripción penal – instituto de derecho material – una cuestión de orden público que por ende opera de pleno derecho, debe ser declarada – incluso de oficio – en cualquier estado y grado de la causa, aun durante el trámite recursivo si se dan las

situaciones que la ley prevé”. La Prescripción en el proceso penal. Maximiliano Hairabedián, Federico Zurueta. Editorial Mediterránea. Pag. 60.

Sin embargo, al ser la Acción de Inconstitucionalidad por naturaleza, una acción autónoma de carácter extraordinario y nunca equivalente a algún trámite recursivo, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, deberá circunscribirse a lo previsto en el artículo 560 del Código Procesal Civil.

Por tanto, existe razonable fundamento para concluir que los fallos Acuerdo y Sentencia N° 77 dictado el 7 de octubre de 2009 y la S.D. N° 112 dictada el 4 de mayo de 2007 son decisiones que interpretan arbitrariamente la ley, no han aplicado normas aplicables al caso, se han apartado del texto expreso de la constitución y las normas operativas citadas conculcando de esta forma derechos constitucionales y poniendo en juego el ejercicio legítimo del derecho a la defensa y el debido proceso de los justiciables.

En consecuencia, se debe hacer lugar a la presente acción y consecuentemente, declarar la nulidad de los fallos impugnados, debiendo remitirse los autos al juzgado que le sigue en orden de turno, a fin de que se pronuncie como corresponde el derecho, conforme lo establece el artículo 560 del Código Procesal Civil. Costas a la perdedora. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El señor C. H. P. P. M., por sus propios derechos y bajo patrocinio del Abg. José Miguel Fernández Zacur con Mat. de la C.S.J. N° 9.087, promueve acción de inconstitucionalidad contra la Sentencia Definitiva N° 112 de fecha 04 de mayo de 2007 y el Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 07 de octubre de 2009, dictadas en el marco de los autos caratulados: “B. M. Z. Y OTROS S/ ESTAFA EN LA CAPITAL”.

El accionante alega la conculcación de los artículos 14, 16, 47 numeral 2 y 256 de la Constitución Nacional. En su escrito refiere en lo medular: que a los efectos de determinar la prescripción de la acción penal el tribunal de alzada ha vulnerado los artículos 14 y 16 de la Carta Magna al no haber aplicado la ley más favorable para el encausado; que se formuló un pedido de prescripción de la acción penal de conformidad a lo preceptuado en el artículo 104 inciso 2 de la Ley N° 1.160/97 Código Penal, la mentada normativa establece que, sin importar cuantas veces se haya interrumpido el plazo de prescripción, la misma opera transcurrido el doble de su plazo; que el tipo penal tipificado en base al nuevo Código Penal es el de Estafa artículo 187, el cual prescribe una pena privativa de libertad máxima de cinco años,

aplicando el doble del plazo la acción prescribe a los diez años de la comisión del hecho punible; que el hecho punible se produjo el 21 de julio de 1998, por lo que al momento de dictarse el Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 07 de octubre de 2008 éste se encontraba prescripto; que al momento de dictarse el fallo de segunda instancia se encontraba vigente la Ley N° 3.440/08 que modifica el artículo 102 del Código Penal, en base al cual se debe tomar en cuenta el tipo penal sin consideración de agravantes o atenuantes a efectos de establecer el marco penal para el cálculo de la prescripción de la acción penal; que el tribunal de apelaciones resolvió contra legem al tomar en consideración el tipo especialmente grave de la Estafa artículo 187 inciso 2 del Código Penal, determinando que el plazo de prescripción es de 16 años y no de 10 como lo ordena la ley; que existe una conculcación del artículo 256 de la Constitución Nacional por incongruencia en los fallos de primera y segunda instancia; que el Ministerio Público acusó a su defendido de haber inducido a la víctima a depositar el dinero en la entidad FINANZA & INVERSIONES S.A. librando a cambio un pagaré que no reunía los requisitos previstos en la Ley de Bancos, empero, los órganos jurisdiccionales condenaron al incoado por haber percibido el dinero de forma particular, afirmando con mendacidad que lo depositarían en la entidad FINANZAS & INVERSIONES S.A.; que el tribunal de sentencia condenó en base a prueba inexistentes e insuficientes utilizando como fundamento meras afirmaciones dogmáticas; que se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 47 inciso 2 de la Constitución Nacional en razón a que en todos los otros casos análogos al presente la jurisprudencia ha resuelto absolver a los procesados en atención a que los hechos sobre los que versa el proceso son cuestiones que deben dirimirse en el ámbito civil y no en el penal.

Por Auto Interlocutorio N° 2.228 de fecha 12 de septiembre de 2014, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió tener por decaído el derecho a contestar el traslado del señor P. G. y/o Abg. Álvaro Arias Ayala y/o Abg. José Enrique García.

Al contestar el traslado, el Agente Fiscal Adjunto encargado de la atención de vistas y traslados de expedientes a la Fiscalía General del Estado, Abg. Edgar Augusto Moreno, expresó en lo capital: que el hecho se produjo en fecha 03 de junio de 1998; que el hecho punible de Estafa se encontraba tipificado en el artículo 396 del Código Penal de 1914, vigente al momento del hecho; que al momento de dictarse la Sentencia Definitiva

Nº 112 de fecha 04 de mayo de 2007 existía una modificación legislativa, concretamente el Código Penal actual; que en base al nuevo cuerpo normativo el hecho punible de Estafa tenía un plazo de prescripción de cinco años de conformidad al artículo 102, siendo más beneficioso para el encausado; que al expedirse el Acuerdo y Sentencia Nº 77 de fecha 07 de octubre de 2009 se encontraba vigente el Código Penal actual con las modificaciones introducidas por la Ley Nº 3.440/08; que el artículo 121 del Código Penal de 1914 determinaba que el plazo de prescripción corría únicamente al no existir una paralización de la prosecución del proceso; que el artículo 104 inciso 2 del Código Penal con sus modificaciones establece que independientemente de las interrupciones la acción penal prescribe por el transcurso del doble del plazo de la prescripción; que tipificada la conducta del encartado en base al artículo 187 del Código Penal actual el plazo de prescripción es de cinco años y el doble de diez años; que el Código Penal actual es más beneficioso para el caso concreto, normativa no utilizada por los órganos jurisdiccionales, por lo que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad y anular las resoluciones de ambas instancias.

Antes de pasar a analizar el caso sub-lite, se deja constancia para lo que hubiere lugar, que si bien la acción de inconstitucionalidad ha sido promovida en fecha 28 de octubre de 2009, ha ingresado al gabinete de esta alta magistrada recién en fecha 09 de junio de 2017 conforme a las constancias de los cuadernos de internos.

En primer término, cabe aclarar la competencia de la presente Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual se halla determinada en virtud a lo preceptuado en los artículos 131, 132, 259 numeral 5 y 260 numeral 2 de la Constitución Nacional, así como el artículo 11 alternativa b) de la Ley Nº 609/1.995 con sus respectivas modificaciones. El artículo 131 de la Carta Magna establece que para hacer efectivos los derechos consagrados se establecen las garantías contenidas en dicho capítulo, entre las cuales se encuentra la inconstitucionalidad consagrada en el artículo 132 del mismo cuerpo legal. El mentado artículo prescribe la facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia de declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y las resoluciones judiciales, ratificado por el artículo 11 inciso b) de la Ley Nº 609/1.995. Entre los deberes y atribuciones establecidos en las normas citadas, el artículo 259 de la Carta Magna Nacional asigna a la Corte Suprema de Justicia, el deber de “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad” (núm. 5); el artículo 260 de la Constitución Nacional imputa ese

deber-atribución a un órgano integrante de la Corte Suprema de Justicia: su Sala Constitucional. Recordemos que a diferencia de la interpretación y aplicación de la Constitución, que es obligación de todos los Poderes Supremos del Estado y de los órganos estatales, la determinación de la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales es en nuestro régimen constitucional concentrada, siendo atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual la presente Sala Constitucional es la competente para expedirse en la presente acción de inconstitucionalidad, haciéndolo de modo vinculante.

El accionante reputa de inconstitucional a la Sentencia Definitiva N° 112 de fecha 04 de mayo de 2007, en la cual se lo condena a dos años y seis meses de pena privativa de libertad por la comisión del hecho punible de Estafa tipificado en el artículo 396 del Código Penal de 1914; y al Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 07 de octubre de 2009 que confirma la condena de primera instancia.

El hecho punible endilgado al encartado se produjo en fecha 03 de junio de 1998, momento en el que se encontraba vigente el Código Penal de 1914 conocido como Código de Teodosio. La Sentencia Definitiva N° 112 fue dictada en fecha 04 de mayo de 2007, momento en el que existía una modificación legislativa vigente desde el 26 de noviembre de 1998 (el nuevo Código Penal). Al momento de dictarse el Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 07 de octubre de 2009 ya se encontraba vigente la Ley N° 3.440/08 que modifica varios artículos del Código Penal actual.

El artículo 14 de la Constitución Nacional prescribe: “De la irretroactividad de la ley. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado”. Asimismo, el artículo 5 inciso 3 del Código Penal actual ordena: “APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO... 3° Cuando antes de la sentencia se modificara la ley vigente al tiempo de la realización del hecho punible, se aplicará la ley más favorable al encausado...”.

El accionante fue condenado por el hecho punible de Estafa tipificado en el artículo 396 del Código Penal de 1914 el cual expresa: “El que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida u otros manejos o artificios dolosos, propios, para engañar o sorprender la buena fe, indujere a alguno en error y se procurase de esa manera a sí mismo, o a un tercero un provecho indebido con daño de otro, será castigado con penitenciaría de uno a tres meses si el perjuicio sufrido no excediere de

quinientos pesos. Si pasare de esta suma, el exceso se computará razón de un día de penitenciaría por cada diez a veinte pesos”.

El hecho punible de Estafa tipificado en el artículo 187 del Código Penal actual prescribe: “ESTAFA. 1º El que con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial indebido, y mediante declaración falsa sobre un hecho, produjera en otro un error que le indujera a disponer de todo o parte de su patrimonio o el de un tercero a quien represente y con ello causara un perjuicio patrimonial para sí mismo o para éste, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa...”.

El hecho punible de Estafa tipificado en el Código de Teodosio posee una pena fija a determinarse matemáticamente en base a un cálculo dependiente del monto concreto de la estafa. Es decir, somete la determinación del quantum de la pena a una suerte de cálculo matemático sin respetar principios penales paradigmáticos y de primigenia importancia como lo son la reprochabilidad y la proporcionalidad de la pena basada en el grado de reproche del autor consagrados en el artículo 2 del Código Penal actual. Asimismo, los artículos 20 de la Constitución Nacional y 3 del Código Penal establecen que el objeto de las penas es la readaptación del condenado a una vida sin delinquir (principio de prevención especial) y la protección de la sociedad (principio de prevención general).

Estos principios por antonomasia son inobservados por el Código Penal de 1914, empero, no por el actual Código Penal de corte acusatorio conforme a la doctrina penal más moderna.

El tribunal de sentencia debió cumplimentar el principio de retroactividad de la ley, el cual se torna obligatorio en los supuestos en que la modificación legal posterior sea más beneficiosa para el encausado. En caso de estimar que el Código Penal de 1914 era la ley más benigna cuanto menos debió fundamentar su posición y cumplir de esta forma con el artículo 256 de la Carta Magna.

El tribunal de primera instancia no realizó el análisis obligatorio de aplicación de la ley más benigna ni fundó nada al respecto en la sentencia de primera instancia, máxime teniendo en cuenta que el Código Penal de 1914 imponía una pena fija en base a un cálculo matemático resultando como condena la de dos años y seis meses de pena privativa de libertad, sin embargo, el nuevo Código Penal permite la imposición de una pena mínima de seis meses basado en el reproche del autor y su proporcionalidad con la pena, debiendo tener como parámetros los establecidos el artículo 65 del

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Código Penal y el objeto de las penas de conformidad al artículo 20 de la Constitución Nacional y el 3 del Código Penal.

Ante la ausencia de fundamentación sobre la determinación de la ley penal más benigna y su aplicación entendemos se ha transgredido el artículo 256 de la Constitución Nacional, constituyendo una sentencia infundada en base a la no exposición de los motivos que lo llevaron a interpretar como ley más benigna al Código Penal de 1914 y aplicarlo.

El Acuerdo y Sentencia N° 77 de fecha 07 de octubre de 2009 incurrió en la misma violación constitucional que la sentencia de primera instancia, conculcando el artículo 256 de la Constitución Nacional por no fundamentar correctamente la decisión a la que se arribó.

Aunado a esto, el fallo de segunda instancia resuelve "...CONFIRMAR en todas sus partes la S.D. N° 112 de fecha 04 de mayo de 2.007, dictada por el Juez Penal de Liquidación y Sentencia N° 3...". La sentencia de primera instancia, confirmada en alzada, condenó al procesado en base al artículo 396 del Código Penal de 1914, empero, al momento del cálculo de la prescripción de la acción penal el tribunal de apelaciones utilizó el nuevo Código Penal, por lo que el tribunal de alzada utilizó en diferentes momentos de un mismo fallo dos cuerpos normativos diferentes, creando de esta forma un tercer sistema normativo inexistente en base al cual se tipifica la Estafa como en el Código Penal de Teodosio pero se determina la prescripción de la acción penal como en el nuevo Código Penal. Este error lógico de auto contradicción es una conocida causal de arbitrariedad puesto que implica la existencia de una resolución con fundamentación defectuosa que vulnera el artículo 256 de la Constitución Nacional.

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por el señor C. H. P. P. M., bajo patrocinio del Abg. José Miguel Fernández Zacur. Es mi voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA manifestó que se adhiere al voto del Ministro preopinante, Doctor FRETES, por los mismos fundamentos.

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

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

## JURISPRUDENCIA

**R E S U E L V E:**

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 77 dictado el 7 de octubre de 2009 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal Segunda Sala y de la S.D. N° 112 dictada el 4 de mayo de 2007 por el Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia N° 5.

COSTAS a la perdidosa.

REMITIR estos autos al Juzgado que sigue en orden de turno, de conformidad al Artículo 560 del Código Procesal Civil, a fin de que la causa sea nuevamente juzgada.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: ANTONIO FRETES, MIRYAM PEÑA, GLADYS BAREIRO DE MODICA

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVON, Secretario Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 6**

***Cuestión debatida:** El accionante sostiene en el escrito de promoción de la acción que nos ocupa, que las disposiciones impugnadas resultan arbitrarias supuestamente por atentar contra el libre comercio e igualdad de condiciones y establecer limitaciones fuera de la constitución y las leyes.*

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. Antecedentes. Código Sanitario.**

Esta Sala Constitucional ya se ha pronunciado en otras oportunidades con relación al estudio de la constitucionalidad o no de las normas impugnadas específicamente en cuanto al Art. 280 (3) de la Ley N° 36/80 “Código Sanitario”, y al Art. 39 (4) de la Ley 1119/97. En dicha oportunidad – de remisión – esta Sala Constitucional había establecido claramente que dichos artículos no transgreden ni violan norma constitucional alguna que pueda considerarse fundamento para la procedencia de la presente. (Jurisprudencia vinculada. Acuerdo y Sentencia N° 122 de fecha 08 de marzo de 2012 y su aclaratoria Acuerdo y Sentencia N° 117 de fecha 01 de abril del

año 2013, en la acción promovida por el Abogado Luis Esquivel Sánchez en nombre de la firma Vargas S.A. contra el Art. 280 de la Ley 836/80; Art. 39 de la Ley N° 1119/97 y Circular N° 09 del 23/01/2007. Año 2010.- 971).

Asimismo, el Acuerdo y Sentencia N° 238 de fecha 12 de abril de 2012, dictada en la Acción de Inconstitucionalidad promovida por la firma Thompson Internacional S.A. c/ Art. 280 de la Ley N° 836/80; Art. 39 de la Ley N° 1119/97 y Circular N° 09 del 23/01/2007. Año 2012, N° 426.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. Ratio de la norma.**

Ahora bien, el artículo 11 (Notificación Sanitaria Obligatoria), el artículo 16 (Registro Sanitario de Productos, Cosméticos y Perfumes de Grado II) ambos en su numeral 10), y el artículo 29 (Renovación del Registro Sanitario), en su numeral 11), del Decreto N.º 6.674/2016, establecen una exigencia que se encuentra en total desarmonía con la ratio de la norma, ya apuntada. En dichas disposiciones se exige a las Empresas adjuntar "...copia legalizada del poder de Representación otorgado por el Titular del producto o Fabricante o Representante debidamente autorizado". Este requisito, como ya se ha mencionado líneas arriba, en puridad está relacionado con los derechos de la propiedad intelectual, que tiene en nuestro país un marco normativo propio (Ley N° 1294/98) y una autoridad de aplicación independiente (Dirección Nacional de la Propiedad Intelectual – DINAPI), que ninguna vinculación tienen con cuestiones referentes a la salud de las personas.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. DERECHO DE MARCAS. Principio de agotamiento del Derecho de marcas. Importación paralela.**

Tanto más inconstitucional resulta la citada exigencia, si se analiza desde la perspectiva de la materia propia de ella, es decir, los derechos de la propiedad intelectual. En efecto, y sin entrar en mayores consideraciones, también hay que cotejar la armonía de la exigencia puesta en entredicho con el "principio de agotamiento del derecho de marca" y el supuesto de las "importaciones paralelas". Así, el "agotamiento" se refiere a una de las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual; en virtud al mismo, el *ius prohibendi* del titular de la marca termina con la primera comercialización de los productos de dicha marca, realizada por el propio titular o con su

consentimiento. A partir de esta primera comercialización, los productos pasan a ser libre comercio y el titular de la marca no puede impedir su comercialización. Es decir, con la primera introducción del producto al mercado el derecho de marca queda agotado. De dicho principio surge la “importación paralela”, que hace referencia a la importación de productos fuera de los canales de distribución negociados contractualmente por el fabricante. Ella refiere a que si la comercialización del producto en el extranjero por parte del titular del derecho de propiedad intelectual, o con su consentimiento, da lugar al agotamiento del derecho de propiedad intelectual, también se produce el agotamiento del derecho de importación y, por consiguiente, no puede recurrirse a dicho derecho para impedir la importación paralela.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. DERECHO POSITIVO PARAGUAYO. MERCOSUR (Mercado Común del Sur). Grupo Mercado Común.**

Al pretender la internalización y aplicación en el ordenamiento jurídico interno de una normativa del MERCOSUR (Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común), determinando los organismos responsables de la aplicación de las mismas, contraviene lo preceptuado en el Art.137 y Art. 202 inc.9) de la Constitución Nacional. Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR tienen carácter obligatorio una vez que son incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país. En el caso particular, las Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común no fueron debidamente internalizadas en el ordenamiento jurídico interno, es decir, las citadas Resoluciones deben ser incorporadas e internalizadas previamente a través de una Ley dictada por el Congreso Nacional.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. Legitimación activa. Interés jurídico concreto.**

La Corte Suprema de Justicia no se ha mostrado renuente a la adopción del pensamiento jurídico en cuestión, habiéndose pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido señalado, así “La acción de inconstitucionalidad no puede tener por finalidad una decisión en abstracto, ni puede ser promovida por terceros que aleguen intereses ajenos” y agrega: “el titular del derecho lesionado debe demostrar de manera fehaciente su legitimación para la promoción de la acción de inconstitucionalidad, y su interés debe

surgir de manera clara y constituye un requisito habilitante necesario la demostración del gravamen o perjuicio que afecta a ese interés, pues de otro modo no existiría una relación directa que amerite el estudio de la cuestión introductoria con la acción”.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Acto normativo. PODER EJECUTIVO. Decretos del Poder Ejecutivo.**

Podemos coincidir plenamente en la legalidad de los instrumentos impugnados, pues podemos ver que el Poder Ejecutivo no ha hecho más que obrar dentro del marco de competencia establecido por la Constitución Nacional, que lo faculta a dictar decretos que, para su validez, requieren la refrendación del Ministerio del ramo, requisitos cumplidos a cabalidad en el acto impugnado. En base a lo expuesto, considero que los instrumentos aquí tratados no pueden ser considerados como inconstitucionales, pues son la materialización efectiva de la defensa de nuestro hábitat y la salud de la población.

**CSJ. Sala Constitucional. 05/02/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Supermercado Leticia S.A. c/ Decreto N° 2881 de 30/12/14, Circular DNA N° 9 de 23/01/2007, Art. 280 de la Ley 836/80, Art. 39 de la Ley 1119/97, Decreto N° 17057/97 de 29/04/1997, Res. 1067 de 14/12/2006, Decreto N° 3214 de 12/10/2009, Decreto N° 1029 de 23/12/2008, Res. S.G. N° 432 de 30/06/2008, Decreto N° 8790 de 28/12/2006”. Año: 2016 – N° 1652 (Ac. y Sent. N° 6).**

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

C U E S T I O N:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se presentan ante esta Sala de la Corte los Abogados Federico Campos López Moreira y Rodrigo Ferreira Zuanny, en representación de la firma SUPERMERCADO LETICIA S.A., a promover Acción de Inconstitucionalidad contra el 1) DECRETO N° 2881/14 de fecha 30 de diciembre de 2014, por la cual se reglamenta el Art. 39 de la Ley 1119/1997 “DE PRODUCTOS PARA LA SALUD Y OTROS” Y SE ESTABLECEN NORMAS PARA LA OBTENCIÓN Y RENOVACIÓN DEL REGISTRO SANITARIO Y PARA LA HABILITACIÓN

Y FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS FABRICANTES, FRACCIONADORAS, EXPORTADORAS, REPRESENTANTES O IMPORTADORAS DE PRODUCTOS DE HIGIENE PERSONAL, COSMÉTICOS Y PERFUMES; Y SE DEROGAN LOS DECRETOS 8830/2006, DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2006; 8844/2012, DEL 3 DE MAYO DE 2012; Y 9129/2012, DEL 20 DE JUNIO DE 2012; 2) CIRCULAR N° 9 DE FECHA 23 DE ENERO DE 2007, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS; 3) ARTÍCULO 280 DE LA LEY 836/80 “CÓDIGO SANITARIO”; 4) ARTÍCULO 39 DE LEY 1119/97 “DE PRODUCTOS PARA LA SALUD; 5) DECRETO N° 17.057/97 DEL 29 DE ABRIL DE 1997 EL CUAL “ESTABLECE EL REGISTRO DE PRODUCTOS DE HIGIENE PERSONAL, COSMÉTICOS Y PERFUMES”; 6) RESOLUCIÓN N° 1067, DE FECHA 14/12/06 DE FECHA 08 DE ENERO DE 2015 “LA CUAL SE APRUEBAN LOS FORMULARIOS DE NOTIFICACIÓN SANITARIA OBLIGATORIA (N.S.O), para productos de higiene personal, cosméticos y perfumes de grado 1, nuevo, declaración jurada para productos de higiene personal, cosméticos y perfumes grado II, DECLARACIÓN JURADA DE RENOVACIÓN DE REGISTRO SANITARIO PARA PRODUCTOS DE HIGIENE PERSONAL., DECRETO N° 006/2015 DEL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR social; 7) DECRETO N° 3.214 DEL 21 DE OCTUBRE DE 2009 DEL MINISTERIO DE HACIENDA, 8) DECRETO 1.029 DE FECHA 23 DE DICIEMBRE DE 2.008, DEL MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA IMPORTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS DE HIGIENE PERSONAL, COSMÉTICOS , PERFUMERÍA Y OTROS”, 9) DECRETO N° 432 DE FECHA 30 DE JUNIO DE 2008, POR EL CUAL SE MODIFICAN LA RESOLUCIÓN SG NRO. 1.067 DE FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 2006, Y 224 DE FECHA 24 DE ABRIL DE 2007, Y SE DISPONEN LUGARES DE INGRESO Y EGRESOS DE MATERIAS PRIMAS Y PRODUCTOS QUÍMICOS PARA LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA; 10) DECRETO N° 8.790 DEL 28/12/06 DEL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL “ POR EL CUAL SE DISPONE LA VIGENCIA EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY DE LAS RESOLUCIONES GMC N° 26/04, 36/04, 05/05 Y 26/05, APROBADAS POR EL GRUPO MERCADO COMÚN DEL MERCOSUR, REFERENTES A REGLAMENTOS TÉCNICOS DE PRODUCTOS PARA LA SALUD – ÁREAS COSMÉTICOS”; y, ampliación mediante, 11) DECRETO N.º 6474 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 1119/1997, DE

PRODUCTOS PARA LA SALUD Y OTROS, SE ESTABLECEN NORMAS PARA LA OBTENCIÓN Y RENOVACIÓN DEL REGISTRO SANITARIO”, alegando el accionante la conculcación de los Artículos 3, 9, 33, 44, 86, 87, 107, 108, 137, 179 de la Constitución Nacional.

El accionante sostiene en el escrito de promoción de la acción que nos ocupa, que las disposiciones impugnadas resultan arbitrarias supuestamente por atentar contra el libre comercio e igualdad de condiciones y establecer limitaciones fuera de la constitución y las leyes. Sostiene que: “...que la firma importadora – exportadora SUPERMERCADO LETICIA S.A., se ve coartada en forma totalmente arbitraria para ejercer plenamente el libre comercio en igualdad de condiciones, sin más limitaciones como las establecidas por la Constitución Nacional y demás leyes concordantes, considerando que los actos normativos atacados crean una clara desigualdad que únicamente se orienta a una verdadera exclusividad en la labor de comercialización de artículos de perfumería y de belleza, cosméticos y productos de higiene personal en general: lo que además podría llevar a la extinción de Firmas como la de nuestro mandante, con el consiguiente perjuicio social que ello conllevaría: considerando la cantidad de empleados que pudieran verse afectados, así como otras consecuencias, y crean en forma totalmente inconstitucional un MONOPOLIO EN EL RUBRO POR PARTE DE UN PEQUEÑO GRUPO PODEROSO DE EMPRESAS, en total contraposición a lo establecido taxativamente en el Artículo 107 de la Constitución Nacional. Así también, las normativas conculcan la garantía de la Libertad Comercial, interpretada esta como la que asiste a los particulares para transar determinados bienes o prestar servicios con fines de lucro: en cambio, la libertad empresarial debe entenderse como aquella resultante de la Constitución de una estructura organizada dedicada a cierta actividad económica, la libertad empresarial corresponde a su vez; según el desarrollo doctrinario, a los siguientes intereses jurídicamente protegidos: las libertades de constitución, inversión, organización, acceso al mercado, transacción y cierre de empresas...” (sic).

El Fiscal Adjunto, Abog. Roberto Zacarías, en ejercicio de la representación institucional de la Fiscalía General del Estado, recomendó el rechazo de la presente acción de inconstitucionalidad. En tal sentido expresó: “...corresponde para esta Representación Fiscal y así lo recomienda a la Excma.

Corte Suprema de Justicia, rechazar la acción planteada por los representantes legales de la Firma Supermercado Leticia S.A....” (sic). Recomendó en consecuencia rechazar la presente acción.

Antes de proceder al análisis de fondo de la presente acción, es necesario el estudio referente a la legitimación activa de la firma accionante. Al respecto, los abogados Federico Campos López Moreira y Rodrigo Ferreira Zuanny sostienen que concurren en nombre y representación de la firma “SUPERMERCADO LETICIA S.A.”, dedicada al rubro de la importación y comercialización de PERFUMES, COSMÉTICOS Y PRODUCTOS DE HIGIENE PERSONAL, acreditando tales circunstancias por medio de la escritura constitutiva respectiva; la constancia de justificación del giro comercial de la empresa y el testimonio del poder general respectivo, los que en suma, confieren suficiente legitimación activa a la empresa recurrente para promover la presente acción.

En tal sentido conviene significar que dentro del juicio de inconstitucionalidad, la legitimación activa es lo suficientemente amplia para que la demanda pueda ser presentada por cualquier ciudadano, a fin que se declare de un modo general y obligatorio la inconstitucionalidad de una disposición infraconstitucional, amplitud que deriva de la Constitución misma a partir de los alcances del artículo 137. En el caso particular, al contrastar las implicancias de los actos normativos impugnados y la actividad comercial específica a la que dedica el accionante, necesariamente se deberá afirmar su legitimación activa para impugnar tales disposiciones.

Comprobada la legitimación activa de las accionantes, y de manera a ordenar el estudio, corresponde enumerar y reseñar las normas impugnadas por el accionante, teniendo así:

Decreto N.º 2.881/2014: Requiere al importador la representación de la marca a ser importada y el título de marca vigente. Notando la derogación del referido decreto, representantes del accionante amplían la acción (f. 37) impugnando el Decreto N.º 6.474/2016, ampliación acogida favorablemente por el Auto Interlocutorio N.º 2576/2017.

Circular N.º 09/2007 de la Dirección Nacional de Aduanas: Se limitan temporalmente los lugares de ingreso y egreso de medicamentos, cosméticos y domisanitarios a las Aduanas de la Capital y del Aeropuerto Internacional “Silvio Pettrossi”.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Artículo 280 de la Ley N.º 836/80 “CÓDIGO SANITARIO”: Requiere el registro en el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social para la elaboración e importación de productos de perfumería, belleza, tocador y artículos higiénicos de uso domésticos.

Artículo 39 de la Ley N.º 1119/97 “DE PRODUCTOS PARA LA SALUD”: Faculta a la autoridad sanitaria nacional a reglamentar el tratamiento que recibirán los productos definidos como cosméticos.

Decreto N.º 17.057/1997: Se establece el registro de productos de higiene personal cosméticos y perfumería por introducción de resoluciones dictadas por el Grupo Mercado Común.

Resolución N.º 1.067/2006 y 2015: Se aprueba formulario de notificación sanitaria obligatoria y declaración jurada de renovación de registro sanitario para productos de higiene personal.

Decreto N.º 3.214/2009: Requisito de licencia previa para la importación extendida por el Ministerio de Industria y Comercio y se establecen las tasas reguladas por el Decreto N.º 1738/09.

Resolución N.º 1.029/2008 del Ministerio de Industria y Comercio: Por medio de la cual el Ministerio de Industria y Comercio reglamenta la importación y comercialización de productos de higiene personal, cosméticos, perfumería y productos domisanitarios.

Decreto N.º 432/2008: Modifica la Resolución N.º 1067/06 y 224/07 disponiendo los lugares de ingreso y egreso de materias primas y productos químicos para la industria.

Decreto N.º 8.790/2006: Introduce resoluciones adoptadas por el Grupo de Mercado Común sin la debida internacionalización en el ordenamiento jurídico interno.

Previamente me adelanto en sostener que la presente Acción de Inconstitucionalidad promovida debe ser acogida favorablemente en forma parcial, en base a las consideraciones siguientes:

Esta Sala Constitucional ya se ha pronunciado en otras oportunidades con relación al estudio de la constitucionalidad o no de las normas impugnadas específicamente en cuanto al Art. 280 (3) de la Ley N.º 836/80 “Código Sanitario”, y al Art. 39 (4) de la Ley 1119/97. En dicha oportunidad – de remisión – esta Sala Constitucional había establecido claramente que dichos artículos no transgreden ni violan norma constitucional alguna que pueda considerarse fundamento para la procedencia de la presente. (Jurisprudencia vinculada. Acuerdo y Sentencia N.º 122 de fecha 08 de marzo de

2012 y su aclaratoria Acuerdo y Sentencia N° 117 de fecha 01 de abril del año 2013, en la acción promovida por el Abogado Luis Esquivel Sánchez en nombre de la firma Vargas S.A. contra el Art. 280 de la Ley 836/80; Art. 39 de la Ley N° 1119/97 y Circular N° 09 del 23/01/2007. Año 2010.- 971).

Asimismo, el Acuerdo y Sentencia N° 238 de fecha 12 de abril de 2012, dictada en la Acción de Inconstitucionalidad promovida por la firma Thompson Internacional S.A. c/ Art. 280 de la Ley N° 836/80; Art. 39 de la Ley N° 1119/97 y Circular N°09 del 23/01/2007. Año 2012, N° 426.

Efectivamente dichas normas impugnadas determinan los requisitos para la habilitación y funcionamiento de las empresas y sus registros sanitarios y control por las autoridades nacionales respectivas, dándose lugar de esta manera al principio constitucional establecido en el Art. 72 que dice: “Del Control de calidad. El Estado velará por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización. Asimismo facilitará el acceso de sectores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales” en concordancia con dicha disposición a su vez debemos hacer mención al Art. 68 C.N. “Del derecho a la salud... ... Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la Ley, dentro del respeto a la dignidad humana”, como asimismo el Art. 69 C.N. “Del sistema nacional de salud. Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado”.

Bajo estas disposiciones constitucionales debemos concluir que no existe arbitrariedad ni discriminación alguna referente al planteamiento de los arts. 280 de la Ley N.º 836/80 “Código Sanitario” y 39 de la Ley 1119/97 “De productos para la salud y otros” como lo alega la accionante, y siguiendo la misma línea de pensamiento de los fallos referidos líneas arriba no correspondería hacer lugar a la acción promovida en contra de las disposiciones legales referidas precedentemente.

En cuanto al Decreto N.º 6.474 (1), por el cual se reglamenta el Artículo 39 de la Ley N.º 1.119/97 y abroga el Decreto N.º 2.881; esta Sala Constitucional ya se ha pronunciado en otras oportunidades con relación al estudio de la constitucionalidad o no de las normas análogas a las impugnadas en este caso, específicamente en oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del Decreto N° 2.881 de fecha 30 de diciembre de 2014, por el

cual se reglamenta el Art. 39 de la Ley 1119/1997 “De productos para la Salud y otros” y se establecen normas para la obtención y renovación del registro sanitario y para la habilitación y funcionamiento de empresas fabricantes, fraccionadoras, exportadoras, representantes o importadoras de productos de higiene personal, cosméticos y perfumes; y se derogan los Decretos N.º 8830/2006, del 29 de diciembre de 2006; N.º 8844/2012, del 3 de mayo de 2012 y N.º 9129/2012, del 20 de junio de 2012.

Cabe advertir que el Decreto N.º 6.474/16 no hace otra cosa que repetir el mismo itinerario de reglamentación que el Decreto N.º 2.881/14, al que –valga la aclaración- abroga expresamente.

El accionante se agravia contra dicho decreto que determinó la reglamentación del art. 39 de la Ley N° 1119/1997, manifestando en su presentación lo siguiente: “...es importante señalar que entre los requisitos tanto para la presentación de la notificación Sanitaria obligatoria en el caso de ser productos de Grado 1, o para la obtención del correspondiente Registro Sanitario en caso de ser Productos de Grado 2, se establece que en caso de que el producto sea importado, deberá adjuntar además, copia legalizada del poder de Representación otorgado por el titular del Producto, fabricante o representante debidamente autorizado, a la empresa solicitante”. Agrega, además, la sostenida situación de monopolio creado por el citado Decreto, al otorgar libre importación a los socios de la CAIMPECO, siendo aplicadas las restricciones únicamente a las empresas independientes que se dedican a la importación lícita de productos varios -entre ellos cosméticos y perfumes- los cuales en el caso de que deban adquirirse de las empresas que forman parte de la Cámara de Importadores de Perfumes y Cosméticos (CAIMPECO), los precios de los mismos se ven aumentados en forma exagerada. Reitera que, todas las marcas y los productos que la accionante pretende importar y comercializar en el mercado interno, se encuentran debidamente habilitados para su comercialización por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Ello es así porque los productos a ser importados son los mismos e idénticos ítems originales fabricados por industrias internacionales y que habitualmente son ingresados al territorio nacional por distintas empresas, cuyos registros sanitarios fueron expedidos con anterioridad por la autoridad administrativa correspondiente, los que se encuentran en plena vigencia.

Tras todo lo referido, corresponde realizar una valoración de la impugnación realizada por el accionante, específicamente con relación a los

artículos de la norma que refieren al agravio del accionante, o sea “a la representación exclusiva y propiedad marcaria” (f. 116). Más específicamente en relación con el Art. 11 inciso 10) del mismo decreto, que en lo pertinente establece: “...10. En caso de que el producto sea importado, deberá adjuntar además copia autenticada, legalizada o apostillada del Poder de Representación o de la carta de autorización para registrar el Producto en el Paraguay, otorgados por el titular del producto o representante debidamente autorizado, a la empresa solicitante...” (sic). Asimismo, el Art. 16, inciso 10), que establece: “10. En caso de que el producto sea importado, deberá adjuntar además copia autenticada, legalizada o apostillada del Poder de Representación o de la Carta de Autorización para registrar el Producto en el Paraguay otorgados por el Titular del producto o Representante debidamente autorizado, a la Empresa solicitante...”. Por último, en el Art. 29, inciso 11) del mismo decreto, que en lo pertinente dispone: “...11. En caso de que el producto sea importado, deberá adjuntar además copia autenticada, legalizada o apostillada del Poder de Representación o de la Carta de Autorización para registrar el Producto, en el Paraguay otorgados por el Titular del producto o Representante debidamente autorizado, a la empresa solicitante...” (sic).

En el caso que nos ocupa, el recurrente manifiesta en su impugnación que con la exigencia en cuestión se coarta la libre actividad económica de los particulares, pues, se anteponen requisitos que crea un monopolio entre las empresas que poseen la representación del titular del producto, o fabricante o representante autorizado, y efectivamente encontramos que la mencionada exigencia, más bien apunta a la garantía constitucional establecida en el Art. 110, refiriéndose a los derechos de autor y de la propiedad intelectual.

Las primeras disposiciones que integran la Sección I del Capítulo IX de la Constitución refieren específicamente a la libertad de concurrencia y a la libertad de circulación de productos, y en esa esencia el Art.107 de la C.N. establece: “Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidos la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la ley Penal.” Mientras que el Art. 108 advierte:

“Los bienes de producción o fabricación nacional, y los de procedencia extranjera introducidos legalmente, circularán libremente dentro del territorio de la República”. Siguiendo con el análisis sobre la exigencia establecida en el referido Decreto Reglamentario, la misma más bien hace a una normativa ya contemplada en la Ley N° 1294/98 “De Marcas”, y cuya norma claramente permite medidas de protección al titular de un registro de marca concedido de manera a comprobar la legitimidad de los productos cuyo despacho se solicita, pues, a tal efecto dispone el Art. 109 de la referida Ley lo siguiente: “El titular de un registro de marca concedido podrá registrar la marca en la Dirección General de Aduanas a los efectos de que esta institución compruebe la legitimidad de los productos cuyo despacho se solicite. El registro de la Dirección General de Aduanas será reglamentado por el Poder Ejecutivo”.

Como se ve, la Constitución Nacional refiere la libertad de concurrencia que lleva implícita la libertad del trabajo, la libertad de ejercer el comercio o industria lícita, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades, para lo cual rechaza el monopolio, que puedan acarrear el alza o baja artificiales de los precios para hacer imposible la competencia en el mercado. Estos artículos constitucionales apuntan a los derechos y libertades fundamentales del hombre, como el trabajo ligado a la producción y distribución de la riqueza. En el caso que nos ocupa se da una situación peculiar, pues, las exigencias del Art. 11, numeral 10), del Art. 16 numeral 10) y del Art. 29, numeral 11) del referido Decreto son contrarios a la habilitación y funcionamiento de empresas fabricantes fraccionadoras, exportadoras, representantes o importadoras de productos de higiene personal, cosméticos y perfumes; y con tal exigencia se viola claramente la libre concurrencia y el régimen de igualdad de oportunidades, pues, con ello solo aquellos que posean la titularidad de la representación de los productos tendrán la habilitación y funcionamiento de productos de higiene personal, cosméticos y perfumes, violándose con ello claramente las disposiciones constitucionales establecidas en los Artículos 107 y 108, en concordancia con el Art. 46 de la C.N. “De la igualdad de las personas” y el Art. 9 de la C.N. “De la libertad y de la seguridad de las personas”.

Otra cuestión que no se puede soslayar, y que fortifica la inconstitucionalidad vislumbrada, está relacionada con la propia ratio del Decreto N.º 6.674/2016, impugnado. En efecto, por el mencionado Decreto N.º 6.674/2016, se pretende, en términos generales, reglamentar la obtención y

renovación del Registro Sanitario, y la habilitación y funcionamiento de Empresas Fabricantes, Fraccionadoras, Exportadoras, Representantes o Importadoras de Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes. En el considerando del mentado decreto se señalan normas que refieren, concretamente, a la salud de las personas y a la autoridad sanitaria responsable, es decir, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Por tanto, no resulta forzoso concluir que la materia reglamentada por el decreto impugnado es la salud de las personas.

Ahora bien, el artículo 11 (Notificación Sanitaria Obligatoria), el artículo 16 (Registro Sanitario de Productos, Cosméticos y Perfumes de Grado II) ambos en su numeral 10), y el artículo 29 (Renovación del Registro Sanitario), en su numeral 11), del Decreto N.º 6.674/2016, establecen una exigencia que se encuentra en total desarmonía con la ratio de la norma, ya apuntada. En dichas disposiciones se exige a las Empresas adjuntar “...copia legalizada del poder de Representación otorgado por el Titular del producto o Fabricante o Representante debidamente autorizado”. Este requisito, como ya se ha mencionado líneas arriba, en puridad está relacionado con los derechos de la propiedad intelectual, que tiene en nuestro país un marco normativo propio (Ley N.º 1294/98) y una autoridad de aplicación independiente (Dirección Nacional de la Propiedad Intelectual – DINAPI), que ninguna vinculación tienen con cuestiones referentes a la salud de las personas.

Advertida ya la absoluta desarmonía de las exigencias previstas en el numeral 10 de los Arts. 11 y 16 y en el numeral 11 del Art. 29 del Decreto N.º 6.674/2016, es igualmente oportuno mencionar que las mismas atentan contra normas internacionales relacionadas con el comercio y los aranceles aduaneros. El Paraguay, por Ley N.º 444 de fecha 10 de noviembre de 1994, ratificó el “Acta Final de la Ronda de Uruguay del Gatt”, aprobada en ocasión de la Conferencia Ministerial de Marrakech, en fecha 15 de abril de 1994. El Acta Final de la Ronda de Uruguay, que dio origen a la Organización Mundial del Comercio, cuenta con una Lista de Anexos que refieren acuerdos adoptados por los países miembros – entre ellos, el Paraguay – sobre materias específicas.

Así, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias dispone: “Artículo 2º Derechos y Obligaciones básicos. ...2. 2. Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de

las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5. 3. Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional”; “Artículo 5° Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria. ...6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica” (el subrayado es mío).

El Acuerdo sobre obstáculos Técnicos al Comercio consagra: “Artículo 2: Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central. Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central: 2.1 Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. 2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos” (el subrayado es mío).

El Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación estatuye: “Artículo 3: Trámite de licencias no automáticas de importación. ...2. El trámite de licencias no automáticas no tendrá en las importaciones efectos de restricción o distorsión adicionales a los resultantes del establecimiento de la restricción. Los procedimientos de trámite de licencias no automáticas guardarán relación, en cuanto a su alcance y duración, con la medida a cuya aplicación estén destinados, y no entrañarán más cargas administrativas que las absolutamente necesarias para administrar la medida. 3. En el caso de prescripciones en materia de licencias destinadas a otros fines que la aplicación de restricciones cuantitativas, los Miembros publicarán información suficiente para que los demás Miembros y los comerciantes conozcan las bases de otorgamiento y/o asignación de las licencias.” (el subrayado es mío).

Es evidente que la exigencia de la copia legalizada del poder de representación otorgada por el titular del producto o fabricante o representante debidamente autorizado, para proceder a la Notificación Sanitaria Obligatoria y para la obtención del Registro Sanitario de Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes de Grado II, contraviene los compromisos internacionales arriba mencionados, y que fueron adoptados debidamente por el Paraguay.

Tanto más inconstitucional resulta la citada exigencia, si se analiza desde la perspectiva de la materia propia de ella, es decir, los derechos de la propiedad intelectual. En efecto, y sin entrar en mayores consideraciones, también hay que cotejar la armonía de la exigencia puesta en entredicho con el “principio de agotamiento del derecho de marca” y el supuesto de las “importaciones paralelas”. Así, el “agotamiento” se refiere a una de las limitaciones de los derechos de propiedad intelectual; en virtud al mismo, el *ius prohibendi* del titular de la marca termina con la primera comercialización de los productos de dicha marca, realizada por el propio titular o con su consentimiento. A partir de esta primera comercialización, los productos pasan a ser libre comercio y el titular de la marca no puede impedir su comercialización. Es decir, con la primera introducción del producto al mercado el derecho de marca queda agotado. De dicho principio surge la “importación paralela”, que hace referencia a la importación de productos fuera de los canales de distribución negociados contractualmente por el fabricante. Ella refiere a que si la comercialización del producto en el extranjero por parte del titular del derecho de propiedad intelectual, o con su consentimiento, da

lugar al agotamiento del derecho de propiedad intelectual, también se produce el agotamiento del derecho de importación y, por consiguiente, no puede recurrirse a dicho derecho para impedir la importación paralela. En nuestro país, la Ley N.º 1294/98 “De Marcas” autoriza específicamente, en su Art. 17, las importaciones paralelas, al decir: “No podrá impedirse la libre circulación de los productos marcarios, introducidos legítimamente en el comercio de cualquier país por el titular o con la autorización del mismo, siempre que dichos productos no hayan sufrido alteraciones, modificaciones o deterioros”.

Por otra parte, en cuanto al Decreto N.º 17.057/97 (5) del 29 de abril de 1997 el cual “Establece el Registro de Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes” “Art.1. Dispónese la aplicación en la República del Paraguay de las siguientes Resoluciones aprobadas por el Grupo Mercado Común, relativas a Productos de Salud...” “Art.2. Los organismos responsables de la aplicación de las resoluciones respectivas, según el ámbito de su competencia serán los Ministerios de Salud Pública y Bienestar Social y de Hacienda, a través de sus organismos competentes” al pretender la internalización y aplicación en el ordenamiento jurídico interno de una normativa del MERCOSUR (Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común), determinando los organismos responsables de la aplicación de las mismas, contraviene lo preceptuado en el Art.137 y Art. 202 inc.9) de la Constitución Nacional. Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR tienen carácter obligatorio una vez que son incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país. En el caso particular, las Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común no fueron debidamente internalizadas en el ordenamiento jurídico interno, es decir, las citadas Resoluciones deben ser incorporadas e internalizadas previamente a través de una Ley dictada por el Congreso Nacional, pues las resoluciones mencionadas no fueron aún plasmadas en el ordenamiento jurídico nacional y conforme al Art. 202 inc. 9) corresponde al Congreso Nacional “aprobar o rechazar los tratados y demás acuerdos internacionales suscriptos por el Poder Ejecutivo” y solo posteriormente las mismas deben ser reglamentadas por decretos-ley para su aplicación en el país, de lo contrario se estaría infringiendo el principio constitucional establecido en el Art. 137 Constitución Nacional.

Seguidamente, corresponde el estudio de la Resolución N.º 1.067 (6) del año 2006, donde sostiene el accionante -de manera genérica- que la mentada resolución tiende a propiciar la consolidación de un Monopolio por parte de un grupo de empresas. Al respecto, podemos notar que dicha resolución fue modificada de manera expresa por la Resolución N.º 432 (9) del año 2008.

Pero, esta última resolución fue nuevamente derogada por la Resolución S.G. N.º 797 de fecha 14 de diciembre de 2016; por medio de la vigente, se autoriza el ingreso y egreso de los productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes a través de las terminales portuarias administradas por la Administración Nacional de Navegación y Puerto – ANNP. En el mismo orden de ideas debemos mencionar que la Circular N.º 09 (2) de fecha 23 de enero de 2007, pierde virtualidad, al ser modificada en su contenido por la resolución S.G. N.º 797/2016, acto normativo de rango superior.

En ese sentido, el agravio del accionante ha dejado de existir, al ser modificada la Circular N.º 09/2007, Resolución S.G. N.º 432/2008 y S.G. N.º 1.067/2006, respectivamente. Es dable concluir aquí que la pretensión de inconstitucionalidad contra la Circular N.º 09/2007 y las Resoluciones N.º 432/2008 y N.º 13067/2006 no reúnen los requisitos exigidos por la ley para enervar la validez de tal disposición, ello se da en base a la falta de agravio actual (vigente); por lógica consecuencia, la posibilidad de verse afectado por la aplicación de la normativa atacada.

En doctrina, Néstor Pedro Sagües<sup>1</sup> expone que: “Sabido es, dentro de la economía del recurso extraordinario, que no se lo destina para resolver consultas, ni para discutir “cuestiones abstractas”, sino para impugnar decisiones que produzcan agravios atendibles. En resumen, la inexistencia de agravios cancela la competencia de la Corte Suprema, a los fines del recurso extraordinario” y agrega “No cualquier agravio o perjuicio, conviene advertirlo, es reparable por medio del recurso extraordinario. El “agravio atendible” por esta vía excluye la consideración de cierto perjuicios, como los inciertos, los derivados de la propia conducta del recurrente, o los ajenos al promotor del recurso”. Ya a nivel nacional, cabe aquí traer a colación lo expresado por el Dr. Casco Pagano en su obra Código Procesal Civil Comentado y Concordado cuando en referencia a la declaración en abstracto y el

---

<sup>1</sup> “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, pág. 488.

interés legítimo en este tipo de acciones nos dice: “(...) debe existir un interés en obtener la declaración por parte del afectado, de modo a tutelar efectivamente un derecho violado. Siendo así, no se concibe la declaración en abstracto de la inconstitucionalidad, vale decir, en el sólo beneficio de la ley, sin un concreto y legítimo interés en su declaración”.

La Corte Suprema de Justicia no se ha mostrado renuente a la adopción del pensamiento jurídico en cuestión, habiéndose pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido señalado, así “La acción de inconstitucionalidad no puede tener por finalidad una decisión en abstracto, ni puede ser promovida por terceros que aleguen intereses ajenos” y agrega: “el titular del derecho lesionado debe demostrar de manera fehaciente su legitimación para la promoción de la acción de inconstitucionalidad, y su interés debe surgir de manera clara y constituye un requisito habilitante necesario la demostración del gravamen o perjuicio que afecta a ese interés, pues de otro modo no existiría una relación directa que amerite el estudio de la cuestión introductoria con la acción”<sup>2</sup> (Subrayado es mío).

Por otro lado, el interés legítimo depende de la concurrencia de actos inequívocos que revelen que el acto normativo impugnado ha sido o será indudablemente aplicado a la parte accionante, debiendo estar motivado en un interés jurídico concreto y no en causas genéricas y abstractas que son incompatibles con la competencia de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al Decreto N.º 3214 (7) y la Resolución N.º 1029 (8) del año 2008, como fuese mencionado más arriba, la Sala Constitucional ya se expidió al respecto, y encontró que, efectivamente, el Poder Ejecutivo había establecido a través del Decreto N.º 3214/2009, como requisito para la importación y comercialización de productos de higiene personal, cosméticos, perfumería y productos domisanitarios de Riesgo I y II, la licencia previa de importación a ser expedida por el Ministerio de Industria y Comercio y estableció la vigencia de las tasas reguladas por el Decreto N.º 1738/2009. En dicha norma se establecen una serie de requisitos y autorizaciones a ser presentados por los importadores y comercializadores de los referidos artículos comerciales, a fin de que el Ministerio de Industria y Comercio, en uso de sus facultades, conceda la licencia previa de importación. A más de ello, establece que el Ministerio de Industria y Comercio (MIC), el Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN) y el Ministerio de Salud

---

<sup>2</sup> (Ac. y Sent. 91, 14/03/2005).

## JURISPRUDENCIA

Pública y Bienestar Social (MSPBS), velarán por el cumplimiento de tales disposiciones, y, además, en sus funciones fiscalizadoras, les corresponderá la facultad de percibir aranceles, tomando como referencia el valor del despacho de importación.

Del texto del Decreto puede inferirse que, al establecer el arancel por el servicio de inspección de los bienes comerciales, tomando como referencia el valor del despacho de importación de los productos que se desean ingresar al territorio nacional, el Poder Ejecutivo creó tributos, entendidos éstos como prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio.

Entre líneas podemos advertir que el accionante no ha indicado en forma clara cuál es la disposición legal impugnada, pues ambos decretos contienen disposiciones variables que van desde requisitos hasta pago de tasas, y considerándose de especies muy distintas es imposible inferir un agravio propio o determinante.

De estos dos puntos podemos coincidir plenamente en la legalidad de los instrumentos impugnados, pues podemos ver que el Poder Ejecutivo no ha hecho más que obrar dentro del marco de competencia establecido por la Constitución Nacional, que lo faculta a dictar decretos que, para su validez, requieren la refrendación del Ministerio del ramo, requisitos cumplidos a cabalidad en el acto impugnado. En base a lo expuesto, considero que los instrumentos aquí tratados no pueden ser considerados como inconstitucionales, pues son la materialización efectiva de la defensa de nuestro hábitat y la salud de la población.

Por último, el accionante impugna el Decreto N.º 8.790 (10) del 28 de diciembre de 2006, sosteniendo que por medio de dicho Decreto el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social dispone la vigencia de las resoluciones GMC (Grupo Mercado Común) N.º 26/04, 36/04, 05/05 y 26/05. Efectivamente dicho instrumento debe correr la misma suerte que el Decreto N.º 17.057/97, deviniendo inconstitucional, conforme a los mismos fundamentos a los que me remito.

En resumidas cuentas, tenemos por un lado que: la Circular N.º 09/2007 (2), el Art. 280 (3) de la Ley 836/80, el Art. 39 (4) de la Ley 1119/97, la Resolución N.º 1067/06 (6), el Decreto N.º 3.214/09 (7), el Decreto N.º 1.029/08 (8) y el Decreto N.º 432 (9) de fecha 30 de junio de 2008 no vulneran

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

derechos, principios ni garantías constitucionales, conforme a los fundamentos que anteceden; por otra parte tenemos que los instrumentos normativos: artículos 11 inciso 10), 16 inciso 10) y 29 inciso 11) del Decreto N.º 6.474/2016 (1) de fecha 12 de diciembre de 2016; Decreto N.º 17.057 (5) de fecha 29 de abril de 1997 y el Decreto N.º 8.790 (10) de fecha 28 de diciembre de 2006, sí son contrarios al ordenamiento constitucional; por consiguiente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los mismos.

Por todo lo dicho, corresponde HACER LUGAR parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida por los Abogados Federico Campos López Moreira y Rodrigo Ferreira Zuanny, en nombre y representación de SUPERMERCADO LETICIA S.A., contra los artículos 11 inciso 10), 16 inciso 10) y 29 inciso 11) del Decreto N.º 6.474/2016 (1) de fecha 12 de diciembre de 2016; el Decreto N.º 17.057 (5) de fecha 29 de abril de 1997; y Decreto N.º 8.790 (10) de fecha 28 de diciembre de 2006, y en consecuencia, declarar la inaplicabilidad de los mismos en relación con la firma SUPERMERCADO LETICIA S.A., con el alcance previsto en el Art. 555 del Código Procesal Civil.

A sus turnos los Doctores TORRES KIRMSER y BAJAC ALBERTINI, manifestaron que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad de los Artículos 11 inciso 10), 16 inciso 10) y 29 inciso 11) del Decreto N.º 6.474/2016 (1) de fecha 12 de diciembre de 2016; el Decreto N.º 17.057 (5) de fecha 29 de abril de 1997; y Decreto N.º 8.790 (10) de fecha 28 de diciembre de 2006, en relación con la firma SUPERMERCADO LETICIA S.A.

## JURISPRUDENCIA

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: MIRYAM PEÑA CANDIA, MIGUEL OSCAR BAJAC, RAÚL TORRES KIRMSER.

ANTE MÍ: JULIO PAVON. Abg., Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 10**

*Cuestión debatida: El Juzgado de primera Instancia laboral ante la presentación de un Amparo constitucional contra Decretos del Poder Ejecutivo, sobre nuevo pliego tarifario de la ANDE. En aplicación del art. 582 del CPC, eleva la solicitud ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a los fines de evacuar la consulta constitucional y determinar la constitucionalidad de estos actos normativos.*

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Facultades ordenatorias e instructorias.**

En consonancia con lo señalado, el Art. 18 inciso a) del Código Procesal Civil establece –entre las facultades ordenatorias e instructorias de los jueces y tribunales– la facultad de remitir el expediente a la Corte, una vez que quede ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el Art. 260 de la Constitución, siempre que a juicio de aquellos, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a la Constitución. En virtud de la referida facultad, los jueces y tribunales, en el marco de un juicio pueden solicitar –incluso de oficio– a la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de actos normativos, expresando claramente los fundamentos de dicha duda, requisito éste exigido jurisprudencialmente.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Facultades ordenatorias e instructorias. ACCIÓN DE AMPARO. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Supremacía de la Constitución.**

Ahora bien, para el caso específico del juicio de amparo, el Art. 582 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N.º 600/1995, impone a los jueces ante los cuales se tramite la referida garantía constitucional, la obligación de elevar los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte, luego de la contestación de la demanda, cuando la decisión sobre el amparo amerite la determinación de la constitucionalidad o no de algún acto normativo, para que dicha Sala, en la mayor brevedad, declare la inconstitucionalidad, si ella surge en forma manifiesta.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Facultades ordenatorias e instructorias. ACCIÓN DE AMPARO. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Supremacía de la Constitución.**

En ese razonamiento es que afirmamos que lo propio del Decreto, lo que le separa definitivamente de la Ley, es que es obra de la Administración; una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley. Y como todos los productos administrativos, el Decreto es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciables por el juez. La sumisión del Decreto a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido. Sobre esta base, justamente, se articula lo que el Art. 137º de la Constitución Nacional llama, para garantizarla, la “jerarquía normativa”.

Entonces, estando ya bien madura la idea de que la Administración no puede ejercitar más potestades que aquellas que efectivamente le han sido concedidas, entramos a analizar cómo ha ejercido su potestad reglamentaria el Poder Ejecutivo en el dictado del decreto que ha sido motivo de consulta constitucional.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional. MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. Facultades ordenatorias e instructorias. ACCIÓN DE AMPARO. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Supremacía de la Constitución.**

El Tribunal ha obrado de tal manera de conformidad con el Art. 582 del C.P.C., modificado por la Ley N° 600/95 que establece: “Si para decidir la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el juez, una vez constatada la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta. El incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia”, en concordancia con el Art. 18 inc. a) del mismo cuerpo legal, en cuanto establece la facultad ordenatoria de los jueces o tribunales cuando a su juicio alguna disposición normativa aplicable al caso concreto pueda ser contraria a normas constitucionales.

**ESTADO SOCIAL DE DERECHO.**

Es preciso identificar lo que es un Estado Social de Derecho. En el plano económico dentro de un Estado Social de Derecho, el Estado tiene atribuciones o más bien, tiene como función intervenir en la economía, guiando o señalando el camino para el desarrollo, y dentro de esa dirección técnica debe priorizar la protección de los sectores más vulnerables, controlando la economía privada para evitar abusos y explotaciones como por ejemplo: la intervención de precios, prohibición del monopolio privado. Para concluir esta breve distinción, Pablo Leiza Zunino nos recordaba: “Pero el Estado de Derecho no es una obra acabada ni ha permanecido inalterado sino que, por el contrario, ha experimentado importantes transformaciones en el devenir del tiempo... A raíz de tales cambios, se inicia una segunda época, correspondiente al denominado Estado Social de Derecho, a diferencia del anterior, se caracteriza por abandonar el abstencionismo en lo jurídico (encarando fines secundarios) y por ser intervencionista en lo económico.” (Pablo Leiza Zunino, *El Constitucionalismo del XXI*, Edit. La Ley Uruguay).

**CSJ. Sala Constitucional. 12/02/2018. Consulta Constitucional en el juicio: “Usuarios de la Energía Eléctrica prov. por la Adm. Nac. De Electricidad y el Poder Ejecutivo s/ Amparo”. Año: 2017. N° 530 (Ac. y Sent. N° 10).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es inconstitucional el Decreto del Poder Ejecutivo N° 6904, del 10 de marzo de 2017, de conformidad con el Art. 1 de la Ley N.º 600/1995, que modificó el Art. 582 del C.P.C.?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Como cuestión preliminar, conviene poner de relieve que en el contexto de un sistema de control de constitucionalidad concentrado –como lo es el nuestro– la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Constitucional o el Pleno, tiene competencia privativa para ejercer dicho control. Ello implica que aun cuando los jueces de la instancia ordinaria adviertan que la normativa aplicable al caso sometido a su conocimiento transgrede la Constitución, no pueden, por sí mismos, abstenerse de su aplicación, sino que necesariamente deben requerir el pronunciamiento de la Corte.

En consonancia con lo señalado, el Art. 18 inciso a) del Código Procesal Civil establece –entre las facultades ordenatorias e instructorias de los jueces y tribunales– la facultad de remitir el expediente a la Corte, una vez que quede ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el Art. 260 de la Constitución, siempre que a juicio de aquellos, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a la Constitución. En virtud de la referida facultad, los jueces y tribunales, en el marco de un juicio pueden solicitar –incluso de oficio– a la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de actos normativos, expresando claramente los fundamentos de dicha duda, requisito éste exigido jurisprudencialmente.

Ahora bien, para el caso específico del juicio de amparo, el Art. 582 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N.º 600/1995, impone a los jueces ante los cuales se tramite la referida garantía constitucional, la obligación de elevar los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte, luego de la contestación de la demanda, cuando la decisión sobre el amparo amerite la determinación de la constitucionalidad o no de algún acto normativo,

para que dicha Sala, en la mayor brevedad, declare la inconstitucionalidad, si ella surge en forma manifiesta.

Teniendo en cuenta que la urgencia es la nota esencial de todo juicio de amparo, es evidente que el legislador ha considerado dicha circunstancia en el citado Art. 582 del Código ritual, al establecer –en una disposición distinta a la del Art. 18 inciso a)– la forma de provocar el control de constitucionalidad por los jueces que entiendan en un amparo, puesto que se trata de una situación especial y, por ello, en este supuesto, corresponde dar un tratamiento distinto al que se otorga a las consultas formuladas por los jueces en virtud del más arriba comentado Art. 18 inciso a) del Código Procesal Civil, por lo que no es dable exigir a los jueces de un amparo que elevan los antecedentes a esta Sala, los aludidos requisitos de la ejecutoriedad de la providencia de autos ni el del fundamento expreso de la duda sobre la constitucionalidad del acto normativo en cuestión, que se exigen en caso de consulta basada en el Art. 18 inciso a) del Código ritual. Todo ello considerando –se insiste– el carácter urgente del juicio de amparo.

Hecha esta salvedad, corresponde adentrarnos al estudio de este caso concreto. En ese sentido, la presente consulta ha llegado a conocimiento de esta Corte en virtud del A.I. N° 97 de fecha 17 de abril de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral del Sexto Turno de la Capital, que copiada textualmente en la parte pertinente dice: “...1. REMITIR, estos autos a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de que se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto del Poder Ejecutivo N° 6904, del 10 de marzo de 2017, de conformidad con el Art. 1 de la Ley N.º 600/1995, que modificó el Art. 582 del C.P.C.”.

El antecedente de esta consulta constituye la demanda de Amparo Constitucional que habían promovido las abogadas Rosa Martínez, Raquel Talavera y Mirta Cardozo en representación de usuarios de energía eléctrica de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE). La actora pretende con la acción de amparo dejar sin efecto el Pliego Tarifario N.º 21 y el Decreto N.º 6904/2017 y, en consecuencia, mantener la vigencia del Pliego Tarifario N.º 20, aprobado por Decreto N.º 5400 de fecha 24 de mayo de 2005, con relación a esta acción.

Al atender la vista que le fuera corrida de la consulta de constitucionalidad, la Fiscalía General del Estado en su Dictamen N.º 15 de fecha 08 de mayo de 2017, se expidió en los siguientes términos: “...como puede ad-

vertirse, el referido órgano jurisdiccional se ha limitado a elevar los presentes autos a la Corte Suprema de Justicia sin haber fundado la razón o motivo que le indujo a sostener la inconstitucionalidad del Decreto N.º 6904/17, para así plantear la presente consulta constitucional. Por otro lado, tampoco ha hecho mención de qué derecho, garantía o principio podría resultar violatorio de nuestra Carta Magna dicho decreto”.

Dicho esto, y adentrándonos al estudio de la consulta, tenemos que el Decreto N.º 6904 de fecha 10 de marzo de 2017 dictado por el Poder Ejecutivo, refrendado por los Ministros de Obras Públicas y Comunicaciones y de Hacienda “POR EL CUAL SE AUTORIZA A LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (ANDE), A REALIZAR EL REBALANCEO DE LAS TARIFAS PARA EL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA” establece en su parte resolutive: “Art.1º.-Autorízase el Rebalanceo de las tarifas del Servicio de Energía Eléctrica de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), a partir de la fecha del presente decreto. Art.2º.- Apruébase el Pliego Tarifario N.º21 que pasa a formar parte de este Decreto, como Anexo I.Art.3º.- La Administración Nacional de Electricidad (ANDE) adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento del presente Decreto. Art. 4º.-Se establece el plazo de diez (10) días calendario, a partir de la fecha de este Decreto, para realizar los trámites administrativos necesarios para su implementación. Cumplido el plazo establecido, las facturas emitidas se verán afectadas por las tarifas determinadas en el Pliego Tarifario N.º21. Art.5º.- El presente Decreto será refrendado por los Ministros de Obras Públicas y Comunicaciones y Hacienda. Art. 6º.- Comuníquese, publíquese e insértese en el Registro Oficial”.

Ahora bien, nuestra Constitución Nacional, establece en su Art. 137º “De la supremacía de la Constitución” – “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”. De igual manera y en concordancia el Art.238º dispone “De los deberes y atribuciones del Presidente de la República. 1) representar al Estado y dirigir la administración general del país; [...] 5) dictar decretos que, para su validez, requieren el refrendo del Ministro de ramo...”.

Siguiendo el mismo orden de ideas, y teniendo en consideración lo establecido en la Constitución Nacional, conforme a lo dispuesto en el Art.2º

de su Carta Orgánica, la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) es una institución autárquica, descentralizada de la Administración Pública, de duración ilimitada, con personería jurídica y patrimonio propio, sujeta a las disposiciones civiles y comerciales comunes, en todo lo que no estuviere en oposición a las normas contenidas en la Ley N°966/1964 “Que crea la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) como ente autárquico y establece su Carta Orgánica”. Establece en su Art.3° que “Las relaciones oficiales de ANDE con el Poder Ejecutivo serán mantenidas por conducto del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, pudiendo mantener correspondencia directa con los Poderes, del Estado o las dependencias administrativas del Gobierno”. A su vez, en el Art.4° indica: “ANDE tendrá su domicilio en la ciudad de Asunción. Solamente los Juzgados y Tribunales de la Capital tendrán competencia para conocer de todos los asuntos judiciales en que ANDE actúe como demandada”.

En cuanto a sus fines, el Art.5° establece: “ANDE tiene por objeto primordial satisfacer en forma adecuada las necesidades de energía eléctrica del país, con el fin de promover su desarrollo económico y fomentar el bienestar de la población, mediante el aprovechamiento preferente de los recursos naturales de la Nación”. A su vez el Art. 64° del mismo cuerpo legal dispone: “ANDE tendrá la exclusividad del abastecimiento público de energía eléctrica y alumbrado en todo el territorio de la República. En tal carácter gozará del derecho preferencial para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos necesarios”. Y, el Art.65° reza: “Las concesiones de explotación de servicio de energía eléctrica existentes a la fecha en favor de particulares u otra clase de entidades, serán respetadas hasta su terminación legal. Se requerirá el informe favorable de ANDE para su renovación o para introducir cualquier modificación en los contratos de concesión. Asimismo, se requerirá la aprobación de ANDE para los proyectos de ampliaciones o modificación de las obras existentes... Para modificar las tarifas vigentes se observarán las disposiciones de esta Ley”.

A su vez, en lo concerniente a las tarifas del servicio, la ley en mención establece en su Art. 88° lo siguiente: “Las tarifas serán fijadas en base al presupuesto de explotación de modo que produzcan un Ingreso Neto anual no inferior al ocho por ciento (8%) ni superior al diez por ciento (10%) de la Inversión Inmovilizada vigente durante el ejercicio”. En el Art. 89°: “Cuando el ingreso neto anual resultare inferior al ocho por ciento (8%) de la inver-

sión inmovilizada, ANDE procederá, si fuere necesario, a reajustar sus tarifas, para alcanzar por lo menos dicha rentabilidad en el ejercicio siguiente”, y en el Art. 91° “Para la elaboración de las tarifas se tomará en cuenta el objeto y modalidad de los consumos, la influencia de éstos en los gastos de explotación, las características técnicas del suministro y la capacidad económica de los consumidores. Al efecto, se establecerán diferentes tarifas para distintos grupos de consumos, tales como: residencial o doméstico, comercial, industrial y rural”.

Asimismo la Ley N°2199/2003 “Que dispone la reorganización de los órganos colegiados encargados de la dirección de empresas y entidades del Estado Paraguayo” que modifica la Ley N° 966/1964, en la nueva redacción, en su Art. 27° dispone: “Son atribuciones del Presidente—de la ANDE- : a) cumplir y velar por el cumplimiento de la presente Ley y de los reglamentos de la Empresa; b); ...j) aprobar las tarifas y sus respectivas modificaciones de conformidad al Art.8 de esta Ley”. A su vez, el Art. 8° de la Ley N° 2501/2004 “Que amplía la tarifa social de energía eléctrica” dice: “El Poder Ejecutivo con participación de la ANDE, realizará las modificaciones necesarias en su pliego de tarifas para adecuarlo a esta ley”.

Ahora bien, la facultad de reglamentar las leyes debe ir lógicamente precedida de la respectiva delegación legislativa por parte del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo. Como bien dicen García de Enterría y Fernández “la ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética ‘voluntad general’, sino que es una simple regla técnica, ‘ocurrencia de los funcionarios’, a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva. La ley es la norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el Derecho o las relaciones existentes, puede (dentro de la Constitución) hacerlo todo. Nada de esto es propio de las determinaciones reglamentarias, que más bien se presentan como complementarias de las leyes, como ‘ejecución’ de la Ley” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Pág. 181. Ed. Thomson. Civitas. 2004). En ese razonamiento es que afirmamos que lo propio del Decreto, lo que le separa definitivamente de la Ley, es que es obra de la Administración; una norma

secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley. Y como todos los productos administrativos, el Decreto es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciables por el juez. La sumisión del Decreto a la Ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la Ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular cierto contenido. Sobre esta base, justamente, se articula lo que el Art. 137° de la Constitución Nacional llama, para garantizarla, la “jerarquía normativa”.

Entonces, estando ya bien madura la idea de que la Administración no puede ejercitar más potestades que aquellas que efectivamente le han sido concedidas, entramos a analizar cómo ha ejercido su potestad reglamentaria el Poder Ejecutivo en el dictado del decreto que ha sido motivo de consulta constitucional.

Sobre esta base, y al respecto del Decreto N°6904/2017, cabe señalar que este ha sido dictado conforme con las normas constitucionales y legales que regulan la materia, a iniciativa de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE), que acompañó los estudios e informes técnicos previos que justifican la legitimidad y oportunidad de la actualización de la norma reglamentaria de aplicación general, por conducto del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC), acompañando un proyecto con la individualización expresa de la norma que ha de quedar derogada, que fueron sometidos a estudio y consideración de los órganos competentes y emitido los dictámenes correspondientes (fs.248/340).- Es decir, el Poder Ejecutivo no ha hecho otra cosa que ejercer la potestad reglamentaria que le confieren las leyes y la Constitución Nacional.

Ahora bien, teniendo en consideración las normativas vigentes enunciadas precedentemente, considero que el Decreto N°6904 de fecha 10 de marzo de 2017 dictado por el Poder Ejecutivo, refrendado por los Ministros de Obras Públicas y Comunicaciones y de Hacienda, “POR EL CUAL SE AUTORIZA A LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (ANDE), A REALIZAR EL REBALANCEO DE LAS TARIFAS PARA EL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA”, no trasgrede ni viola norma constitucional alguna. Dicha disposición reglamentaria, de carácter general, reúne todos los requisitos esenciales relativos al objeto, competencia, volun-

tad y forma, que hacen a la existencia y validez del acto administrativo reglado, en ejercicio de la función administrativa. Por las razones precedentemente expuestas, corresponde evacuar la presente consulta acerca de la constitucionalidad del Decreto N° 6904 de fecha 10 de marzo de 2017 dictado por el Poder Ejecutivo, “POR EL CUAL SE AUTORIZA A LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD (ANDE), A REALIZAR EL REBALANCEO DE LAS TARIFAS PARA EL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA”, concluyendo que el mismo no es inconstitucional. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES dijo: El Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral del Sexto Turno, Secretaría Doce de la Capital, por medio de A.I N° 97 de fecha 17 de abril de 2017, en los autos caratulados: “Compañía de Luz y Fuerza S.A. (CLYFSA) c/ Administración Nacional de Electricidad (ANDE) y Poder Ejecutivo s/ Amparo Constitucional”, remite estos autos a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal ha obrado de tal manera de conformidad con el Art. 582 del C.P.C., modificado por la Ley N° 600/95 que establece: “Si para decidir la acción de amparo fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento, el juez, una vez constatada la demanda, elevará en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la que en la mayor brevedad declarará la inconstitucionalidad si ella surgiere en forma manifiesta. El incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia”, en concordancia con el Art. 18 inc. a) del mismo cuerpo legal, en cuanto establece la facultad ordenatoria de los jueces o tribunales cuando a su juicio alguna disposición normativa aplicable al caso concreto pueda ser contraria a normas constitucionales.

A1 respecto el Art. 1° de la Ley Suprema establece el carácter jurídico del Estado, al definirlo como un Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado, en la forma que establecen esta Constitución y las leyes.... Sobre este punto específico se había referido Eusebio Ramón Ayala dentro de los fundamentos y deliberaciones de la Convención Nacional Constituyente del año 1992 de la siguiente manera: “El termino de Estado Social y Democrático de Derecho, implica que vamos a tener derechos con nombres y apellidos, implica que el Estado va a tener un nivel de intervención para que se cumplan estos derechos.”.

Es preciso identificar lo que es un Estado Social de Derecho. En el plano económico dentro de un Estado Social de Derecho, el Estado tiene

atribuciones o más bien, tiene como función intervenir en la economía, guiando o señalando el camino para el desarrollo, y dentro de esa dirección técnica debe priorizar la protección de los sectores más vulnerables, controlando la economía privada para evitar abusos y explotaciones como por ejemplo: la intervención de precios, prohibición del monopolio privado. Para concluir esta breve distinción, Pablo Leiza Zunino nos recordaba: “Pero el Estado de Derecho no es una obra acabada ni ha permanecido inalterado sino que, por el contrario, ha experimentado importantes transformaciones en el devenir del tiempo... A raíz de tales cambios, se inicia una segunda época, correspondiente al denominado Estado Social de Derecho, a diferencia del anterior, se caracteriza por abandonar el abstencionismo en lo jurídico (encarando fines secundarios) y por ser intervencionista en lo económico.” (Pablo Leiza Zunino, *El Constitucionalismo del XXI*, Edit. La Ley Uruguay).

Así, la concepción del Estado social de derecho guarda relación con una preocupación general sobre la problemática social, y otra en particular como la de corregir los desequilibrios de la población. En la inteligencia del primer artículo constitucional, se encuentra el fundamento primero del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia.

Entendiendo que la cuestión sometida a consideración de esta Sala reviste un interés tanto institucional como social, es dable advertir que la duda propuesta por el Tribunal reposa en el hecho que la discusión en el juicio principal versa sobre la legitimidad o ilegitimidad del Decreto 6904 de fecha 10 de marzo de 2017 “Por el cual se autoriza a la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) a realizar el rebalanceo de las tarifas para el servicio de energía eléctrica”, dictado por el Poder Ejecutivo, derivando la consulta sobre la constitucionalidad o no del mencionado instrumento normativo..

Resulta preciso inicialmente identificar la naturaleza del acto normativo atacado. Así, tenemos que se trata de un Decreto emanado del Poder Ejecutivo, cuya materia versa sobre la actualización de las tarifas de energía eléctrica de la ANDE. En primer término considero que la actuación por parte del Poder Ejecutivo en esta materia, corresponde, como es lógico, en atención a lo que dispone la Constitución de la República en su artículo 238° “De los deberes y atribuciones del Presidente de la República. Son deberes y atribuciones de quien ejerce la Presidencia de la República: 1) representar al Estado y dirigir la administración general del país; ... 5) dictar decretos

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

que, para su validez, requerirán el refrendo del Ministro del ramo”, en correlación con lo establecido por el marco regulador de la Administración Nacional de Electricidad, Ley N° 699/64, de cuyo texto surge que las atribuciones respecto a la fijación de las tarifas de servicio de energía eléctrica compete únicamente a la ANDE, con el objeto primordial de satisfacer en forma adecuada las necesidades de energía eléctrica del país, con el fin de promover su desarrollo económico y fomentar el bienestar de la población, mediante el aprovechamiento preferente de los recursos naturales de la Nación.

Tenemos así entonces que lo que se presenta a consideración, radica en la constitucionalidad o no del acto normativo impugnado, por el cual se autoriza a la institución encargada a realizar el rebalanceo de las tarifas para el servicio de energía eléctrica destinada a la generalidad de la población. Como se ve, ello responde a las disposiciones reguladoras del sistema de abastecimiento eléctrico, en concordancia con las atribuciones establecidas en la Constitución en beneficio del Poder Ejecutivo. Lo que se trata aquí es, en resumen, una de las atribuciones de la administración general de la República sobre ciertos aspectos económicos de la política nacional.

Finalmente se puede concluir que del cotejo de las disposiciones legales mencionadas surge con claridad que el Decreto N° 6904/17 fue dictado conforme a las facultades establecidas y conferidas constitucionalmente al Poder Ejecutivo, no conculcando en su contenido disposición constitucional alguna.

Por las consideraciones expuestas, y visto el parecer del Ministerio Público, téngase por evacuada la consulta respecto a la constitucionalidad del Decreto N° 6904 del 10 de marzo de 2017, dictado por el Poder Ejecutivo. Es mi voto.

A su turno el Doctor BAJAC ALBERTINI manifestó que se adhiere al voto del Ministro, Doctor FRETES, por los mismos fundamentos.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

## JURISPRUDENCIA

TENER por evacuada la consulta respecto a la constitucionalidad del Decreto N° 6904 del 10 de marzo de 2017, dictado por el Poder Ejecutivo.

ANOTAR y registrar.

MINISTROS: MYRIAM PEÑA, ANTONIO FRETES, MIGUEL OSCAR BAJAC

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVON, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 119**

*Cuestión debatida: El Juzgado Penal de Garantías dispuso remitir vía consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, un Amparo en contra de una Resolución del I.P.S. acerca de los servicios de hemodiálisis y trasplante renal.*

**MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta Constitucional.**

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

**MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta Constitucional. AMPARO.**

Hecho el análisis de fondo desde la perspectiva constitucional, tenemos que el Instituto de Previsión Social, si bien tiene la facultad de dictar sus propios reglamentos para regular el acceso de los asegurados a los dife-

rentes servicios, esta potestad reglamentaria no puede ser ejercida arbitrariamente, prescindiendo de parámetros objetivos y razonables acordes con los lineamientos constitucionales y legales. En este sentido, se observa que tales condiciones sustanciales no están dadas en la Resolución N° 1973/98.

**MAGISTRADO. Facultades del Magistrado. PODER JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Consulta Constitucional. AMPARO. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la vida. Derecho a la Salud.**

El Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional; por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas, se hallan compelidas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en lo que respecta a la atención de la salud de las personas, y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en que la vida se halla en juego. Es por ello que, en el aspecto sustancial, considero que ninguna reglamentación administrativa puede basarse en criterios arbitrarios, carentes de objetividad y razonabilidad, y divorciados de los principios que inspiran todo el sistema constitucional y legal, para restringir o vedar arbitrariamente el acceso a la asistencia médica. Es justamente esta circunstancia la que se percibe en la reglamentación en cuestión, puesto que ni siquiera explica los motivos o parámetros que justifican el criterio adoptado en lo que respecta a la antigüedad exigida, equivalente a cierta cantidad de aportes, para acceder a los servicios médicos.

**CSJ. Sala Constitucional. 16/03/2018. Consulta Constitucional en el juicio: “Martin Pereira c/ Instituto de Previsión Social s/ Amparo”. Año: 2016 – N° 2051 (Ac. y Sent. N° 119).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es inconstitucional la Resolución N° 1973/92 emanada del Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social”?

A la cuestión planteada la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: 1) El Juez Penal de Garantías N° 4, de Atención Permanente del Ciudad del Este, de la VI Circunscripción Judicial de Alto Paraná, dispuso remitir por A.I. N° 1527 de fecha 06 de diciembre de 2016, estos autos en consulta a la Corte

Suprema de Justicia, a los efectos de expedirse con relación a la constitucionalidad o no de la RESOLUCIÓN N° 1973/98, “REGLAMENTO PARA HEMODIALISIS Y TRANSPLANTE RENAL POR ENFERMEDAD CRÓNICA O ACCIDENTE QUE NO SEA DE TRABAJO”, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inc. a) del C.P.C.

2) Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido admitida en ocasiones anteriores por esta Sala, respecto al punto señalamos el Artículo 18 numeral a) del Código Procesal Civil: “...Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales...” (Art. 200 de la CN 1967 derogado por la CN de 1992), he aquí el error el cual consiste en la existencia de un artículo legal que nos remite erróneamente a otro artículo o institución derogada o inexistente, me permito realizar las siguientes consideraciones con relación al tema:

2.1) La Constitución Nacional, en cuyo Art. 259 establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no incluye entre los mismos la facultad de evacuar consultas constitucionales. Tampoco incluye tal posibilidad el Art. 260, referida a los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. En efecto, el Art. 259 de la Carta Magna, en su única disposición referida a las cuestiones constitucionales, dispone en su numeral 5 el deber y la atribución de “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”. A su vez, en el Art. 260, con respecto a los deberes y atribuciones concretos y exclusivos de la Sala menciona sólo dos: “1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”. Y agrega que “el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”.

2.2) La CSJ en reiterados fallos se ha expedido siempre en el sentido de que solo pueden iniciar la acción de inconstitucionalidad quienes se ven directamente afectados por la norma o resolución judicial que reputan de inconstitucional, conforme lo establece el art.550 del Código Procesal Civil que dispone: “Toda persona lesionada en su legítimo derecho por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, principios o normas de la Constitución, tendrá facultades de promover anta la Corte Suprema de Justicia la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por disposiciones de este Capítulo”.

Y el Art. 552 del mencionado cuerpo legal establece: “Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionara claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad, impugnado, o en su caso, la disposición inconstitucional. Citara además, la norma, derecho, exención garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición.

Al respecto, corresponde señalar que quien pretende promover una acción de esta naturaleza, debe acreditar la titularidad de un interés particular y directo, en contraposición, se ha admitido la consulta constitucional elevada por jueces y Tribunales, quienes no se encuentran legitimados para hacerlo.

2.3) De la lectura de las normas constitucionales transcriptas no surge que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenga como deber y atribución entender las consultas remitidas por los Jueces y Tribunales, pues su competencia está limitada a conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos normativos y de resoluciones judiciales contrarios a la Carta Magna, por las vías procesales de la acción y de la excepción. Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional, postura que la misma CSJ reafirma en sesión ordinaria del 14 de abril de 2015 sentada en Acta Punto 8 en contestación al oficio N° 17/2015 de los Miembros del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sexta Sala de la Capital, por el cual consultan respecto a la vigencia del Art

9º de la Acordada N° 58 del 20 de diciembre de 1985, en el cual se dispuso que el turno de los Amparos en cuanto a la sustanciación y competencia en los recursos de apelación se regirá por el turno de rúbrica de los Tribunales, o, si fue modificado por la Acordada 593/09, debiendo por ello estas causas ser sorteadas. “SE RESUELVE HACER SABER QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NO ES ÓRGANO DE CONSULTA.” En consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

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

4) En atención a las consideraciones que anteceden, considero que no corresponde evacuar la consulta realizada por el Juez Penal de Garantías N° 4, de Atención Permanente del Ciudad del Este, de la VI Circunscripción Judicial de Alto Paraná en los términos expuestos. Es mi voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Disiento respetuosamente del voto de la Colega Preopinante, conforme los fundamentos que expongo a continuación.

La presente consulta ha llegado a conocimiento de la Sala Constitucional en virtud del A.I. N° 1527 de fecha 06 de diciembre de 2016, dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 4 de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná, cuya parte resolutive dice: “ELEVAR en CONSULTA a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia los antecedentes acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Resolución del Consejo del INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (I.P.S.) N° 1973/98 “REGLAMENTO PARA HEMODIÁLISIS Y TRASPLANTE RENAL POR ENFERMEDAD CRÓNICA O ACCIDENTE QUE NO SEA DE TRABAJO” que en su parte pertinente dispone: “El asegurado cotizante debe tener una antigüedad de 160 semanas de aporte para que tenga derecho a sesiones de hemodiálisis y trasplante renal. El familiar del cotizante debe tener una antigüedad de 200

semanas de aporte para que tenga derecho a sesiones de hemodiálisis y trasplante renal...” conforme a los argumentos esgrimidos en la presente resolución...” (f. 38/39).

El antecedente de esta consulta constituye la demanda de Amparo Constitucional que promovió el señor Martín Pereira López, en nombre de la señora Antonia López de Pereira, contra el Instituto de Previsión Social (I.P.S.) invocando su condición de enferma renal crónica terminal. Alega que su madre se encontraba realizando el tratamiento de hemodiálisis en el Sanatorio Sagrada Familia, pero que en relación a su escasez de recursos y siendo la misma beneficiaria del seguro del I.P.S. solicitó iniciar el tratamiento, pero la respuesta fue denegatoria por no contar con la antigüedad requerida por el ente previsional.

Con relación *thema decidendum*, la Magistrada consultante manifiesta que duda de la constitucionalidad de la Resolución N° 1973/98 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, en razón de que la Constitución Nacional establece en su Art. 4° el Derecho a la vida, en concordancia con sus Arts. 68 del Derecho a la salud y 69 del Sistema Nacional de Salud. Afirma que siendo aquellos derechos fundamentales de toda persona, duda de la constitucionalidad de la disposición reglamentaria que impone restricciones para el acceso a servicios de asistencia, exigiendo una antigüedad de aportes para acceder al usufructo del servicio de hemodiálisis.

Al atender la vista que le fuera corrida, la Fiscalía General del Estado en su Dictamen N° 122/2017 se expidió en los siguientes términos: “...La restricción a la atención médica a una persona que se encuentra con insuficiencia renal crónica resulta un acto ilegal atentatorio no sólo de los derechos y garantías constitucionales, sino también contra la salud y la vida del paciente y consecuentemente, la atención médica requerida no puede ser postergada por procedimientos burocráticos... “(Ver fs. 46/47).

Corresponde en primer término, abordar el aspecto formal de la consulta constitucional. La Jueza realiza la citada consulta de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 600/1995, que deroga el Art. 580 y modifica el 582 del C.P.C., y acuerda a los Jueces la facultad de elevar los antecedentes del caso a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el marco de los juicios de Amparo, en caso de que para dictar sentencia fuere necesario determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o reglamento.

Del texto del artículo citado, se desprende que el único requisito que se exige para el Juez a los efectos de elevar su consulta a esta Sala, a más de la celeridad que requiere esta acción por su naturaleza, es que la demanda esté contestada.

En el caso de autos, la Magistrada eleva la consulta constitucional por medio del A.I. N° 1527 de fecha 06 de diciembre de 2016, luego de presentado el informe circunstanciado por parte del demandado, Instituto de Previsión Social. Además, cabe mencionar que se ha detallado la duda acerca de la constitucionalidad de la norma consultada. Dicho esto, se constata que se han cumplido los requisitos de forma exigidos por la Ley N° 600/1995, por lo que corresponde evacuar la presente consulta.

Por Resolución N° 1973/98 el Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, ha resuelto: “Art. 1°. Disponer la aprobación del siguiente REGLAMENTO PARA HEMODIALISIS Y TRANSPLANTE RENAL POR ENFERMEDAD CRÓNICA O ACCIDENTE QUE NO SEA DE TRABAJO, elaborado por el Departamento de Salud Ocupacional de la Institución, a partir de la fecha de la presente disposición: \* El asegurado cotizante debe tener una antigüedad de 160 (ciento sesenta) semanas de aporte para que tenga derecho a sesiones de hemodiálisis y trasplante renal. \* El familiar del cotizante debe tener una antigüedad de 200 (doscientas) semanas de aporte para que tenga derecho a sesiones de hemodiálisis y trasplante renal. \* En casos de readmisión cuando la salida de planilla haya pasado los (2) dos meses, el asegurado deberá efectuarse los exámenes preadmisoriales de vuelta y los cotizantes que tuvieran (4) cuatro años de aporte anterior como mínimo, para obtener de vuelta los beneficios deberá contar con nuevos aportes de (2) dos arios. Este beneficio es extensible a los familiares. \* Para la provisión de drogas inmunosupresoras y específicas, además de trasplante renal, se tendrá a las mismas exigencias... “.

Hecho el análisis de fondo desde la perspectiva constitucional, tenemos que el Instituto de Previsión Social, si bien tiene la facultad de dictar sus propios reglamentos para regular el acceso de los asegurados a los diferentes servicios, esta potestad reglamentaria no puede ser ejercida arbitrariamente, prescindiendo de parámetros objetivos y razonables acordes con los lineamientos constitucionales y legales. En este sentido, se observa que tales condiciones sustanciales no están dadas en la Resolución N° 1973/98.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En efecto, la Constitución Nacional establece en su Art. 4° que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos”. En concordancia, el Art. 68 de la Ley Suprema prescribe: “El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”. Por su parte, el Art. 69, también de la C.N., dice: “Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado”.

De estas disposiciones se desprende claramente que el Derecho a la Vida y a la Salud son derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional; por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas, se hallan compelidas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones en lo que respecta a la atención de la salud de las personas, y más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en que la vida se halla en juego. Es por ello que en el aspecto sustancial, considero que ninguna reglamentación administrativa puede basarse en criterios arbitrarios, carentes de objetividad y razonabilidad, y divorciados de los principios que inspiran todo el sistema constitucional y legal, para restringir o vedar arbitrariamente el acceso a la asistencia médica. Es justamente esta circunstancia la que se percibe en la reglamentación en cuestión, puesto que ni siquiera explica los motivos o parámetros que justifican el criterio adoptado en lo que respecta a la antigüedad exigida, equivalente a cierta cantidad de aportes, para acceder a los servicios médicos.

Por las razones precedentemente expuestas, y manteniendo el criterio que venga sosteniendo, considero que corresponde evacuar la presente consulta acerca de la constitucionalidad del reglamento interno del IPS, y en tal sentido, declarar la inconstitucionalidad de la Resolución N° 1973/98 emanada del Consejo de Administración, del Instituto de Previsión Social, en cuanto a las exigencias en tiempo de aportes, por ser violatorias de los

## JURISPRUDENCIA

principios consagrados en los Arts. 4, 68 y 69 de la Constitución Nacional. Es mi voto.

A su turno el Doctor BLANCO manifestó que se adhiere al voto de la Ministra, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

DECLARAR la inaplicabilidad de la Resolución N° 1973/92 “REGLA-  
MENTO PARA HEMODIALISIS Y TRANSPLANTE RENAL POR ENFER-  
MEDAD CRÓNICA O ACCIDENTE QUE NO SEA DE TRABAJO”, ema-  
nada del Consejo de Administración del Instituto de Previsión Social, en  
cuanto a las exigencias en tiempo de aportes, con relación al accionante.

ANOTAR y registrar.

MINISTROS: MIRYAM PEÑA CANDIA, GLADYS BAREIRO MO-  
DICA, SINDULFO BLANCO.

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVÓN, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 122**

*Cuestión debatida: El accionante en la fundamentación de su es-  
crito, pretende la liquidación de sus haberes bajo la norma vigente al mo-  
mento de su incorporación como legislador y no la que regía al momento de  
su efectiva constitución como jubilado parlamentario.*

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad privada. JUBILACIÓN. Derechos adquiridos. Derechos en expectativa.**

Los derechos adquiridos son aquellos que han sido efectivamente ejercidos y con ello, si fueren de carácter patrimonial, incorporados definitivamente al patrimonio de su titular. Por otro lado, al hablar de derecho en expectativa se hace referencia aquellas eventuales potestades que aún no fueron ejercidas pero que le son otorgadas a un individuo por un evento determinado, en este caso, el derecho a la jubilación una vez cumplidos los requisitos legales exigidos, derecho en expectativa del accionante desde el momento de designación como legislador.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad privada. JUBILACIÓN. Derechos adquiridos. Derechos en expectativa.**

Habrá prohibición de aplicar una norma posterior, solo cuando esta pueda afectar a derechos patrimoniales incorporados de manera permanente al erario personal, momento desde cual además se ven amparados por el art. 109 de la Constitución Nacional en cuanto el mismo protege la propiedad privada.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad privada. JUBILACIÓN. Derechos adquiridos. Derechos en expectativa.**

Es sabido que el proceso por el cual una persona se hace acreedora de la obtención de un haber jubilatorio consta de varias etapas, a decir, inicialmente se encuentra en ejercicio activo de la función por la cual recibe la correspondiente remuneración, y, en virtud a ella, procede a realizar los aportes por un plazo de previamente determinado y en vías a la obtención del beneficio de la jubilación. Una vez que este plazo de servicios/aportes es cumplido, pasa a constituirse efectivamente en titular del derecho a la jubilación, lo cual es efectivizado a raíz de una resolución de carácter administrativo.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la propiedad privada. JUBILACIÓN. Derechos adquiridos. Derechos en expectativa.**

Es necesario manifestar que la noción de derecho adquirido se contrapone a la de derecho en expectativa, que en verdad aún no es un derecho, sino una posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, presupuestos que si no están reunidos convierten al derecho que se pretende en una mera eventualidad.

El actor, a la fecha de su incorporación como parlamentario y de iniciar sus aportes jubilatorios, solo tenía la posibilidad jurídica de obtener una ventaja o bien (jubilación reducida), que todavía no se realizaba y que solo una vez cumplidos los requisitos necesarios (edad y antigüedad), le permitirían adquirir el derecho.

**CSJ. Sala Constitucional. 16/03/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Francisco Diego Díaz Calderara c/ Ley N° 2857/06 y Resolución IPS DAJ-OAF N° 128/2007 del 06 de mayo de 2007 del IPS, dictada por la Comisión Co-administradora del fondo”. Año: 2016 – N° 1157 (Ac. y Sent. N° 122).**

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

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se presenta el Sr. Francisco Diego Díaz Calderara, con C.I. N° 567605, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 2857/06 “QUE UNIFICA, MODIFICA Y AMPLÍA LAS LEYES QUE RIGEN EL FONDO DE JUBILACIONES Y PENSIONES PARA MIEMBROS DEL PODER LEGISLATIVO DE LA NACION, CREADO POR LA LEY N° 842 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 1980”.

A los efectos de acreditar su legitimación activa, y su calidad de Jubilado de del Fondo de Jubilaciones y Pensiones para Miembros del Poder Legislativo, acompaña copia de la Resolución DAJ-OAF. N° 128 de fecha 04 de mayo de 2007 dictada por el INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL, por la cual se le acuerda pensión de conformidad con los Arts. 13 y 18 inc. c) de la Ley N° 2857/06 (f. 3).

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La actora aduce que los citados actos normativos, atentan contra disposiciones de carácter constitucional, específicamente, cuando violan derechos adquiridos que se hallan consagrados en los arts. 14, 102 y 103 de la Constitución de la República del Paraguay. Al respecto señala: "... VVEE deberán ordenar que la liquidación de mis Haberes Jubilatorios se realiza conforme a la ley vigente a la fecha de mi incorporación en el cuerpo legislativo" (...) "que entraron en la administración durante la vigencia de la Ley N° 200/70, la Ley de la Función Pública de 1909, art. 241 y concordantes..." (...) "que es consecuencia lógica de mi nombramiento de donde nacen mis derechos y obligaciones funcionario público y del salario que recibí se me descontó para mis aportes de jubilación que es parte de mi patrimonio". Clarificando, el accionante pretende la liquidación de sus haberes bajo la norma vigente al momento de su incorporación como legislador y no la que regía al momento de su efectiva constitución como jubilado.

A la vista de los agravios expuestos por el accionante con relación a la impugnación de la Ley N° 2857/06, se verifica que el mismo, en una mala interpretación del contenido de los Arts. 14 de la Carta Magna y 2 del Código Civil Paraguayo. Considera poseer derechos adquiridos en virtud de que ha cumplido con su deber de aportar por el plazo determinado, razón por la cual el monto de su jubilación debe ser establecido bajo las disposiciones de la Ley 1909, art. 241 y no bajo la norma hoy atacada.

El artículo 14 de la Constitución Nacional reza: "...Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado." Así también el art. 2 del Código Civil establece: "...Las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa, o de facultades que les eran propias y no hubiesen ejercido".

En este punto, consideramos que debe tenerse en cuenta el contenido y alcance de lo estatuido por la norma constitucional que establece el Régimen de Jubilaciones, Art. 103. El texto normativo literal prevé: "Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los aportantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios

al Estado. La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad”.

Ahora bien, primeramente debemos abocarnos a determinar con claridad la diferencia entre un derecho adquirido y uno en expectativa.

Sobre esto, y compartiendo el criterio expresado por el Agente Fiscal, es claro que los derechos adquiridos son aquellos que han sido efectivamente ejercidos y con ello, si fueren de carácter patrimonial, incorporados definitivamente al patrimonio de su titular. Por otro lado, al hablar de derecho en expectativa se hace referencia aquellas eventuales potestades que aún no fueron ejercidas pero que le son otorgadas a un individuo por un evento determinado, en este caso, el derecho a la jubilación una vez cumplidos los requisitos legales exigidos, derecho en expectativa del accionante desde el momento de designación como legislador.

Así pues, en atención a las normas antes transcriptas, se podrá decir que habrá prohibición de aplicar una norma posterior, solo cuando esta pueda afectar a derechos patrimoniales incorporados de manera permanente al erario personal, momento desde cual además se ven amparados por el art. 109 de la Constitución Nacional en cuanto el mismo protege la propiedad privada.

Es sabido que el proceso por el cual una persona se hace acreedora de la obtención de un haber jubilatorio consta de varias etapas, a decir, inicialmente se encuentra en ejercicio activo de la función por la cual recibe la correspondiente remuneración, y, en virtud a ella, procede a realizar los aportes por un plazo de previamente determinado y en vías a la obtención del beneficio de la jubilación. Una vez que este plazo de servicios/aportes es cumplido, pasa a constituirse efectivamente en titular del derecho a la jubilación, lo cual es efectivizado a raíz de una resolución de carácter administrativo.

Hecha la aclaración que precede, siguiendo con el análisis de la acción presentada, en lo que respecta a la determinación de qué norma debe ser aplicada para la determinación de los haberes jubilatorios del Sr. Francisco Díaz, observadas las constancias de autos se puede determinar que el mismo ha cumplido los requisitos establecidos a los afiliados – años de servicio, edad correspondiente y aporte requeridos – ya estando vigencia la Ley 2758/06, siendo este el marco normativo que engloba la determinación del monto de haberes jubilatorios a ser percibidos por él. De ello se tiene que la Resolución DAJ-OAF. N° 128 de fecha 04 de mayo de 2007, fue dictada en

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

estricto cumplimiento de la Ley vigente y pertinente, y no existiendo agravio alguno de orden constitucional.

Por las razones precedentemente expuestas, considero que corresponde rechazar la acción inconstitucionalidad. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Señor Francisco Diego Díaz Calderara, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado, en su calidad de jubilado parlamentario, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 2857/06 y Resolución DAJ-OAF N° 128/2007 del 24 de mayo de 2007 del IPS, dictada por la Comisión Co Administradora del Fondo.

Acompaña copia de la Resolución IPS DAJ-OAF N° 128/2007 del 06 de mayo de 2007, del Instituto de Previsión Social por la que se le concede Jubilación Reducida en su carácter de afiliado parlamentario a dicho Instituto.

Sostiene que la Resolución IPS DAJ-OAF N° 128/2007 aplicó las normas contenidas en la Ley N° 2857/06 en forma retroactiva, al establecer la liquidación del monto a cobrar en concepto de jubilación conforme a las pautas establecidas en dicha ley, la que no se encontraba vigente al tiempo en que se produjo su incorporación al Parlamento Nacional. Considera que realizó sus aportes jubilatorios durante la vigencia de la Ley de 1909 y, en consecuencia, debe aplicarse el Art. 241 de esta última ley, caso contrario se estarían violando derechos ya adquiridos.

Es necesario manifestar que la noción de derecho adquirido se contrapone a la de derecho en expectativa, que en verdad aún no es un derecho, sino una posibilidad de que pase a serlo cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, presupuestos que si no están reunidos convierten al derecho que se pretende en una mera eventualidad.

El actor, a la fecha de su incorporación como parlamentario y de iniciar sus aportes jubilatorios, solo tenía la posibilidad jurídica de obtener una ventaja o bien (jubilación reducida), que todavía no se realizaba y que solo una vez cumplidos los requisitos necesarios (edad y antigüedad), le permitirían adquirir el derecho.

Respecto de la aplicación de las normas y las tasas contenidas en la ley anterior a la Ley N° 2857/06, ello no es posible atendiendo a que en ese tiempo el actor solo tenía meros derechos en expectativa respecto de la jubilación que le fue otorgada posteriormente, por lo que podemos afirmar que

## JURISPRUDENCIA

con la aplicación de la Ley N° 2857/06 accionada no se han conculcado normas constitucionales.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad iniciada contra la Resolución IPS DAJ-OAF N° 128/2007 del 06 de mayo de 2007 del IPS, dictada por la Comisión Co-Administradora del Fondo, la misma fue dictada conforme a las normas contenidas en la Ley N° 2857/06, que ya se encontraba vigente en ese tiempo, por lo que no cabía la aplicación de ninguna otra ley por el Estado.

Por tanto, conforme a las consideraciones que anteceden, corresponde el rechazo de la presente acción de inconstitucionalidad. Es mi voto.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: MIRYAM PEÑA, GLADYS BAREIRO DE MODICA,  
SINDULFO BLANCO

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVON, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 176**

***Cuestión debatida:** En el presente fallo los recurrentes reputan arbitraria la sentencia impugnada, por ser lesiva de los artículos 14,15,16,17,,47,137 y 256 de la Constitución Nacional, en relación a la aplicación del tribunal de alzada de la doctrina anglosajona del “Disregard of legal entity”, conocida también como “Corriendo del velo societario”, en virtud de la cual se extiende a los socios de una persona jurídica la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esta, si se prueba el fraude de la ley a través de la fachada societaria. Así también la*

*violación del debido proceso en el juicio, por falta de integración de la Litis con los ahora accionantes, quienes aseveran que jamás fueron parte del proceso laboral fuente de la presente acción.*

### **PROCESO LABORAL. Principios Generales.**

En cuanto al primer argumento aducido por los accionantes –aplicación de la doctrina extranjera del disregard sin sustento legal en nuestro ordenamiento jurídico– el mismo no posee la pretendida virtualidad de descalificar por arbitraria una resolución judicial. Es cierto que la Cámara de Apelaciones, tras anular la sentencia de primera instancia, entró a resolver el fondo de la cuestión –según ordena el art. 248 del CPT– aplicando la aludida doctrina del Disregard, pero la circunstancia de que los jueces apliquen doctrina extranjera para resolver casos domésticos, no puede ser tildada de arbitraria, ya que el propio legislador laboral así lo autoriza en el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, que estatuye: “A falta de normas legales o contractuales del trabajo exactamente aplicables al caso controvertido, se resolverá de acuerdo con la equidad, los principios generales del Derecho Laboral, las disposiciones de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aplicables al Paraguay, los principios del derecho común no contrarios a los del Derecho Laboral, la doctrina y la jurisprudencia, la costumbre o el uso local”(la negrita es mía).

Este artículo tiene réplica en su homónimo artículo 6° del Código Ritual del Trabajo, que expresa: “A falta de normas procesales de trabajo, exactamente aplicables al caso litigioso, se resolverá de acuerdo con los principios generales del Derecho Procesal Laboral, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y las leyes que lo modifican en cuanto no sean contrarias a la letra o al espíritu de este Código, la doctrina y jurisprudencia, la costumbre o el uso local en materia de procedimiento”.(la negrita es mía).

Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico laboral –sustantivo y adjetivo– tanto la doctrina como la jurisprudencia constituyen fuentes de las que los juzgadores pueden echar mano para dar solución a los casos que deban resolver, ante vacíos o lagunas normativas.

Lo arbitrario hubiese sido que los juzgadores, en el hipotético caso de haberse comprobado la supuesta elusión a la ley, cometida por personas fí-

sicas bajo el “velo” de una persona jurídica, lo dejaran impune, bajo el pretexto harto legalista de que no existe una disposición normativa que así lo autorice.

El Derecho no se halla integrado solamente por la ley escrita, sino también por principios, que constituyen fuentes de derecho y entre los cuales se encuentra el de la buena fe, que campea en nuestro ordenamiento jurídico y, especialmente en nuestro Derecho Laboral (Art. 61 Cód. Laboral). Cabe citar también la equidad, que el legislador erigió como columna vertebral del proceso laboral, a lo largo de todo el desarrollo del mismo, en los siguientes términos: “La interpretación, aplicación e integración de las normas de este Código, se hará de acuerdo con la equidad, no sólo a expresar los fundamentos de los fallos, sino en la conducción general del procedimiento” (Art. 7° Cód. Proc. Laboral).

Y, justamente, los citados principios son los que dan andamiaje a la teoría del disregard, denominada también como teoría de la penetración o del corrimiento o levantamiento del velo societario, puesto que la misma persigue despojar a la sociedad de la característica legal que establece la separación de su patrimonio respecto de los de sus socios y responsabilizar también a éstos, siempre que aquella haya sido utilizada de manera fraudulenta. Es decir, busca castigar el ejercicio abusivo del derecho derivado de la personalidad.

No resulta ocioso mencionar que, en la esfera del Derecho del Trabajo, de alta vocación tuitiva y en donde más cabida tiene la aplicación del disregard, rige el paradigmático principio de “primacía de la realidad”, según el cual priman los hechos sobre las formas o las apariencias.

Si bien son fuentes originarias del disregard la doctrina y la jurisprudencia, actualmente en el derecho comparado existen normas positivas concretas que plasman la teoría. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, el Art. 372 del Código Civil expresamente desaprueba el ejercicio abusivo del derecho, en estos términos: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos...” (la negrita es mía). Estimo que esta norma es la brecha positiva que puede sustentar de una manera general la aplicación de la teoría del disregard, dado que alrededor de ella claramente rondan los conceptos del abuso del derecho.

Ahora bien, es innegable que en resguardo de la seguridad en las relaciones jurídicas, la aplicación de la doctrina de marras, exige una elevada dosis de prudencia por parte de los juzgadores, quienes deben tener un criterio sumamente restrictivo, y reservar la aplicación a los casos en que se encuentre probado de manera incontrastable el fraude cometido mediante la utilización abusiva de la forma societaria. De hecho, esto sostienen los fallos de los Tribunales del Trabajo, a través de los cuales la doctrina ha sido receptada pretorianamente en nuestro Derecho, desde hace varios años, uno de cuyos pioneros en su aplicación fue el recordado y destacado magistrado laboralista, Ramiro Barboza.

Por todo lo señalado, en mi opinión, el primer argumento aducido por los accionantes carece de asidero, ya que la aplicación pretoriana de la doctrina del disregard en el fallo impugnado, no lo torna contra legem; por el contrario, los juzgadores llenaron un vacío legal con su aplicación, por lo que la resolución impugnada no puede ser considerada arbitraria por dicha circunstancia.

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Principio de Irretroactividad.**

Respecto del segundo argumento de la acción, supuesta derogación de la ley a través de una norma jurídica particular –la sentencia impugnada–, y su aplicación a un hecho ocurrido con anterioridad, en violación del principio constitucional de irretroactividad de la ley, es ostensible el yerro en la apreciación de los accionantes. De todos modos, cabe recalcar que, en el fallo impugnado, los juzgadores no soslayaron la solución legal aplicable al caso para “inventar” otra, por la sencilla razón de que nuestro ordenamiento jurídico adolece de una laguna con respecto a este caso, o sea, no da ninguna solución para los supuestos de hecho del caso de autos. Por ello, los magistrados procedieron a integrar el derecho, recurriendo a las fuentes autorizadas por la ley –doctrina y jurisprudencia–, para encontrar en ellas la solución que el legislador no proporcionó. En consecuencia, este argumento tampoco puede servir de sustento a la presente acción de inconstitucionalidad.

**DEBIDO PROCESO. Proceso.**

En efecto, en el juicio en el que se dictó la sentencia impugnada fue demandada única y exclusivamente la persona jurídica denominada “Energía Compuesta en Potencia S.A.” y no sus socios accionistas –ahora accionantes– (ver demanda, fs. 30/33), por lo que los mismos nunca fueron parte de la Litis y obviamente ésta no se trabó a su respecto. Por ende, mal podrían haber sido condenados en el principal, sin juicio previo como –en forma ostensiblemente arbitraria – resolvieron los jueces de Alzada.

Ciertamente la doctrina del disregard se trata de una técnica o práctica judicial que se desarrolla como forma de indagar la verdad material que subyace a la formalidad jurídica, lo que es una manifestación del principio de la realidad, que, como se tiene dicho, especialmente rige y particulariza el derecho laboral, principio que deben tener presente y aplicar, en su caso, los jueces del trabajo cuando la sociedad reclamada esgrime como principal defensa el principio de la independencia de las personas jurídicas de las personas físicas que la integran, cristalizado en el Art. 94 del C.C., principio que no es absoluto como lo demuestra la teoría del levantamiento del velo societario.

Mas, para poder prescindir de la forma externa de la persona jurídica y penetrar hasta las personas e intereses que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica, y hacerlas responsables, resulta imprescindible la integración de la litis con las personas físicas que supuestamente operen en forma fraudulenta bajo el “velo” o ropaje de la forma societaria, lo que, como se tiene dicho, no ocurrió en este caso.

Por muy plausible que fuera la alusión que hacen los juzgadores de Alzada de la protección de raigambre constitucional y la vocación tuitiva del Derecho Laboral, como basamento para aplicar la doctrina del disregard, sin embargo, dicha nota esencial del Derecho del Trabajo no puede ser reivindicada en detrimento del derecho humano fundamental y constitucional a la defensa en juicio, que forma parte del conglomerado de garantías que hacen al debido proceso.

Sobre el punto, vale traer a colación lo señalado por quien fuera juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, quien expresa “...Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado

depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado”. (García Ramírez, Sergio. *El Debido Proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*. Edit. Porrúa, México, 2012. Página 23).

En ese aspecto, debe señalarse que la dignidad de la persona exige que no se disponga de su derecho, de oficio, sin consideración alguna. La persona no debe ser solo objeto de la decisión judicial, sino que la misma debe ser oída, o sea, tener la oportunidad de manifestarse antes de una decisión que afecte sus derechos, para poder influir en el proceso y en sus resultados.

**C.S.J. Sala Constitucional. 06/04/2018 “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Rubén Antonio Roa Giménez c/ Energía compuesta en Potencia S.A. (ECEPSA) s/ Reposición laboral y cobro de guaraníes en diversos conceptos” (Ac. y Sent. N° 176).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: El Abg. Aurelio Zelaya Gaona, en nombre y representación de los señores Emigdio González Mora, Mario Núñez Argaña, Antonio Gerónimo Guerin Vera, José Eloy Acevedo Ocampos y Eduardo González Candia –condenados en el juicio principal– impugna de inconstitucionalidad la sentencia de Cámara dictada en el juicio laboral arriba individualizado, Acuerdo y Sentencia N° 090 de fecha 20 de julio de 2014 (f. 18/24), emanada del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Circunscripción Judicial de Central, que resuelve: ANULAR la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, “...HACER LUGAR, a la demanda que por Reposición Laboral y cobro de guaraníes en diversos conceptos laborales promovió el señor RUBÉN ANTONIO ROA GIMÉNEZ en contra de la firma ENERGÍA COMPUESTA EN POTENCIA S.A. (E.C.E.P.S.A.) CONDENANDO a la demandada, así como a los señores Emigdio González Mora, Antonio Gerónimo Guerin Vera, Mario Núñez Argaña, José Eloy Acevedo Ocampos y Eduardo González Candia, socios-accionistas de dicha firma, al pago de la suma de...GS. 348.592.500...”.

Los accionantes reputan arbitraria la sentencia impugnada, por ser supuestamente lesiva de los artículos 14, 15, 16, 17, 47, 137 y 256 de la Constitución, aduciendo en sustento de su posición, concretamente, tres fundamentos:

Uno, la aplicación por parte de los juzgadores de Alzada de la doctrina anglosajona del “Disregard of legal entity”, conocida también como “Corrimiento del velo societario”, en virtud de la cual se extiende a los socios de una persona jurídica la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ésta, si se prueba el fraude a la ley a través de la fachada societaria. Los accionantes objetan la aplicación de dicha figura a este caso y estiman haber sido condenados indebidamente en virtud de la misma, pues, según señalan, la aludida figura no cuenta con soporte legal en el ordenamiento jurídico paraguayo, por lo que, en su apreciación, el Tribunal violentó el principio de la limitación de la responsabilidad de los socios de las personas jurídicas, que sí está expresamente previsto en el Código Civil paraguayo (arts. 94 y 1048), así como el orden de prelación de las normas jurídicas previsto en la Constitución. Manifiestan que si bien la doctrina del disregard fue incorporada por varios ordenamientos jurídicos en el ámbito del Derecho comparado, la misma no fue acogida por nuestra legislación, de lo que concluyen que no es aplicable a este caso, amén de ser una figura perteneciente al sistema anglosajón, y no al romano continental, al cual adscribe nuestro ordenamiento jurídico, puntualizan. Asimismo, acotan que en aquel sistema la doctrina y jurisprudencia sí tienen fuerza de ley, mas no en el nuestro, en el cual “...los sujetos de derecho únicamente están sometidos al imperio de la ley, no teniendo ningún valor ni la Jurisprudencia ni la doctrina de los Juristas...” (sic).

Dos, la creación –por medio de la sentencia impugnada– de “una nueva norma jurídica” y su aplicación a un hecho acaecido con anterioridad, lo cual entienden que configura un claro quebrantamiento del principio de irretroactividad de la ley (Art. 14 de la Constitución) y, asimismo, vulnera la seguridad jurídica, pues ningún ciudadano puede predecir que un Tribunal podría repentinamente derogar el texto de la ley que establece la responsabilidad limitada de las sociedades, característica fundamental de las mismas, aseveran, explicando que los jueces se encuentran compelidos por la propia Constitución y el Código ritual a resolver siempre y exclusivamente según la ley, sin posibilidad de aplicar el derecho extranjero contrario a la ley nacional, como ocurrió en este caso, en el que, según sostienen, se

derogó una ley nacional de carácter vinculante a través de una “simple doctrina extranjera...”.

Y, tres, la supuesta violación del debido proceso en el juicio de maras, por falta de integración de la litis con los ahora accionantes, quienes aseveran que jamás fueron parte del proceso laboral fuente de esta acción, pero que, sin embargo, de manera insólita y arbitrariamente fueron condenados en el fallo de Alzada ahora impugnado, únicamente por revestir la calidad de socios accionistas de la persona jurídica que sí fue demandada (Energía Compuesta en Potencia S.A.), y sin haber sido los mismos siquiera demandados ni mucho menos tenido participación en el proceso en cuestión, todo ello en violación de su derecho a la defensa en juicio y a producir pruebas. (Arts. 16 y 17 de la Constitución).

Basados en todo lo señalado, los accionantes peticionan a esta Sala Constitucional haga lugar a la presente acción y, en consecuencia, declare la nulidad del fallo impugnado.-

El trabajador accionado, victorioso en la instancia ordinaria, contestó el traslado en los términos del escrito de fs. 49/57, manifestando que la sentencia impugnada se halla ajustada a lo que dispone la Constitución y las leyes laborales, resaltando también que la doctrina es fuente de derecho y que la figura del disregard fue correctamente aplicada en este caso; reitera los fundamentos de su demanda, haciendo hincapié en que los accionantes supuestamente orquestaron un fraude en perjuicio de sus derechos laborales, al ser absorbida la empresa en la que el mismo trabajaba inicialmente (UNITRANSGAS S.A.) por otra empresa (Energía Compuesta en Potencia S.A. - ECEPSA) que, según afirma, se trata de una Sociedad constituida por los ahora accionantes, quienes serían las mismas personas físicas accionistas de UNITRANSGAS S.A., a los efectos de que los mismos puedan eludir sus obligaciones laborales como patrones y evitar que el trabajador acumule la antigüedad necesaria para adquirir su estabilidad especial. Señala también que los accionantes mal podrían alegar indefensión, dado que los mismos tenían conocimiento del juicio principal, por haber otorgado poder para que la empresa sea representada en juicio, además de haber sido condenados no en forma principal, sino en forma subsidiaria a la empresa E.C.E.P.S.A. Cita en apoyo de su postura los principios de buena fe y primacía de la realidad y resalta el carácter de orden público e irrenunciabilidad de las normas laborales. Asevera que si la presente acción fuera aco-

gida, y, en consecuencia, “se exonerara de responsabilidad” a los accionantes, su parte vería frustrada la posibilidad de ejecutar la condena, al no existir bienes de la sociedad demandada que aseguren el cobro de sus haberes. Por todo ello, solicita el rechazo in totum de la presente acción de inconstitucionalidad.

El Fiscal General Adjunto, Diosnel Rodríguez, se expidió en los términos del dictamen N° 46 del 10 de agosto de 2015 (fs. 59/60), en el que sugiere el rechazo de la presente acción.

Expuestos los argumentos de la presente acción de inconstitucionalidad –extractados en lo esencial– pasaré al abordaje de cada uno de ellos, en el orden en el que fueron aludidos. Adelanto en señalar que no comparto los argumentos esgrimidos en el primer y segundo punto del escrito de los accionantes, pero considero que sí les asiste razón en las alegaciones que realizan en el tercer argumento de inconstitucionalidad. Todo ello de acuerdo con las reflexiones que siguen:

En cuanto al primer argumento aducido por los accionantes –aplicación de la doctrina extranjera del disregard sin sustento legal en nuestro ordenamiento jurídico– el mismo no posee la pretendida virtualidad de descalificar por arbitraria una resolución judicial. Es cierto que la Cámara de Apelaciones, tras anular la sentencia de primera instancia, entró a resolver el fondo de la cuestión –según ordena el art. 248 del CPT– aplicando la aludida doctrina del Disregard, pero la circunstancia de que los jueces apliquen doctrina extranjera para resolver casos domésticos, no puede ser tildada de arbitraria, ya que el propio legislador laboral así lo autoriza en el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, que estatuye: “A falta de normas legales o contractuales del trabajo exactamente aplicables al caso controvertido, se resolverá de acuerdo con la equidad, los principios generales del Derecho Laboral, las disposiciones de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aplicables al Paraguay, los principios del derecho común no contrarios a los del Derecho Laboral, la doctrina y la jurisprudencia, la costumbre o el uso local”(la negrita es mía).

Este artículo tiene réplica en su homónimo artículo 6° del Código Ritual del Trabajo, que expresa: “A falta de normas procesales de trabajo, exactamente aplicables al caso litigioso, se resolverá de acuerdo con los principios generales del Derecho Procesal Laboral, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y las leyes que lo modifican en cuanto no sean

contrarias a la letra o al espíritu de este Código, la doctrina y jurisprudencia, la costumbre o el uso local en materia de procedimiento”.(la negrita es mía).

Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico laboral –sustantivo y adjetivo– tanto la doctrina como la jurisprudencia constituyen fuentes de las que los juzgadores pueden echar mano para dar solución a los casos que deban resolver, ante vacíos o lagunas normativas.

Lo arbitrario hubiese sido que los juzgadores, en el hipotético caso de haberse comprobado la supuesta elusión a la ley, cometida por personas físicas bajo el “velo” de una persona jurídica, lo dejaran impune, bajo el pretexto harto legalista de que no existe una disposición normativa que así lo autorice.

El Derecho no se halla integrado solamente por la ley escrita, sino también por principios, que constituyen fuentes de derecho y entre los cuales se encuentra el de la buena fe, que campea en nuestro ordenamiento jurídico y, especialmente en nuestro Derecho Laboral (Art. 61 Cód. Laboral) . Cabe citar también la equidad, que el legislador erigió como columna vertebral del proceso laboral, a lo largo de todo el desarrollo del mismo, en los siguientes términos: “La interpretación, aplicación e integración de las normas de este Código, se hará de acuerdo con la equidad, no sólo a expresar los fundamentos de los fallos, sino en la conducción general del procedimiento” (Art. 7° Cód. Proc. Laboral).

Y, justamente, los citados principios son los que dan andamiaje a la teoría del disregard, denominada también como teoría de la penetración o del corrimiento o levantamiento del velo societario, puesto que la misma persigue despojar a la sociedad de la característica legal que establece la separación de su patrimonio respecto de los de sus socios y responsabilizar también a éstos, siempre que aquella haya sido utilizada de manera fraudulenta. Es decir, busca castigar el ejercicio abusivo del derecho derivado de la personalidad.

No resulta ocioso mencionar que, en la esfera del Derecho del Trabajo, de alta vocación tuitiva y en donde más cabida tiene la aplicación del disregard, rige el paradigmático principio de “primacía de la realidad”, según el cual priman los hechos sobre las formas o las apariencias.

Si bien son fuentes originarias del disregard la doctrina y la jurisprudencia, actualmente en el derecho comparado existen normas positivas concretas que plasman la teoría. En el caso de nuestro ordenamiento jurídico,

el Art. 372 del Código Civil expresamente desaprueba el ejercicio abusivo del derecho, en estos términos: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos...” (la negrita es mía). Estimo que esta norma es la brecha positiva que puede sustentar de una manera general la aplicación de la teoría del *disregard*, dado que alrededor de ella claramente rondan los conceptos del abuso del derecho.

Ahora bien, es innegable que en resguardo de la seguridad en las relaciones jurídicas, la aplicación de la doctrina de *marras*, exige una elevada dosis de prudencia por parte de los juzgadores, quienes deben tener un criterio sumamente restrictivo, y reservar la aplicación a los casos en que se encuentre probado de manera incontrastable el fraude cometido mediante la utilización abusiva de la forma societaria. De hecho, esto sostienen los fallos de los Tribunales del Trabajo, a través de los cuales la doctrina ha sido receptada pretorianamente en nuestro Derecho, desde hace varios años, uno de cuyos pioneros en su aplicación fue el recordado y destacado magistrado laboralista, Ramiro Barboza.

Por todo lo señalado, en mi opinión, el primer argumento aducido por los accionantes carece de asidero, ya que la aplicación pretoriana de la doctrina del *disregard* en el fallo impugnado, no lo torna *contra legem*; por el contrario, los juzgadores llenaron un vacío legal con su aplicación, por lo que la resolución impugnada no puede ser considerada arbitraria por dicha circunstancia.

Respecto del segundo argumento de la acción, supuesta derogación de la ley a través de una norma jurídica particular –la sentencia impugnada–, y su aplicación a un hecho ocurrido con anterioridad, en violación del principio constitucional de irretroactividad de la ley, es ostensible el yerro en la apreciación de los accionantes. De todos modos, cabe recalcar que, en el fallo impugnado, los juzgadores no soslayaron la solución legal aplicable al caso para “inventar” otra, por la sencilla razón de que nuestro ordenamiento jurídico adolece de una laguna con respecto a este caso, o sea, no da ninguna solución para los supuestos de hecho del caso de autos. Por ello, los magistrados procedieron a integrar el derecho, recurriendo a las fuentes autorizadas por la ley –doctrina y jurisprudencia–, para encontrar en ellas la solución que el legislador no proporcionó. En consecuencia, este argumento

tampoco puede servir de sustento a la presente acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en cuanto al tercer argumento de los accionantes –violación del debido proceso por la condena impuesta a los mismos sin que éstos hayan integrado la litis, con la consecuente violación de su derecho a la defensa y a producir pruebas– considero que asiste razón a los mismos al tildar de arbitrario el fallo impugnado.

En efecto, en el juicio en el que se dictó la sentencia impugnada fue demandada única y exclusivamente la persona jurídica denominada “Energía Compuesta en Potencia S.A.” y no sus socios accionistas –ahora accionantes– (ver demanda, fs. 30/33), por lo que los mismos nunca fueron parte de la Litis y obviamente ésta no se trabó a su respecto. Por ende, mal podrían haber sido condenados en el principal, sin juicio previo como –en forma ostensiblemente arbitraria – resolvieron los jueces de Alzada.

Ciertamente la doctrina del disregard se trata de una técnica o práctica judicial que se desarrolla como forma de indagar la verdad material que subyace a la formalidad jurídica, lo que es una manifestación del principio de la realidad, que, como se tiene dicho, especialmente rige y particulariza el derecho laboral, principio que deben tener presente y aplicar, en su caso, los jueces del trabajo cuando la sociedad reclamada esgrime como principal defensa el principio de la independencia de las personas jurídicas de las personas físicas que la integran, cristalizado en el Art. 94 del C.C., principio que no es absoluto como lo demuestra la teoría del levantamiento del velo societario.

Mas, para poder prescindir de la forma externa de la persona jurídica y penetrar hasta las personas e intereses que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica, y hacerlas responsables, resulta imprescindible la integración de la litis con las personas físicas que supuestamente operen en forma fraudulenta bajo el “velo” o ropaje de la forma societaria, lo que, como se tiene dicho, no ocurrió en este caso.

Por muy plausible que fuera la alusión que hacen los juzgadores de Alzada de la protección de raigambre constitucional y la vocación tuitiva del Derecho Laboral, como basamento para aplicar la doctrina del disregard, sin embargo, dicha nota esencial del Derecho del Trabajo no puede ser reivindicada en detrimento del derecho humano fundamental y constitucional a la defensa en juicio, que forma parte del conglomerado de garantías que hacen al debido proceso.

Sobre el punto, vale traer a colación lo señalado por quien fuera juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, quien expresa “...Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado”. (García Ramírez, Sergio. *El Debido Proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*. Edit. Porrúa, México, 2012. Página 23).

En ese aspecto, debe señalarse que la dignidad de la persona exige que no se disponga de su derecho, de oficio, sin consideración alguna. La persona no debe ser solo objeto de la decisión judicial, sino que la misma debe ser oída, o sea, tener la oportunidad de manifestarse antes de una decisión que afecte sus derechos, para poder influir en el proceso y en sus resultados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Opinión Consultiva N° 18 del 17 de setiembre de 2003, ha señalado que el debido proceso implica que “...un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables...”. (García Ramírez, Op. Cit., pág. 23).

En conclusión, ante el señalado estropicio de una de las garantías angulares que envuelve el debido proceso –derecho a la defensa en juicio – en ostensible perjuicio de los accionantes, la sentencia impugnada deviene claramente arbitraria, por lo que corresponde HACER LUGAR a la presente acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 090 de fecha 20 de julio de 2014, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Circunscripción Judicial de Central. Los autos deberán seguir el trámite establecido en el Art. 560 del C.P.C. Costas a la perdidosa. Voto en ese sentido.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Del análisis de la resolución accionada, de los fundamentos de los accionantes y de las constancias del expediente que diera origen a la presente acción, podemos afirmar que los juzgadores no hicieron un estudio acabado de las constancias de autos y realizaron una incorrecta valoración de los hechos y situaciones puestos a su conocimiento dictando así una resolución que se opone a los testimonios del juicio.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En efecto, del estudio del expediente se advierte que los hoy accionantes no fueron parte en los autos. Es más, la demanda de reposición y cobro de guaraníes en diversos conceptos no fue incoada contra ellos, tampoco en momento alguno tomaron intervención en el juicio, en consecuencia, no podían ser condenados en la sentencia. Con la condena a los accionantes se han violado el derecho a la defensa en juicio y los derechos procesales de los mismos (Arts. 16 y 17 de la C.N.), entre otros.

Las sentencias judiciales para ser válidas deben estar fundadas y ser el producto de una reflexionada aplicación del derecho a los hechos probados en la causa.

En este caso, los juzgadores no realizaron en profundidad el estudio del expediente y, como consecuencia, no aplicaron el derecho que corresponde al caso, conforme a los hechos expuestos y probados. La resolución así dictada menoscaba las garantías constitucionales que amparan a los actores, lo que la hace inconstitucional.

En conclusión, corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad y declarar la nulidad del A. y S. N° 90 del 20 de julio de 2014, dictado por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, de la Circunscripción Judicial de Central. Costas a la parte perdidosa. El expediente debe seguir el trámite previsto en el Art. 560 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES, manifestó que se adhiere al voto de la Ministra preopinante, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Acuerdo y Sentencia N° 090 de fecha 20 de julio de 2014, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Circunscripción Judicial de Central.

IMPONER costas a la parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

## JURISPRUDENCIA

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

ANTE MÍ: Abg. Julio Pavón Martínez - Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 482**

***Cuestión debatida:** El caso de autos trata sobre una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N° 4.333/2011 que modifica el artículo 1° de la Ley N° 2.018/02 “Que autoriza la libre importación de vehículos, maquinarias agrícolas y maquinarias de construcciones usadas”, modificada por la Ley N° 2.153/03, en la parte que restringe la importación de vehículos usados mayores a diez años de antigüedad.*

#### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad.**

En este sentido, la Ley N° 4.333/2.011 solo beneficiaría a unos pocos empresarios dedicados al rubro de la venta de vehículos nuevos y consumidores capaces de adquirir dicho producto, en perjuicio de una generalidad de personas en medianas condiciones económicas para adquirir productos usados en buenas condiciones, vulnerando con ello el Art. 46 de la Constitución Nacional, referente al principio de igualdad.

5.1) Nuestra Constitución Nacional establece el principio de igualdad en el Art. 46: “De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Con relación al principio de igualdad conviene hacer las siguientes consideraciones: “a) El Estado debe remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de todos los hombres; b) mediante tal remoción el Estado ha de hacer viable un orden socioeconómico justo que iguale las posibilidades de todos los hombres; c) se ha de promover con políticas adecuadas el acceso

efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones, para todos los hombres de todos los sectores sociales” (Vide: BIDART CAMPOS, Germán J.; Compendio de Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 2.004, ps. 75 y ss.).

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Libertad de concurrencia.**

El Dictamen Fiscal destacó que la disposición normativa en cuestión pretende limitar la importación de vehículos que cumplen con las exigencias tributarias, aduaneras y las contempladas en la legislación positiva, al igual que las firmas representantes de las diversas marcas que se dedican a la importación de vehículos nuevos, es decir sin uso, lo cual conlleva una violación al principio constitucional de libertad de concurrencia en el mercado (Art. 107 CN)

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Libre circulación de los productos.**

El principio de libertad de competencia debe interpretarse como un reconocimiento del protagonismo de los sujetos privados dentro del sistema económico en lo relativo a la producción de bienes y servicios. En tal sentido, debe tomarse en cuenta la libre iniciativa de los agentes económicos, que debe realizarse dentro del marco de la igualdad de oportunidades, lo cual conlleva que la actividad económica debe preservar la justicia individual y mantener la justicia social dentro de la comunidad.

6.1) El ciudadano, como consumidor, es quien debe optar, ejerciendo su derecho de elección, por la mejor oferta del mercado, favoreciendo a la actividad comercial justa y equilibrada, haciendo la salvedad que en lo que respecta a la seguridad, se deben establecer medidas que protejan dicho aspecto, imponiendo acciones a ser adoptadas y las sanciones respectivas, en caso de incumplimientos, por lo órganos competentes. De esta forma, se respetaría la libertad de competencia y los derechos del consumidor, quien optará por la oferta que más conviene a sus legítimos intereses, dentro de márgenes legales y administrativos que establezcan criterios de seguridad a la comunidad. Esta máxima instancia judicial ya se expidió sobre el punto, señalando: “...la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más de sal-

vaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado” (CSJ, 19 de marzo de 2008, Ac. y Sent. N° 59).

**DERECHO CONSTITUCIONAL. Restricciones Indirectamente Constitucionales.**

Luego tenemos las llamadas restricciones indirectamente constitucionales, cuya imposición está autorizada por la Constitución, pero su imposición y definición está atribuida a la ley o a norma equivalente; son también denominadas “cláusulas de reserva explícitas” en el derecho constitucional.

**DERECHO CONSTITUCIONAL. Límites intrínsecos.**

Luego tenemos las llamadas restricciones indirectamente constitucionales, cuya imposición está autorizada por la Constitución, pero su imposición y definición está atribuida a la ley o a norma equivalente; son también denominadas “cláusulas de reserva explícitas” en el derecho constitucional.

Finalmente, tenemos las condicionantes de índole lógica, que exigen que las limitaciones efectuadas a los derechos esenciales sean debidamente justificadas y proporcionales. La justificación supone la explicitación de la causa o motivo jurídico por el que se requiere la presencia de la limitación de que se trate, motivo que debe ser pasible de revisión y, por ende, susceptible de ser comprendido plenamente. A su vez, las restricciones deben ser razonadas y razonables, nunca antojadizas o caprichosas. Por lo tanto, si la restricción proviene de la necesidad de dar protección a otros derechos, intereses o valores de bien común, éstos deben ser puntualmente indicados, así, por ejemplo, el orden social -en el sentido de la libertad coexistente de los otros, la utilidad pública-, el orden físico -la higiene, salud, seguridad de las personas- y el orden político -la integridad de la Constitución, de la Nación, etc.

Otra exigencia lógica más es la proporcionalidad, que impone que las limitaciones sean adecuadas, vale decir que tales limitaciones sean en verdad un medio apropiado para la consecución del fin que se tiene en miras.

Cuando esta finalidad es la protección de otros derechos de tenor también fundamental, la delimitación de una restricción exige una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en juego. En este orden de ideas, la proporcionalidad supone que el daño o deterioro que se produzca al ejercicio del derecho sea el mínimo en consideración del fin buscado.

Clásicamente el Estado dispone del poder de policía, en sentido amplio, para reglamentar y limitar los derechos. En tal sentido, se entiende como la facultad del estado para restringir razonablemente los derechos de los individuos, con el propósito de armonizar la convivencia social, la reglamentación que de ello surja y los actos de la autoridad administrativa que se efectúen con ese fin (Fallos “Avico c/ de la Pesa” y en “Inchauspe Hnos. CSJN, Argentina, 1922); estamos entonces ante “la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, que supere el principio de razonabilidad, que disipe toda inequidad y relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos” (ídem).

**C.S.J. Sala Constitucional. 27/06/2018 “Acción de Inconstitucionalidad: “Eralio Unsain Rivas c/ 1° párrafo Art. 1 de la Ley N° 4333/11 que modif. el Art. 1 de la Ley N° 2018/02” (Ac. y Sent. N° 482).**

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: 1) Se presenta el Señor Eralio Unsain Rivas, por sus propios derechos y bajo patrocinio del Abog. Isidro Benítez, a promover acción de inconstitucionalidad contra el Art. 1° de la Ley N° 4.333/2.011 que modifica el Art. 1° de la Ley N° 2.018/02 “Que Autoriza la Libre Importación de Vehículos, Maquinarias Agrícolas y Maquinarias de Construcciones Usados”, modificada por Ley N° 2.153/03, en la parte que restringe la importación de vehículos usados mayores a diez años de antigüedad.

2) La parte accionante sostiene que se dedica a la actividad comercial de importación de automóviles, dando cumplimiento a las exigencias aduaneras para la importación y demás requisitos legales a los efectos de la comercialización de los vehículos dentro del territorio nacional. Alega que la norma impugnada por esta vía lesiona gravemente el principio de igualdad

entre los ciudadanos, al pretender prohibir la importación de vehículos usados mayores a diez años de antigüedad, contados a partir del año de fabricación. Señala que la disposición lesiona los más elementales derechos constitucionales de los individuos, al prohibir, en beneficio de una minoría, la importación de vehículos que se encuentran dentro de un período de antigüedad determinado. Considera que la ley impugnada es violatoria de los Arts. 46, 47, 107, 108 y 137 de la Constitución Nacional.

3) La disposición legal impugnada establece: “Art. 1° se prohíbe la importación de vehículos usados de cualquier procedencia y modelo, con una antigüedad de diez años, contados a partir del año de su fabricación, hasta la de su despacho en el lugar de origen...”.

4) El Fiscal Adjunto, Abg. Federico Espinoza, se expidió en los términos del Dictamen N° 15 de fecha 05 de enero de 2.018, concluyendo que corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad, declarando la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley N° 4.333/2.011.

5) Opino que la presente acción de inconstitucionalidad debe prosperar. La Ley N° 4.333/2.011 en su Art. 1° limita injustamente a un período de diez (10) años la antigüedad de los vehículos a ser importados, sin tener en cuenta la real condición física o mecánica de los mismos, creando un beneficio injusto en detrimento de los importadores que se hallan cumpliendo las normativas legales concernientes a la materia tributaria y aduanera. En este sentido, la Ley N° 4.333/2.011 solo beneficiaría a unos pocos empresarios dedicados al rubro de la venta de vehículos nuevos y consumidores capaces de adquirir dicho producto, en perjuicio de una generalidad de personas en medianas condiciones económicas para adquirir productos usados en buenas condiciones, vulnerando con ello el Art. 46 de la Constitución Nacional, referente al principio de igualdad.

5.1) Nuestra Constitución Nacional establece el principio de igualdad en el Art. 46: “De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Con relación al principio de igualdad conviene hacer las siguientes consideraciones: “a) El Estado debe remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan “de hecho” la libertad y la igualdad de todos los hombres; b) mediante tal remoción el Estado ha de

hacer viable un orden socioeconómico justo que iguale las posibilidades de todos los hombres; c) se ha de promover con políticas adecuadas el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones, para todos los hombres de todos los sectores sociales” (Vide: BIDART CAMPOS, Germán J.; Compendio de Derecho Constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 2.004, ps. 75 y ss.).

6) El Dictamen Fiscal destacó que la disposición normativa en cuestión pretende limitar la importación de vehículos que cumplen con las exigencias tributarias, aduaneras y las contempladas en la legislación positiva, al igual que las firmas representantes de las diversas marcas que se dedican a la importación de vehículos nuevos, es decir sin uso, lo cual conlleva una violación al principio constitucional de libertad de concurrencia en el mercado (Art. 107 CN) y libre circulación de productos (Art. 108 CN). El principio de libertad de competencia debe interpretarse como un reconocimiento del protagonismo de los sujetos privados dentro del sistema económico en lo relativo a la producción de bienes y servicios. En tal sentido, debe tomarse en cuenta la libre iniciativa de los agentes económicos, que debe realizarse dentro del marco de la igualdad de oportunidades, lo cual conlleva que la actividad económica debe preservar la justicia individual y mantener la justicia social dentro de la comunidad.

6.1) El ciudadano, como consumidor, es quien debe optar, ejerciendo su derecho de elección, por la mejor oferta del mercado, favoreciendo a la actividad comercial justa y equilibrada, haciendo la salvedad que en lo que respecta a la seguridad, se deben establecer medidas que protejan dicho aspecto, imponiendo acciones a ser adoptadas y las sanciones respectivas, en caso de incumplimientos, por lo órganos competentes. De esta forma, se respetaría la libertad de competencia y los derechos del consumidor, quien optará por la oferta que más conviene a sus legítimos intereses, dentro de márgenes legales y administrativos que establezcan criterios de seguridad a la comunidad. Esta máxima instancia judicial ya se expidió sobre el punto, señalando: “...la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en

el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado” (CSJ, 19 de marzo de 2008, Ac. y Sent. N° 59).

7) Por las consideraciones que anteceden, corresponde HACER LUGAR a la presente acción de inconstitucionalidad, en razón de que el Art. 1° de la Ley N° 4.333/2.011 que modifica el Art. 1° de la Ley N° 2.018/02 “Que Autoriza la Libre Importación de Vehículos, Maquinarias Agrícolas y Maquinarias de Construcciones Usados”, modificada por Ley N° 2.153/03, en la parte que restringe la importación de vehículos usados mayores a diez años de antigüedad, vulnera los Arts. 1, 46, 107 y 108 de la Constitución Nacional. En consecuencia, corresponde declarar la inaplicabilidad de la disposición legal, al caso concreto. Es mi voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Discrepo con la opinión de la distinguida Colega que me precedió en el estudio de este caso, puesto que, a mi modo de ver, corresponde rechazar la presente acción; ello, de acuerdo con los fundamentos que se apuntan a continuación:

La norma atacada de inconstitucional – Ley N° 4333/2011 “Que modifica el artículo 1° de la Ley N° 2.018/02 “Que autoriza la libre importación de vehículos, maquinarias agrícolas y maquinarias de construcción usados”, modificada por la Ley N° 2.153/03”, dispone: “Artículo 1°. Modificase el Artículo 1° de la Ley N° 2.018/02 “Que autoriza la libre importación de vehículos, maquinarias agrícolas y maquinarias de construcción usados”, modificada por la Ley N° 2.153/03, cuyo texto queda redactado de la siguiente forma: Art. 1°.- Se prohíbe la importación de vehículos usados de cualquier procedencia y modelo, con una antigüedad mayor a diez años, contados a partir del año de su fabricación hasta la de su despacho en el lugar de origen...”.

Al análisis de la cuestión planteada, es dable hacer mención que, es una premisa harto conocida que el derecho, que es resultado de la convivencia humana y de la interacción de las conductas sociales de todos los individuos, no es ilimitado en su ejercicio, sino que debe ejercerse dentro del marco de ciertos límites que impone dicha intersubjetividad, y dentro de un régimen de reciprocidad, que tiene su punto más prominente en la consideración muy especial del bien común colectivo.

En tal sentido, los derechos fundamentales de las personas también están sujetos a límites, ya sean explícitos o implícitos. Advertir esta circuns-

tancia, empero, no significa ni equivale a desconocer o denegar tales derechos. En efecto, en este sentido la doctrina tiene dicho que: “Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos –forzosa e inevitablemente– a ciertos límites [...] la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común” (Jaime Guzmán, citado en “El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad”, Renato Cristi, LOM Ed., 2000, Santiago de Chile). La jurisprudencia también lo ha consagrado así: “no existen derechos ilimitados” (Sentencia 2/82, de 29 de enero, del Tribunal Constitucional de España).

Dicho esto, hay que recordar que los derechos fundamentales, de acuerdo con su contenido, pueden agruparse en tres grandes categorías: los derechos de libertad negativa – o derechos a no ser compelido a una cierta conducta, los derechos de libertad positiva –o derechos a ejercer libremente una determinada actividad y derechos de prestación (G. Zagrebelsky, Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales; el Tribunal Constitucional Italiano, en L. Favoreu (ed.), Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Madrid, CEC, 1984, p. 427). En estos tres “modos de ser” de los derechos individuales pueden aparecer las limitaciones a que nos hemos referido más arriba. Veamos, pues, cuáles son éstas.

La forma más básica de limitación la constituyen aquellas restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, lo que impide a cada individuo titular de un derecho ejercer su propio derecho en perjuicio de otra persona, o en perjuicio del bien común general. En este sentido es pertinente recordar lo dispuesto en el Art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, y en el Art. 29.2 de la Declaración de la ONU que estatuye: “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. El Pacto de San José de Costa Rica en su Art. 30 recoge estos lineamientos cuando dice que: “Las

restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Algunas de estas limitaciones son recogidas expresamente en el texto constitucional, así sucede cuando en la Constitución de la República se hace referencia a la libertad para disponer del propio cuerpo, para fines científicos -Art. 4 Constitución de la República, la libertad de reunión y de manifestación -Art. 32, la reglamentación de las migraciones en el derecho al libre tránsito y la residencia - Art. 39, etc., y en tal caso operan de modo inmediato y sin necesidad de una ley reglamentaria que así lo estatuya; esto también ha sido consagrado por la jurisprudencia más enjundiosa: “...la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional...” (Tribunal Constitucional Español, sentencia 77/85). Luego tenemos las llamadas restricciones indirectamente constitucionales, cuya imposición está autorizada por la Constitución, pero su imposición y definición está atribuida a la ley o a norma equivalente; son también denominadas “cláusulas de reserva explícitas” en el derecho constitucional.

Finalmente, existen los llamados límites intrínsecos, aquellos que derivan de los derechos fundamentales mismos. Así se ha dicho que: “...cualquier derecho, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada las; tanto la determinación del campo normativo cuanto el tratamiento de que sea objeto, circunscriben el contenido del derecho, señalan sus límites y fronteras, y por ello cabe hablar de límites intrínsecos...” (L. Martín-Retortillo e I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 151). Luego, la jurisprudencia recoge estos conceptos y así es como el Tribunal Constitucional Español acoge la noción de límites dados “por su propia naturaleza”, lo cual abre una vía para declarar la limitabilidad general de los derechos por parte del legislador (STC 5/1981) y “No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que como señalaba este Tribunal en sentencia de 8-1 V-81, en relación n los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o presentar

no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (STC 2/1982); “el concepto de límites es inherente al concepto de derecho y que, en el conjunto del sistema jurídico, las diferentes situaciones de derecho deben necesariamente limitarse recíprocamente, a fin de que puedan coexistir en una comunidad civil bien ordenada” (Sentencia 1/1956, Const. Italiano). En el mismo sentido se ha decantado la doctrina constitucional alemana, con la tesis de los límites inmanentes a los derechos, admitiendo restricciones genéricas, vinculadas con la protección del estado de derecho o la garantía del orden público y la paz social.

Ahora bien, el desarrollo legislativo o la determinación de una restricción no expresada en el texto constitucional, pero que deriva implícitamente del derecho de terceros o del bien común general siempre debe seguir ciertos requisitos, entre los cuales se cuenta la cláusula del contenido esencial de derechos y la exigencia de justificación, ya que la facultad normativa de las limitaciones de derechos constitucionales no puede ser ejercida de manera arbitraria. (Prieto Sanchís, Luis: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, págs. 232/241).

La justificación de la limitación en la realización de otros derechos, bienes o valores constitucionales y el respeto al contenido esencial del derecho que se está limitando son fundamentales para que la restricción sea constitucional; así la jurisprudencia ha dicho que: “...el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” Sent. 11/1981); “...dado el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada” (Sent. 62/1982); “...todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en caso de conflicto, un límite para otros bienes o valores; en principio la Ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes, y a este Tribunal compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el legislador al efectuarla...” (Auto 375/1983). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1988, sobre la expresión ‘leyes’ en el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha afirmado que: “Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa

que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones: (a) que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; (b) que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a ‘razones de interés general’ y no se aparten del ‘propósito para el cual han sido establecidas’. Este criterio teleológico, cuyo análisis ha sido requerido en la presente consulta, establece un control de desviación de poder, y (c) que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas” (párrafo 18); “La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten ‘por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’. (...) El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (Art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual materialmente y alcanzar la felicidad’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre’ Considerandos, párr. 1). Bien común’ y ‘orden público’ en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos ‘requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa’ (Carta de la OEA, Art. 3.d); y los derechos del hombre, que ‘tienen como fundamento los atributos de la persona humana’, deben ser objeto de protección internacional (Declaración Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, Preámbulo, párr. 2)”.

Pues bien, el establecimiento de una limitación debe seguir ciertas reglas, entre las cuales algunas son formales, como que la norma emane de la autoridad constitucionalmente competente para ello, y otras son sustanciales. A éstas nos referiremos seguidamente.

Una primera condición es la del respeto a las obligaciones internacionales legalmente asumidas por el Estado, lo cual puede resumirse como la intangibilidad del bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales, principio radical al cual debe someterse el legislador en su actuar. Se

trata del respeto del “conjunto de derechos de las personas (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de iuscogens) y los derechos implícitos expresamente incorporados a [el] ordenamiento jurídico por la vía del artículo 29 literal C) de la [Convención Americana sobre Derechos Humanos], todos los cuales constituyen límites a la soberanía”(Nogueira Alcalá, Humberto (2008): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, Segunda edición corregida, Tomo I, p. 37).

Luego existe una condición de carácter material, vinculada con el respeto por el contenido esencial del derecho, en sus aspectos normativo, técnico y axiológico; según esta condición, la ley que instaura o desarrolla la limitación, a más de tener carácter general y no estar limitada al caso individual, de ningún modo puede afectar el contenido esencial del derecho de cuya limitación se trata. Ello implica que existe un núcleo central del derecho que no puede ser desnaturalizado ni desvirtuado o llanamente impedido, so color de reglamentación.

Finalmente, tenemos las condicionantes de índole lógica, que exigen que las limitaciones efectuadas a los derechos esenciales sean debidamente justificadas y proporcionales. La justificación supone la explicitación de la causa o motivo jurídico por el que se requiere la presencia de la limitación de que se trate, motivo que debe ser pasible de revisión y, por ende, susceptible de ser comprendido plenamente. A su vez, las restricciones deben ser razonadas y razonables, nunca antojadizas o caprichosas. Por lo tanto, si la restricción proviene de la necesidad de dar protección a otros derechos, intereses o valores de bien común, éstos deben ser puntualmente indicados, así, por ejemplo, el orden social -en el sentido de la libertad coexistente de los otros, la utilidad pública-, el orden físico -la higiene, salud, seguridad de las personas- y el orden político -la integridad de la Constitución, de la Nación, etc.

Otra exigencia lógica más es la proporcionalidad, que impone que las limitaciones sean adecuadas, vale decir que tales limitaciones sean en verdad un medio apropiado para la consecución del fin que se tiene en miras. Cuando esta finalidad es la protección de otros derechos de tenor también fundamental, la delimitación de una restricción exige una adecuada ponde-

ración de los bienes jurídicos en juego. En este orden de ideas, la proporcionalidad supone que el daño o deterioro que se produzca al ejercicio del derecho sea el mínimo en consideración del fin buscado.

Clásicamente el Estado dispone del poder de policía, en sentido amplio, para reglamentar y limitar los derechos. En tal sentido, se entiende como la facultad del estado para restringir razonablemente los derechos de los individuos, con el propósito de armonizar la convivencia social, la reglamentación que de ello surja y los actos de la autoridad administrativa que se efectúen con ese fin (Fallos “Avico c/ de la Pesa” y en “Inchauspe Hnos. CSJN, Argentina, 1922); estamos entonces ante “la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, que supere el principio de razonabilidad, que disipe toda inequidad y relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos” (ídem).

Todo ello nos lleva a sostener que las reglamentaciones legales y normativas en general, que regulen los derechos subjetivos particulares, aún los de rango constitucional, solo serán inconstitucionales si no cumplen con los requisitos más arriba enunciados, esto es, si no están fundamentados, si la regulación carece de razonabilidad y de proporcionalidad, o si afecta de tal modo el contenido del derecho subjetivo, que desnaturaliza su contenido esencial y termina anulándolo o menoscabándolo seriamente.

En este caso estamos ante la reglamentación para importaciones de automotores usados de cierta antigüedad, esto es, de productos de consumo; estamos, pues, ante la restricción de una facultad, el libre ejercicio del comercio. Nuestra Constitución no protege el comercio por sí mismo, sino que protege el mercado y la libre concurrencia (Art. 107) y su encuadre constitucional se hace sólo en cuanto actividad no prohibida y por tanto lícita. Es obvio que el ejercicio de la actividad comercial puede sujetarse a reglas y limitaciones relativas al orden público, al bien común, a la seguridad nacional, a la salud y el bienestar general, etc. Un sinnúmero de leyes y reglamentos existen en este sentido en nuestro derecho, e incluso se establecen prohibiciones absolutas vinculadas a la actividad comercial, como el caso de bienes de comercialización o exportación prohibidas, restringidas y condicionadas –productos farmacéuticos, armas, semillas y productos vegetales, animales vivos, especies protegidas, etc.-. De modo que la imposición de una limitación, en sí misma, no deviene inconstitucional.

Luego, en cuanto a si la reglamentación aquí impugnada cumple con los restantes requisitos de constitucionalidad, ya referidos más arriba, podemos ver que la norma en cuestión impone una limitación a la edad o antigüedad que pueden tener los automotores que se introduzcan al país por importación. La norma respectiva establece el fundamento de las exigencias que impone a los accionantes, dichas exigencias resultan razonables y proporcionadas con relación al fin de previsión o preservación de la salud pública, la seguridad ciudadana y de la protección de los consumidores. En efecto, en el índice de indicadores básicos de salud del año 2013 -IBS2013- publicado por la MPS, la OMS y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, con una proyección comparativa desde el año 2007, vemos que los accidentes de tránsito son mencionados como una de las causas más frecuentes de mortalidad, solo por debajo de las enfermedades cerebro y cardiovasculares, y la diabetes. En tanto que si miramos las causas externas de mortalidad -que se originan desde fuera del individuo- los accidentes de tránsito automotor constituyen la causa primera de mortalidad.

Por su parte, la ONU ha declarado al período 2010-2020 como la “Década de la Acción por la Seguridad Vial” y el BID ha establecido en el ámbito del ALC – América Latina y el Caribe– como una de las recomendaciones y prioridades principales de actuación, la mejora sustancial en el parque vehicular, para aumentar las exigencias de seguridad a los vehículos, y, en tal sentido, se aconseja la modificación o adecuación de los marcos legales respectivos; como recomendación específica para Paraguay se indica la introducción de estándares de seguridad en los vehículos, incluso los relacionados con su antigüedad (Avances en seguridad vial en América Latina y el Caribe 2010-2012, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) / Asociación Española de la Carretera (AEC), año 2013).

A la luz de estas realidades resulta claro que la medida legislativa tomada en la Ley N° 4333/2011, es no solo razonable, adecuada y proporcionada, sino que sigue los estándares de seguridad que los organismos internacionales han pautado en la materia.

Por todas las consideraciones que anteceden, se concluye que la norma no es inconstitucional, por lo que la presente acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada. Es mi voto.

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

## JURISPRUDENCIA

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la presente acción de inconstitucionalidad, y en consecuencia declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley N° 4.333/2.011 que modifica el Art. 1° de la Ley N° 2.018/02 “Que Autoriza la Libre Importación de Vehículos, Maquinarias Agrícolas y Maquinarias de Construcciones Usados”, modificada por Ley N° 2.153/03, en la parte que restringe la importación de vehículos usados mayores a diez años de antigüedad, con relación al accionante.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: Miryam Peña Candía, Gladys Bareiro de Módica y Miguel Oscar Bajac.

ANTE MÍ: Abg., Julio Pavón Martínez Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 623**

*Cuestión debatida: El juez consultante estima que el referido Art. 29 de la Ley N.º 2421/2004 quebranta la garantía constitucional de la igualdad con respecto a la Regulación de honorarios profesionales y considerando que la declaración de inconstitucionalidad puede producirse solamente en el seno de la Sala Constitucional o por decisión del pleno de la Corte, remite estos autos para que esta Sala se expida respecto de la constitucionalidad -o no- del aludido artículo.*

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Consulta Constitucional. ESTADO. Persona Jurídica. Demandas. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios profesionales.**

Considero que cuando las normas crean desigualdades ante casos similares, dando un tratamiento distinto a uno y otro, se infringe la garantía constitucional de igualdad, consagrada en el Art. 46 de la Carta Magna, que establece: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Asimismo, el Art. 47, dispone: “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes...”.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Consulta Constitucional. ESTADO. Persona Jurídica. Demandas. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios profesionales.**

De tal garantía constitucional, se deduce que la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, y que no se pueden establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Consulta Constitucional. ESTADO. Persona Jurídica. Demandas. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios profesionales.**

En relación con el tema sometido a consideración de esta Sala, se puede percibir que la disposición legal objetada –Art. 29 de la Ley N° 2421/2004-, lesiona ostensiblemente la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, al establecer que en el caso en que las costas se impongan

al Estado o a sus entes citados en el Art. 3° de la Ley N° 1535/1999, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de todos los abogados intervinientes, no podrá exceder el 50% del arancel mínimo legal dispuesto por la Ley N° 1376/1988 de honorarios de Abogados y Procuradores, hasta cuyo importe deben atenerse los jueces al regular los honorarios de aquellos.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Consulta Constitucional. ESTADO. Persona Jurídica. Demandas. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios profesionales.**

En esa misma línea, señala Zarini que el concepto de igualdad debe tomarse en sentido amplio. No solo la igualdad ante la ley como expresa textualmente el Art. 46, sino en la vasta acepción con que la emplea Bidart Campos: “igualdad jurídica”. Es decir, que no es sólo la igualdad ante el legislador que sanciona la ley, sino también ante toda formación jurídica (decreto, resolución, ordenanza, etc.). Se extiende, además, a los otros campos de actuación del Estado (igualdad ante la Administración y ante la jurisdicción) y comprende, asimismo, la esfera privada (igualdad ante y entre particulares)...”. (Zarini, Helio Juan, obra “Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Bs. As. año 1992, pág. 385).

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Consulta Constitucional. ESTADO. Persona Jurídica. Demandas. REGULACIÓN DE HONORARIOS. Honorarios profesionales.**

Las precedentes citas doctrinales sustentan nuestra tesis, en el sentido de que la garantía de igualdad ante ley debe ser observada también por el Estado y sus entes en su relación con los particulares, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el ámbito jurisdiccional. Contrariamente a lo dicho, la norma legal cuestionada propicia un trato privilegiado a favor del Estado y en perjuicio de los abogados que intervienen en las causas en las que aquél es parte, ya sea como demandante o demandado.

**C.S.J. Sala Constitucional. 06/08/2018. Consulta Constitucional en el juicio: “R.H.P. de la Abog. Gloria Iracema Brizuela en el**

**juicio: Banco Nacional de Fomento c/ Julio César Galeano Ramírez s/ Juicio Ejecutivo”. Año: 2017 – N° 1330 (Ac. y Sent. N° 623).**

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

**C U E S T I Ó N:**

¿Es inconstitucional el Art. 29 de la Ley N° 2.421/04 “De Reordenamiento Administrativo y De Adecuación Fiscal”?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Mediante A.I. N° 1539 de fecha 7 de julio de 2017 (fs. 02), el Juez de la Justicia Letrada del 1° Turno, resuelve remitir estos autos en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de que la misma declare si el Art. 29 de la Ley N° 2421/2004 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal” es o no constitucional.

Frente al imperativo de aplicar la ley que rige la materia a la regulación peticionada por trabajos cumplidos ante el Juzgado de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial, Primer Turno de la Capital, el juez consultante estima que el referido Art. 29 de la Ley N.º 2421/2004 quebranta la garantía constitucional de la igualdad, y, considerando que la declaración de inconstitucionalidad puede producirse solamente en el seno de la Sala Constitucional o por decisión del pleno de la Corte, remite estos autos para que esta Sala se expida respecto de la constitucionalidad -o no- del aludido artículo.

El Juzgado requirente plantea la consulta de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inciso a) del C.P.C., que estatuye que los Jueces y Tribunales tienen la facultad de “remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales...”.

Del texto de la disposición legal transcripta, se desprende que los requisitos para la viabilidad de la consulta constitucional son: 1) La ejecutoriedad de la providencia de autos; y, 2) La mención por el requirente de la disposición normativa acerca de cuya constitucionalidad tiene duda, así como de los preceptos constitucionales que presume son vulnerados por aquella, expresando claramente los fundamentos de dicha duda.

Debe señalarse que al versar la consulta sobre la constitucionalidad de una disposición legal atinente a honorarios profesionales, no es dable exigir razonablemente el cumplimiento del primer requisito de viabilidad

señalado más arriba -providencia de “autos” ejecutoriada-, dado que la solicitud de la regulación de los honorarios se resuelve directamente, sin llamarse “autos”. Esto es, no existe el llamamiento de “autos”.

Con respecto al segundo requisito de viabilidad -fundamentación suficiente de la duda-, el mismo se halla cumplido en la especie, con los enjundiosos argumentos expuestos por el Juzgado consultante, acerca de la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Ante todo ello, estimo que corresponde evacuar la presente consulta.

Dicho esto, paso a tratar el tema de la consulta, acogiendo el criterio mayoritario y constante que viene sustentando esta Sala con relación al mismo.

El Art. 29 de la Ley N.º 2421/2004 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal”, establece: “En los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el Artículo 3º de la Ley N.º 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder del 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costa del Estado. Queda modificada la Ley N.º 1376/88 “Arancel de Abogados y Procuradores”, conforme a esta disposición”.

Considero que cuando las normas crean desigualdades ante casos similares, dando un tratamiento distinto a uno y otro, se infringe la garantía constitucional de igualdad, consagrada en el Art. 46 de la Carta Magna, que establece: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Asimismo, el Art. 47, dispone: “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes...”.

De tal garantía constitucional, se deduce que la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los que se encuentren en igual-

dad de circunstancias, y que no se pueden establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias. En este aspecto, resulta oportuno traer a colación las palabras de Robert Alexy: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual” (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1993. Pág. 395).

En relación con el tema sometido a consideración de esta Sala, se puede percibir que la disposición legal objetada –Art. 29 de la Ley N° 2421/2004-, lesiona ostensiblemente la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, al establecer que en el caso en que las costas se impongan al Estado o a sus entes citados en el Art. 3° de la Ley N° 1535/1999, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de todos los abogados intervinientes, no podrá exceder el 50% del arancel mínimo legal dispuesto por la Ley N° 1376/1988 de honorarios de Abogados y Procuradores, hasta cuyo importe deben atenerse los jueces al regular los honorarios de aquellos.

Si el Estado como persona jurídica debe litigar con un particular, lo debe hacer en igualdad de condiciones, y el hecho de resultar perdidoso, mal puede constituir una razón para reducir las costas del juicio, en detrimento del derecho de los profesionales intervinientes a percibir la retribución que por ley les es debida.

Según Gregorio Badeni: “...la igualdad que prevé la Constitución significa que la ley debe ofrecer iguales soluciones para todos los que se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias. Asimismo, que no se pueden establecer excepciones o privilegios que reconozcan a ciertas personas lo que, en iguales circunstancias, se desconozca respecto de otras...” (Badeni, Gregorio. Instituciones de Derecho Constitucional. AD HOC S.R.L. pág. 256).

En esa misma línea, señala Zarini que el concepto de igualdad debe tomarse en sentido amplio. No solo la igualdad ante la ley como expresa textualmente el Art. 46, sino en la vasta acepción con que la emplea Bidart Campos: “igualdad jurídica”. Es decir, que no es sólo la igualdad ante el legislador que sanciona la ley, sino también ante toda formación jurídica (decreto, resolución, ordenanza, etc.). Se extiende, además, a los otros campos de actuación del Estado (igualdad ante la Administración y ante la jurisdicción) y comprende, asimismo, la esfera privada (igualdad ante y entre

particulares)...”. (Zarini, Helio Juan, obra “Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Bs. As. año 1992, pag. 385).

Las precedentes citas doctrinales sustentan nuestra tesis, en el sentido de que la garantía de igualdad ante ley debe ser observada también por el Estado y sus entes en su relación con los particulares, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el ámbito jurisdiccional. Contrariamente a lo dicho, la norma legal cuestionada propicia un trato privilegiado a favor del Estado y en perjuicio de los abogados que intervienen en las causas en las que aquél es parte, ya sea como demandante o demandado.

Por los fundamentos que anteceden, se evacua la presente consulta en el sentido expresado en reiterados fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que han declarado la inconstitucionalidad del Art. 29 de la Ley N.º 2421/2004, por ser violatorio de la garantía constitucional de la igualdad consagrada en los Arts. 46 y 47 de la Constitución. Voto en ese sentido.

A su turno el Doctor FRETES dijo: El Juzgado de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial, Primer Turno, de esta Capital, por medio del A.I. N.º 1539 de fecha 7 julio de 2017 en los autos caratulados “R.H.P. de la Abog. Gloria Iracema en el juicio caratulado: Banco Nacional de Fomento c/ Julio Cesar Galeano Ramírez s/ cobro de guaraníes” remitió estos autos a esta Máxima Instancia, basado en el artículo 18 del Código Procesal Civil.

El artículo 18 del Código de Procedimientos Civiles establece: “Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que, a su juicio, una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales”.

La norma establece dos requisitos a los efectos de la viabilidad de la consulta: el primero de ellos resulta en la obligación de la ejecutoriedad de la providencia que ordena el llamamiento de autos; y el segundo -el mecanismo que activa el ejercicio de esta facultad- lo constituye la duda del magistrado respecto de la constitucionalidad de alguna disposición legal aplicable al caso.

En cuanto al primer requisito, y en lo que hace al caso en particular elevado en consulta, tenemos que se trata de una incidencia de regulación de honorarios profesionales, por tanto el proveído que dispone traer a la

vista los autos principales, equivale a decir que el órgano jurisdiccional interviniente, una vez cumplido dicho requerimiento y salvo cuestiones incidentales previas, dictará resolución sin más trámites; vale decir que posterior a ello, sólo resta el acto procesal de decisión, por lo que ante esto considero que el primer requisito se encuentra cumplido.

En lo que hace al segundo requisito, la duda del Juzgado sobre la constitucionalidad del artículo 29 de la Ley 2421/04, considero que el mismo se encuentra debidamente fundado conforme se aprecia de los términos del auto interlocutorio por el cual se eleva la presente consulta, por lo que, en las condiciones apuntadas, soy del criterio que corresponde evacuar la misma.

La consulta elevada a estudio surge a consecuencia del proceso accesorio, cual es el del justiprecio de las labores profesionales, en el que el órgano jurisdiccional solicitante se encuentra constreñido a la aplicación del artículo 29 de la Ley N° 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal” que modifica la Ley N° 125/92 “Nuevo Régimen Tributario”, considerando dicho órgano que la citada disposición podría colisionar con el Principio de Igualdad y su garantía consagrados en la Constitución Nacional en el Capítulo III, artículos 46 y 47 respectivamente.

En este orden de ideas, y procediendo al análisis respecto al punto elevado a consulta por el Juzgado tenemos que el artículo 29 de la ley N° 2421/04 establece: “En los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el Artículo 3° de la Ley N° 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder del 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costa del Estado. Queda modificada la Ley N° 1376/88 “Arancel de Abogados y Procuradores”, conforme a esta disposición”.

Por su parte, el Principio de Igualdad consagrado en los artículos 46 y 47 de la Constitución Nacional instituye: “Artículo 46 - De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las pro-

tecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”, “Artículo 47 -.De las garantías de la igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes; 3) la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4) la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura”.

Esta Magistratura mantiene el criterio sostenido por la Sala Constitucional en casos similares precedentes: “...1) El Art. 46 de la Carta Magna, establece: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. La protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.[...] 2) De tales garantías constitucionales, se deduce que la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias, y que no se pueden establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias. 3) Según Gregorio Badeni “...la igualdad que prevé la Constitución significa que la ley debe ofrecer iguales soluciones para todos los que se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias. Asimismo, que no se pueden establecer excepciones o privilegios que reconozcan a ciertas personas lo que, en iguales circunstancias, se desconozca respecto de otras...” (Badeni Gregorio, obra “Instituciones de Derecho Constitucional” AD HOC S.R.L., pag. 256). 4) En relación al tema sometido a consideración de esta Corte, podemos percibir que evidentemente la norma legal objetada, lesiona la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, desde el momento que establece la reducción hasta un 50% de los honorarios profesionales que corresponde legalmente al Abogado que litigue con El Estado o alguno de los entes enunciado en el Art. 3º de la Ley Nº 1535/99. En efecto, el art. 29 de la Ley Nº 2421/04, establece que en caso de que el Estado o sus entes fueren condenados en costas, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales del abogado de la contraparte, no podrá exceder el 50% del mínimo legal, hasta cuyo importe deben abstenerse los jueces para regular los honorarios. Es decir, que si las costas se imponen a la contraparte, la responsabilidad de ésta debe ser el 100% por los servicios profesionales del abogado del Estado o sus

entes. Consideramos que esto es así, teniendo en cuenta que el texto de la norma habla de "...su responsabilidad económica... (haciendo referencia a El Estado y sus entes), ...no podrá exceder del 50% del mínimo legal, ...para regular los honorarios a costa del Estado...". 5) Si el Estado, como persona jurídica de derecho debe litigar con un particular, lo debe hacer en igualdad de condiciones para obtener el reconocimiento judicial del derecho reclamado o su restablecimiento. Y, el hecho de resultar perdedora, mal puede constituir una razón para reducir las costas del juicio, en detrimento del derecho que corresponde a la contraparte de percibir lo que por ley le es debido. Sin embargo, la disposición legal objetada establece una desigualdad entre los profesionales abogados que litigan no solamente contra el Estado y sus Entes, sino también en relación con los que litigan en casos similares en las que no son parte el Estado o sus entes, pues, en el primer caso sus honorarios se verán reducidos en un 50%, mientras que en el segundo caso podrán percibir lo que la Ley de Arancel de Honorarios prevé para el caso específico. No cabe duda que con la citada normativa se establece una desigualdad injusta entre iguales en iguales circunstancias. 6) Dice Zarini, que el concepto de igualdad debe tomarse en sentido amplio. No solo la igualdad ante la ley como expresa textualmente el art. 16, sino en la vasta acepción con que la emplea Bidart Campos: "igualdad jurídica". Es decir, que no es sólo la igualdad ante el legislador que sanciona la ley, sino también ante toda formación jurídica (decreto, resolución, ordenanza, etc.). Se extiende, además, a los otros campos de actuación del Estado (igualdad ante la Administración y ante la jurisdicción) y comprende, asimismo, la esfera privada (igualdad ante y entre particulares)...” (Zarini, Helio Juan, obra “Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Bs. As. Año 1992, pag. 385). 7) Las citas doctrinarias sostienen nuestra tesitura en el sentido de que la garantía de igualdad ante la ley, debe ser observada también por el Estado y sus entes en su relación con los particulares, no solo en el ámbito administrativo sino también en el ámbito jurisdiccional. Sin embargo, la norma legal cuestionada propicia un trato privilegiado a favor del Estado en perjuicio de los Abogados que intervienen en las causas que aquel es parte, ya sea como demandante o demandado. (Acuerdo y Sentencia N° 1380 del 22 de noviembre de 2006)”.

En tales circunstancias y habiéndose planteado en el caso que nos ocupa una situación similar a la resuelta por el Acuerdo y Sentencia N° 1380

de fecha 22 de noviembre de 2006 y en concordancia con el criterio del Ministerio Público, corresponde tener por evacuada la consulta realizada por el Juzgado de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial, Primer Turno, de esta Capital, concluyendo que el artículo 29 de la ley 2.421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal” resulta violatorio de la garantía constitucional de la igualdad consagrada en los artículos 46 y 47 de la Constitución. ES MI VOTO.

A su turno la BAREIRO DE MÓDICA dijo: 1) El Juzgado de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial, Primer Turno de la Capital, dispuso remitir por A.I. N° 1539 de fecha 7 de Julio de 2017, estos autos en consulta a la Corte Suprema, a los efectos de expedirse con relación al Art. 29 de la Ley N° 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y De Adecuación Fiscal”, si el mismo es o no constitucional y aplicable al presente caso. El Juzgado realiza la citada consulta de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inc. a) del C.P.C.

2) Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido admitida en ocasiones anteriores por esta Sala, respecto al punto señalamos el Artículo 18 numeral a) del Código Procesal Civil: “...Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales...” (Art. 200 de la CN 1967 derogado por la CN de 1992), he aquí el error el cual consiste en la existencia de un artículo legal que nos remite erróneamente a otro artículo o institución derogada o inexistente, me permito realizar las siguientes consideraciones con relación al tema:

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

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

2.2) La CSJ en reiterados fallos se ha expedido siempre en el sentido de que solo pueden iniciar la acción de inconstitucionalidad quienes se ven directamente afectados por la norma o resolución judicial que reputan de inconstitucional, conforme lo establece el art. 550 del Código Procesal Civil que dispone: “Toda persona lesionada en su legítimo derecho por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, principios o normas de la Constitución, tendrá facultades de promover anta la Corte Suprema de Justicia la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por disposiciones de este Capítulo”.

Y el Art. 552 del mencionado cuerpo legal establece: “Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionara claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad, impugnado, o en su caso, la disposición inconstitucional. Citara además, la norma, derecho, exención garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición.

Al respecto, corresponde señalar que quien pretende promover una acción de esta naturaleza, debe acreditar la titularidad de un interés particular y directo, en contraposición, se ha admitido la consulta constitucional elevada por jueces y Tribunales, quienes no se encuentran legitimados para hacerlo.

2.3) De la lectura de las normas constitucionales transcritas no surge que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenga como deber y atribución entender las consultas remitidas por los Jueces y Tribunales, pues su competencia está limitada a conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos normativos y de resoluciones judiciales contrarios a la Carta Magna, por las vías procesales de la acción y de la excepción.

Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional, postura que la misma CSJ reafirma en sesión ordinaria del 14 de abril de 2015 sentada en Acta Punto 8 en contestación al oficio N° 17/2015 de los Miembros del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sexta Sala de la Capital, por el cual consultan respecto a la vigencia del Art 9° de la Acordada N° 58 del 20 de diciembre de 1985, en el cual se dispuso que el turno de los Amparos en cuanto a la sustanciación y competencia en los recursos de apelación se regirá por el turno de rúbrica de los Tribunales, o, si fue modificado por la Acordada 593/09, debiendo por ello estas causas ser sorteadas. “SE RESUELVE HACER SABER QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NO ES ÓRGANO DE CONSULTA.” En consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

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

4) En atención a las consideraciones que anteceden, considero que no corresponde evacuar la consulta realizada por el Juzgado de Justicia Letrada en lo Civil y Comercial, Primer Turno, en los términos expuestos. Es mi voto.

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

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

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESUELVE:

DECLARAR la inconstitucionalidad del Artículo 29 de la Ley N° 2.421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal” y su inaplicabilidad en el presente caso.

ANOTAR y registrar.

MINISTROS: GLADYS BAREIRO DE MODICA, MIRYAM PEÑA CANDIA, ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVÓN, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### ACUERDO Y SENTENCIA N° 632

***Cuestión debatida:** Se puede centrar el agravio expuesto en el escrito de promoción de la presente acción de inconstitucionalidad presentada por la Municipalidad en dos puntos: el canon del 1% sobre el 70% del impuesto inmobiliario perteneciente a las municipalidades fijado por el Art.1°, último párrafo de la Ley N°5513/2015, y la determinación del destino de los fondos provenientes del impuesto inmobiliario establecido por el Art. 2°, que modifica el Art. 179 de la Ley Orgánica Municipal, específicamente en la limitación a la libre disposición de recursos inmobiliarios y que fija ese tope en: Gastos corrientes en 40% y Gastos de Capital en 60%.*

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. MUNICIPALIDAD. Ingresos municipales. Impuestos inmobiliarios. De la Protección de los recursos. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Supremacía de la Constitución. Prelación de las leyes.**

El Art. 169 de la Constitución es claro y contundente al respecto cuando dice: “Corresponderá a las municipalidades y a los Departamentos la totalidad de los tributos que graven la propiedad inmueble en forma directa. Su recaudación será competencia de las municipalidades. El setenta por ciento de lo recaudado por cada Municipalidad quedará en propiedad de la misma...”, con lo cual, ninguna norma de rango inferior puede alterar o

disponer de porcentaje alguno sobre el impuesto inmobiliario a favor de otro destinatario, salvo los expresamente permitidos en el texto constitucional. Esta situación se ve forzada por el Art. 170 de la Constitución que prohíbe a entes del Estado apropiarse de ingresos y rentas de las municipalidades.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. MUNICIPALIDAD. Ingresos municipales. Impuestos inmobiliarios. De la Protección de los recursos. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Supremacía de la Constitución. Prelación de las leyes.**

Surge claramente la consagración del principio de autonomía municipal; sin embargo de estas, igualmente, se concluye con facilidad que la autonomía municipal en cuestión no se trata de un principio consagrado a favor de los municipios en forma absoluta, ilimitada e irrestrictiva, sino que se halla limitado por otros principios estipulados en la misma Constitución. Nuestra Ley Suprema confiere a los municipios esta atribución, condicionada al cumplimiento de dos requisitos, que sea utilizada dentro de los límites de su jurisdicción y que se cumpla dentro del marco establecido en la ley.

**C.S.J. Sala Constitucional. 06/08/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Municipalidad de Asunción c/ Arts. 1 y 2 de la Ley N° 5513/2015”. Año: 2016 – N° 1974 (Ac. y Sent. N° 632).**

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

**C U E S T I Ó N:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se presenta el Abog. Luis Darío Galeano Cantero según poder que acompaña, en nombre y representación de la Municipalidad de Asunción, bajo patrocinio del Abog. Juan Carlos Ramírez Montalbetti, a promover acción de inconstitucionalidad contra los Arts. 1° y 2° de la Ley N°5513/2015 “QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 62 DE LA LEY N°125/1991 QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO, Y EL ARTÍCULO 2° QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 179 DE LA LEY N°3966/2010 “ORGÁNICA MUNICIPAL”.

Sostiene como fundamento de su acción que los artículos atacados de inconstitucional son opuestos a lo establecido en los Arts. 166, 168, 169 y

170 de la Constitución Nacional, y de los derechos laborales contemplados en los Arts. 86 y 102 también de la Carta Magna; porque por vía legislativa se violenta la autonomía municipal al restringir la decisión del municipio en cuanto a la gestión y administración de sus recursos se refiere y se vulnera la situación laboral de los funcionarios de la Municipalidad de Asunción.

Se puede centrar el agravio expuesto en el escrito de promoción de la presente acción en dos puntos: el canon del 1% sobre el 70% del impuesto inmobiliario perteneciente a las municipalidades fijado por el Art.1º, último párrafo de la Ley N°5513/2015, y la determinación del destino de los fondos provenientes del impuesto inmobiliario establecido por el Art. 2º, que modifica el Art. 179 de la Ley Orgánica Municipal, específicamente en la limitación a la libre disposición de recursos inmobiliarios y que fija ese tope en: Gastos corrientes en 40% y Gastos de Capital en 60%.

Art. 1º de la Ley N°5513/2015 “Modifícanse los artículos 60, 62, 66, 70 y 74 de la Ley N°125/1991...Art. 62. Liquidación y Pago. El Servicio Nacional de Catastro liquidará el Impuesto Inmobiliario a nombre de la municipalidad en la que se encuentre el inmueble, conforme a la información y valores registrados. La impresión de las facturas y su recaudación será realizada por cada municipalidad de conformidad al artículo 169 de la Constitución Nacional.

Los inmuebles situados dentro de la jurisdicción de más de un municipio, pagarán el Impuesto Inmobiliario a la municipalidad que corresponda o prorratea por la superficie que el inmueble ocupa en su jurisdicción.

El Servicio Nacional de Catastro percibirá por este servicio, el 1% (uno por ciento) del 70% (setenta por ciento), propiedad de la municipalidad, en concepto de aranceles....”.

Art. 2º de la Ley N°5513/2015: “Modifícanse los artículos 155 y 179 de la Ley N°3966/2010 “ORGÁNICA MUNICIPAL”, que quedan redactados de la siguiente manera:.... Art. 179. Servicios Personales y destino de la recaudación del Impuesto Inmobiliario.

Los recursos provenientes del Impuesto Inmobiliario serán destinados conforme al siguiente detalle:

Gastos corrientes: el 40% (cuarenta por ciento)

Gastos de Capital: el 60% (sesenta por ciento)...”.

En primer lugar, respecto al canon dispuesto en la redacción del Art. 1° de la Ley N°5513/2015, el Art. 169 de la Constitución es claro y contundente al respecto cuando dice: “Corresponderá a las municipalidades y a los Departamentos la totalidad de los tributos que graven la propiedad inmueble en forma directa. Su recaudación será competencia de las municipalidades. El setenta por ciento de lo recaudado por cada Municipalidad quedará en propiedad de la misma...”, con lo cual, ninguna norma de rango inferior puede alterar o disponer de porcentaje alguno sobre el impuesto inmobiliario a favor de otro destinatario, salvo los expresamente permitidos en el texto constitucional. Esta situación se ve forzada por el Art. 170 de la Constitución que prohíbe a entes del Estado apropiarse de ingresos y rentas de las municipalidades.

Por tanto, crear un arancel que altere el porcentaje establecido por la Constitución a favor de las Municipalidades es inconstitucional. La Constitución protege o blinda los ingresos municipales a fin de garantizarles el eficaz destino de sus recursos al cumplimiento de sus fines propios. Además, el Art. 1° de la Ley N°5513/2015 que modifica el Art. 62, en su última parte, es inconstitucional por violación del orden de prelación establecida en el Art. 137 de la Constitución, por el cual, todas las demás normas del ordenamiento jurídico nacional están subordinadas a la Constitución Nacional, y por ende, no pueden contradecirlas.

Ahora bien, adelanto el rechazo en relación al Art. 2° de la Ley N°5516/2015, que modifica el Art.179 de la Ley Orgánica Municipal, por cuanto la autonomía municipal, tiene origen constitucional pero no es ilimitada. En tal sentido, corresponde traer a colación las disposiciones constitucionales que consagran la autonomía municipal; y como punto de partida es fundamental referirnos a lo establecido en el Art. 156 de la Constitución Nacional, que establece: “A los efectos de la estructuración política y administrativa del Estado, el territorio nacional se divide en departamentos, ***municipios*** y distritos, ***los cuales, dentro de los límites de esta Constitución y de las leyes, gozan de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses***, y de autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos”. Específicamente, se refiere a la autonomía municipal el Art.166 de la Carta Magna, que dice: “***Las municipalidades*** son los órganos de gobierno local con personería jurídica que, ***dentro de su competencia, tienen autonomía política, administrativa y normativa***, así como autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos”;

y finalmente, en cuanto a sus atribuciones, el Art. 168 de nuestra Ley Suprema, señala: “***Serán atribuciones de las municipalidades***, en su jurisdicción territorial y ***con arreglo a la ley***: 1)...; 2) la administración y la disposición de sus bienes;” (Negritas y subrayados son míos).

De la lectura de los artículos transcriptos precedentemente surge claramente la consagración del principio de autonomía municipal; sin embargo de estas, igualmente, se concluye con facilidad que la autonomía municipal en cuestión no se trata de un principio consagrado a favor de los municipios en forma absoluta, ilimitada e irrestrictiva, sino que se halla limitado por otros principios estipulados en la misma Constitución. Nuestra Ley Suprema confiere a los municipios esta atribución, condicionada al cumplimiento de dos requisitos, que sea utilizada dentro de los límites de su jurisdicción y que se cumpla dentro del marco establecido en la ley.

Igualmente, considero importante destacar, que las modificaciones introducidas en el nuevo ordenamiento municipal, están enmarcadas dentro de las disposiciones constitucionales, al establecer que las Municipalidades deberán hacer uso de las atribuciones que le fueran conferidas con arreglo a la ley. En este caso, una vez dictada la nueva Ley Orgánica Municipal, la atribución municipal en materia presupuestaria se deberá ajustar a lo que ella prescriba.

Al respecto la doctrina señala: “...la Constitución podría establecer simplemente los principios fundamentales de la autonomía, pero no pudiendo delimitarla acabadamente, subsistiría siempre algún margen para que la ley la pueda estrechar y disminuir... Siguiendo el método señalado más arriba, la Constitución vigente sienta los principios fundamentales y delega en la ley el establecimiento del régimen municipal en detalles...” (Villagra Maffiodo, Salvador. Principios de Derecho Administrativo. Edición 2007, Revisada y Actualizada). Con lo cual concluyo que el artículo impugnado no conculca principios consagrados en nuestra Constitución Nacional, corresponde el rechazo de la presente acción respecto del mismo.

En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente a la presente acción solo en relación con el Art. 1º, última parte, de la Ley N° 5513/2015 en cuanto fija un arancel del 1% sobre los impuestos inmobiliarios percibidos por las Municipalidades, por su abierta oposición a lo dispuesto en el Art. 169 de la Constitución. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Abogado Luis Darío Galeano Cantero, en representación de la Municipalidad de Asunción,

conforme al testimonio de Poder General que acompaña, promueve acción de inconstitucionalidad contra los Arts. 1° y 2° de la Ley N° 5513/15 “Que modifica los Artículos 60, 62, 66, 70 y 74 de la Ley N° 125/91 “Que establece el nuevo Régimen Tributario” y los Artículos 155 y 179 de la Ley N° 3966/10 “Orgánica Municipal”.

Sostiene el accionante en términos generales que la Ley N° 5513/15 en su Art. 1° atenta contra la autonomía municipal y contra la atribución exclusiva que posee la Municipalidad sobre el Impuesto Inmobiliario, al establecer que el Servicio Nacional de Catastro liquidará dicho impuesto y al establecer un canon al mismo ente estatal proveniente del 70% que le corresponde a las Municipalidades, en contravención a los Arts. 137, 166 y 169 de la Constitución Nacional.

En cuanto al Art. 2° de la ley impugnada alega que representa un peligro inminente a los derechos de los funcionarios de la Municipalidad de Asunción, ya que los derechos laborales de los mismos se verían lesionados gravemente por un acto administrativo ilegal e ilegítimo que acarreará que muchos sean despedidos o desvinculados de sus puestos de trabajo.

Las disposiciones de la Ley N° 5513/15 que agravan a la parte accionante se transcriben a continuación:

Artículo 1. ° Modificanse los artículos 60, 62, 66, 70 y 74 de la Ley N° 125/91 promulgada el 9 de enero de 1992 “QUE ESTABLECE EL NUEVO RÉGIMEN TRIBUTARIO”, que quedan redactados de la siguiente manera:

“Art. 62. Liquidación y Pago: El Servicio Nacional de Catastro liquidará el Impuesto Inmobiliario a nombre de la municipalidad en la que se encuentre el inmueble, conforme a la información y valores registrados. La impresión de las facturas y su recaudación será realizada por cada municipio de conformidad al artículo 169 de la Constitución Nacional.

Los inmuebles situados dentro de la jurisdicción de más de un municipio, pagarán el Impuesto Inmobiliario a la municipalidad que corresponda a prorrata por la superficie que el inmueble ocupe en su jurisdicción.

**El Servicio Nacional de Catastro percibirá por este servicio, el 1% (uno por ciento) del 70% (setenta por ciento), propiedad de la municipalidad, en concepto de aranceles.”.**

Artículo 2.° Modificanse los artículos 155 y 179 de la Ley N° 3966/10 “ORGÁNICA MUNICIPAL”, que quedan redactados de la siguiente manera:

**“Art. 179. Servicios Personales y destino de la recaudación del Impuesto Inmobiliario.**

Los recursos provenientes del Impuesto Inmobiliario serán destinados conforme al siguiente detalle:

Gastos corrientes: el 40% (cuarenta por ciento).

Gastos de Capital: el 60% (sesenta por ciento).”

Así las cosas, y de la lectura del escrito de presentación de esta acción podemos observar que los agravios principales de la Municipalidad de Asunción guardan relación con los siguientes temas: a) que el Servicio Nacional de Catastro perciba el 1 % (uno por ciento) del 70 % (setenta por ciento), propiedad de la municipalidad en concepto de aranceles; y b) que los recursos provenientes de dicho impuesto destinados a gastos corrientes sean del 40 % (cuarenta por ciento).

En cuanto al punto a) tenemos que en efecto el Art. 1° de la Ley N° 5513/15 que modifica el Art. 62 de la Ley N° 125/91 “Que establece el Nuevo Régimen Tributario” dispone:

“El Servicio Nacional de Catastro percibirá por este servicio, el 1 % (uno por ciento) del 70 % (setenta por ciento), propiedad de la municipalidad, en concepto de aranceles”.

Al respecto, cabe traer a colación el Art. 169 de la Constitución Nacional: “Corresponderá a las municipalidades y a los departamentos la totalidad de los tributos que graven la propiedad inmueble en forma directa. Su recaudación será competencia de las municipalidades. **El setenta por ciento de lo recaudado por cada municipalidad quedará en propiedad de la misma**, el quince por ciento en la del departamento respectivo y el quince por ciento restante será distribuido entre las municipalidades de menores recursos, de acuerdo a la ley”. (Subrayados y Negritas son mías).

De la norma constitucional transcrita surge claramente la voluntad del constituyente de dotarle de recursos a los municipios del 70 %- no menos- de la recaudación del impuesto inmobiliario, para el cumplimiento de sus fines, asignándole asimismo competencia en la recaudación de dicho impuesto.

Además, debemos recordar que el Art. 170 de la Constitución establece que ninguna institución del Estado, ente autónomo, autárquico o descentralizado podrá apropiarse de ingresos o rentas de las municipalidades,

con lo que resulta evidente la trasgresión a dichas disposiciones constitucionales por parte del Art. 1° de la Ley N° 5513/15 y debe ser declarada su inconstitucionalidad en cuanto modifica el Art. 62 de la Ley N° 125/91.

Por otro lado, en lo que respecta al Art. 2° de la Ley N° 5513/15 (en la parte que modifica el Art. 179 de la Ley N° 3966/10), el Art. 550 del Código Procesal Civil dispone: **“Toda persona lesionada en su legítimo derecho por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, principios o normas de la Constitución, tendrá facultad de promover ante la Corte Suprema de Justicia la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por las disposiciones de este Capítulo”.**

Y el Art. 552 del mencionado cuerpo legal establece: *“Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionará claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad, impugnado, o en su caso, la disposición inconstitucional. Citará además, la norma, derecho, exención, garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición.*

**En todos los casos la Corte Suprema examinará previamente si se hallan satisfechos estos requisitos. En caso contrario, desestimarán sin más trámites la acción”** (Negritas y Subrayados son míos).

En efecto, corresponde señalar que quien pretende promover una acción de esta naturaleza, debe acreditar la titularidad de un interés particular y directo, porque no cualquier interés califica a la parte, sino que el mismo se configura cuando el ejercicio de un derecho constitucional de quien deduce la acción, resulta afectado por la aplicación de la ley, decreto, resolución, etc., cuya constitucionalidad se cuestiona.

En tal sentido, verificadas las constancias de autos, se observa que los accionantes no han acreditado su legitimación activa para la promoción de esta acción, pues simplemente se limitaron a cuestionar en forma general al Art. 2° de la Ley N° 5513/15 “Que modifica el Art. 179 de la Ley N° 3966/10” pero sin fundar la acción en un interés personal para acreditar la legitimación activa, pues es recién ahí cuando se produce la lesión concreta que genera el interés como elemento esencial de la acción. De la lectura del escrito presentado no se constata que la norma impugnada haya sido efectivamente aplicada a los accionantes, es decir, no demostraron el agravio concreto causado a sus derechos, y además los mismos reconocen expresamente la eventualidad de un perjuicio a los funcionarios de la municipalidad

accionante, quienes son en todo caso los legitimados para accionar contra dicha disposición legal.

Recordemos que es un principio fundamental del derecho procesal que el interés es la medida de la acción y que por lo tanto no puede haber acción cuando no ha existido una lesión a los derechos de los demandantes. (Alsina, Derecho Procesal, Parte General, Tomo I, 2da. Ed. Pág. 392). Por su parte, el Art. 12 de la Ley N° 609/95 que Organiza la Corte Suprema de Justicia, dispone que: “No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad en cuestiones no justiciables, ni a la demanda que no precise la norma constitucional afectada, ni justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley, acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria”, lo cual quiere decir que sólo el sujeto afectado se halla legitimado para promover la inconstitucionalidad.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sostuvo: “El escrito mediante el cual se promueve la acción de inconstitucionalidad debe contener una adecuada fundamentación, formulada en términos claros y concretos de manera que se baste a sí mismo. La proposición de la cuestión constitucional debe ser inequívoca y específica” (CS, Ac. y Sent. N° 85 del 12 de abril de 1996).

El “agravio atendible” por esta vía excluye la consideración de ciertos perjuicios, como los inciertos, los derivados de la propia conducta del recurrente, o los ajenos al promotor del recurso. El agravio que sustenta una acción de inconstitucionalidad deber ser: 1) propio: el perjuicio en cuestión debe afectar personalmente a la parte que lo invoca, excluyéndose los agravios ajenos. Solamente el titular del derecho que se pretende vulnerado puede solicitar el ejercicio del control de constitucionalidad; 2) jurídicamente protegido, concreto, efectivo y actual (Vide: SAGÜES, Néstor Pedro; Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario, 4ta. Edic. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Edit. Astrea, 2002, Tomo I, pág. 488 y ss.).

Que, en consecuencia, y por todo lo expuesto, concluyo que se debe hacer lugar parcialmente a la presente acción de inconstitucionalidad, y declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley N° 5513/15 en la parte que modifica el Art. 62 de la Ley N° 125/91 y fija un arancel del 1° sobre los impuestos inmobiliarios, en relación con la Municipalidad de Asunción. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES manifestó que se adhiere al voto de la Ministra preopinante, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

## JURISPRUDENCIA

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1º, última parte, de la Ley N° 5513/15, en cuanto fija un arancel del 1% sobre los impuestos inmobiliarios percibidos por las Municipalidades, por su abierta oposición a lo dispuesto en el Art. 169 de la Constitución, con relación al caso concreto.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: GLADYS BAREIRO DE MODICA, MIRYAM PEÑA CANDIA, ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVON, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 720**

**Cuestión debatida:** *El presente fallo dispuso revocar parte de la providencia de fecha 12 de septiembre de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, y en consecuencia, estese a lo dispuesto en el proveído de fecha 27 de febrero de 2004, en donde el Magistrado de Primera Instancia tuvo por iniciada la demanda de nulidad de acto jurídico y nulidad del juicio ejecutivo, exponiendo el apelante la violación de los artículos 16 y 256 de la Constitución Nacional, soslayando la garantía procesal de defensa en juicio, al privar arbitrariamente el derecho de ejercer defensa, oponer excepciones o contestar la demanda.*

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

Recordemos que el célebre doctrinario Néstor Pedro Sagüés define la arbitrariedad fáctica de fallos cuando se dictan decisiones sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso<sup>3</sup>. En el presente caso, la decisión tomada por el órgano revisor, plasma un claro apartamiento de las constancias de los autos principales que acarrea una notoria violación del derecho de la defensa y del debido proceso al privar a la parte accionada de derecho a contestar la demanda; acto que trasluce el ejercicio tal derecho de eminente tinte constitucional consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional que dispone “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable...”.

La calificación aquí hecha no desconoce la postura ya fijada por esta Sala en cuanto a no constituirse en un tribunal de tercera instancia, sino que involucra el afianzamiento de tal posición donde la declaración de nulidad del fallo solo se concede en casos de grave conculcación de normas de rango constitucional que conlleva el quebrantamiento del deber de fundar sus resoluciones en la Constitución Nacional y en la ley, conforme lo dispone el art. 256 de nuestra Carta Magna.

Por lo expresado precedentemente, en atención al parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar a la presente acción, debiendo en consecuencia declararse la nulidad del fallo impugnado con los alcances previstos en el art. 560 del código de forma. Las costas deben ser soportadas por la parte vencida, de conformidad con lo establecido en el art. 192 del Cód. Proc. Civ.

### **RESOLUCIÓN JUDICIAL.**

De lo antedicho se sigue que mal el Tribunal podía pretender luego modificar el sentido y el alcance de una resolución judicial ya firme dictada por el inferior, y considerar, como que los efectos de dicho proveído habían quedado simplemente suspendidos ínterin se sustanciaba el incidente, y que tras el rechazo de este, dicho trámite recobraba vigencia automáticamente. El Superior se aparta así de las constancias de autos, soslaya el alcance y

---

<sup>3</sup> Néstor Pedro Sagüés, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, Tomo 2, Ed. Astrea, Bs. As., p. 258.

los efectos de una resolución judicial firme de revocatoria, para emitir un pronunciamiento sin ningún sustento legal, en virtud del cual revive un proveído, y específicamente un trámite que había quedado sin ningún efecto, y no simplemente, suspendido en sus efectos.

Es de hacer notar además, que el mismo Tribunal incurre en una suerte de incoherencia o contradicción en la parte dispositiva de la resolución impugnada, en relación con el razonamiento desplegado en el considerando para arribar a dicha decisión, pues resuelve finalmente que debe estarse al proveído de fecha 27 de febrero de 2004, y especialmente, a “la parte que fue revocada en forma improcedente”. A partir de esta expresión puede colegirse que el ad quem efectivamente entiende que el mismo había quedado realmente sin efecto, solo que no estaba de acuerdo, pues considera que dicha revocación no era correcta. No está demás acotar, que independientemente de la opinión que le mereciera dicha resolución al Superior, en estricto derecho el mismo no podía sino atenerse a lo dispuesto en un pronunciamiento judicial firme, que no estaba siendo objeto de impugnación. Admitir un temperamento contrario solo redundaría en una peligrosa inseguridad jurídica, si los mismos jueces y tribunales pudieran luego desconocer o pretender modificar posteriormente el alcance de resoluciones pasadas en autoridad de cosa juzgada.

### **DEBIDO PROCESO. Proceso.**

En suma, la decisión del Tribunal de revocar el proveído por el cual se rechazaba el pedido de decaimiento del derecho de los demandados para contestar la demanda, y se corría nuevo traslado de la misma, y revive los efectos de un proveído ya inexistente, es notoriamente arbitraria, pues no se compadece con los antecedentes dentro del proceso ni con la normativa procedimental aplicable. De mantenerse en pie esta resolución, se estaría obviando un trámite esencial como lo es el traslado de la demanda, con lo cual se configuraría un vicio in procedendo, pues constituye una violación del debido proceso legal, que exige la vigencia del principio de bilateralidad o contradicción. Es más, se le estaría así privando a la parte accionada de ejercer su legítimo derecho a la defensa, de la oportunidad de controvertir la pretensión contenida en la demanda, lo que de ninguna manera puede tolerarse.

Esta actitud del Tribunal merece ser especialmente descalificada por la profunda afrenta que supone a las garantías del debido proceso legal, la

defensa en juicio y la igualdad ante la ley y de acceso a la justicia, así como al principio de seguridad y certeza jurídica, inexplicablemente ignorados por el Ad Quem.

Por las consideraciones que anteceden, y ante la arbitrariedad constatada en el pronunciamiento, y en coincidencia con el Dictamen de la Fiscalía General del Estado, la acción debe prosperar, debiendo declararse la nulidad del A.I. N° 375 de fecha 08 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de esta capital, con costas a la perdidosa.

**C.S.J. Sala Constitucional. 14/08/2018 “Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “José Alberto Planás c/ Celso Gaona Cuquejo y otro s/ Nulidad de acto jurídico” (Ac. y Sent. N° 720).**

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: Se presenta el señor Reinaldo Domínguez Dibb, por sus propios derechos y bajo patrocinio del abogado Osvaldo Avalos, a promover acción de Inconstitucionalidad contra el A.I. N° 375 del 8 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de esta Capital, en los autos: “José Alberto Planás c/ Celso Gaona Cuquejo y otro s/ Nulidad de Acto Jurídico”.

El interlocutorio impugnado dispone: “Revocar la parte de la providencia de fecha 12 de setiembre de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, que fuera materia de recurso ante esta alzada y, en consecuencia, estese a lo dispuesto en el proveído de fecha 27 de febrero de 2004, y especialmente la parte que fue revocada en forma improcedente, conforme lo expuesto en el exordio de la presente resolución...”.

Expone el recurrente que el fallo violaría los arts. 16 y 256 de la Constitución Nacional, soslayando la garantía procesal de defensa en juicio, al privar arbitrariamente el derecho a ejercer defensa, oponer excepciones o contestar la demanda.

Al correrse el traslado que ordena la ley, se presenta el Abg. Roberto Correa Cuyer, en representación de José Alberto Planás, quien al contestar

expresa que la inconstitucionalidad es una vía excepcional, no admisible para una resolución no equiparada a la sentencia definitiva.

La Fiscalía General del Estado, contesta el traslado en los términos del Dictamen N° 449, del 03 de abril de 2009, donde considera procedente hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la resolución impugnada.

Recordemos que el interlocutorio objeto de acción revocó parte de la providencia del 12 de setiembre de 2007 por la cual el magistrado de primera instancia tuvo por iniciada la demanda de nulidad de acto jurídico y nulidad del juicio ejecutivo, disponiendo el traslado de la misma y de los documentos presentados, considerando que "...no se puede dictar dos veces una misma providencia por la cual se ordena la realización de un mismo acto procesal" (sic.) fs. 209 vlta. En efecto, el Tribunal de alzada en el voto mayoritario, explica que la providencia del 27 de febrero de 2004 (fs. 84 de los autos principales) ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por ende, su vigencia es automática. Es dable recordar que por A.I. N° 484 del 16 de abril de 2004 el juzgado de grado inferior hizo lugar a los recursos de reposición opuestos por ambos demandados y en consecuencia, revocó parcialmente dicho proveído en la parte que disponía el inicio de la demanda, corría traslado de la misma y de los documentos presentados en ella, con los alcances expuestos en la misma; asimismo, disponía el traslado de la denuncia de falta de pago de tasa judicial y pedido de archivamiento del expediente. El tribunal de alzada entendió que esta decisión suspendía el desarrollo del proceso principal ínterin se substanciará tal incidencia; considerando que resuelta la cual, la providencia de iniciación de la demanda retoma vigencia y conlleva la prosecución del proceso donde los demandados ya fueran notificados del traslado de la demanda, plazo que quedó reanudado con la notificación del Cúmplase. En esta inteligencia, el órgano colegiado decidió revocar la providencia que tiene por iniciada la demanda y corre traslado de la misma entendiendo que no puede reiniciarse un plazo vencido ni reabrirse una etapa precluida.

Debe resaltarse que del texto del A.I. N° 484 del 16 de abril de 2004 dictado por el magistrado de primer grado; como de la lectura del A.I. N° 244 del 27 de mayo de 2005 emanado del tribunal de alzada, se colige que los mismos han versado sobre el incidente de pago de tasa judicial y de petición de archivamiento del expediente solicitado por la parte demandada,

omitiendo toda consideración que haga referencia a la resolución que revoca la providencia por la cual el Juzgado tuvo por iniciada la demanda.

Recordemos que el célebre doctrinario Néstor Pedro Sagüés define la arbitrariedad fáctica de fallos cuando se dictan decisiones sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso<sup>4</sup>. En el presente caso, la decisión tomada por el órgano revisor, plasma un claro apartamiento de las constancias de los autos principales que acarrea una notoria violación del derecho de la defensa y del debido proceso al privar a la parte accionada de derecho a contestar la demanda; acto que trasluce el ejercicio tal derecho de eminente tinte constitucional consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional que dispone “La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable...”.

La calificación aquí hecha no desconoce la postura ya fijada por esta Sala en cuanto a no constituirse en un tribunal de tercera instancia, sino que involucra el afianzamiento de tal posición donde la declaración de nulidad del fallo solo se concede en casos de grave conculcación de normas de rango constitucional que conlleva el quebrantamiento del deber de fundar sus resoluciones en la Constitución Nacional y en la ley, conforme lo dispone el art. 256 de nuestra Carta Magna.

Por lo expresado precedentemente, en atención al parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar a la presente acción, debiendo en consecuencia declararse la nulidad del fallo impugnado con los alcances previstos en el art. 560 del código de forma. Las costas deben ser soportadas por la parte vencida, de conformidad con lo establecido en el art. 192 del Cód. Proc. Civ. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Ante esta Sala Constitucional se presenta el señor Reinaldo Domínguez Dibb, por derechos propios y bajo patrocinio del Abog. Osvaldo Avalos Brunetti (Mat. 3910) a promover acción de inconstitucionalidad contra el A.I. No. 375 de fecha 8 de julio de 2008 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Ciudad de Asunción, en los autos “José Alberto Planas C/ Celso Gaona Cuquejo Y Otro S/ Nulidad De Acto Jurídico” Año 2002, No. 859.

---

<sup>4</sup> Néstor Pedro Sagüés, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, Tomo 2, Ed. Astrea, Bs. As., p. 258.

La resolución impugnada por esta vía en su punto neurálgico dispone: "...REVOCAR la parte de la providencia de fecha 12 de septiembre de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, que fuera materia de recurso ante esta alzada y, en consecuencia, ESTESE a lo dispuesto en el proveído de fecha 27 de febrero de 2004, y especialmente la parte que fue revocada en forma improcedente, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución...".

Sostiene el accionante que el fallo impugnado le crea un gran perjuicio al privarle el derecho de contestar la demanda, ofrecer pruebas y exponer las debidas defensas que hagan a sus derechos; siendo estas vulneraciones de suma importancia para el decisorio final del litigio. En esta línea de expresiones alega que el interlocutorio atacado es totalmente arbitrario al fundarse en la sola voluntad de los juzgadores en mayoría de la alzada y no en la ley, más bien en su criterio y subjetivismo personal y menos aún en la norma jurídica a aplicarse. Por ultimo enuncia la violación de las reglas de la lógica jurídica en la correcta interpretación de la ley, contraviniendo nuevamente el ordenamiento positivo y procesal. Afirma a vulneración de los Arts. 16 y 256 de la Constitución Nacional.

Por proveído de fecha 15 de septiembre de 2008 (fs. 21) se corrió el traslado de ley a la parte contraria, presentándose el Abog. Roberto Correa Cuyer en nombre y representación del actor del juicio principal expresando que la inconstitucionalidad de por si es excepcional y que la resolución impugnada resuelve una cuestión procedimental; no pudiendo naturalmente impugnarse por esta vía cuestionamientos procesales anteriores al fallo que decida en definitiva el juicio.

Mediante el proveído ut-supra igualmente se dio intervención a la Fiscalía General del Estado y mediante el Dictamen No. 449 de fecha 03 de abril de 2009 la Abog. Soledad Machuca Vidal, Fiscal Adjunta manifiesta que su parecer es de hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad contra la resolución impugnada por ser arbitraria y violatoria de los principios constitucionales del derecho a la defensa, debido proceso y de la igualdad ante la Ley, consagrados la Constitución Nacional.

Es necesario para la correcta exegesis de la cuestión tener presente los antecedentes al génesis del interlocutorio objeto de la acción que revocó la parte de la providencia de fecha 12 de setiembre de 2007 en la que el magistrado de primera instancia tuvo por iniciada la demanda de nulidad de acto jurídico y nulidad de juicio ejecutivo que se promovieran en los autos

principales ante la instancia primera, considerando que el incidente de nulidad deducido solo suspendió el plazo para contestar la demanda, pero no interrumpió el mismo. En igual sentido sostiene el tribunal en mayoría; que una vez atendida la incidencia y resuelta la misma se continua computándose el plazo ya transcurrido automáticamente con relación a la parte de la providencia revocada sin necesidad para su eficacia de una declaración ulterior de reanudación del plazo. El juzgado inferior de primera instancia por A.I. No. 484 del 16 de abril de 2004 revocó parcialmente el proveído de fecha 27 de febrero de 2004 en la parte que daba por iniciada la demanda y ordenaba el traslado de la misma y los documentos presentados por el actos por las razones expresadas en la misma e igualmente corría traslado de la denuncia de pago de tasa judicial y solicitud de archivamiento del expediente. Increíblemente el órgano colegiado interpreto que ese decisorio “suspendía” el trámite del proceso principal hasta sea sustanciada la denuncia tramitada como incidencia y que resuelta la mismo continuaba corriendo el plazo reanudado, una vez notificada la providencia de “cúmplase”. A consecuencia de este entendimiento la cámara de apelaciones revocó el proveído de fecha 12 de septiembre de 2007 (fs. 182 vltto) de los autos principales por considerarse que no se puede dictar dos veces una misma providencia por la cual se ordena un acto procesal.

Sin lugar a dudar estamos ante una resolución judicial que se aparte claramente de los preceptos constitucionales consagrados en los Art. 16, 17 y 256 de la Constitución Nacional. Resulta sumamente gravoso a una de las partes del proceso que se le impida ejercer su derecho a la defensa, al arbitrariamente imposibilitarle contestar las atribuciones que se realizan a su parte dentro del debate como consecuencia de la imprimación incorrecta al trámite y entendimiento correcto al debido proceso a raíz de la llamativa aparentemente confusión de significación léxica de palabras que poseen alcances y efectos muy diferentes en nuestro derecho positivo.

Doctrinariamente, con respecto a la arbitrariedad, Néstor Pedro Sagués en la Obra “Compendio de Derecho Procesal Constitucional. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 2011. Pág. 222”, sostiene: “la sentencia arbitraria es el fallo que no especifica razonablemente el derecho vigente; es decir, que no fluye sensatamente en él. La irrazonabilidad de ella puede ocurrir porque no aplique la ley (v.gr., porque la ignore o se aparte de ella) o también porque se vaya expresamente contra la norma, porque la interprete inadecuadamente, porque brinde soluciones injustas o inequitativas, porque no

asegure la verdad objetiva, contravenga leyes de la lógica y de la experiencia, lesione un adecuado servicio de justicia o el correcto discurso judicial, etcétera”.

Por otro lado se constata que en la parte dispositiva de la resolución impugnada se puede leer la estrofa “y especialmente la parte que fue revocada en forma improcedente” extralimitándose a hacer una consideración sin razón y amparo legal alguno, sobre una cuestión resolutoria propia del juez de primera instancia con jurisdicción inherente y no cuestionada en los recursos interpuestos, apartándose analógica y extensivamente con ese actuar de lo dispuesto en la primera parte del Art. 420 del C.P.C.

Por las consideraciones que anteceden y en coincidencia con lo expuesto por la Fiscalía General del Estado, opino que corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad y consecuentemente anularse el interlocutorio impugnado, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 560 del Código Procesal Civil. Con respecto a las costas, las mismas deben ser impuestas a la vencida en virtud a lo dispuesto en el Art. 192 del C.P.C. Es mi voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se presenta ante esta Corte el Abog. Reinaldo Domínguez Dibb, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado, co-demandado en este juicio, a plantear acción de inconstitucionalidad contra la misma resolución.

1- El Abog. Reinaldo Domínguez Dibb alega como fundamento de su pretensión, que la mentada resolución es arbitraria e infringe los Arts. 16 y 256 de la Constitución Nacional. Asegura que no está fundada en las leyes ni en las constancias del expediente y que le ha dejado en estado de absoluta indefensión, al haberle privado caprichosa, arbitraria e ilegalmente del plazo para contestar la demanda, alegar defensas y ofrecer pruebas. Resume las irregularidades en que los miembros del Tribunal alteraron el alcance jurídico de una providencia, al equiparar como sinónimos los vocablos revocar y suspender, dando vigencia así a una providencia revocada.

Se corrió traslado a la otra parte y vista a la Fiscalía General del Estado.

2- Por A.I. Nº 375 de fecha 08 de julio de 2008, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala, en mayoría resolvió: “Revocar la providencia de fecha 12 de setiembre de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno, que fuera materia de recurso ante esta alzada, y en consecuencia, ESTESE a lo dispuesto

en el proveído de fecha 27 de febrero de 2004, y especialmente, la parte que fue revocada en forma improcedente, conforme lo expuesto en el exordio de la presente resolución”. Argumenta en lo medular, que la revocación parcial había sido dispuesta al solo efecto de la sustanciación del incidente relacionado con el pago de la tasa judicial, y que entonces al quedar firme el rechazo de este incidente, la providencia de fecha 27 de febrero del 2001, recobró vigencia automática, alcanzando autoridad de cosa juzgada en forma inalterable, puesto que no se puede dictar dos veces una misma providencia por la cual se ordena la realización de un mismo acto procesal. Recalca que con la providencia de revocación dictada por el inferior, solo había quedado suspendida la sustanciación del proceso principal, ínterin se decidía en forma definitiva la incidencia. Concluye que con el rechazo del incidente de nulidad, y al ser notificados del Cúmplase, y entrar en vigencia automáticamente aquella providencia de iniciación de la demanda, naturalmente se reanudaba el plazo para contestar la demanda, siendo consumido en su totalidad, y en suma, que era así totalmente improcedente que se disponga nuevamente el traslado de la demanda, tratándose de plazos fenecidos y etapas preclusas.

3- Las acción debe prosperar.

Del análisis de la acción planteada, se advierte que los fundamentos esgrimidos por el accionante, cuentan con un sustento jurídico y lógico que permiten considerar arbitraria la resolución impugnada, puesto que se han vulnerado flagrantemente las garantías de la defensa en juicio, el debido proceso legal y la igualdad ante la ley.

Si bien en reiterados fallos esta Corte ha sostenido que esta vía excepcional no constituye una tercera instancia para la revisión de las cuestiones de fondo y forma que fueron debatidas y resueltas en las instancias ordinarias, salvo que se advierta una ostensible conculcación de derechos, principios o garantías constitucionales en las decisiones emanadas de los juzgadores; es justamente esta la circunstancia que se advierte en autos. Tampoco podemos dejar de recordar que la Corte Suprema de Justicia es la encargada de cumplir y velar por el cumplimiento de la Constitución, para mantener su vigencia y el ideal de justicia que es uno de los pilares fundamentales de todo Estado Social de Derecho.

En el caso sometido a estudio, creo conveniente hacer un sucinto repaso de los antecedentes y de la secuencia de las actuaciones y resoluciones que recayeron en este proceso, sin ánimo de volver a realizar un re-estudio

del mismo, sino simplemente facilitar y hacer más comprensible la línea argumental a ser desplegada para justificar la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad.

A partir del examen de los legajos traídos a la vista, se constata que los demandados solicitaron el archivamiento del expediente con motivo de la falta de pago del monto que correspondía en concepto de tasa judicial, a lo que el Juzgado resolvió emplazar a la parte actora para que en el término de tres días abone lo establecido en dicho concepto, bajo apercibimiento de disponer el archivamiento del expediente. Dicha resolución fue posteriormente anulada por el Superior, por A.I. N° 748 de fecha 21 de octubre de 2003, a los efectos de que se corra traslado del pedido de archivamiento de la causa. Al volver a la instancia de origen, y tras sucesivas separaciones de la causa, el Juzgado de Primera Instancia del Octavo Turno, dictó el proveído de fecha 27 de febrero de 2004, por el cual tuvo por iniciado el juicio y corrió traslado de la demanda a los señores Celso Gaona y Reinaldo Domínguez Dibb, emplazándolos a que la contesten dentro del término legal. Cada uno de los co-demandados interpusieron recursos de reposición, sobre la base de que mal se podía imprimir trámite a la demanda, cuando que no se había dado cumplimiento al traslado dispuesto por el Tribunal. Por A.I. N° 484 de fecha 16 de abril de 2004, el mismo Juzgado resolvió hacer lugar parcialmente a los recursos de reposición planteados y revocar el proveído de fecha 27 de febrero del 2004 en la parte que tiene por iniciado el juicio, corre traslado y emplaza a contestar la demanda. En el segundo punto de la parte resolutive, corre traslado por todo el plazo de ley a la parte actora, de la denuncia de folio 61, y su notificación por cédula. Tras la contestación, el mismo Juzgado resuelve no hacer lugar, con costas, al incidente de nulidad deducido por la parte demandada, por improcedente; auto confirmado posteriormente por el Tribunal, por A.I. N° 244 de fecha 27 de mayo del 2005. Al volver los autos a Primera Instancia, el Abog. Roberto Correa Cuyer, en representación de la parte actora, solicita el decaimiento de los derechos de los demandados para contestar la demanda, a lo que el Juzgado provee en fecha 12 de setiembre de 2007, que teniendo en cuenta que la providencia de fecha 27 de febrero del 2004 había sido revocada parcialmente, y que no se había corrido nuevo traslado, era improcedente el pedido de decaimiento. Asimismo, corrió nuevo traslado de la demanda. Al ser recurrida por la parte actora, y concederse el recurso de apelación, el Tribunal por A.I. N° 375 de fecha 08 de julio de 2008, revoca dicho proveído, y dispone que se esté

a lo dispuesto en el proveído de fecha 27 de febrero de 2004, en la parte revocada en forma improcedente.

Cabe iniciar nuestro razonamiento dejando en claro el alcance del recurso de reposición o revocatoria. Se trata de un medio de impugnación por el cual la parte que se siente agraviada o perjudicada por una resolución judicial - providencias de mero trámite o autos interlocutorios que no causen gravamen irreparable – peticiona al mismo órgano judicial que la emitió, que la modifique o revoque por contrario imperio; lo que quiere decir que tiende a alterar o dejar sin efecto lo sustancial de la decisión judicial.

Pues bien, en el caso particular el Tribunal parece haber confundido los conceptos, e incluso parece haber ignorado el alcance y los efectos de este resorte procesal, como lo es el de la reposición o revocatoria. Desde el momento que el Juzgado de Primera Instancia resolvió revocar parcialmente la providencia de fecha 27 de febrero de 2004, ello implicaba que la misma quedaba sin efecto, precisamente en la parte que daba curso a la demanda con el traslado conferido a las partes, o dicho de otro modo, este trámite dejaba así de existir procesalmente; resolución que dicho sea de paso, causa ejecutoria, según prevé el Art. 392 de nuestro Código Ritual. Tal decisión era acertada, en tanto no podía imprimirse trámite a la demanda, hasta tanto no se cumpliera con el trámite incidental ordenado por el Tribunal para el pedido de archivamiento por falta de pago de la tasa judicial.

De lo antedicho se sigue que mal el Tribunal podía pretender luego modificar el sentido y el alcance de una resolución judicial ya firme dictada por el inferior, y considerar, como que los efectos de dicho proveído habían quedado simplemente suspendidos ínterin se sustanciaba el incidente, y que tras el rechazo de este, dicho trámite recobraba vigencia automáticamente. El Superior se aparta así de las constancias de autos, soslaya el alcance y los efectos de una resolución judicial firme de revocatoria, para emitir un pronunciamiento sin ningún sustento legal, en virtud del cual revive un proveído, y específicamente un trámite que había quedado sin ningún efecto, y no simplemente, suspendido en sus efectos.

Es de hacer notar además, que el mismo Tribunal incurre en una suerte de incoherencia o contradicción en la parte dispositiva de la resolución impugnada, en relación con el razonamiento desplegado en el considerando para arribar a dicha decisión, pues resuelve finalmente que debe estarse al proveído de fecha 27 de febrero de 2004, y especialmente, a “la parte que fue revocada en forma improcedente”. A partir de esta expresión puede

colegirse que el ad quem efectivamente entiende que el mismo había quedado realmente sin efecto, solo que no estaba de acuerdo, pues considera que dicha revocación no era correcta. No está demás acotar, que independientemente de la opinión que le mereciera dicha resolución al Superior, en estricto derecho el mismo no podía sino atenerse a lo dispuesto en un pronunciamiento judicial firme, que no estaba siendo objeto de impugnación. Admitir un temperamento contrario solo redundaría en una peligrosa inseguridad jurídica, si los mismos jueces y tribunales pudieran luego desconocer o pretender modificar posteriormente el alcance de resoluciones pasadas en autoridad de cosa juzgada.

En suma, la decisión del Tribunal de revocar el proveído por el cual se rechazaba el pedido de decaimiento del derecho de los demandados para contestar la demanda, y se corría nuevo traslado de la misma, y revive los efectos de un proveído ya inexistente, es notoriamente arbitraria, pues no se compadece con los antecedentes dentro del proceso ni con la normativa procedimental aplicable. De mantenerse en pie esta resolución, se estaría obviando un trámite esencial como lo es el traslado de la demanda, con lo cual se configuraría un vicio in procedendo, pues constituye una violación del debido proceso legal, que exige la vigencia del principio de bilateralidad o contradicción. Es más, se le estaría así privando a la parte accionada de ejercer su legítimo derecho a la defensa, de la oportunidad de controvertir la pretensión contenida en la demanda, lo que de ninguna manera puede tolerarse.

Esta actitud del Tribunal merece ser especialmente descalificada por la profunda afrenta que supone a las garantías del debido proceso legal, la defensa en juicio y la igualdad ante la ley y de acceso a la justicia, así como al principio de seguridad y certeza jurídica, inexplicablemente ignorados por el Ad Quem.

Por las consideraciones que anteceden, y ante la arbitrariedad constatada en el pronunciamiento, y en coincidencia con el Dictamen de la Fiscalía General del Estado, la acción debe prosperar, debiendo declararse la nulidad del A.I. N° 375 de fecha 08 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de esta capital, con costas a la perdidosa. Es mi voto.

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

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 375 de fecha 08 de julio de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de esta capital.

IMPONER costas a la parte vencida.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: Myriam Peña Candía, Antonio Fretes y Gladys Bareiro de Módica.

ANTE MÍ: Abg. Julio Pavón Martínez - Secretario Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 826**

***Cuestión debatida:** El caso de autos se discute la consulta constitucional solicitada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Villa Hayes, en relación al artículo 105 de la Constitución Nacional, en el caso “Regulación de Honorarios del Abg. Blas Antonio Barrios Ortiz”, representante convencional del Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra” (INDERT),*

**PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Acción en el proceso civil.  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional.**

Cabe recordar que el mecanismo de control de constitucionalidad previsto en el Art. 18 inc. a) del C.P.C. –Consulta Constitucional– es una facultad ordenatoria de los jueces o tribunales en virtud de la cual los mismos pueden remitir un expediente a la Corte Suprema de Justicia, una vez que el mismo se halle en estado de resolución, a fin de que el máximo órgano jurisdiccional se pronuncie acerca de la constitucionalidad o no de una norma aplicable al caso concreto, cuando a juicio del juez o tribunal compe-

tente aquella norma pueda ser contraria a principios o garantías constitucionales. Consecuentemente, el Art. 18 inc. a) del C.P.C. permite a los diversos órganos juzgadores someter a la Corte Suprema de Justicia sus dudas acerca de la constitucionalidad de determinados instrumentos legales, y permite así suscitar la cuestión de la jerarquía constitucional de las normas aplicables al caso concreto.

Por tanto, en el caso sometido a consideración de esta Sala –como ya se ha dicho– no existe una norma legal, aplicable al caso concreto, de cuya constitucionalidad el Juzgado consultante dude; por lo que, al no haberse cumplido los presupuestos requeridos por el código ritual para su procedencia, la presente consulta constitucional debe ser desestimada.

### **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Consulta Constitucional.**

Con respecto al segundo requisito de viabilidad -fundamentación suficiente de la duda-, considero que el mismo no se haya cumplido por la magistrada consultante, puesto que de los términos de la consultada elevada a esta Sala no se desprende que exista duda alguna acerca de la constitucionalidad de una norma jurídica; por el contrario, la consulta versa sobre si la petición de regulación de honorarios, por parte del profesional peticionante, viola o no la norma constitucional del Art. 105 y la disposición legal contenida en el Art. 1° de la Ley N° 2796/2005. Básicamente, de lo que duda la magistrada es de la legitimación del profesional para peticionar su regulación de honorarios por el hecho de haber representado al ente estatal, pero ello no es materia de constitucionalidad.

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Deberes y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.**

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

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

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad.**

Al respecto, corresponde señalar que quien pretende promover una acción de esta naturaleza, debe acreditar la titularidad de un interés particular y directo, en contraposición, se ha admitido la consulta constitucional elevada por jueces y Tribunales, quienes no se encuentran legitimados para hacerlo.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De la Forma de los Juicios.**

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

**C.S.J. Sala Constitucional. 10/09/2018. “Consulta Constitucional en la Regulación de Honorarios Profesionales del Abog. Blas Antonio Barrios Ortíz en los Autos: “Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra s/ Mensura” (Ac. y Sent. N° 826).**

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

CUESTIÓN:

¿Es inconstitucional la solicitud de Regulación de Honorarios del Abog. Blas Antonio Barrios Ortíz, representante convencional del Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT), en relación a los Arts. 105 y 47 de la Carta Magna y el Art. 1º de la Ley N° 2796/2005”?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Mediante A.I. N° 009 de fecha 22 de febrero de 2016 (fs. 53), el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Presidente Hayes, resuelve: “REMITIR, estos autos a la SALA CONSTITUCIONAL DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, para la consulta constitucional en relación con la conculcación del Art. 105 y 47 de la Carta Magna y el Art. 1º de la Ley 2796/2005, la petición de justiprecio de honorarios profesionales del Ab. Blas Antonio Barrios Ortíz...”.

La Magistrada consultante indica que la cuestión controvertida planteada, y por la cual se peticiona la consulta a esta Corte Suprema de Justicia, es relativa a si viola la disposición del Art. 105 de la Constitución Nacional el hecho de que el Abg. Blas Antonio Barrios Ortíz, representante convencional del Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT), haya solicitado la regulación de sus honorarios profesionales en primera instancia aún cuando las costas fueron impuestas en el orden causado en esa instancia, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 1º de la Ley N° 2796/2005.

El Juzgado sostiene que plantea la consulta en los términos del Art. 18 inciso a) del C.P.C., que estatuye que los Jueces y Tribunales tienen la facultad de “remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales...”.

Del texto de la disposición legal transcripta, se desprende que los requisitos para la viabilidad de la consulta constitucional son: 1) La ejecutoriedad de la providencia de autos; y, 2) La mención por el requirente de la disposición normativa acerca de cuya constitucionalidad tiene duda, así como de los preceptos constitucionales que presume son vulnerados por aquella, expresando claramente los fundamentos de dicha duda.

Debe señalarse que al versar la consulta sobre la constitucionalidad de una disposición legal atinente a honorarios profesionales, no es dable exigir razonablemente el cumplimiento del primer requisito de viabilidad

señalado más arriba -providencia de “autos” ejecutoriada-, dado que la solicitud de la regulación de los honorarios se resuelve directamente, sin llamarse “autos”. Esto es, no existe el llamamiento de “autos”.

Con respecto al segundo requisito de viabilidad -fundamentación suficiente de la duda-, considero que el mismo no se halla cumplido por la magistrada consultante, puesto que de los términos de la consultada elevada a esta Sala no se desprende que exista duda alguna acerca de la constitucionalidad de una norma jurídica; por el contrario, la consulta versa sobre si la petición de regulación de honorarios, por parte del profesional peticionante, viola o no la norma constitucional del Art. 105 y la disposición legal contenida en el Art. 1° de la Ley N° 2796/2005. Básicamente, de lo que duda la magistrada es de la legitimación del profesional para peticionar su regulación de honorarios por el hecho de haber representado al ente estatal, pero ello no es materia de constitucionalidad.

Cabe recordar que el mecanismo de control de constitucionalidad previsto en el Art. 18 inc. a) del C.P.C. –Consulta Constitucional– es una facultad ordenatoria de los jueces o tribunales en virtud de la cual los mismos pueden remitir un expediente a la Corte Suprema de Justicia, una vez que el mismo se halle en estado de resolución, a fin de que el máximo órgano jurisdiccional se pronuncie acerca de la constitucionalidad o no de una norma aplicable al caso concreto, cuando a juicio del juez o tribunal competente aquella norma pueda ser contraria a principios o garantías constitucionales. Consecuentemente, el Art. 18 inc. a) del C.P.C. permite a los diversos órganos juzgadores someter a la Corte Suprema de Justicia sus dudas acerca de la constitucionalidad de determinados instrumentos legales, y permite así suscitar la cuestión de la jerarquía constitucional de las normas aplicables al caso concreto.

Por tanto, en el caso sometido a consideración de esta Sala –como ya se ha dicho– no existe una norma legal, aplicable al caso concreto, de cuya constitucionalidad el Juzgado consultante dude; por lo que, al no haberse cumplido los presupuestos requeridos por el código ritual para su procedencia, la presente consulta constitucional debe ser desestimada. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: 1) La Jueza de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral, Abg. María Justina Venialgo Zarate de Presidente Hayes, dispuso remitir por A.I. N° 009 de fecha 22 de febrero de 2016, estos autos en consulta a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de expedirse en relación con la conculcación del Art. 105 y

47 de la Carta Magna y el Art. 1 ° de la Ley 2796/2005, la petición de justiprecio de honorarios profesionales del Ab. Blas Antonio Barrios Ortiz. El Juzgado realiza la citada consulta de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inc. a) del C.P.C.

2) Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido admitida en ocasiones anteriores por esta Sala, respecto al punto señalamos el Artículo 18 numeral a) del Código Procesal Civil: "...Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales..." (Art. 200 de la CN 1967 derogado por la CN de 1992), he aquí el error el cual consiste en la existencia de un artículo legal que nos remite erróneamente a otro artículo o institución derogada o inexistente, me permito realizar las siguientes consideraciones con relación al tema:

2.1) La Constitución Nacional, en cuyo Art. 259 establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no incluye entre los mismos la facultad de evacuar consultas constitucionales. Tampoco incluye tal posibilidad el Art. 260, referido a los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. En efecto, el Art. 259 de la Carta Magna, en su única disposición referida a las cuestiones constitucionales, dispone en su numeral 5 el deber y la atribución de "conocer y resolver sobre inconstitucionalidad". A su vez, en el Art. 260, con respecto a los deberes y atribuciones concretos y exclusivos de la Sala menciona sólo dos: "1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución". Y agrega que "el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte".

2.2) La CSJ en reiterados fallos se ha expedido siempre en el sentido de que solo pueden iniciar la acción de inconstitucionalidad quienes se ven

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

directamente afectados por la norma o resolución judicial que reputan de inconstitucional, conforme lo establece el art. 550 del Código Procesal Civil que dispone: “Toda persona lesionada en su legítimo derecho por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, principios o normas de la Constitución, tendrá facultades de promover anta la Corte Suprema de Justicia la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por disposiciones de este Capítulo”.

Y el Art. 552 del mencionado cuerpo legal establece: “Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionara claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad, impugnado, o en su caso, la disposición inconstitucional. Citara además, la norma, derecho, exención garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición.

Al respecto, corresponde señalar que quien pretende promover una acción de esta naturaleza, debe acreditar la titularidad de un interés particular y directo, en contraposición, se ha admitido la consulta constitucional elevada por jueces y Tribunales, quienes no se encuentran legitimados para hacerlo.

2.3) De la lectura de las normas constitucionales transcritas no surge que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenga como deber y atribución entender las consultas remitidas por los Jueces y Tribunales, pues su competencia está limitada a conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos normativos y de resoluciones judiciales contrarios a la Carta Magna, por las vías procesales de la acción y de la excepción. Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional, postura que la misma CSJ reafirma en sesión ordinaria del 14 de abril de 2015 sentada en Acta Punto 8 en contestación al oficio N° 17/2015 de los Miembros del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sexta Sala de la Capital, por el cual consultan respecto a la vigencia del Art 9° de la Acordada N° 58 del 20 de diciembre de 1985, en el cual se dispuso que el turno de los Amparos en cuanto a la sustanciación y competencia en

## JURISPRUDENCIA

los recursos de apelación se regirá por el turno de rúbrica de los Tribunales, o, si fue modificado por la Acordada 593/09, debiendo por ello estas causas ser sorteadas. “SE RESUELVE HACER SABER QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NO ES ÓRGANO DE CONSULTA.” En consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

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

4) En atención a las consideraciones que anteceden, considero que no corresponde evacuar la consulta realizada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral, Abg. María Justina Venialgo Zarate de Presidente Hayes, en los términos expuestos. Es mi voto.

A su turno el Doctor BLANCO manifestó que se adhiere al voto de la Ministra preopinante, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR a la consulta constitucional elevada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral, por los fundamentos expuestos en el exordio de la resolución.

ANOTAR y registrar.

MINISTROS: Miryam Peña Candía, Gladys Bareiro de Módica y Sindulfo Blanco.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ANTE MÍ: Abg. Julio Pavón Martínez - Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 937**

***Cuestión debatida:** El caso de autos se centra a la aplicación del el Art. 41° de la Ley N° 2856/06, que sustituye las leyes N° 73/91 y 1802/01 “De la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay”, en relación a la antigüedad mínima de diez años de aporte, que debe tener el funcionario bancario para retirar sus aportes, una vez desvinculada de la entidad donde prestaba servicio.*

#### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad.**

Del análisis de la norma atacada, surge una evidente vulneración del principio de igualdad –establecido en los Arts. 46 y 47 de la Constitución Nacional– pues implica un trato discriminatorio hacia los asociados que hayan sido desvinculados de la actividad bancaria por alguna de las razones mencionadas en la Ley impugnada, y que no cuenten con los años requeridos para acceder a la devolución de sus aportes.

#### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.. De la Propiedad Privada.**

Asimismo, se evidencia una conculcación del derecho de propiedad consagrado en el Art. 109 de la Carta Magna, pues por el simple incumplimiento de requisitos establecidos de forma arbitraria por la Caja, ésta pretende apropiarse de la totalidad de los aportes jubilatorios de la accionante, en abierta violación de su propio marco normativo.

#### **LEY N° 2856/2006. Que sustituye las Leyes N° 73/91 y 1802/01 “De la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay.**

En este sentido, en atención a que la propia Ley impugnada establece en su Art. 11 la exclusiva propiedad sobre los fondos y rentas a favor del

beneficiario, esto es, del aportante. Carece, pues, de coherencia que la Ley contradiga sus propias directivas al determinar de forma encubierta, bajo ciertos requisitos, la imposibilidad de ejercer este derecho de propiedad. Así tenemos que la norma impugnada, por un lado protege al aportante a fin de que el mismo goce de un ahorro obligatorio a los efectos de su jubilación, pero por otro lado lo despoja arbitrariamente de estos haberes, por no alcanzar las injustas condiciones impuestas.

**LEY N° 2345/03. De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal, Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público.**

En efecto, la Ley N° 2345/03 “DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL, SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO”, en su Artículo 9° dispone: “El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente con al menos diez años de servicio, tendrá que acogerse a la jubilación obligatoria. El monto de la jubilación obligatoria se calculará multiplicando la Tasa de Sustitución (valor del primer pago en concepto de jubilación o pensión como proporción de la remuneración base) por la Remuneración Base, tal como se la define en el Artículo 5° de esta ley. La Tasa de Sustitución será del 20% para una antigüedad de diez años y aumentará 2,7 puntos porcentuales por cada año de servicio adicional hasta un tope del 100%. Aquéllos que no lleguen a completar diez años de servicio, tendrán derecho a retirar el 90% de sus aportes realizados, ajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Banco Central del Paraguay...”.

**C.S.J. Sala Constitucional. 08/10/2018. Acción de Inconstitucionalidad: “Federico Martin Kallus Luzco c / Art. 41 de la Ley 2856/06” (Ac y Sent. N° 937).**

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

CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: El Sr. FEDERICO MARTIN KALLUS LUZCO, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 41° de la Ley 2856/06 “QUE SUSTITUYE LAS LEYES N° 73/91 Y 1802/01 'DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS DEL PARAGUAY”.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Pese a lo afirmado en el A.I. N° 3442 de fecha 28 de setiembre de 2017 que resolvió dar trámite a la presente acción, una minuciosa revisión de las constancias de autos permite constatar la ausencia del requisito consistente en la presentación del documento donde conste la denegatoria por parte de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de empleados de bancos y afines a la devolución de los aportes correspondiente al accionante, lo cual impide entrar a analizar el fondo de esta cuestión.

En casos similares esta Sala se ha expedido de la siguiente manera: “El proceso es el instrumento de la actividad jurisdiccional, y en éste la forma es esencial, sin llegar al formalismo que constituye la negación de las mismas garantías procesales. Para que los actos procesales puedan producir sus efectos específicos, es necesario que se lleven a cabo conforme a lo previsto legalmente. En todos los procesos jurisdiccionales se contempla, con carácter sistemático o aislado, la posibilidad de subsanación de los defectos de la demanda a la admisibilidad de la misma o de algún otro acto procesal concreto. Pero tal posibilidad, no libera la carga de las partes ni significa que alcanza a cualquier vicio, sino sólo a aquellos que son susceptibles de convalidación o revalidación”. (Acuerdo y Sentencia N° 219 de fecha 09 de mayo de 2006)

Recordemos que para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad la persona que la promueva necesariamente debe haber sido lesionada en sus legítimos derechos por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones y otros actos normativos que infrinjan en su aplicación los principios o normas establecidos en la Constitución Nacional, todo ello de conformidad al Art. 550° del C.P.C., circunstancia que no se da precisamente en este caso en particular, ya que aún no ha recurrido a la vía administrativa correspondiente Caja de Jubilaciones y Pensiones de empleados de bancos y afines-.

Por los motivos expuestos precedentemente, visto el parecer del Ministerio Público, no corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad. Es mi voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se presenta el señor Federico Martin Kallus Luzco, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra el Art. 41 de la Ley N° 2856/2006 “Que sustituye las Leyes N° 73/91 y 1802/01 “De la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay”, alegando

que el mismo colisiona contra lo preceptuado por los Arts. 20, 46, 47 numeral 2, 86, 95 y 109 de la Constitución Nacional.

El accionante manifiesta que es ex funcionario de las siguientes instituciones bancarias: 1) Banco Itapúa S.A.E.C.A. institución en la cual prestó servicios desde el 01/08/2011 hasta el 01/09/2014; 2) Banco Regional S.A.E.C.A. institución en la cual prestó servicios desde el 09/09/2014 hasta el 01/01/2015; y, 3) Banco Continental S.A.E.C.A. institución en la cual prestó servicios desde el 21/01/2015 hasta el 31/12/2016 (f. 8), tiempo en el que aportó a la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines. Alega que, en virtud a la norma impugnada, la misma sufre una confiscación de esos bienes ya que la misma establece que los funcionarios deberán contar con una antigüedad superior a los diez años de prestación para poder solicitar la devolución de sus aportes.

Al análisis de la acción de inconstitucionalidad, de la lectura del escrito de promoción, se desprende que el actor cuestiona específicamente lo dispuesto en el Art. 41 de la Ley N° 2856/2006. La disposición legal impugnada determina, que: “Corresponderá la devolución de sus aportes a los funcionarios que cuenten con una antigüedad superior a los diez años y que no tengan derecho a la jubilación, que .fuesen despedidos, dejados cesantes o que se retiren voluntariamente de las entidades donde prestan servicio. La Caja podrá optar por la aplicación del citado monto a la amortización o cancelación de su obligación. No serán susceptibles de devolución los aportes patronales. El derecho a solicitar la devolución de aportes prescribirá después de tres años del retiro del afiliado de su trabajo, salvo que el mismo tenga deuda con la Caja, en cuyo caso los aportes serán aplicados a la amortización o cancelación de su obligación”.

Tenemos que la norma atacada establece dos requisitos a los efectos de conceder el derecho a la devolución de los aportes realizados por parte de los trabajadores aportantes a la Caja. En primer lugar, se establece la antigüedad mínima de diez años y, en segundo lugar, se debe tratar de funcionarios que no tengan derecho a la jubilación o, que fuesen despedidos o, dejados cesantes o, que se retiren voluntariamente.

El agravio de la parte actora se centra en el primero de los requisitos que impone la norma cuya constitucionalidad se analiza –la antigüedad mínima de diez años del funcionario que pretenda retirar sus aportes, una vez desvinculado de la entidad en la cual prestaba servicios–, requisito que no cumple, según de las constancias obrantes en autos (f. 8).

Del análisis de la norma atacada, surge una evidente vulneración del principio de igualdad –establecido en los Arts. 46 y 47 de la Constitución Nacional– pues implica un trato discriminatorio hacia los asociados que hayan sido desvinculados de la actividad bancaria por alguna de las razones mencionadas en la Ley impugnada, y que no cuenten con los años requeridos para acceder a la devolución de sus aportes. Asimismo, se evidencia una conculcación del derecho de propiedad consagrado en el Art. 109 de la Carta Magna, pues por el simple incumplimiento de requisitos establecidos de forma arbitraria por la Caja, ésta pretende apropiarse de la totalidad de los aportes jubilatorios de la accionante, en abierta violación de su propio marco normativo.

En este sentido, en atención a que la propia Ley impugnada establece en su Art. 11 la exclusiva propiedad sobre los fondos y rentas a favor del beneficiario, esto es, del aportante. Carece, pues, de coherencia que la Ley contradiga sus propias directivas al determinar de forma encubierta, bajo ciertos requisitos, la imposibilidad de ejercer este derecho de propiedad. Así tenemos que la norma impugnada, por un lado protege al aportante a fin de que el mismo goce de un ahorro obligatorio a los efectos de su jubilación, pero por otro lado lo despoja arbitrariamente de estos haberes, por no alcanzar las injustas condiciones impuestas.

Por todo lo anterior, estimo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo analizado.

Por las fundamentaciones expuestas, considero que corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 41 de la Ley N° 2856/2006, en la parte que condiciona a una antigüedad superior a diez años a los efectos de la devolución de los aportes jubilatorios, con relación al señor Federico Martin Kallus Luzco. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Señor Federico Martin Kallus Luzco, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado, promueve acción de inconstitucionalidad contra el Art. 41 de la Ley N° 2856/06 “QUE SUSTITUYE LAS LEYES NOS 73/91 Y 1802/01 DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS DEL PARAGUAY” por considerarlo contrario a los Arts. 20, 46, 47, 86, 95 y 109 de la Constitución Nacional.

Manifiesta el accionante que fue afiliado de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados de Bancos y Afines pues prestó servicios en diferentes Entidades Bancarias (Itapúa, Regional, Continental), conforme lo demuestra con las instrumentales obrantes a fs. 3/8 sin embargo debido a la vigencia de la disposición legal impugnada la devolución de sus aportes jubilatorios le serían inminentemente denegados.

En atención al caso planteado, es preciso traer a colación el Artículo 41 de la Ley N° 2856/06 “QUE SUSTITUYE LAS LEYES N° 73/91 Y 1802/01 DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE EMPLEADOS BANCARIOS DEL PARAGUAY” el cual establece: “Corresponderá la devolución de sus aportes a los \_funcionarios que cuenten con una antigüedad superior a los diez años y que no tengan derecho a la jubilación, que fuesen despedidos, dejados cesantes o que se retiren voluntariamente de las entidades donde prestan servicio. La Caja podrá optar por la aplicación del citado monto a la amortización o cancelación de su obligación...”.

Del análisis de la disposición legal transcrita se deduce que solamente aquellos funcionarios bancarios con una antigüedad superior a 10 años podrán acceder al recupero de sus aportes jubilatorios siempre y cuando no tengan derecho a la jubilación, fuesen despedidos, dejados cesantes o se retirasen voluntariamente, lo cual produce una desigualdad por ejemplo con los funcionarios públicos en general y con los funcionarios de la Administración Nacional de Electricidad (ANDE) en particular.

En efecto, la Ley N° 2345/03 “DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL, SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO”, en su Artículo 9° dispone: “El aportante que complete sesenta y dos años de edad y que cuente con al menos diez años de servicio, tendrá que acogerse a la jubilación obligatoria. El monto de la jubilación obligatoria se calculará multiplicando la Tasa de Sustitución (valor del primer pago en concepto de jubilación o pensión como proporción de la remuneración base) por la Remuneración Base, tal como se la define en el Artículo 5° de esta ley. La Tasa de Sustitución será del 20% para una antigüedad de diez años y aumentará 2,7 puntos porcentuales por cada año de servicio adicional hasta un tope del 100%. Aquéllos que no lleguen a completar diez años de servicio, tendrán derecho a retirar el 90% de sus aportes realizados, ajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Banco Central del Paraguay...”.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por su parte, la Ley N° 71/68 “QUE CREA LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD” en el Artículo 47 expresa: “No habiendo dado cumplimiento el afiliado a la obligación de depositar sus aportes en el término fijado en el artículo precedente, tendrá un plazo hasta de 180 (ciento ochenta) días para que haga efectivo los aportes adeudados, pasado el cual el afiliado perderá todos sus derechos, pudiendo en este caso retirar en cualquier momento sus aportes acumulados, sin intereses”. (Subrayados y Negritas son mías).

Así pues, creo oportuno mencionar que la norma impugnada por el Señor Federico Martin Kallus Luzco contraviene principios básicos establecidos en los Arts. 46 (igualdad de las personas), 47 (garantías de la igualdad) y 109 (propiedad privada) de la Constitución Nacional, al privar a todo aquel funcionario bancario que no llegó a los 10 años de antigüedad la devolución de los aportes que son de su exclusiva propiedad.

Por tanto, y en atención a las manifestaciones vertidas considero que debe hacerse lugar a la Acción de Inconstitucionalidad y en consecuencia declarar la inaplicabilidad del Art. 41 de la Ley N° 2856/06, exclusivamente en la parte que establece como condición para la devolución de los aportes el requisito de contar con una antigüedad superior a 10 años, en relación con el accionante. Es mi voto.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 41 de la Ley N° 2856/2006 “Que sustituye las leyes N° 73/91 y 1802/01 de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Bancarios del Paraguay” - en la parte que condiciona a una antigüedad superior a diez años a los efectos de la devolución de los aportes jubilatorios, en relación al Señor Federico Martín Kallus Luzco.

ANOTAR, registrar y notificar.

## JURISPRUDENCIA

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

ANTE MÍ: Abg. Julio Pavón Martínez, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 939**

***Cuestión debatida:** El caso de autos es en relación a la Acción de Inconstitucionalidad contra la Resolución DPNC-B, N° 1100, dictada por el Ministerio de Hacienda, por la cual se deniega por improcedente la solicitud de pago de haberes atrasados a los herederos, desde el fallecimiento del señor Cornelio Flores, conforme a lo establecido en el Art. 3° de la Ley N° 4317/2011 “Que fija los beneficios económicos a favor de los veteranos y liados de la Guerra del Chaco”, y La Ley N° 5386/2015, “Que aprueba el presupuesto general de la nación para el ejercicio 2015”.*

#### **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad.**

Analizadas las constancias de autos, se aprecia que por Resolución DPNC – B N° 3926 de fecha 07 de noviembre de 2014; por la cual se revoca la Resolución DPNC-B N° 1124 de fecha 22 de setiembre de 2008, y su reconsideración, Resolución DPNC- B N° 1377 de fecha 17 de julio de 2009, se acordó pensión como heredero de veterano de la Guerra del Chaco al Sr. LUCIO FLORES MORINIGO.

Dada la naturaleza de la resolución cuestionada y sin entrar a juzgar la razón o no de la pretensión, se advierte que no existe en el caso de autos, una proposición de carácter constitucional que analizar. El accionante no ha dado cumplimiento a las disposiciones del Art. 561° del CPC. En efecto, la resolución dictada es recurrible ante el Tribunal de Cuentas en la instancia contencioso administrativa.

LEY N° 5386/2015 “Que aprueba el presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2018”. Aplicación de la Ley.

Finalmente, respecto a la impugnación de la Ley N° 5386/2015 “Que Aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2015”

el recurrente lo ataca en forma genérica, en ningún momento ha individualizado al artículo concreto, por lo tanto no acredita fehacientemente la supuesta conculcación de normas de rango constitucional. Resultando así los argumentos del mismo desprolijos y poco concisos. Es decir, no se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el Art. 552° del Código Procesal Civil.

En las condiciones expuestas, en concordancia con el parecer del Ministerio Público, al no haberse recurrido previamente contra la resolución atacada de inconstitucional ante la autoridad judicial competente, y en atención a la disposición legal citada anteriormente, no corresponde el estudio y decisión de la impugnación formulada por el Sr. LUCIO FLORES MORÍNIGO. En consecuencia, no corresponde hacer lugar a la acción intentada.

### **CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Proceso Contencioso Administrativo.**

Así las cosas, es del caso señalar, como es pacífica jurisprudencia de esta Corte y es doctrina unánimemente aceptada, aquella que exige para la promoción de la acción, la observancia del principio de definitividad, “que se aplica cuando se reclaman actos concretos de afectación de los derechos fundamentales, y que obliga a los promoventes, salvo supuestos excepcionales, a agotar los medios de defensa ante los órganos judiciales ordinarios previamente a la interposición de los instrumentos protectores en los tribunales o cortes constitucionales” (Héctor Fix-Zamudio, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina” en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Bogotá 1995, Pág. 49; el mismo principio es señalado, también, en “Iudicim et vita”, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Diciembre de 1995, N° 3, Pág. 134).

Estimo que este principio, en el sub iudice no ha sido observado. En efecto, de conformidad, con lo dispuesto en el Art. 1° de la Ley N° 1462/35 el Lucio Flores Morínigo debió promover una “Acción Contenciosa-Administrativa” a fin de discutir la procedencia o no del pago de sus haberes atrasados.

En ese orden de cosas, corresponde mencionar que la Acción de Inconstitucionalidad constituye una vía de carácter excepcional, que se encuentra prevista para salvaguardar los principios y derechos consagrados

en la Constitución Nacional, no así para ventilar cuestiones de fondo y de forma que tiene su ámbito natural de dilucidación en las instancias adecuadas. Este alto Tribunal así lo entendió en el Acuerdo y Sentencia N° 186 del 16 de julio de 1998, dictado por esta Corte, que señala: “La acción de inconstitucionalidad es una acción autónoma cuya finalidad esencial es la de cuidar la vigencia del orden constitucional que pudiera verse afectado por cualquier norma o decisión. Pero de ninguna manera puede sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios, toda vez que éstos no configuren decisiones arbitrarias o aberrantes...”.

En consecuencia, y por todo lo expuesto, concluyo que el Señor Lucio Flores Morínigo debió recurrir ante la jurisdicción del Tribunal de Cuentas para discutir la cuestión aquí planteada, ya que al mismo no se le negó en ningún momento su calidad de heredero de Veterano de la Guerra del Chaco, es decir, no existe violación de norma constitucional, razón por la cual voto por el rechazo de la presente acción.

**C.S.J. Sala Constitucional. 08/10/2018 Acción de Inconstitucionalidad: “Lucio Flores Morínigo c/ Res. DPNC-B N° 1100 del Ministerio de Hacienda de fecha 10 de abril de 2005; Ley N° 5386/15” (Ac. y Sent. N° 939).**

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

C U E S T I Ó N:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: La presente acción de inconstitucionalidad fue presentada por la Abogada Palmira Acosta Recalde en nombre y representación del señor Lucio Flores Morínigo, contra la Resolución DPNC–B. N° 1100 de fecha 10 de abril de 2015 “Por la cual se deniega por improcedente la solicitud de pago de haberes atrasados, presentada por el Sr. Lucio Flores Morínigo” y la Ley N° 5386/2015 “Que aprueba el presupuesto de la Nación para el ejercicio fiscal 2015.

Como cuestión preliminar, me permito dejar en claro mi postura acerca del agotamiento de los recursos ordinarios cuando se impugnan resoluciones administrativas.

Tratándose de actos normativos de carácter particular como lo son las resoluciones administrativas, como principio general, se exige al afectado el

agotamiento previo de la instancia recursiva en sede administrativa de manera a tener, un pronunciamiento definitivo de la Administración y, habilitada la sede judicial a los efectos de lograr la revisión del mismo.

Asimismo, y ya en sede judicial, el particular —afectado por una resolución administrativa— tiene expeditas dos vías de impugnación dependiendo de la causa de su agravio, lo que pretenda y la materia a ser discutida: la acción de inconstitucionalidad, cuando el acto normativo tenga un fundamento legal incompatible con los principios, garantías o normas de rango constitucional y lo que se pretenda sea su inaplicabilidad para el caso concreto; o, la acción contencioso administrativa, cuando la irregularidad en la actuación de la administración pueda ser subsanada mediante los resortes ordinarios de la revocación o la anulación.

Ahora bien, se debe distinguir cada supuesto, a los efectos de considerar concluida la instancia administrativa. En materia contenciosa es claro el Art. 3° inc. a) de la Ley N° 1462/1935 al prever, como requisito de admisibilidad, que las resoluciones a ser impugnadas causen estado, es decir, que no haya recurso administrativo contra ellas. En este sentido, habrá de agotarse los resortes recursivos conforme prevén las respectivas leyes orgánicas y demás reglamentaciones, e incluso a falta de reglamentación, siguiendo los principios generales sobre la materia, y en consonancia con los Arts. 41 y 45 de la Constitución Nacional.

Pero a los efectos de la promoción de una acción de inconstitucionalidad, la interpretación debe ser siempre más garantista, acorde con el principio de tutela judicial efectiva. De ahí que haciendo una interpretación in dubio pro actione, el justiciable habrá de agotar los resortes recursivos en sede administrativa cuando se hallen expresamente contemplados en la ley respectiva. Pero en caso de no existir reglamentación con relación a los recursos a ser interpuestos ante la Administración, el justiciable se hallará habilitado a promover la acción de inconstitucionalidad en forma directa, cuando la resolución administrativa se fundamenta en una norma considerada inconstitucional por el agraviado.

Para ahondar sobre esta cuestión, si la irregularidad en la actuación de la administración se da por una errónea aplicación o interpretación de las leyes, el agravio podrá ser subsanado por la vía ordinaria, esto es, ante el Tribunal de Cuentas. Pero si el agravio se produce por aplicación de una ley considerada inconstitucional, es decir, si la norma que sirve de funda-

mento a la resolución administrativa se entiende que es contraria a los postulados de nuestra Carta Magna, recurrir a lo contencioso administrativo no le garantizará el remedio de sus agravios.

Es por ello que no puedo compartir la exigencia general e indiscriminada, de que tratándose de actos normativos de carácter particular, como lo son las resoluciones administrativas, una vez agotada la instancia administrativa, el afectado deba necesariamente recurrir ante el Tribunal de Cuentas por medio de la acción contencioso administrativa; máxime cuando esta vía no se muestra idónea para reparar el agravio del justiciable.

Hechas estas precisiones, y centrándonos en el caso de autos, el accionante impugna la Resolución DPNC–B. N° 1100 de fecha 10 de abril de 2015, por la cual se le deniega la solicitud de pago de haberes atrasados desde el fallecimiento de su padre, el Veterano Cornelio Flores. La mentada resolución fue dictada de conformidad con lo dispuesto en el Art. 3° de la Ley 4317/2011 “Que fija beneficios económicos a favor de los Veteranos y Lisiados de la Guerra del Chaco”, la Ley N° 5386/2015 “Que aprueba el presupuesto de la Nación para el ejercicio fiscal 2015” y su Decreto Reglamentario N° 2929/2015.

Resulta que respecto a las resoluciones emanadas de la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda, verificada la reglamentación específica vigente sobre la materia, no existe una disposición legal expresa que prevea la interposición del recurso de reconsideración ante la misma autoridad de la que emana la resolución. Por lo que siguiendo el criterio expuesto precedentemente, y a falta de reglamentación expresa, debemos considerar que el justiciable tiene expedita la vía de impugnación por medio de la acción de inconstitucionalidad en forma directa contra la resolución administrativa; máxime que en este caso lo que le agravia es la posible inconstitucionalidad de la normativa que aplica la Administración para justificar la denegación del pago de los haberes atrasados.

Paso así a abordar la cuestión de fondo, tomando en consideración lo expresado.

El Art. 3° de la Ley 4317/2011 dice: “Ante el fallecimiento del veterano o lisiado de la Guerra del Chaco le sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados en lo correspondiente al beneficio dispuesto en concepto de pensión mensual otorgada a los veteranos y lisiados de la Guerra del Chaco, a partir de la resolución dictada por el Ministerio de Hacienda por la cual se otorgará el beneficio”. (Las negritas son mías). En el mismo sentido, el

Art. 124 de la Ley N° 5386/2015 “Que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2015” dice: “...Los beneficios económicos al heredero se liquidarán a partir de la resolución dictada por el Ministerio de Hacienda por la cual se otorga el beneficio, de conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 4317/2011...”. Asimismo, el Art. 254 del Decreto Reglamentario N° 2929/2015, establece: “...La pensión otorgada en consecuencia se liquidará de la siguiente forma: a)... b) A los herederos a partir de la Resolución dictada por el Ministerio de Hacienda por la cual se otorga el beneficio...”.

Analizadas las disposiciones legales que sirvieron de fundamento a la resolución administrativa impugnada, a la luz de los agravios esgrimidos y desde la perspectiva del Art. 130 de la Constitución Nacional, considero que efectivamente devienen inconstitucionales.

En efecto, la norma constitucional señalada precedentemente —al reconocer derechos, privilegios y beneficios económicos a favor de los veteranos de la Guerra del Chaco— no puede ser interpretado restrictivamente, sino más bien en forma amplia. De hecho, pone énfasis al prescribir que “...Los beneficios acordados a los beneméritos de la Patria no sufrirán restricciones y serán de vigencia inmediata, sin más requisito que su certificación eficiente...” Asimismo, al decir que “...En los beneficios económicos le sucederán sus viudas e hijos menores o discapacitados...”, entiendo que la intención de los Convencionales era no hacer distinciones entre Veteranos y sus herederos, sino más bien que la pensión pase a beneficiar a éstos íntegra e inmediatamente, sin restricciones ni otro recaudo que el establecido en la propia Constitución.

Por ello, las leyes al ser dictadas en su consecuencia, habrán de limitarse a establecer las condiciones y mecanismos para operativizar el postulado constitucional, y no para restringirlo, de manera que los herederos puedan igualmente acceder al beneficio económico sin mayores dilaciones, y sin otro recaudo que la acreditación fehaciente del vínculo con el causante, que sería el único requisito al que alude la Constitución.

Por otro lado, y siendo que el derecho a percibir la pensión se adquiere por transmisión hereditaria, la cual opera desde el mismo momento del fallecimiento, una normativa que disponga que los haberes recién se liquidarán desde la resolución que otorgue el beneficio, desconociendo todo el tiempo transcurrido desde el fallecimiento, no puede sino entrar en colisión con el mentado precepto constitucional.

Con relación a los artículos de la ley presupuestaria y su decreto reglamentario, al no estar ya en vigencia, no amerita un pronunciamiento al respecto por parte de esta Sala.

Por las razones precedentemente expuestas, considero que el Art. 3° de la Ley 4317/2011 deviene inconstitucional al quebrantar el Art. 130 de la Constitución Nacional; asimismo, la Resolución DPNC–B. N° 1100 de fecha 10 de abril de 2015 dictada por la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda, por estar fundada en dicho precepto legal, debe ser declarada igualmente inconstitucional y, por ende, inaplicable respecto al accionante Lucio Flores Morínigo. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES dijo: Se presenta la Abog. PALMIRA ACOSTA RECALDE, en nombre y representación del Sr. LUCIO FLORES MORINIGO, a fin de promover Acción de Inconstitucionalidad contra la Resolución DGJP N° 1.100 de fecha 09 de Julio de 2015, “Por la cual se deniega por improcedente la solicitud de pensión de Haberes Atrasados” y contra la Ley N° 5386/2015 “Que Aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2015” Alegando la conculcación de preceptos constitucionales.

La Resolución DGJP N° 1.100 de fecha 10 de Abril de 2015 dispuso: “...Denegar por improcedente la solicitud de Pago de Haberes Atrasados, presentada por el Sr. LUCIO FLORES MORINIGO, con C.I.C N° 2.225.711, por los motivos expuestos en el considerando de la presente Resolución...”.

Analizadas las constancias de autos, se aprecia que por Resolución DPNC – B N° 3926 de fecha 07 de noviembre de 2014; por la cual se revoca la Resolución DPNC-B N° 1124 de fecha 22 de setiembre de 2008, y su reconsideración, Resolución DPNC- B N° 1377 de fecha 17 de julio de 2009, se acordó pensión como heredero de veterano de la Guerra del Chaco al Sr. LUCIO FLORES MORINIGO.

Dada la naturaleza de la resolución cuestionada y sin entrar a juzgar la razón o no de la pretensión, se advierte que no existe en el caso de autos, una proposición de carácter constitucional que analizar. El accionante no ha dado cumplimiento a las disposiciones del Art. 561° del CPC. En efecto, la resolución dictada es recurrible ante el Tribunal de Cuentas en la instancia contencioso administrativa.

Finalmente, respecto a la impugnación de la Ley N° 5386/2015 “Que Aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2015”

el recurrente lo ataca en forma genérica, en ningún momento ha individualizado al artículo concreto, por lo tanto no acredita fehacientemente la supuesta conculcación de normas de rango constitucional. Resultando así los argumentos del mismo desprolijos y poco concisos. Es decir, no se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el Art. 552° del Código Procesal Civil.

En las condiciones expuestas, en concordancia con el parecer del Ministerio Público, al no haberse recurrido previamente contra la resolución atacada de inconstitucional ante la autoridad judicial competente, y en atención a la disposición legal citada anteriormente, no corresponde el estudio y decisión de la impugnación formulada por el Sr. LUCIO FLORES MORINIGO. En consecuencia, no corresponde hacer lugar a la acción intentada. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: La Abogada Palmira Acosta Recalde, en nombre y representación del Señor Lucio Flores Morínigo, conforme al testimonio de Poder General que acompaña, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra la Resolución DPNC-B N° 1100 de fecha 10 de abril de 2015 dictada por la Dirección de Pensiones No Contributivas del Ministerio de Hacienda, la cual deniega a su mandante el pago de haberes atrasados como herederos de Veterano de la Guerra del Chaco.

Manifiesta la accionante en líneas generales que el derecho al cobro de la pensión de su mandante como heredero de Veterano de la Guerra del Chaco debe ser desde la fecha del fallecimiento del causante y no desde la fecha la resolución dictada por el Ministerio de Hacienda como lo sostiene dicha institución. Invoca la supuesta violación del Art. 130 de la Constitución.

Así las cosas, es del caso señalar, como es pacífica jurisprudencia de esta Corte y es doctrina unánimemente aceptada, aquella que exige para la promoción de la acción, la observancia del principio de definitividad, “que se aplica cuando se reclaman actos concretos de afectación de los derechos fundamentales, y que obliga a los promoventes, salvo supuestos excepcionales, a agotar los medios de defensa ante los órganos judiciales ordinarios previamente a la interposición de los instrumentos protectores en los tribunales o cortes constitucionales” (Héctor Fix-Zamudio, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina” en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. Bogotá 1995, Pág.

49; el mismo principio es señalado, también, en “Iudicim et vita”, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Diciembre de 1995, N° 3, Pag. 134).

Estimo que este principio, en el sub judice no ha sido observado. En efecto, de conformidad, con lo dispuesto en el Art. 1° de la Ley N° 1462/35 el Lucio Flores Morínigo debió promover una “Acción Contenciosa-Administrativa” a fin de discutir la procedencia o no del pago de sus haberes atrasados.

En ese orden de cosas, corresponde mencionar que la Acción de Inconstitucionalidad constituye una vía de carácter excepcional, que se encuentra prevista para salvaguardar los principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional, no así para ventilar cuestiones de fondo y de forma que tiene su ámbito natural de dilucidación en las instancias adecuadas. Este alto Tribunal así lo entendió en el Acuerdo y Sentencia N° 186 del 16 de julio de 1998, dictado por esta Corte, que señala: “La acción de inconstitucionalidad es una acción autónoma cuya finalidad esencial es la de cuidar la vigencia del orden constitucional que pudiera verse afectado por cualquier norma o decisión. Pero de ninguna manera puede sustituir a los órganos jurisdiccionales ordinarios, toda vez que éstos no configuren decisiones arbitrarias o aberrantes...”.

En consecuencia, y por todo lo expuesto, concluyo que el Señor Lucio Flores Morínigo debió recurrir ante la jurisdicción del Tribunal de Cuentas para discutir la cuestión aquí planteada, ya que al mismo no se le negó en ningún momento su calidad de heredero de Veterano de la Guerra del Chaco, es decir, no existe violación de norma constitucional, razón por la cual voto por el rechazo de la presente acción.

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

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

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ANTE MÍ: Abg. Julio Pavón Martínez, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1036**

***Cuestión debatida:** El caso en estudio se centra en lo que dispone el artículo 29° de la Ley N° 2121/04. “De Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal”, al establecer que en el caso en que las costas se impongan al Estado o a sus Entes citados en el artículo 3° de la Ley 1.535/09, su responsabilidad económica y patrimonio, por los servicios de los profesionales de los abogados intervinientes, no podrá exceder el 50% del arancel mínimo legal dispuesto por la Ley N° 1376/88 “De honorarios de Abogados y Procuradores”.*

#### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Derecho a la Igualdad.**

De tal garantía constitucional, se deduce que la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, y que no se puede establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias. En este aspecto, resulta oportuno traer a colación las palabras de Robert Alexy: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual” (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1993. Pág. 395).

En relación con el tema sometido a consideración de esta Sala, se puede percibir que la disposición legal objetada –Art. 29 de la Ley N° 2421/04– lesiona ostensiblemente la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, al establecer que en el caso en que las costas se impongan al Estado o a sus entes citados en el Art. 3° de la ley 1535/99, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de todos los abogados intervinientes, no podrá exceder el 50% del arancel mínimo legal dispuesto por la Ley N° 1376/88 de honorarios de Abogados y Procuradores,

hasta cuyo importe deben atenerse los jueces al regular los honorarios de aquellos.

Si el Estado como persona jurídica debe litigar con un particular, lo debe hacer en igualdad de condiciones, y el hecho de resultar perdidoso, mal puede constituir una razón para reducir las costas del juicio, en detrimento del derecho de los profesionales intervinientes a percibir la retribución que por ley les es debida.

Según Gregorio Badeni: "...la igualdad que prevé la Constitución significa que la ley debe ofrecer iguales soluciones para todos los que se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias. Asimismo, que no se pueden establecer excepciones o privilegios que reconozcan a ciertas personas lo que, en iguales circunstancias, se desconozca respecto de otras..." (Badeni, Gregorio. Instituciones de Derecho Constitucional. AD HOC S.R.L. pág. 256).

### **PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Facultades ordenatorias e instructorias.**

Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido admitida en ocasiones anteriores por esta Sala, respecto al punto señalamos el Artículo 18 numeral a) del Código Procesal Civil: "...Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales..." (Art. 200 de la CN 1967 derogado por la CN de 1992), he aquí el error el cual consiste en la existencia de un artículo legal que nos remite erróneamente a otro artículo o institución derogada o inexistente, me permito realizar las siguientes consideraciones con relación al tema.

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. De los Deberes y Atribuciones.**

La Constitución Nacional, en cuyo Art. 259 establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no incluye entre los mismos

la facultad de evacuar consultas constitucionales. Tampoco incluye tal posibilidad el Art. 260, referida a los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. En efecto, el Art. 259 de la Carta Magna, en su única disposición referida a las cuestiones constitucionales, dispone en su numeral 5 el deber y la atribución de “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”. A su vez, en el Art. 260, con respecto a los deberes y atribuciones concretos y exclusivos de la Sala menciona sólo dos: “1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”. Y agrega que “el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”.

2.2) La CSJ en reiterados fallos se ha expedido siempre en el sentido de que solo pueden iniciar la acción de inconstitucionalidad quienes se ven directamente afectados por la norma o resolución judicial que reputan de inconstitucional, conforme lo establece el art. 550 del Código Procesal Civil que dispone: “Toda persona lesionada en su legítimo derecho por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, principios o normas de la Constitución, tendrá facultades de promover anta la Corte Suprema de Justicia la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por disposiciones de este Capítulo”.

Y el Art. 552 del mencionado cuerpo legal establece: “Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionara claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad, impugnado, o en su caso, la disposición inconstitucional. Citara además, la norma, derecho, exención garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición.

**C.S.J. Sala Constitucional. 02/11/2018 “Consulta Constitucional en el juicio: Regulación de Honorario del Abg. Milner Marcial Núñez Cabañas en los Autos Dirección Nacional de Aduanas c/ Astro Tech S.R.R. s/ Ejecución de Resoluciones Judiciales” (Ac. y Sent. N° 1036).**

**RESUMEN:**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es inconstitucional el Art. 29 de la Ley N° 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal”?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Mediante A.I. N° 630 de fecha 08 de Noviembre de 2017 (fs. 43), el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala de la Capital, resuelve remitir estos autos en consulta a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de que la misma declare si el Art. 29 de la Ley N° 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal” es o no constitucional.

Frente al imperativo de aplicar la ley que rige la materia, el Tribunal requirente considera que el referido Art. 29 de la Ley N° 2421/04 quebranta la garantía constitucional de la igualdad, y, considerando que la declaración de inconstitucionalidad puede producirse solamente en el seno de la Sala Constitucional o por decisión del pleno de la Corte, remiten estos autos para que esta Sala se expida respecto de la constitucionalidad –o no– del aludido artículo.

El referido Tribunal realiza la consulta de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inciso a) del C.P.C., que estatuye que los Jueces y Tribunales tienen la facultad de “remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales...”.

Del texto de la disposición legal transcripta, se desprende que los requisitos para la viabilidad de la consulta constitucional son: 1) La ejecutoriedad de la providencia de autos; y, 2) La mención por el requirente de la disposición normativa acerca de cuya constitucionalidad tiene duda, así como de los preceptos constitucionales que presume son vulnerados por aquella, expresando claramente los fundamentos de dicha duda.

Respecto al primer recaudo, por A.I. N° 42 de fecha de febrero del 2015 (fs. 37), el Tribunal dio por decaído el derecho que tenía la parte apelada para atender el traslado de los recursos y llamó autos para resolver. Con respecto al segundo requisito de viabilidad –fundamentación suficiente de la duda–, el mismo se halla cumplido en la especie, con los argumentos

expuestos por el Tribunal consultante acerca de la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Ante todo ello, estimo que corresponde evacuar la presente consulta.

Dicho esto, paso a tratar el tema de la consulta, acogiendo el criterio mayoritario y constante que viene sustentando esta Sala con relación al mismo.

El Art. 29 de la Ley N.º 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal”, establece: “En los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el Artículo 3º de la Ley N.º 1535/99 “De Administración Financiera del Estado”, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder del 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular los honorarios a costa del Estado. Queda modificada la Ley N.º 1376/88 “Arancel de Abogados y Procuradores”, conforme a esta disposición”.

Considero que cuando las normas crean desigualdades ante casos similares, dando un tratamiento distinto a uno y otro, se infringe la garantía constitucional de igualdad, consagrada en el Art. 46 de la Carta Magna, que establece: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Asimismo, el Art. 47, dispone: “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes...”.

De tal garantía constitucional, se deduce que la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, y que no se puede establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias. En este aspecto, resulta oportuno traer a colación las palabras de Robert Alexy: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual” (ALEXY, Robert. Teoría de

los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. España. 1993. Pág. 395).

En relación con el tema sometido a consideración de esta Sala, se puede percibir que la disposición legal objetada –Art. 29 de la Ley N<sup>o</sup> 2421/04– lesiona ostensiblemente la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, al establecer que en el caso en que las costas se impongan al Estado o a sus entes citados en el Art. 3<sup>o</sup> de la ley 1535/99, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de todos los abogados intervinientes, no podrá exceder el 50% del arancel mínimo legal dispuesto por la Ley N<sup>o</sup> 1376/88 de honorarios de Abogados y Procuradores, hasta cuyo importe deben atenerse los jueces al regular los honorarios de aquellos.

Si el Estado como persona jurídica debe litigar con un particular, lo debe hacer en igualdad de condiciones, y el hecho de resultar perdidoso, mal puede constituir una razón para reducir las costas del juicio, en detrimento del derecho de los profesionales intervinientes a percibir la retribución que por ley les es debida.

Según Gregorio Badeni: “...la igualdad que prevé la Constitución significa que la ley debe ofrecer iguales soluciones para todos los que se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias. Asimismo, que no se pueden establecer excepciones o privilegios que reconozcan a ciertas personas lo que, en iguales circunstancias, se desconozca respecto de otras...” (Badeni, Gregorio. Instituciones de Derecho Constitucional. AD HOC S.R.L. pág. 256).

En esa misma línea, señala Zarini que el concepto de igualdad debe tomarse en sentido amplio. No solo la igualdad ante la ley como expresa textualmente el Art. 46, sino en la vasta acepción con que la emplea Bidart Campos: “igualdad jurídica”. Es decir, que no es sólo la igualdad ante el legislador que sanciona la ley, sino también ante todo acto normativo (decreto, resolución, ordenanza, etc.). Se extiende, además, a los otros campos de actuación del Estado (igualdad ante la Administración y ante la jurisdicción) y comprende, asimismo, la esfera privada (igualdad ante y entre particulares)...”. (Zarini, Helio Juan, obra “Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Bs. As. año 1992, Pág. 385).

Las precedentes citas doctrinales sustentan nuestra tesitura, en el sentido de que la garantía de igualdad ante ley debe ser observada también por el Estado y sus entes en su relación con los particulares, no solo en el

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ámbito administrativo, sino también en el ámbito jurisdiccional. Contrariamente a lo dicho, la norma legal cuestionada propicia un trato privilegiado a favor del Estado y en perjuicio de los abogados que intervienen en las causas en las que aquél es parte, ya sea como demandante o demandado.

Por los fundamentos que anteceden, se evacua la presente consulta en el sentido expresado en reiterados fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que han declarado la inconstitucionalidad del Art. 29 de la Ley N.º 2421/04, por ser violatorio de la garantía constitucional de la igualdad consagrada en los Arts. 46 y 47 de la Constitución. Voto en ese sentido.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, dispuso remitir por A.I. N.º 630 de fecha 08 de Noviembre de 2017, estos autos en consulta a la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de expedirse con relación al Art. 29 de la Ley N.º 2.421/04 “De Reordenamiento Administrativo y De Adecuación Fiscal”, si el mismo es o no constitucional y aplicable al presente caso. El Juzgado realiza la citada consulta de conformidad con lo dispuesto en el Art. 18 inc. a) del C.P.C.

2) Si bien la facultad de responder consultas de constitucionalidad de parte de la Corte Suprema de Justicia está prevista en la norma invocada y ha sido admitida en ocasiones anteriores por esta Sala, respecto al punto señalamos el Artículo 18 numeral a) del Código Procesal Civil: “...Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: a) remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia, ejecutoriada la providencia de autos, a los efectos previstos por el artículo 200 de la Constitución, siempre que a su juicio una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales...” (Art. 200 de la CN 1967 derogado por la CN de 1992), he aquí el error el cual consiste en la existencia de un artículo legal que nos remite erróneamente a otro artículo o institución derogada o inexistente, me permito realizar las siguientes consideraciones con relación al tema:

2.1) La Constitución Nacional, en cuyo Art. 259 establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no incluye entre los mismos la facultad de evacuar consultas constitucionales. Tampoco incluye tal posibilidad el Art. 260, referida a los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional. En efecto, el Art. 259 de la Carta Magna, en su única disposición referida a las cuestiones constitucionales, dispone en su numeral 5 el deber

y la atribución de “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”. A su vez, en el Art. 260, con respecto a los deberes y atribuciones concretos y exclusivos de la Sala menciona sólo dos: “1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución”. Y agrega que “el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”.

2.2) La CSJ en reiterados fallos se ha expedido siempre en el sentido de que solo pueden iniciar la acción de inconstitucionalidad quienes se ven directamente afectados por la norma o resolución judicial que reputan de inconstitucional, conforme lo establece el art. 550 del Código Procesal Civil que dispone: “Toda persona lesionada en su legítimo derecho por leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas municipales, resoluciones u otros actos administrativos que infrinjan en su aplicación, principios o normas de la Constitución, tendrá facultades de promover anta la Corte Suprema de Justicia la acción de inconstitucionalidad en el modo establecido por disposiciones de este Capítulo”.

Y el Art. 552 del mencionado cuerpo legal establece: “Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionara claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad, impugnado, o en su caso, la disposición inconstitucional. Citara además, la norma, derecho, exención garantía o principio que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición.

Al respecto, corresponde señalar que quien pretende promover una acción de esta naturaleza, debe acreditar la titularidad de un interés particular y directo, en contraposición, se ha admitido la consulta constitucional elevada por jueces y Tribunales, quienes no se encuentran legitimados para hacerlo.

2.3) De la lectura de las normas constitucionales transcritas no surge que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenga como deber y atribución entender las consultas remitidas por los Jueces y

Tribunales, pues su competencia está limitada a conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos normativos y de resoluciones judiciales contrarios a la Carta Magna, por las vías procesales de la acción y de la excepción. Estando taxativamente establecidas por la Constitución las facultades de esta Sala y no encontrándose comprendida entre ellas la de evacuar consultas, ésta es inexistente. Una ley, aún de la importancia del Código Procesal Civil, no puede fijar deberes y atribuciones que los convencionales constituyentes en su momento decidieron no incluir. Es más, ni siquiera autorizaron la remisión a una ley para la fijación de otras facultades no previstas en el texto constitucional, postura que la misma CSJ reafirma en sesión ordinaria del 14 de abril de 2015 sentada en Acta Punto 8 en contestación al oficio N° 17/2015 de los Miembros del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Sexta Sala de la Capital, por el cual consultan respecto a la vigencia del Art 9° de la Acordada N° 58 del 20 de diciembre de 1985, en el cual se dispuso que el turno de los Amparos en cuanto a la sustanciación y competencia en los recursos de apelación se regirá por el turno de rúbrica de los Tribunales, o, si fue modificado por la Acordada 593/09, debiendo por ello estas causas ser sorteadas. “SE RESUELVE HACER SABER QUE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NO ES ÓRGANO DE CONSULTA.” En consecuencia, la de evacuar consultas referida a la Sala Constitucional de la Corte lisa y llanamente no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

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

4) En atención a las consideraciones que anteceden, considero que no corresponde evacuar la consulta realizada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, en los términos expuestos. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES manifestó que se adhiere al voto de la Ministra preopinante, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

## JURISPRUDENCIA

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

DECLARAR la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley N° 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal” y su inaplicabilidad en el presente caso.

ANOTAR y registrar.

MINISTROS: Myriam Peña Candia, Antonio Fretes y Galdys Bareiro de Módica.

ANTE MÍ: Abg., Julio Pavón Martínez Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1105**

*Cuestión debatida: La parte presenta un recurso de aclaratoria contra la forma de conceder las costas en la Acción de inconstitucionalidad resuelta en la causa.*

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad del recurso de aclaratoria. Objeto del recurso de aclaratoria.**

Conviene recordar que constituyen “errores materiales”, en los términos de la disposición arriba transcrita, los errores de copia o aritméticos, los equívocos en que hubiese incurrido el juez acerca de los nombres y calidades de las partes, y la contradicción que pudiese existir entre el considerando y la parte dispositiva de una resolución judicial. A su vez, por “concepto obscuro” debe entenderse cualquier discordancia que exista entre la idea que se quiere transmitir y los vocablos utilizados para expresarla por

los él o los juzgadores en la resolución en cuestión. Finalmente, este recurso es la vía idónea para suplir “omisiones” de pronunciamiento, tanto sobre cuestiones accesorias (intereses y costas), cuanto sobre pretensiones principales o defensas oportunamente articuladas en el proceso.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. RECURSO DE ACLARATORIA. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad del recurso de aclaratoria. Objeto del recurso de aclaratoria.**

De las manifestaciones del recurrente -transcriptas más arriba- se advierte que el mismo funda su pedido de aclaratoria en su discrepancia con relación a la forma en que esta Sala impuso las costas en la resolución recurrida: a la perdedora, esto es, a su parte, de acuerdo con el Art. 192 del C.P.C. El recurrente considera que en virtud de los artículos 560 y 408 del Código Ritual Civil estas deberían ser impuestas a los juzgadores cuyas resoluciones fueron anuladas en el marco de la acción de inconstitucionalidad resuelta en la resolución impugnada. No existe pues, una omisión de la Sala Constitucional en cuanto al pronunciamiento sobre las costas en la resolución recurrida, y no procede la modificación de su forma de imposición por vía de aclaratoria, recurso mediante el cual no puede alterarse lo substancial de la resolución que se impugna, como se tiene dicho. Por las razones precedentemente expuestas, corresponde rechazar el presente recurso de aclaratoria.

**C.S.J. Sala Constitucional. 22/11/2018. Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: “Ismael A. Pintos Ramírez c/ Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL) s/ Retiro justificado y cobro de guaraníes en diversos conceptos laborales” Año 2017 - N° 2672 (Ac. y Sent. N° 1105).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente el Recurso de Aclaratoria interpuesto?

A la cuestión planteada, la Doctora MIRYAM PEÑA CANDIA, dijo: Por el Acuerdo y Sentencia N° 945 de fecha 15 de octubre de 2018- cuya aclaratoria ser peticiona- esta Sala Constitucional resolvió: “HACER LU-

GAR a la acción de inconstitucionalidad promovida, y en consecuencia declarar la nulidad de las Sentencia Definitiva N° 59 de fecha 30 de junio de 2017; Sentencia Definitiva N° 61 de fecha 06 de julio de 2017; Sentencia Definitiva N° 65 de fecha 10 de julio de 2017, todas pronunciadas por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de la ciudad de Luque; el Acuerdo y Sentencia N° 139 de fecha 07 de diciembre de 2017, emanado del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Circunscripción Judicial del Dpto. Central, Primera Sala. COSTAS a la parte perdedora. REMITIR estos autos al Juzgado que le sigue en orden de turno para su nuevo juzgamiento, de conformidad con el Art. 560 del C.P.C. ANOTAR, registrar y notificar”.

Al fundar el recurso interpuesto (fs. 144/145), el recurrente aduce que: “...En este caso, a mi representante se ha negado intervención en autos, tal como dispone el Auto Interlocutorio N° 1175 a fs. 114, 115 al resolver: Denegar el pedido de intervención del Abg. Carlos Fernández y Dar por decaído el derecho que tenía la parte accionada de contestar el traslado de la acción. A fin de subsanar mi representación he designado al Abg. Alfredo Oviedo conforme poder obrante a fs. 131/132 y escrito de intervención a fs. 130 de autos, que en ningún momento fue proveído. En este sentido en el expediente no existe una providencia que reconoce mi personería y que se me diera intervención legal. En esta condición no puede operarse la cláusula de cargarme en costas... De la simple lectura del Considerando de la resolución se infiere que soy víctima de una mala praxis de prestación de justicia, cuya responsabilidad es personal y exclusiva de los magistrados intervinientes que deben cargar con las costas, sino por los daños y perjuicios ocasionados... Por los argumentos precedentes y en conformidad a nuestra normativa vigente peticiono ante esa Excma. Corte Suprema a fin de aclarar el alcance de las costas y que la misma sea impuesta en conformidad a lo dispuesto en los arts. 560 y 408 del Código Procesal Civil a los magistrados intervinientes (...”).

El artículo 387 del Código Procesal Civil establece los casos en que procede la aclaratoria, en los siguientes términos: “Las parte podrán sin embargo pedir aclaratoria de la resolución al mismo Juez o Tribunal que la hubiere dictado con el objeto de que: a) Corrija cualquier error material, b) Aclare alguna expresión oscura, sin alterar lo sustancial de la decisión, y c) Supla cualquier omisión en que hubiere incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio...”.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Conviene recordar que constituyen “errores materiales”, en los términos de la disposición arriba transcripta, los errores de copia o aritméticos, los equívocos en que hubiese incurrido el juez acerca de los nombres y calidades de las partes, y la contradicción que pudiese existir entre el considerando y la parte dispositiva de una resolución judicial. A su vez, por “concepto obscuro” debe entenderse cualquier discordancia que exista entre la idea que se quiere transmitir y los vocablos utilizados para expresarla por los él o los juzgadores en la resolución en cuestión. Finalmente, este recurso es la vía idónea para suplir “omisiones” de pronunciamiento, tanto sobre cuestiones accesorias (intereses y costas), cuanto sobre pretensiones principales o defensas oportunamente articuladas en el proceso. (PALACIO, Lino Enrique. 2003. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Pág. 582).

De las manifestaciones del recurrente- transcriptas más arriba- se advierte que el mismo funda su pedido de aclaratoria en su discrepancia con relación a la forma en que esta Sala impuso las costas en la resolución recurrida: a la perdidosa, esto es, a su parte, de acuerdo con el Art. 192 del C.P.C. El recurrente considera que en virtud de los artículos 560 y 408 del Código Ritual Civil estas deberían ser impuestas a los juzgadores cuyas resoluciones fueron anuladas en el marco de la acción de inconstitucionalidad resuelta en la resolución impugnada. No existe pues, una omisión de la Sala Constitucional en cuanto al pronunciamiento sobre las costas en la resolución recurrida, y no procede la modificación de su forma de imposición por vía de aclaratoria, recurso mediante el cual no puede alterarse lo substancial de la resolución que se impugna, como se tiene dicho. Por las razones precedentemente expuestas, corresponde rechazar el presente recurso de aclaratoria. Voto en ese sentido.

A su turno, los Doctores GLADYS BAREIRO DE MÓDICA y JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER manifiestan que se adhieren al voto de la Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

De este modo se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, que certifico, quedando acordada la sentencia que sigue:

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que antecede, la  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA CONSTITUCIONAL  
RESUELVE:

## JURISPRUDENCIA

NO HACE LUGAR al recurso de aclaratoria planteado por el Señor Ismael Antonio Pintos, bajo patrocinio del Abg. Gilberto Ramírez, contra el Acuerdo y Sentencia N° 945 de fecha 15 de octubre de 2018, por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: GLADYS BAREIRO DE MODICA, MIRYAM PEÑA CANDIA, RAUL TORRES KIRMSEK.

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVON, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 1**

*Cuestión debatida: Presentan una Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 1 de la Ley N° 3542/2008 y que amplía la Ley N° 2345/2003 sobre actualización de jubilaciones del sector público.*

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. JUBILACIÓN. Equiparación de haberes jubilatorios. Actualización de haberes jubilatorios.**

Una cosa es la equiparación salarial y otra es la actualización salarial a la que expresamente alude la norma constitucional arriba transcripta. La equiparación salarial debe entenderse como la percepción igualitaria de la remuneración por igual tarea realizada por los trabajadores; en cambio, actualización salarial -dispuesta por el Art. 103 de la Carta Magna- se refiere al reajuste de los haberes en comparación e implica la utilización del mismo criterio para el aumento -actualización- de los haberes jubilatorios de los funcionarios pasivos y pensionados, y de los salarios percibidos por los funcionarios activos.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. JUBILACIÓN. Equiparación de haberes jubilatorios.**

La igualdad de tratamiento contemplada en la norma constitucional implica que los aumentos resueltos a favor de los activos, deben favorecer de igual modo a los pasivos -jubilados y pensionados-, cuyos haberes deberían así actualizarse en igual proporción en que lo ejecuta el Ministerio de Hacienda respecto de los activos (el subrayado es mío).

De allí que, en el caso de que se prevea presupuestariamente un aumento en la retribución básica de uno o varios segmentos del funcionariado activo, se debe producir aquel aumento -en igual porcentaje- sobre el monto del último haber jubilatorio percibido por los funcionarios pasivos.

**C.S.J. Sala Constitucional. 11/02/2019. Acción de Inconstitucionalidad: “Leticia Aguilar Vda. de Soria c/ Art. 1 de la Ley N° 3542/08 que modf. y amplía la Ley 2345/03”. Año: 2017 – N° 2352 (Ac. y Sent. N° 1).**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se presenta ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Sra. Felicitia Aguilar Vda. de Soria, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra el Art. 1° de la Ley N° 3542/2008, que modifica el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003. Igualmente impugna el Art. 18 Inc. Y de la Ley N° 2345/2003.

La accionante es jubilada del Magisterio Nacional, según copia de la Resolución DGJP N° 269/1992 que adjunta a la presente acción (f.3).

El Art. 1° de la Ley N° 3542/2008, que modifica el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003, establece: “Conforme lo dispone el Artículo 103 de la Constitución Nacional, todos los beneficios que paga la Dirección General de jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda se actualizarán anualmente, de oficio, por dicho Ministerio. La tasa de actualización será la variación del índice de Precios del Consumidor calculados por el Banco Central del Para-

guay, correspondiente al periodo inmediatamente precedente. Quedan expresamente excluidos de lo dispuesto en este artículo, los beneficios correspondientes a los programas no contributivos”.

El Art. 18° de la Ley 2345/2003, prescribe: “A partir de la fecha de la publicación de esta Ley, quedan derogadas las siguientes disposiciones legales: ... y) los Artículos 105 y 106 de la Ley 1626/00...”

Entrando al análisis de la cuestión constitucional propuesta con relación al Art. 1° de la Ley N° 3542/2008 y a la vista de los agravios esgrimidos, es menester aclarar -en primer término- el contenido y alcance del precepto constitucional cuyo quebrantamiento se alega. El Art. 103 de nuestra Carta Magna prescribe: “Del Régimen de jubilaciones. Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los apostantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado. La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad”. (Negritas son mías).

Pues bien, una cosa es la equiparación salarial y otra es la actualización salarial a la que expresamente alude la norma constitucional arriba transcrita. La equiparación salarial debe entenderse como la percepción igualitaria de la remuneración por igual tarea realizada por los trabajadores; en cambio, actualización salarial -dispuesta por el Art. 103 de la Carta Magna- se refiere al reajuste de los haberes en comparación e implica la utilización del mismo criterio para el aumento -actualización- de los haberes jubilatorios de los funcionarios pasivos y pensionados, y de los salarios percibidos por los funcionarios activos.

Hecha la aclaración que precede y siguiendo con el análisis de la acción presentada -en lo que respecta a la actualización de los haberes jubilatorios y las pensiones- la Dirección General de jubilaciones y Pensiones supe dita la actualización de todos los beneficios pagados a lo dispuesto por el Art. 1° de la Ley N° 3542/2008 -que modifica el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003-. Este artículo establece la actualización de oficio de forma anual de los haberes jubilatorios y pensiones en base a la variación del índice de Precios del Consumidor calculado por el Banco Central del Paraguay, lo cual

constituye una aplicación arbitraria que no condice con el texto constitucional, en razón de que el IPC no siempre coincide con el aumento de los salarios fijados en forma definitiva por el Poder Ejecutivo, produciendo de este modo un desequilibrio en el poder adquisitivo de los funcionarios pasivos, en relación con los activos.

En efecto, la igualdad de tratamiento contemplada en la norma constitucional implica que los aumentos resueltos a favor de los activos, deben favorecer de igual modo a los pasivos -jubilados y pensionados-, cuyos haberes deberían así actualizarse en igual proporción en que lo ejecuta el Ministerio de Hacienda respecto de los activos (el subrayado es mío).

De allí que, en el caso de que se prevea presupuestariamente un aumento en la retribución básica de uno o varios segmentos del funcionariado activo, se debe producir aquel aumento -en igual porcentaje- sobre el monto del último haber jubilatorio percibido por los funcionarios pasivos.

En definitiva, cabe resaltar que ni la ley, en este caso la Ley N° 2345/2003 -o su modificatoria la Ley N° 3542/2008-, ni normativa alguna pueden oponerse a lo establecido en la norma constitucional aludida, puesto que carecerán de validez conforme al orden de prelación que rige nuestro sistema positivo (Art. 137 de la Constitución).

Ahora bien, en relación con el Art. 18 inc. y) de la Ley N° 2345/2003, la acción debe ser rechazada porque considero que no les causa agravio alguno por cuanto deroga los Art. 105 y 106 de la Ley N° 1626/2000 y dicha norma no es aplicable a los accionantes que pertenecían al Magisterio Nacional que se encuentran excluidos en su aplicación de manera expresa por el Art. 2 de la Ley N° 1626/2000 que expresa: “Aun cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a: ... los docentes de la Universidad Nacional y de la institución...”

Por las razones precedentemente expuestas, considero que corresponde hacer lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley 3542/2008 -que modifica el Art. 8° de la Ley 2345/2003- con relación a la accionante Sra. Felicita Aguilar Vda. de Soria. Es mi voto.

A sus turnos los Doctores FRETES y BAREIRO DE MÓDICA manifestaron que se adhieren al voto de la Ministra preopinante, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

## JURISPRUDENCIA

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida, y en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley 3542/2008 -que modifica el Art. 8° de la Ley 2345/2003- con relación a la accionante.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: GLADYS BAREIRO DE MODICA, MIRYAM PEÑA CANDIA, ANTONIO FRETES.

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVON, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 245**

*Cuestión debatida: El Defensor del Pueblo, Abogado Miguel Ángel Godoy Servín, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra determinados Artículos de la Ley N° 1626/00 de la Función Pública, como resultan los arts. citados en el párrafo anterior, alegando que los mismos violan los Arts. 276°, 277°, 278°, 279° y 280° de la Constitución Nacional. Las normativas impugnadas son relativas a la función Pública, que afectan el normal funcionamiento y organización de la Defensoría del Pueblo, en cuanto a la autonomía con la que goza para el cumplimiento de sus atribuciones establecidas en la Constitución.*

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. DEFENSOR DEL PUEBLO. Autonomía y Autarquía. LEY. Ley Especial. Ley General.**

Atendiendo a la disposición señalada, se vislumbra que una Ley especial no puede ser derogada por una ley jerárquicamente inferior como lo

es la Ley impugnada debido a que el régimen administrativo de la Defensoría del Pueblo posee autonomía: para dirigir y disponer de sus recursos humanos, para articular y materializar el cumplimiento de sus fines; para dictar sus propias normas de funcionamiento y de relacionamiento con los demás entes relacionados de alguna manera a la entidad, autarquía: en la recaudación e inversión de sus recursos, el derecho exclusivo y excluyente en la percepción de sus recursos y la inversión de los mismos para beneficio integral de sus funcionarios. Su autonomía Administrativa, por una parte, en relación con sus recursos humanos, le permite seleccionar, nombrar, designar y ubicar al funcionario en su respectiva y específica función para el eficaz cumplimiento de su labor, sin esta facultad resultaría difícil, por no decir imposible el cumplimiento de sus fines materiales.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. DEFENSOR DEL PUEBLO. Autonomía y Autarquía. LEY. Ley Especial. Ley General.**

Atendiendo estrictamente a la señalada disposición de la Carta Magna encontramos que el poder y derecho de autonomía que goza la Defensoría del Pueblo, deviene de una Ley especial que sin lugar a dudas no puede ser derogada por una ley de carácter general, resultando que al ser la Ley impugnada de inferior categoría, en nada puede afectar el derecho de autonomía funcional, administrativa y normativa, así como autarquía en la elaboración de su propio presupuesto de gasto.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. DEFENSOR DEL PUEBLO. Autonomía y Autarquía. LEY. Ley Especial. Ley General. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.**

Tales disposiciones atentan en contra del principio de especialidad, dispuesto en el Art. 7° del Código Civil Paraguayo, pues al tener la Defensoría del Pueblo su propia Ley Orgánica –Ley N° 631/1995–, no puede una Ley de carácter general como lo es la N°1626/2000 derogarla ni modificarla.

La cuestión debe ser estudiada a la luz de las disposiciones constitucionales referidas al Defensor del Pueblo.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. DEFENSOR DEL PUEBLO. Autonomía y Autarquía. LEY. Ley Especial. Ley General. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.**

El rasgo más característico del Órgano estatal es su carácter individual. De allí que la nomenclatura utilizada tanto en la Ley Suprema así como en su propia Ley Orgánica es la de “Defensor del Pueblo”, estableciendo que es un comisionado parlamentario con autonomía para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, debido a la imposibilidad de cumplimiento de todas las funciones asignadas al Órgano por una sola persona, la Ley dispone el nombramiento de un Defensor Adjunto para auxiliarlo en sus tareas, así como también dispone de personal administrativo a su cargo, lo que no excluye su carácter de Órgano unitario.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. DEFENSOR DEL PUEBLO. Autonomía y Autarquía. LEY. Ley Especial. Ley General. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.**

En efecto, el Art. 277° de la Carta Magna consagra la autonomía del Defensor del Pueblo quien de esta manera se halla investido de aptitud legal para realizar válidamente ciertos actos de carácter administrativos, como son aquellos en cuya virtud nombra a funcionarios, le asigna tareas a realizar y según el caso, destituirlo. Como reglamentación de estas normas de la Constitución Nacional, fue sancionada y se halla vigente, la Ley N° 631 “De la Defensoría del Pueblo”, en cuyos artículos 1° y 10° numeral 13), se hallan refrendadas esas prerrogativas...”. En consecuencia la Ley N° 1626/00 resulta incompatible con la Ley orgánica de la Defensoría del Pueblo. A modo de síntesis podemos afirmar que el Art. 1° impugnado es manifiestamente inconstitucional, en razón de que invade la esfera de competencia otorgada por una ley especial como lo es la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

**C.S.J. Sala Constitucional. 23/04/2019. Acción de Inconstitucionalidad: “Miguel Ángel Godoy Servín – Defensor del Pueblo – c/ Arts. 1°, 2°, 7°, 15°, 27°, 35° y 59° de la Ley N° 1626/00; Arts. 82°, 135° núm. D), 136°, 137°, 144° núm. F) y g) del Anexo a) del Decreto N° 6715/17”. Año: 2017 – N° 224” (Ac. y Sent. N° 245).**

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

### CUESTIÓN:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada el Doctor FRETES dijo: El Defensor del Pueblo de la República del Paraguay, Abogado MIGUEL ANGEL GODOY SERVIN, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra los Arts. 1º, 2º, 7º, 15º, 27º, 35º y 59º de la Ley N° 1626/2000 “De la Función Pública” en nombre y representación institucional de la Defensoría del Pueblo. La Defensoría del Pueblo es una institución autónoma, la cual se halla regida en cuanto a su funcionamiento y organización por una ley de carácter especial, la Ley N° 631/1995 “Orgánica de la Defensoría del Pueblo”, que goza de autonomía y autarquía consagradas en la Constitución Nacional. Por las consideraciones señaladas, opino que el Defensor del Pueblo, se halla legitimado para promover la presente Acción.

El Defensor del Pueblo, Abogado Miguel Ángel Godoy Servín, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra determinados Artículos de la Ley N° 1626/00 de la Función Pública, como resultan los arts. citados en el párrafo anterior, alegando que los mismos violan los Arts. 276º, 277º, 278º, 279º y 280º de la Constitución Nacional. Las normativas impugnadas son relativas a la función Pública, que afectan el normal funcionamiento y organización de la Defensoría del Pueblo, en cuanto a la autonomía con la que goza para el cumplimiento de sus atribuciones establecidas en la Constitución.

La Fiscalía General del Estado al contestar la vista corrídale por esta Corte Suprema, entre otros conceptos manifiesta que: “...La propia Constitución Nacional consagra expresamente el carácter autónomo a algunos segmentos del poder público como por ejemplo al Poder Judicial, las Universidades (entre ellas la del sector público), la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, las Municipalidades, los Gobiernos Departamentales, etc., razón por la que debe concluirse inexorablemente en la afirmación válida de que ellos acumulan o tienen en su favor el derecho exclusivo y excluyente de dictar sus propias normas jurídicas en el ámbito de su respectiva competencia jurídico funcional, entre ellas, las relativas a las cuestiones internas entre los cuales está el régimen disciplinario y funcional de los agentes públicos a su servicio... En efecto, el Art. 277º de la Carta

Magna consagra la autonomía del Defensor del Pueblo quien de esta manera se halla investido de aptitud legal para realizar válidamente ciertos actos de carácter administrativos, como son aquellos en cuya virtud nombra a funcionarios, le asigna tareas a realizar y según el caso, destituirlo. Como reglamentación de estas normas de la Constitución Nacional, fue sancionada y se halla vigente, la Ley N° 631 “De la Defensoría del Pueblo”, en cuyos artículos 1° y 10° numeral 13), se hallan refrendadas esas prerrogativas... “. En consecuencia la Ley N° 1626/00 resulta incompatible con la Ley orgánica de la Defensoría del Pueblo. A modo de síntesis podemos afirmar que el Art. 1° impugnado es manifiestamente inconstitucional, en razón de que invade la esfera de competencia otorgada por una ley especial como lo es la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Por lo expuesto se servirán dictar sentencia en el sentido de declarar inaplicables por inconstitucionales las normas de la Ley N° 1626/00, en los términos y con los alcances expuesto precedentemente.

Que con el objeto de realizar un exhaustivo examen de la cuestión planteada, a fin de arribar a una justa decisión, necesariamente se debe proceder a un estudio comparativo de la objetada Ley 1626/00, para comprobar si la misma se adecua, o no, a la regla general de interpretación establecida en el Art. 7° del Código Civil, que reza cuanto sigue: “... Las Leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. Las disposiciones especiales no derogan a las generales, ni estas a aquellas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente...”.

Atendiendo a la disposición señalada, se vislumbra que una Ley especial no puede ser derogada por una ley jerárquicamente inferior como lo es la Ley impugnada debido a que el régimen administrativo de la Defensoría del Pueblo posee autonomía: para dirigir y disponer de sus recursos humanos, para articular y materializar el cumplimiento de sus fines; para dictar sus propias normas de funcionamiento y de relacionamiento con los demás entes relacionados de alguna manera a la entidad, autarquía: en la recaudación e inversión de sus recursos, el derecho exclusivo y excluyente en la percepción de sus recursos y la inversión de los mismos para beneficio integral de sus funcionarios. Su autonomía Administrativa, por una parte, en relación con sus recursos humanos, le permite seleccionar, nombrar, designar y ubicar al funcionario en su respectiva y específica función para el eficaz cumplimiento de su labor, sin esta facultad resultaría difícil, por no

decir imposible el cumplimiento de sus fines materiales, de todo lo señalado, surge que resulta inconstitucional la Ley impugnada. La misma expresa cuanto sigue: Art. 1º de la Ley Nº 1626/00: “Esta Ley tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar, que presten servicios en la Administración Central, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y los demás organismos y entidades del Estado. Las Leyes especiales vigentes y las que se dicten para regular las relaciones laborales entre el personal de la Administración Central con los respectivos organismos y entidades del Estado se ajustaran a las disposiciones de esta Ley aunque deban contemplar situaciones especiales. Entiéndase por administración central los organismos que componen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, sus reparticiones y dependencias”, además de lo señalado, se debe tener en cuenta el Art. 137º de la C.N. al disponer la supremacía de la Carta Magna, expresa: “La Ley suprema de la República es la Constitución, están, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”. Atendiendo estrictamente a la señalada disposición de la Carta Magna encontramos que el poder y derecho de autonomía que goza la Defensoría del Pueblo, deviene de una Ley especial que sin lugar a dudas no puede ser derogada por una ley de carácter general, resultando que al ser la Ley impugnada de inferior categoría, en nada puede afectar el derecho de autonomía funcional, administrativa y normativa, así como autarquía en la elaboración de su propio presupuesto de gasto.

Respecto a los Arts. 82º, 133º, 135º numera d), 136º, 137º, 144º numeral f) y g) del Anexo A del Decreto Nº 6715/17 de fecha 24 de enero de 2017 del Poder Ejecutivo que establece la Guía de Normas y Proceso de Ejecución de la Ley Nº 5554/2016 “Que Aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2016”, es oportuno aclarar que en la actualidad ha perdido virtualidad. Si bien estaba vigente al momento de la presentación de la acción, actualmente han perdido validez por su carácter temporal, por lo que a la fecha ya no corresponde emitir pronunciamiento alguno, por lo que el agravio sustentado por el accionante carece del requisito de actualidad exigido para este tipo de acciones.

Por lo tanto, en base a las consideraciones expuestas, y visto el parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar parcialmente a la Acción de Inconstitucionalidad instaurada por el Defensor Del Pueblo, Abogado MIGUEL ANGEL GODOY SERVIN, respecto al Art. 1º de la Ley 1626/2000, y en consecuencia corresponde declarar su inaplicabilidad, consecuentemente resulta innecesario estudiar las demás normas impugnadas de inconstitucionales, en consideración a la decisión arribada a la primera cuestión suscitada, deben correr igual suerte que la del Art. 1º de la Ley impugnada. Es mi Voto.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Comparto la conclusión a la que ha llegado el Preopinante en su voto. Considero que la presente acción de inconstitucionalidad debe ser acogida de forma parcial y que se debe declarar la inaplicabilidad del Art. 1º de la Ley N° 1626/2000 respecto de la Defensoría del Pueblo, con base en los fundamentos que siguen.

El señor Miguel Ángel Godoy Servín, en su calidad de Defensor del Pueblo, designado por la Resolución HCD N° 2493 de fecha 01 de noviembre de 2016, promueve acción de inconstitucionalidad en contra de los Arts. 1, 2, 7, 15, 27, 35 y 59 de la Ley N° 1626/00 “De la Función Pública” y de los Arts. 82, 135 numeral d), 136, 137, 144 numerales f) y g) del Anexo A del Decreto N° 6715/17, que reglamenta la Ley N° 5554/16 “Del Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2016”.

A continuación se transcriben las normas impugnadas a los efectos de su ulterior estudio.

Artículo 1º de la Ley N° 1626/2000: “Esta ley tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar, que presten servicio en la Administración Central, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la banca pública y los demás organismos y entidades del Estado.

Las leyes especiales vigentes y las que se dicten para regular las relaciones laborales entre el personal de la administración central con los respectivos organismos y entidades del estado, se ajustarán a las disposiciones de esta ley aunque deban contemplar situaciones especiales.

Entiéndase por administración central los organismos que componen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, sus reparticiones y dependencias”.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Artículo 2° de la Ley N° 1626/2000: “Aun cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a:

a) el Presidente y el Vicepresidente de la República, los senadores y diputados, los gobernadores y los miembros de las Juntas Departamentales, los intendentes, los miembros de las Juntas Municipales y las personas que ejercen otros cargos originados en elección popular;

b) los ministros y viceministros del Poder Ejecutivo;

c) los diplomáticos y cónsules en actividad, comprendido en el ámbito de aplicación de la ley que regula la carrera diplomática y consular;

d) los militares en actividad;

e) los policías en actividad;

f) los docentes de la Universidad Nacional y de las Instituciones oficiales de educación primaria, secundaria y técnica;

g) los magistrados del Poder Judicial;

h) el Contralor, el Subcontralor, el Defensor del Pueblo, el Defensor del Pueblo Adjunto y los miembros del Consejo de la Magistratura; e

i) el Fiscal General de Estado y los agentes fiscales”.

Artículo 7° de la Ley N° 1626/2000: “El reglamento interno de selección y admisión del personal del servicio auxiliar y del personal contratado, se aplicará luego que hubiera sido homologado por la Secretaría de la Función Pública”.

Artículo 15 de la Ley N° 1626/2000: “El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición.

Artículo 27 de la Ley N° 1626/2000: “La contratación se efectuará por acto administrativo de la más alta autoridad del organismo o entidad respectivo, previo concurso de méritos para los casos previstos en los incisos b) y d) del artículo 25, y por contratación directa para los casos contemplados en los incisos a) y c) del mismo artículo”.

Artículo 35 de la Ley N° 1626/2000: “La promoción del funcionario público solo se hará previo concurso de oposición en razón de las calificaciones obtenidas y los méritos, aptitudes y notoria honorabilidad, comprobados mediante evaluaciones periódicas realizadas con la frecuencia que establezca la Secretaría de la Función Pública o, en carácter extraordinario, a requerimiento del organismo o entidad del Estado correspondiente”.

Artículo 59 de la Ley N° 1626/2000: “La jornada ordinaria de trabajo efectivo, salvo casos especiales previstos en la reglamentación de la presente ley, será de cuarenta horas semanales. Las ampliaciones de la jornada ordinaria de trabajo diario que se hiciesen para extender el descanso semanal no constituirán trabajo extraordinario”.

De los términos del escrito de promoción de la acción (f. 38/55) podemos sintetizar los agravios del recurrente en los siguientes puntos: Que las normas impugnadas crean y reglamentan el funcionamiento de la Secretaría de la Función Pública en contra de la autonomía de la Defensoría del Pueblo, consagrada en los Arts. 276, 277, 278, 279 y 280 de la Constitución Nacional; y que tales disposiciones atentan en contra del principio de especialidad, dispuesto en el Art. 7° del Código Civil Paraguayo, pues al tener la Defensoría del Pueblo su propia Ley Orgánica –Ley N° 631/1995–, no puede una Ley de carácter general como lo es la N° 1626/2000 derogarla ni modificarla.

La cuestión debe ser estudiada a la luz de las disposiciones constitucionales referidas al Defensor del Pueblo.

El artículo 276 de la Constitución Nacional establece: “El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la profesión de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva”.

Seguidamente, el artículo 277 prescribe: “El Defensor del Pueblo gozará de autonomía e inamovilidad. Es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado, y durará cinco años en sus funciones, coincidentes con el período del Congreso. Podrá ser reelecto. Además, podrá ser removido por mal desempeño de sus funciones, con el procedimiento del juicio político establecido en esta Constitución” (las negritas son mías).

Por su parte, artículo 278 dispone: “El Defensor del Pueblo deberá reunir los mismos requisitos exigidos para los Diputados, y tiene las mismas incompatibilidades e inmunidades que las de los magistrados judiciales. Durante su mandato no podrá formar parte de ningún poder del Estado ni ejercer actividad político partidaria alguna”.

Asimismo, el artículo 279 sostiene: “Son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo:

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establecen esta Constitución y la ley.

2. requerir de las autoridades en sus diversos niveles, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna. Podrá acceder a los sitios donde se denuncie la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio;

3. emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos;

4. informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso;

5. elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que, a su juicio, requieran pronta atención pública, y

6. los demás deberes y atribuciones que fije la ley”.

Finalmente, el Artículo 280 establece: “Las funciones del Defensor del Pueblo serán reguladas por la ley a fin de asegurar su eficacia, pudiendo nombrarse defensores departamentales o municipales”.

En vista de las normas transcriptas, es innegable que la Ley Suprema garantiza la autonomía del Defensor del Pueblo para el cumplimiento de sus funciones establecidas por aquella y por las Leyes –principalmente por la Ley N° 631/1995 “Orgánica de la Defensoría del Pueblo”–.

Ahora bien, surge la necesidad de ahondar en el alcance de esta autonomía concedida por la Ley Suprema al Alto Comisionado y determinar la naturaleza jurídica del Órgano a los efectos de resolver la cuestión constitucional propuesta a esta Sala.

En primer lugar, el rasgo más característico del Órgano estatal es su carácter individual. De allí que la nomenclatura utilizada tanto en la Ley Suprema así como en su propia Ley Orgánica es la de “Defensor del Pueblo”, estableciendo que es un comisionado parlamentario con autonomía para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, debido a la imposibilidad de cumplimiento de todas las funciones asignadas al Órgano por una sola persona, la Ley dispone el nombramiento de un Defensor Adjunto para auxiliarlo en sus tareas, así como también dispone de personal administrativo a su cargo, lo que no excluye su carácter de Órgano unitario.

Al respecto, Fernández Segado afirma: “El primero de los rasgos que contribuye a perfilar la naturaleza de la institución es su configuración estructural como órgano individual. En los ordenamientos en que existe esta

figura, predomina su conformación individualizada, bien que, como ya se dijo con anterioridad, la envergadura que progresivamente ha ido adquiriendo el Ombudsman ha conducido en ciertos países a que su unidad original dé paso a una titularidad múltiple, instrumentalizada sobre la base del principio de especialidad en la función, así como con el mantenimiento de una última labor de coordinación y decisión en uno de los titulares...” (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El estatuto jurídico-constitucional del Defensor del Pueblo en España. Ponencia presentada al Seminario Internacional «Defensor del ciudadano, defensor cívico o defensor de los derechos humanos: la experiencia comparativa y el Proyecto chileno». Universidad de Talca. Talca, 2001).

En atención a que el Defensor del Pueblo es un Comisionado Parlamentario, también debemos analizar su relación con el Poder Legislativo en el estudio de su naturaleza.

Si bien, tanto la Constitución Nacional así como la Ley Orgánica de la Defensoría prescriben que el Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario, el mismo tiene autonomía respecto del Poder Legislativo. La norma constitucional así como la propia Ley N.º 631/1995 otorgan al Defensor una independencia de criterio prácticamente ilimitada en el marco de sus facultades.

En efecto, en la misma Constitución Nacional encontramos que los artículos referidos al Defensor del Pueblo se encuentran ubicados en el Capítulo IV “DE OTROS ORGANISMOS DEL ESTADO”, esto es, a pesar de que el mismo sea designado por el Congreso para el desempeño de su función, goza de autonomía en el cumplimiento de sus funciones, pudiendo incluso promover acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes sancionadas por el Congreso cuando así lo considere prudente. De allí que esto presupone una manifestación de un enfrentamiento de criterios entre el Legislativo y su Comisionado, divergencia que evidencia la independencia funcional del Defensor frente al Congreso.

Ahora bien, esto no es óbice para otorgar la facultad a las Cámaras del Congreso de supervisar la labor anual del Comisionado, facultad establecida por el Art. 279 num. 4) de la Constitución Nacional, en concordancia con el Art. 10 num. 4) de la Ley Orgánica.

Finalmente, otro de los rasgos que contribuye a determinar la naturaleza del Defensor del Pueblo es su carácter no jurisdiccional. El Defensor

del Pueblo no pertenece al Poder Judicial, no tiene jurisdicción. Ello, conforme con el Art. 3° de la Ley N.º 631/95 que prescribe: “El Defensor del Pueblo en ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva para dictar, modificar o anular resoluciones de la administración pública, ni ejercer funciones de competencia propia de la Justicia Electoral”.

En vista de los caracteres propios que hacen a la naturaleza del Defensor del Pueblo, y en atención a su independencia como principal rasgo característico, podemos afirmar que la autonomía que se le consagra constitucionalmente es funcional. En tanto que se trate del cumplimiento de sus funciones –las citadas tanto en la Constitución así como en el Art. 10 de la Ley N.º 631/95–, el Defensor del Pueblo tiene completa autonomía e independencia de los demás órganos del Estado.

Ahora bien, de los agravios expuestos por el accionante se puede evidenciar que su pretensión gira en torno a la facultad de administrar por sí mismo el personal a su cargo, con prescindencia del cumplimiento de las normas establecidas en la Ley impugnada.

Al respecto de la administración del personal dependiente del Defensor del Pueblo, tenemos que el Artículo 10 de la Ley N.º 631/1995 establece: “Son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo: ...13) nombrar y remover al personal a su cargo, de conformidad con el Reglamento Interno, dentro de los límites presupuestarios”.

De allí que, y en consideración a la autonomía constitucional estudiada, considero que existe una contradicción de la normativa impugnada con el Art. 277 de la Constitución Nacional, precisamente en cuanto al Art. 1° de la Ley N.º 1626/2000.

En este sentido, ninguna norma puede contradecir lo establecido por la Ley Suprema, conforme con el principio de prelación de las normas jurídicas, consagrado en el Art. 137 de la Constitución Nacional que dispone en su último párrafo: “Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución”.

Considerando la inconstitucionalidad del Art. 1° de la Ley N.º 1626/2000, resulta innecesario estudiar las demás normas impugnadas de inconstitucionales, en consideración de la decisión arribada dado que debe correr igual suerte que la del Art. 1° de la normativa objetada.

Con relación a la impugnación de los artículos 82, 135 numeral d), 136, 137, 144 numerales f) y g) del Anexo A del Decreto N.º 6715/2017, comparto la opinión del Preopinante. Dada la vigencia temporal de esta norma

y en vista de que al momento de estudio de la presente acción ya ha perdido vigencia, carece de valor práctico un pronunciamiento de esta Sala al respecto.

Por tanto, considero que se debe hacer lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad, y declararse inaplicable, respecto del Defensor del Pueblo, el Art. 1° de la Ley N° 1626/2000 “De la Función Pública”. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: El Señor Miguel Ángel Godoy Servín, en su carácter de “Defensor del Pueblo” designado por Resolución N° 2493 de fecha 1 de noviembre de 2017 de la Honorable Cámara de Diputados cuya copia autenticada acompaña, promueve acción de inconstitucionalidad contra los Arts. 1, 2, 7, 15, 27, 35 y 59 de la Ley N° 1626/00 “De la Función Pública” y contra los Arts. 82, 135 Num. d), 136, 137, 144 Num. f) y g) del Anexo A del Decreto N° 6715/17 del Poder Ejecutivo.

En términos generales refiere el accionante que la Defensoría del Pueblo goza de autonomía y autarquía contempladas en los Arts. 276, 277, 278, 279 y 280 de la Constitución Nacional, y que la Ley N° 1626/00 crea facultades a la Secretaría de la Función Pública en contra del principio razonable de la especialidad que debe reservar a todo órgano con autonomía propia como lo es la Defensoría del Pueblo, institución extra poder de rango constitucional encargada de defender los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios.

El Artículo 276 de la Constitución Nacional establece: “El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la profesión de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva. Y el Art. 277 de nuestra Ley Fundamental dispone: “El Defensor del Pueblo gozará de autonomía e inamovilidad. Es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado, y durará cinco años en sus funciones, coincidentes con el período del Congreso. Podrá ser reelecto. Además, podrá ser removido por mal desempeño de sus funciones, con el procedimiento del juicio político establecido en esta Constitución”.

Al analizar la organización del Estado que se diseña en la Constitución Nacional se constata que la Defensoría del Pueblo es un ente estatal

autónomo, no subordinado a ninguno de los Poderes del Estado. Se trata así, en virtud de la autonomía atribuídale, de un organismo extrapoder.

La razón de la existencia de la Defensoría del Pueblo como institución autónoma es fundamental para cumplir la misión primordial como es la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios, definida en su propia Ley Orgánica (Art. 1°- Ley N° 631/95).

Por su parte, el Art. 10 de la mentada Carta Orgánica dice: “Son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo:

13) nombrar y remover al personal a su cargo, de conformidad con el Reglamento Interno, dentro de los límites presupuestarios.

Como podemos observar, las citadas disposiciones legales supeditan al Ministerio Público la administración de sus recursos humanos (nombramiento y remoción), sujetándolas a un Reglamento Interno a ser dictado por dicha institución.

Así pues, desde el momento en que el Art. 1° de la Ley N° 1626/00 “De la Función Pública” establece que su ámbito de aplicación comprende la situación jurídica de los funcionarios y empleados públicos, que presten servicios por ejemplo a la Defensoría del Pueblo, podemos inferir válidamente que viola la independencia funcional de dicha institución.

En relación con las demás normas impugnadas de la Ley N° 1626/00, no corresponde emitir pronunciamiento al respecto, dado que con la respuesta afirmativa a la primera cuestión suscitada, las demás disposiciones deben correr con la misma suerte.

Recordemos que en virtud al Art. 7 del Código Civil Paraguayo las disposiciones generales, como es el caso de la Ley N° 1626/00, no pueden derogar normas especiales, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto.

Finalmente, en cuanto a los Arts. 82, 135 Num. d), 136, 137, 144 Num. f) y g) del Anexo “A” del Decreto N° 6715/17 del Poder Ejecutivo cabe señalar que dicha disposición reglamentaria ha dejado de tener eficacia jurídica, por cuanto guardaba relación con la Ley de Presupuesto General de la Nación del ejercicio fiscal 2017 a la fecha ya fenecido.

Por las consideraciones expuestas precedentemente, corresponde hacer lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad y declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley N° 1626/00 “DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”

## JURISPRUDENCIA

en relación a la Defensoría del Pueblo de acuerdo al Art. 555 del C.P.C. Es mi voto.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley N° 1626/2000 “De la Función Pública, con relación a la Defensoría del Pueblo de acuerdo al Art. 555 del C.P.C.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: GLADYS BAREIRO DE MODICA, ANTONIO FRETES, MIRYAM PEÑA CANDIA

ANTE MÍ: Abg. JULIO PAVON, Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 287**

***Cuestión debatida:** El presente fallo se aboca al estudio de la acción de inconstitucionalidad presentada por la señora Yolanda Benítez de Villalba, contra los artículos 2 y 8 de la Ley N° 2345/03, modificado por el artículo 1 y 18 inc. Y de la Ley N° 3542/08 “DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PUBLICO” y el artículo 6 del Decreto N° 1579/04, en contra de lo establecido por el artículo 103 de nuestra Constitución Nacional, que garantiza la actualización de los haberes de los jubilados en igualdad de tratamiento dispensado a los funcionarios activos.*

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Del régimen de las jubilaciones.**

En este estado de estudio de la acción de inconstitucionalidad presentada, es dable realizar una breve reseña con relación a una cuestión generada como producto de la confusión en materia conceptual en lo que respecta a la “equiparación” como a la “actualización” de los haberes jubilatorios; cabe acotar que ambas nociones hacen referencia a circunstancias totalmente dispares.

En primer lugar, la “equiparación” salarial es entendida como la percepción igualitaria de la remuneración por igual tarea desarrollada por los trabajadores.

Mientras que por otro lado, la “actualización” salarial -a la que hace referencia el Art. 103 in fine de la CN- se refiere a la igualdad del reajuste de los haberes de los funcionarios activos e inactivos.

Es decir, en lo que respecta a la actualización de los haberes jubilatorios, la Constitución Nacional en su Art. 103 preceptúa claramente que la Ley garantizará la actualización de los mismos en igualdad de tratamiento con el funcionario público en actividad, quedando el cálculo del porcentaje correspondiente de la actualización a cargo de la Caja de Jubilaciones pertinente.

Ahora bien, del análisis de la acción planteada tenemos que la Ley N° 3542/08 supedita la actualización a la variación del índice de precios del consumidor calculados por el Banco Central del Paraguay como tasa de actualización; la ley puede naturalmente utilizar el IPC calculado por el Banco Central del Paraguay para la tasa de variación, pero siempre que esta se aplique a todo el universo de los afectados respetando las desigualdades positivas.

En nuestra Carta Magna se instituye como una garantía legal la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad. Por tanto, y en este caso en particular, en cuanto al mecanismo preciso a utilizar la Ley N° 3542/2008 no puede bajo ningún sentido contraponerse a la norma constitucional, pues carecería de absoluta validez conforme a lo dispuesto por el Art. 137 de la CN.

**LEY N° 3542/08 DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO.**

Se presenta la señora Yolanda Benítez de Villalba, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra los Arts. 2°, 8° (modificado por el Art. 1° de la Ley N° 3542/08) y 18° inc. “y” de la Ley N° 2345/2003 “De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal. Sistema de jubilaciones y Pensiones del Sector Público” y contra el Art. 6° del Decreto N° 1579/04 “Por el cual se Reglamenta la Ley N° 2345/03”.

La accionante sostiene que las normas impugnadas vulneran las disposiciones contenidas en los Arts. 14, 46, 47, 88, 101, 102, 103 y 137 de la Constitución Nacional (en adelante CN). Alega que el mecanismo establecido por el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003 (modificado por el Art. 1 de la Ley N° 3542/08) para la actualización de los haberes jubilatorios contraviene lo dispuesto por los Art. 47, 88 y 103 de la CN, violando la prohibición de no discriminación, al brindar un tratamiento distinto a los jubilados en relación a los funcionarios en actividad, lesionando así el principio de igualdad ante la ley al establecer una desigualdad injusta. Tal situación vulnera igualmente el principio de irretroactividad de la ley (Art. 14). Manifiesta que ni la ley ni su disposición reglamentaria pueden oponerse a la normativa constitucional puesto que carecerían de validez, conforme al Art. 137 de la CN. Finalmente, en relación a la impugnación del Art. 18 inc. “y”, refiere que el mismo crea mayor desigualdad en cotejo con lo ya expuesto en cuanto al agravio que le ocasiona el mecanismo de actualización de los haberes jubilatorios, por lo que solicita la inaplicabilidad de las disposiciones impugnadas.

Revisadas las constancias de autos, se observa copia del Decreto N° 3232 de fecha 19 de octubre de 1989 que acredita la calidad de jubilada del Magisterio Nacional de la accionante (fs. 3/4), lo que certifica su legitimación activa.

Corrida vista al Ministerio Público, conforme lo establece el Art. 554 del C.P.C, el Fiscal Adjunto, Edgar Moreno Agüero, recomendó hacer lugar parcialmente a la presente acción de inconstitucionalidad, según lo expuesto en el Dictamen N° 1344 de fecha 13 de julio de 2018, obrante a fs. 14/16 de autos.

Pasando al análisis de la cuestión planteada en cuanto a la impugnación del Art. 2° de la Ley N° 2345/03 es preciso advertir que la accionante no

ha fundamentado en términos claros y concretos los agravios que le causa tal norma, por lo que no se cumple con los requisitos para su estudio, por tanto, corresponde su rechazo.

**C.S.J. Sala Constitucional. 02/05/2019 “Acción de Inconstitucionalidad Yolanda Benítez de Villalba c/ Art. 2 y 8, de la Ley 2345/03 modif. por el Art. 1 y 8 inc. y de la Ley 3542/08, y el Art. 6 del Decreto 1579/04” (Ac. y Sent. N° 287).**

En cuanto a los agravios expuestos por la accionante con relación a la impugnación del Art. 1° de la Ley N° 3542/2008 –que modifica el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003–, debe considerarse el contenido y alcance de lo estatuído por la norma constitucional que establece el Régimen de jubilaciones, prevista en el Art. 103. El texto normativo dispone: “Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los apostantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado. La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad”. (Las negritas son propias).

Es preciso aclarar que la actualización salarial a la que expresamente alude la norma constitucional transcrita se refiere al reajuste de los haberes y las pensiones en comparación a los funcionarios activos e implica la utilización del mismo criterio para el aumento –actualización– de los haberes jubilatorios de los funcionarios pasivos y pensionados y de los salarios percibidos por los funcionarios activos.

Siguiendo con el análisis de la acción presentada, en lo que respecta a la actualización de los haberes jubilatorios y las pensiones, la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, al supeditar la actualización de todos los beneficios pagados a lo dispuesto por el Art. 1° de la Ley N° 3542/2008 –que modifica el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003–, establece la actualización de oficio de forma anual en base a la variación del índice de Precios del Consumidor calculado por el Banco Central del Paraguay. Al obrar de tal forma, aplica una regulación arbitraria, pues los aumentos salariales podrían darse varias veces en el año, con lo cual los jubilados y pensionados queda-

rían excluidos de tal aumento hasta el año siguiente, en desigualdad de tratamiento con respecto a los salarios de los funcionarios activos, contraviniendo lo establecido en el Art. 103 de la CN que, como dijéramos, dispone que la Ley garantizará la actualización en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad. La ley puede, naturalmente, utilizar la variación del I.P.C. para determinar el porcentaje de actualización toda vez que este porcentaje se aplique a todo el universo de los afectados, es decir, funcionarios activos y pasivos, situación que no se ajusta al caso que nos ocupa. La igualdad de tratamiento implica que los aumentos resueltos por el Poder Ejecutivo a favor de los activos deben favorecer, de igual modo, a los jubilados y pensionados, cuyos haberes deberían actualizarse en igual porcentaje y tiempo en que lo hace el Ministerio de Hacienda respecto de los activos.

Por otro lado, conforme al principio de supremacía constitucional, la ley, en este caso la Ley 3542/ 2008, no puede oponerse a lo establecido en una norma constitucional, como es el caso del citado Art. 103, puesto que carecería de validez conforme al orden de prelación que rige en nuestro ordenamiento positivo, previsto en el Art. 137 de la CN. Igualmente, en relación al principio de igualdad aludido, cabe recordar que nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe toda desigualdad, sino solo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable. En tal sentido, no resulta razonable el trato diferente dispensado por la ley al funcionario activo y al inactivo (jubilado) frente al mismo hecho, es decir, frente al reajuste o actualización de sus haberes.

**RESUMEN:**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: La Señora Yolanda Benítez de Villalba, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado, en calidad de Jubilada del Magisterio Nacional, se presenta a promover Acción de Inconstitucionalidad contra los Arts. 2, 8 y 18 Inc. y) de la Ley N° 2345/03 y Art. 6 del Decreto N° 1579/04.

Manifiesta la accionante que es Jubilada del Magisterio Nacional tal como lo demuestra con la copia del Decreto N° 3232 de fecha 19 de octubre

de 1989 de la Presidencia de la República que acompaña, y que las normas impugnadas lesionan los Arts. 46, 103 y 137 de la Constitución Nacional.

1- Que en primer lugar, respecto al Art. 2 de la Ley N° 2345/03 es menester resaltar que esta norma fue modificada expresamente por el Art. 1° de la Ley N° 2527/04, por lo que ha dejado de tener eficacia jurídica. Así también, se recuerda que quedó promulgada la Ley N° 2613 del 10 de junio de 2005, por la que se concede una gratificación anual a los jubilados de la Administración Pública conforme a la disponibilidad presupuestaria a partir de dicha fecha. En ese sentido, ya esta Excma. Corte Suprema de Justicia se ha expedido sobre el tema señalando que: “carece de sentido cualquier pronunciamiento al respecto. Esta Corte ha sostenido en diversos fallos que la sentencia debe sujetarse a la situación vigente en el momento en que se la dicta. Y como que al presente, por las razones expuestas, los supuestos de hecho se han alterado sustancialmente, cualquier pronunciamiento sería un pronunciamiento en abstracto, lo que es vedado ya que la Corte solo puede decidir en asuntos de carácter contencioso” (Ac. y Sent. N° 1278 de fecha 29 de diciembre de 2005), motivos por los cuales corresponde sobreseer la acción en lo concerniente al Art. 2 de la Ley N° 2345/03.

2- Por otro lado, el Art. 1° de la Ley N° 3542/08 que modifica el Art. 8 de la Ley N° 2345/03 dispone: “Conforme lo dispone el Artículo 13 de la Constitución Nacional, todos los beneficios que paga la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda se actualizarán anualmente, de oficio, por dicho Ministerio. La tasa de actualización será la variación del Índice de Precios del Consumidor calculados por el Banco Central del Paraguay, correspondiente al periodo inmediatamente precedente. Quedan expresamente excluidos de lo dispuesto en este artículo, los beneficios correspondientes a los programas no contributivos”.

Entrando a examinar el texto de la norma impugnada en relación con los agravios expuestos por la accionante se advierte que la acción promovida en contra del artículo transcrito precedentemente, deviene a toda luz procedente. En efecto, el Art. 103 de la Ley Suprema dispone que “la Ley” garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad. Por tanto ni la ley, en este caso la Ley N° 3542/08, ni normativa alguna pueden oponerse a lo establecido en la norma constitucional transcripta, porque carecerán de validez en base a la prelación de nuestro sistema positivo (Art. 137 C.N.). De ahí que al supeditar el Art. 1° de la Ley N° 3542/08, la actualización de todos

los beneficios pagados por la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones en forma ANUAL, crea una medida de regulación arbitraria, pues los aumentos podrían darse varias veces en el año, con lo cual los jubilados quedarían excluidos de tal aumento hasta el año entrante no prevista en la Constitución, en desigualdad de tratamiento con los salarios del conjunto de funcionarios activos. De igual manera, la actualización de los aumentos debe hacerse en igual proporción y tiempo que sucede respecto a los funcionarios activos, y no de acuerdo a la variación del Índice de Precios del Consumidor calculados por el Banco Central del Paraguay, porque el mismo cálculo no siempre coincide con el promedio del aumento de los salarios fijados en forma definitiva por el Poder Ejecutivo, produciendo de este modo un desequilibrio entre los poderes adquisitivos de funcionarios pasivos, en relación con los activos.

La Constitución Nacional en su Art. 103 garantiza la actualización de los haberes de los jubilados en igualdad de tratamiento dispensado a los funcionarios activos. La Igualdad de tratamiento contemplado en la norma constitucional implica que los aumentos resueltos por el Poder Ejecutivo a favor de los activos favorece de igual modo a los jubilados, a los cuales sus haberes debe actualizarse en igual porcentaje y tiempo que lo hace el Ministerio de Hacienda respecto a los activos. Debemos recordar que al funcionario activo aportante, cuando se produce un aumento salarial, su primer aumento va de forma íntegra a la Caja de Jubilaciones para compensar el nuevo aumento obtenido, el cual beneficia de modo directo a los jubilados.

Nuestra Carta Magna garantiza también la defensa en juicio de las personas y de sus derechos, es por ello que la Corte Suprema de Justicia no puede dejar de dar respuesta a los reclamos hechos por los ciudadanos, máxime cuando en aplicación al principio “*iura novit curiae*” ello no sólo es una facultad del magistrado, sino su deber analizar el derecho positivo aplicable al caso de forma hermenéutica y armoniosa. Conforme a este punto, debemos afirmar que la Constitución ya no es una mera carta de organización del poder y la declaración de unas libertades básicas sino, antes bien, una norma directamente operativa que contiene el reconocimiento de garantías –positivas y negativas– exigibles jurisdiccionalmente. Tenemos el deber constitucional de identificar el derecho comprometido en la causa, en la medida en que existe la inexorable necesidad de satisfacer el interés público de

proteger y defender los derechos fundamentales de la persona. Nuestra obligación es hacer justicia y velar por la supremacía de la Constitución, en el marco del respeto de las garantías constitucionales en él amparadas.

En aplicación de este deber constitucional, considero que si bien el Artículo 8 de la Ley N° 2345/03, fue modificado por el Art. 1° de la Ley N° 3542/08, no ha sido derogado como quiere entender y aplicar el Ministerio de Hacienda. El Artículo 8 sigue vigente con las modificaciones introducidas, los agravios constitucionales expresados por la accionante siguen estando presentes y la acción contra el mismo sigue siendo procedente.

3- Sobre el Art. 18 Inc. y) de la Ley N° 2345/03 cabe señalar que la accionante es Jubilada del Magisterio Nacional y la norma impugnada guarda relación con disposiciones de la Ley N° 1626/00 “De la Función Pública” que no le resulta aplicable por tener el Magisterio Nacional una legislación especial, razón por la cual no procede el estudio de ese agravio conforme al Art. 552 del C.P.C.

4- Finalmente, el Art. 6 del Decreto N° 1579/04 era reglamentario del Art. 8 de la Ley N° 2345/03. Actualmente, con la nueva redacción instituida en la Ley N° 3542/08 el Ministerio de Hacienda aplica directamente la variación del Índice de Precios del Consumidor como tasa de actualización anual de los haberes jubilatorios, dejando de lado el mecanismo previsto en el Decreto N° 1579/04. En consecuencia, el caso sometido a consideración de esta Sala no surge como controversial sino meramente abstracto y la eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma no tendría más efecto que el solo beneficio de la norma.

Por tanto, y en atención a las manifestaciones vertidas opino que debe hacerse lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida, y en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley N° 3542/08 “Que modifica el Art. 8 de la Ley N° 2345/03” en relación con la accionante. Es mi voto.

A su turno el Doctor FRETES dijo: La señora Yolanda Benítez de Villalba, promueve Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 1° de la Ley N° 3542/08 “QUE MODIFICA Y AMPLÍA LA LEY N° 2345/03 “DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO”, Arts. 2 y 18 inciso y) de la Ley N° 2345/03 “DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR

PÚBLICO” y el Art. 6 del Decreto N° 1579/2004 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 2345/03”.

Se advierte en autos copia autenticada del Decreto DGJP N° 3232 de fecha 19 de octubre de 1989, dictado por el Departamento de Hacienda, en virtud del citado acto administrativo se acuerda la jubilación a varios docentes del Magisterio Nacional, incluyéndose en la nómina a la señora Yolanda Benítez de Villalba.

La recurrente alega que las disposiciones objetadas violan lo dispuesto en los Arts. 46, 47, 88, 101, 102 y 103 de la Constitución Nacional al impedir que su haber jubilatorio sea actualizado en igualdad de tratamiento dispensado a los docentes públicos en actividad. Solicita la inaplicabilidad de las disposiciones recurridas.

Cabe referir respecto de la acción sobrevenida contra la Ley N° 3542 de fecha 26 de junio de 2008, que en su Art. 1° dispone: “Modifícase el Art. 8 de la Ley N° 2345/2003 “DE REFORMA Y SOSTENIBILIDAD DE LA CAJA FISCAL. SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL SECTOR PÚBLICO”, de la siguiente manera: Art. 8°.- Conforme lo dispone el Artículo 103 de la Constitución Nacional, todos los beneficios que paga la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones del Ministerio de Hacienda se actualizarán anualmente, de oficio, por dicho Ministerio. La tasa de actualización será la variación del Índice de Precios del Consumidor calculados por el Banco Central del Paraguay, correspondiente al periodo inmediatamente precedente. Quedan expresamente excluidos de lo dispuesto en este artículo, los beneficios correspondientes a los programas no contributivos”.

A fin de esclarecer los conceptos corresponde primeramente traer a colación la disposición constitucional vinculada al sistema o régimen de Jubilaciones y pensiones del sector público, así tenemos principalmente el Art. 103 de la Constitución Nacional:

“Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y de los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los aportantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado.

La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad”.

En este estado de estudio de la acción de inconstitucionalidad presentada, es dable realizar una breve reseña con relación a una cuestión generada como producto de la confusión en materia conceptual en lo que respecta a la “equiparación” como a la “actualización” de los haberes jubilatorios; cabe acotar que ambas nociones hacen referencia a circunstancias totalmente dispares.

En primer lugar, la “equiparación” salarial es entendida como la percepción igualitaria de la remuneración por igual tarea desarrollada por los trabajadores.

Mientras que por otro lado, la “actualización” salarial -a la que hace referencia el Art. 103 in fine de la CN- se refiere a la igualdad del reajuste de los haberes de los funcionarios activos e inactivos.

Es decir, en lo que respecta a la actualización de los haberes jubilatorios, la Constitución Nacional en su Art. 103 preceptúa claramente que la Ley garantizará la actualización de los mismos en igualdad de tratamiento con el funcionario público en actividad, quedando el cálculo del porcentaje correspondiente de la actualización a cargo de la Caja de Jubilaciones pertinente.

Ahora bien, del análisis de la acción planteada tenemos que la Ley N° 3542/08 supedita la actualización a la variación del índice de precios del consumidor calculados por el Banco Central del Paraguay como tasa de actualización; la ley puede naturalmente utilizar el IPC calculado por el Banco Central del Paraguay para la tasa de variación, pero siempre que esta se aplique a todo el universo de los afectados respetando las desigualdades positivas.

En nuestra Carta Magna se instituye como una garantía legal la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad. Por tanto, y en este caso en particular, en cuanto al mecanismo preciso a utilizar la Ley N° 3542/2008 no puede bajo ningún sentido contraponerse a la norma constitucional, pues carecería de absoluta validez conforme a lo dispuesto por el Art. 137 de la CN.

En relación a la impugnación referida al Art. 18 inc. y) de la Ley N° 2345/03 que deroga el Art. 105 de la Ley N° 1626/00, cabe manifestar que al constatarse que la recurrente reviste la calidad de jubilada del Magisterio Nacional, la disposición contenida en la Ley N° 1626/2000, que pretende

reivindicar por medio de la presente acción de inconstitucionalidad no es susceptible de aplicación a la misma.

Finalmente, en lo atinente a la impugnación de Art. 2 de la Ley N° 2345/03 y 6 del Decreto N° 1579/2004, se advierte que la parte accionante no expone ni desarrolla los agravios concretos generados por las disposiciones cuestionadas, se verifica más bien una impugnación genérica, esta circunstancia -falta de desarrollo de agravios- impide su consideración por esta Magistratura, que de ninguna manera puede suplir por inferencia la omisión apuntada.

Bajo tales fundamentos ya se ha pronunciado esta Magistratura en casos similares al de autos, en forma invariable y reiterada (Acuerdo y Sentencia N° 431 del 21 de abril de 2016).

Conforme a lo precedentemente expuesto, visto el Dictamen de la Fiscalía General del Estado, opino que corresponde hacer lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad y en consecuencia declarar la inaplicabilidad del Art. 1 de la Ley N° 3542/08 –que modifica el Art. 8 de la Ley N° 2345/03- en relación a la señora Yolanda Benítez de Villalba, todo ello de conformidad a lo establecido por el Art. 555 del C.P.C. ES MI VOTO.

A su turno la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se presenta la señora Yolanda Benítez de Villalba, por derecho propio y bajo patrocinio de abogado, a promover acción de inconstitucionalidad contra los Arts. 2°, 8° (modificado por el Art. 1° de la Ley N° 3542/08) y 18° inc. “y” de la Ley N° 2345/2003 “De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal. Sistema de jubilaciones y Pensiones del Sector Público” y contra el Art. 6° del Decreto N° 1579/04 “Por el cual se Reglamenta la Ley N° 2345/03”.

La accionante sostiene que las normas impugnadas vulneran las disposiciones contenidas en los Arts. 14, 46, 47, 88, 101, 102, 103 y 137 de la Constitución Nacional (en adelante CN). Alega que el mecanismo establecido por el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003 (modificado por el Art. 1 de la Ley N° 3542/08) para la actualización de los haberes jubilatorios contraviene lo dispuesto por los Art. 47, 88 y 103 de la CN, violando la prohibición de no discriminación, al brindar un tratamiento distinto a los jubilados en relación a los funcionarios en actividad, lesionando así el principio de igualdad ante la ley al establecer una desigualdad injusta. Tal situación vulnera igualmente el principio de irretroactividad de la ley (Art. 14). Manifiesta que ni la ley ni su disposición reglamentaria pueden oponerse a la normativa constitucional puesto que carecerían de validez, conforme al Art. 137

de la CN. Finalmente, en relación a la impugnación del Art. 18 inc. “y”, refiere que el mismo crea mayor desigualdad en cotejo con lo ya expuesto en cuanto al agravio que le ocasiona el mecanismo de actualización de los haberes jubilatorios, por lo que solicita la inaplicabilidad de las disposiciones impugnadas.

Revisadas las constancias de autos, se observa copia del Decreto N° 3232 de fecha 19 de octubre de 1989 que acredita la calidad de jubilada del Magisterio Nacional de la accionante (fs. 3/4), lo que certifica su legitimación activa.

Corrida vista al Ministerio Público, conforme lo establece el Art. 554 del C.P.C, el Fiscal Adjunto, Edgar Moreno Agüero, recomendó hacer lugar parcialmente a la presente acción de inconstitucionalidad, según lo expuesto en el Dictamen N° 1344 de fecha 13 de julio de 2018, obrante a fs. 14/16 de autos.

Pasando al análisis de la cuestión planteada en cuanto a la impugnación del Art. 2° de la Ley N° 2345/03 es preciso advertir que la accionante no ha fundamentado en términos claros y concretos los agravios que le causa tal norma, por lo que no se cumple con los requisitos para su estudio, por tanto, corresponde su rechazo.

En cuanto a los agravios expuestos por la accionante con relación a la impugnación del Art. 1° de la Ley N° 3542/2008 –que modifica el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003–, debe considerarse el contenido y alcance de lo estatuido por la norma constitucional que establece el Régimen de jubilaciones, prevista en el Art. 103. El texto normativo dispone: “Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los apostantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado. La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad”. (Las negritas son propias).

Es preciso aclarar que la actualización salarial a la que expresamente alude la norma constitucional transcrita se refiere al reajuste de los haberes y las pensiones en comparación a los funcionarios activos e implica la

utilización del mismo criterio para el aumento –actualización– de los haberes jubilatorios de los funcionarios pasivos y pensionados y de los salarios percibidos por los funcionarios activos.

Siguiendo con el análisis de la acción presentada, en lo que respecta a la actualización de los haberes jubilatorios y las pensiones, la Dirección General de Jubilaciones y Pensiones, al supeditar la actualización de todos los beneficios pagados a lo dispuesto por el Art. 1° de la Ley N° 3542/2008 – que modifica el Art. 8° de la Ley N° 2345/2003–, establece la actualización de oficio de forma anual en base a la variación del índice de Precios del Consumidor calculado por el Banco Central del Paraguay. Al obrar de tal forma, aplica una regulación arbitraria, pues los aumentos salariales podrían darse varias veces en el año, con lo cual los jubilados y pensionados quedarían excluidos de tal aumento hasta el año siguiente, en desigualdad de tratamiento con respecto a los salarios de los funcionarios activos, contraviniendo lo establecido en el Art. 103 de la CN que, como dijéramos, dispone que la Ley garantizará la actualización en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad. La ley puede, naturalmente, utilizar la variación del I.P.C. para determinar el porcentaje de actualización toda vez que este porcentaje se aplique a todo el universo de los afectados, es decir, funcionarios activos y pasivos, situación que no se ajusta al caso que nos ocupa. La igualdad de tratamiento implica que los aumentos resueltos por el Poder Ejecutivo a favor de los activos deben favorecer, de igual modo, a los jubilados y pensionados, cuyos haberes deberían actualizarse en igual porcentaje y tiempo en que lo hace el Ministerio de Hacienda respecto de los activos.

Por otro lado, conforme al principio de supremacía constitucional, la ley, en este caso la Ley -3542/ 2008, no puede oponerse a lo establecido en una norma constitucional, como es el caso del citado Art. 103, puesto que carecería de validez conforme al orden de prelación que rige en nuestro ordenamiento positivo, previsto en el Art. 137 de la CN. Igualmente, en relación al principio de igualdad aludido, cabe recordar que nuestro ordenamiento jurídico no prohíbe toda desigualdad, sino solo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable. En tal sentido, no resulta razonable el trato diferente dispensado por la ley al funcionario activo y al inactivo (jubilado) frente al mismo hecho, es decir, frente al reajuste o actualización de sus haberes.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En lo que respecta a la impugnación del Art.18 inc. “y” de la Ley N° 2345/03 y del Art. 6 del Decreto N° 1579/04, concuerdo con la opinión esgrimida por la Dra. Gladys Bareiro de Módica en cuanto a su rechazo por compartir sus fundamentos.

Por las razones precedentemente expuestas y en coincidencia con el parecer del Ministerio Público, considero que corresponde hacer lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1° de la Ley 3542/2008 –que modifica el Art. 8° de la Ley 2345/2003–, con relación a la accionante. Es mi voto.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

HACER LUGAR parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la inaplicabilidad del Art. 1 de la Ley N° 3542/08 –Que modifica el Art. 8 de la Ley N° 2345/03 “De Reforma y Sostenibilidad de la Caja Fiscal. Sistema de Jubilaciones y Pensiones del Sector Público”, con relación a la Señora Yolanda Benítez de Villalba.

ANOTAR, registrar y notificar.

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

ANTE MÍ: Abg. Julio Pavón Martínez - Secretario/a Judicial.

\*\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 440**

*Cuestión debatida: El presente fallo se aboca a la acción de inconstitucionalidad presentada contra el A.I. N° 308 de fecha 22 de abril de 2016, por supuesta arbitrariedad y conculcación del derecho previsto en el artículo 256 de la Constitución Nacional, además del artículo 17 del mismo cuerpo*

*normativo. Así mismo la violación de la prohibición de interpretaciones extensivas en contra del imputado, artículo 10 del C.P.P., al establecer que el plazo del artículo 358 del C.P.P., podía ser de 10 días. También impugnan el A.I. N° 135 de fecha 14 de julio del 2016, mala práctica judicial al resolver elevar la causa a juicio oral y público y los incidentes planteados en la audiencia preliminar en una sola resolución, apelando solamente los incidentes, no la elevación a juicio oral y público.*

### **PROCESO PENAL. Actos procesales en el proceso penal.**

En el contexto de lo dicho en el párrafo anterior merece especial mención el argumento de los recurrentes según el cual el juez de garantías ha violado el Art. 10 CPP, utilizando una interpretación analógica en contra de los procesados. Concretamente, los recurrentes afirman que la falta de plazo en el Art. 358 CPP debe ser completada con el Art. 164 del mismo cuerpo legal, y que por tanto, el Fiscal General del Estado solo debe tener un plazo de 3 días para rectificar o ratificar la falta de acusación del fiscal inferior. Al respecto hay que tener en cuenta que si bien esta es una interpretación posible, no es la única, ya que el Art. 132 CPP que habla sobre los plazos judiciales, también establece que cuando la ley permita la fijación de un plazo, el juez lo puede fijar “conforme a la naturaleza del procedimiento y a la importancia de la actividad que se deba cumplir, teniendo en cuenta los derechos de las partes”. La interpretación y aplicación del Art. 358 por parte del juez de garantías se ha movido dentro del ámbito del Art. 132 CPP, pues el mismo ha considerado que, ante la ausencia de un plazo concreto en el Art. 358 CPP, por la naturaleza (parecida a la del Art. 314 CPP) e importancia de la función que el Fiscal General del Estado debe ejercer (analizar las constancias del caso y decidir si corresponde o no acusar), lo razonable sería un plazo de 10 días y no uno de 3; asimismo, por medio de una interpretación gramatical y sistemática, el juez también ha establecido que el Art. 164 CPP solo es aplicable a los escritos presentados por una parte y que deben ser puestos a conocimiento de la otra, mas no al trámite del Art. 358 CPP, en donde lo que se hace es remitir las constancias del caso al Fiscal General del Estado, para que este las vuelva a analizar y decida sobre la acusación. Puede verse entonces que el juez de garantías ha tomado una decisión dentro del margen de la ley y por tanto, no ha dictado una resolución contra legem que viole el Art. 256 CN. Asimismo, considero que la opción interpretativa adoptada por el juez de garantías no viola ningún otro

derecho constitucional, y por tanto, no existe motivo para que esta Sala entre a corregir la interpretación adoptada, debiendo en todo caso ser sometida a las instancias ordinarias el acierto o no de la interpretación adoptada.

### **PROCESO PENAL. Actos procesales en el proceso penal.**

Ahora, en lo que respecta al A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3ra Sala, considero que sí debe hacerse lugar a la acción de inconstitucionalidad, por los motivos que expongo a continuación.

15. Si bien anteriormente me he expedido por la declaración de inadmisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra resoluciones que niegan la apelación del auto de apertura (como por ejemplo en las resoluciones CSJ, Sala Constitucional, A.I. N° 2864 y N° 2945 de fecha 30 de noviembre del 2015), tras un profundo análisis de la cuestión debatida, me veo en la necesidad de cambiar mi postura, pues luego de haber considerado aspectos históricos de la etapa intermedia y sistemáticos del proceso ordinario que no he tenido antes en cuenta, he llegado a la conclusión de que la prohibición de apelar el auto de apertura a juicio prevista en el in fine del Art. 461 CPP, solo puede tener un ámbito de validez limitado. Hoy día puedo ver que efectivamente existen casos en los cuales esta prohibición colisiona frontalmente contra el derecho a la doble instancia previsto en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, como asimismo, contra la garantía prevista en el Art. 11 CN según la cual “nadie será [...] procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes”. A continuación explico mi nueva postura en detalle.

### **PROCESO PENAL. Etapa intermedia. Audiencia preliminar. Auto de apertura a juicio oral y público.**

La irrecurribilidad del auto de apertura a juicio surge de la oración final del Art. 461 CPP, en donde se establece que: “No 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 aquél 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.

17. 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 mediando 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 dictamen 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.

### **PROCESO PENAL. Sobreseimiento definitivo.**

19. En este contexto, resulta coherente interpretar que el Inc. 1 del Art. 461 CPP solo permite la apelación del otorgamiento de un sobreseimiento definitivo o provisional, más no de su rechazo, y que esta es la razón por la cual el texto dice que es apelable “el sobreseimiento”, y no “la decisión” sobre el sobreseimiento, que es la fórmula utilizada en otros incisos del mismo artículo. Al respecto, en el Inc. 1 del Art. 359 CPP, se establece que corresponde el sobreseimiento definitivo, cuando es “evidente” que el hecho no existió, que no constituye hecho punible o que el imputado no participó en él. Al utilizar el código la palabra “evidente”, está haciendo referencia a la certeza negativa con respecto a la existencia del hecho y la participación del imputado y, si se afirma que existe “certeza” sobre la inexistencia del hecho o la participación del imputado, ciertamente se puede afirmar que no

existe sospecha suficiente para proceder al enjuiciamiento; a contrario sensu, si se resuelve elevar la causa a juicio, significa que no se da la certeza negativa con respecto a la existencia del hecho y que por lo tanto, no se da el presupuesto previsto en el Inc. 1 del Art. 359 CPP para otorgar el sobreseimiento definitivo. En este caso, la elevación de la causa a juicio representa la contra cara del rechazo del sobreseimiento definitivo y por tanto, el rechazo del sobreseimiento debe estar comprendido dentro de la prohibición de apelar prevista en la última oración del Art. 461 CPP.

20. En los casos del sobreseimiento definitivo por el supuesto previsto en el Art. 359 Inc. 2 CPP y del sobreseimiento provisional, se da la misma situación. En estos dos casos, el sobreseimiento (definitivo o provisional) se funda en la inexistencia de suficientes elementos de convicción en contra del imputado. En consecuencia, si se resuelve la elevación de la causa a juicio oral, es porque se considera que existe suficiente sospecha sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, lo cual a su vez lleva implícito el reconocimiento de que se han recolectado suficientes elementos de convicción para sostener esta sospecha, y que por tanto no se da el presupuesto necesario para otorgar un sobreseimiento definitivo conforme al Art. 359 Inc. 2 CPP o un sobreseimiento provisional. Por tanto, en este caso, el rechazo del sobreseimiento es también inapelable conforme a la prohibición contenida en la última oración prevista en el Art. 461 CPP.

21. No está demás recalcar en este punto que en cualquiera de los casos citados en los párrafos anteriores, la existencia o no de sospecha suficiente para abrir el juicio oral debe estar claramente fundada en la resolución que así lo determina. Al respecto, esta Sala Constitucional ya ha afirmado en un fallo reciente que el juez de garantías debe realizar un control no solo formal, sino también “sustancial” del requerimiento del Ministerio Público (CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 248 de fecha 3 de mayo del 2018).

22. Ahora, lo que no he tenido antes en cuenta, es que la situación mencionada más arriba (en los párrafos N° 18, 19, 20), cambia (1) cuando la sospecha se funda en elementos de convicción obtenidos ilegalmente, (2) cuando se rechazan pedidos de inclusión o exclusión probatoria, (3) cuando se resuelve sobre la intervención o abandono de querrela, (4) cuando se resuelve sobre una medida cautelar, (5) cuando con el auto de apertura se rechacen planteamientos que, de haber sido admitidos, hubiesen impedido

la realización misma del juicio oral, o (6) cuando el proceso se refiera a varios hechos, y en el auto de apertura se resuelva distintivamente con respecto a cada uno de ellos.

PROCESO PENAL. Etapa intermedia. Audiencia preliminar. Auto de apertura a juicio.

Por tanto, si hay casos en los cuales el auto de apertura sí genera agravios irreparables, entonces hay casos en los cuales existe una incompatibilidad normativa entre el in fine del Art. 461 CPP y el Inc. 11 del mismo artículo, en donde se establece que el recurso de apelación procede contra todas aquellas resoluciones “que causen un agravio irreparable”. Digo que existe una incompatibilidad entre estas dos normas, porque estos casos el in fine del Art. 461 prohíbe la apelación, pero al mismo tiempo el Inc. 11 del mismo artículo la permite.

23.1. Esta incompatibilidad es todavía más evidente en todos los casos en los cuales la posibilidad de apelar está expresamente prevista en la ley, como por ejemplo el caso en el que se decide acerca de la suspensión condicional del procedimiento (Art. 461 Inc. 2 CPP), el caso en el cual se decide una excepción (Arts. 340 y 461 Inc. 3 Art. 2 CPP), el caso en el cual se decide sobre la procedencia de una cuestión prejudicial (Art. 340 CPP), el caso en el cual se decide sobre la procedencia de una solicitud de desafuero (Art. 340 CPP), el caso en el cual se decide el rechazo de la querrela (Arts. 292 in fine y 461 Inc. 6 CPP) o su abandono (Art. 294 CPP), y el caso en que se decide sobre una medida cautelar (Arts. 253 y 461 Inc. 4 CPP). Todos ellos son casos en los cuales se establece expresamente la posibilidad de apelar, porque se considera que la resolución causa un agravio irreparable, y en este sentido se ha consignado expresamente en la exposición de motivos del CPP que “el recurso de apelación general procede contra las resoluciones judiciales dictadas durante las etapas preparatoria e intermedia por el Juez de Paz o Juez Penal, **siempre que causen agravio irreparable a los sujetos procesales**” (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; las negritas son mías).

Ahora, también existen opiniones en nuestra jurisprudencia que, sin negar la validez de la prohibición de apelar el auto de apertura a juicio, reconocen que algunas de las cuestiones resueltas en la audiencia preliminar sí pueden ser apeladas o controladas de oficio por el tribunal de alzada.

Estas opiniones sin embargo difieren las unas de las otras en la fundamentación. Por un lado, se realiza una interpretación restrictiva del término “auto de apertura”, afirmándose que el mismo no debe ser equiparado al término “auto interlocutorio”; más concretamente, con apoyo en la definición otorgada en el primer párrafo del Art. 363 CPP, se afirma que el término “auto de apertura” solo se refiere a la decisión de elevar la causa a juicio contenida en el auto interlocutorio que se dicta luego de la audiencia preliminar, y que por lo tanto, la prohibición de apelación solo se refiere a esa decisión, y ya no a las demás cuestiones planteadas y resueltas en la audiencia preliminar (Cf. CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 693 de fecha 28 de mayo del 2011, voto del último opinante; Ac. y Sent. N° 248 de fecha 3 de mayo del 2018, voto del preopinante; Sala Penal, A.I. N° 500 de fecha 7 de mayo del 2003). En forma parecida, se entiende que el problema de la prohibición de apelación puede ser solucionado si es que luego de la audiencia preliminar se dictan dos resoluciones distintas, una en la cual se decide la elevación de la causa a juicio, y otra en la cual se resuelven las otras cuestiones planteadas en la audiencia preliminar; así, la primera resolución no podría ser apelada, pero la segunda sí (Cfr. CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 863 de fecha 26 de septiembre del año 2008, voto del segundo opinante; N° 248 de fecha 3 de mayo del 2018, voto del último opinante; en doctrina, Pessoa, N. [2015]. El derecho del imputado al recurso en el orden jurídico de Paraguay. Asunción: Intercontinental Editora. Pág. 190). Finalmente, también se sostiene que si bien el auto de apertura es inapelable, el tribunal de apelaciones puede analizar de oficio la existencia o no de nulidades procesales, para así resguardar el cumplimiento de las formas procesales establecidas para resguardar los derechos y garantías procesales (Cfr. por ejemplo: Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 52 de fecha 30 de marzo del 2015; N° 31 de fecha 9 de marzo del 2018; N° 110 de fecha 21 de mayo del 2018); al respecto, como ejemplo de supuestos que han ocasionado la nulidad del auto de apertura, pueden mencionarse el haber dictado la resolución fuera del plazo previsto en la ley (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 31 de fecha 9 de marzo del 2018; N° 52 de fecha 30 de marzo del 2018) y la falta de estudio del planteamiento de las partes (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 52 de fecha 30 de marzo del 2018).

Ciertamente creo que estas opiniones van hacia la dirección correcta al sostener que hay cuestiones que son planteadas en la etapa intermedia que deben poder ser controladas por medio del recurso de apelación general. Sin embargo, creo estas opiniones no son correctas al considerar que puede haber siempre una división entre la decisión de elevar la causa a juicio y las decisiones de todas las otras cuestiones que son planteadas en la audiencia preliminar. Como he desarrollado más arriba (ver párrafo 17 y Sigs.), con el auto de elevación a juicio se afirma que existe “fundamento serio para el enjuiciamiento”, y esto implica la existencia de “sospecha suficiente acerca de la existencia del hecho y la participación del imputado, fundada en elementos de convicción recolectados legalmente, acompañada de la falta de criterios de oportunidad y obstáculos para el enjuiciamiento”. En este contexto, muchos de los planteamientos realizados en la audiencia preliminar están dirigidos a demostrar la inexistencia de este fundamento serio, de manera que el rechazo de dichos planteamientos, constituye precisamente un presupuesto para la elevación de la causa a juicio, y viceversa. Así por ejemplo, si el imputado se opone a la apertura del juicio solicitando el sobreseimiento provisional o definitivo, la decisión de elevación de la causa a juicio depende del rechazo de este planteamiento, y esto es así porque finalmente con el pedido de sobreseimiento lo que se controvierte es la existencia de sospecha suficiente o de elementos de convicción suficientes para sostener la sospecha. En el caso que se solicite la aplicación de un criterio de oportunidad u otra salida alternativa, ocurre lo mismo, puesto que el planteamiento debe ser necesariamente rechazado para que la causa se eleve a juicio. Por su parte, cuando el imputado plantee la exclusión probatoria, podría estar controvirtiendo precisamente la legalidad de un elemento de convicción recolectado, y al respecto es esencial que el juez se expida primero sobre dicho planteamiento, pues el análisis acerca de la existencia o no de sospecha suficiente debe hacerse sobre la base de los elementos de convicción recolectados, y si uno de ellos es excluido, la base para el análisis cambia completamente. En conclusión, la decisión de elevar la causa a juicio oral, lleva intrínsecamente el rechazo de muchos planteamientos realizados en la audiencia preliminar que tienden a evitar el dictamiento de tal resolución; por tanto, al no poder hacerse lugar a dichos planteamientos y dictarse al mismo tiempo el auto de apertura, dichas cuestiones no son divisibles.

En lo que respecta a la admisión o no de la querrela adhesiva y la imposición, modificación y sustitución de medidas cautelares, basta con remitirnos al Art. 363 Incs. 5 y 6, en donde se establece que estas cuestiones son partes del auto de apertura.

Lo dicho en el párrafo anterior, explica también porque las soluciones propuestas anteriormente que pretenden desdoblar el auto de apertura, terminarían generando en la práctica más problemas que soluciones. Para ello puede darse el siguiente ejemplo: En la audiencia preliminar, el imputado solicita la aplicación de un criterio de oportunidad conforme al derecho que se le otorga en el Art. 353 Inc. 4 CPP, alegando que dicha salida ya ha sido aplicada en casos análogos al suyo; el juez decide finalmente elevar la causa a juicio y (Variante 1) rechaza el pedido del imputado en un punto distinto del que resuelve el auto de apertura, o (Variante 2) en una resolución distinta; en todos los casos, el juez fundamenta adecuadamente su postura. Si se afirma que solo es inapelable la decisión de elevar la causa a juicio, esto significaría que en la variante 1 podría ser apelado el punto que resuelve el rechazo del criterio de oportunidad, más no el punto por el cual se decide la elevación de la causa a juicio. Así, si el imputado plantea una apelación en estas condiciones, y el tribunal de alzada considera que la misma es procedente, entonces el tribunal en este caso estaría en una encrucijada, puesto que su decisión implicaría necesariamente la revocación de todo el fallo, y con ello del punto por el cual se eleva la causa a juicio; esto, significaría a su vez un problema con el principio “tantum appellatum quantum devolutum” consagrado en el Art. 456 CPP. En el caso de que se dicten dos resoluciones, el tribunal de alzada no tendría problemas para hacer lugar a la apelación, sin embargo, esto crearía dos resoluciones “vigentes” contradictorias entre sí, ya que el tribunal de alzada no podría expedirse ni invalidar de forma alguna una resolución que no fue impugnada.

Por todos estos motivos, me mantengo en la opinión que ya he adoptado anteriormente, según la cual se considera al auto de apertura como una decisión conclusiva de la etapa intermedia dictada en un solo acto (CSJ, Sala Constitucional, A.I. N° 2864 de fecha 30 de noviembre del 2015; A.I. N° 2945 de fecha 30 de noviembre del 2015).

27. La incompatibilidad normativa entre la prohibición de apelar el auto de apertura y las demás normas que sí permiten la apelación (ver párrafo 13 y Sigs.), tampoco puede ser solucionada por los métodos tradicionales utilizados para resolver los problemas de antinomia de *lex superior* y *lex*

posterior, pues todas las normas involucradas tienen el mismo rango y fueron dictadas al mismo tiempo. Lo mismo ocurre con el criterio de *lex specialis*, ya que las normas que prohíben y permiten la apelación, se encuentran en el mismo artículo (461 CPP). Con respecto a este último criterio, debo repetir que no es posible sostener que, cuando existen agravios irreparables, el Inc. 11 del Art. 461 queda desplazado por el in fine del mismo artículo, pues esto conllevaría a una violación del derecho a la doble instancia consagrado en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica (ver párrafo N° 24). A esto cabe agregar, que nos encontramos ante una antinomia de tipo “parcial-parcial”, ya que las normas citadas tienen un ámbito de validez independiente, y la incompatibilidad solo se da cuando se refieren al auto de apertura a juicio; en este sentido, se reconoce la imposibilidad de solucionar este tipo de antinomia por medio del criterio de *lex specialis* (Bobbio, N. [1997]. *Teoría General del Derecho*. 2da Ed. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A. Pág. 196).

28. Al no poder ser solucionada la incompatibilidad normativa por alguno de los métodos tradicionales, no encontramos entonces ante aquél tipo de incompatibilidad denomina como “antinomia real o insoluble”. En este caso, la única solución que puede darse, es la de una interpretación abrogante, eliminando así una de las normas en aquellos casos en los cuales se dé la incompatibilidad. En cierta forma, esto es lo que se ha venido haciendo ya en nuestra jurisprudencia, puesto que ante las incompatibilidades normativas citadas (ver párrafo N° 22 y Sigs.), se ha hecho prevalecer la prohibición de apelar el auto de apertura, dejando de lado las otras normas que sí permiten apelar las otras cuestiones también resueltas con el auto de apertura. Este proceder sin embargo es inconstitucional, puesto que al dejar patente agravios irreparables para las partes, conlleva una violación del derecho a la doble instancia previsto en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, norma superior al CPP conforme a lo establecido en el Art. 137 CN. Además, cuando los planteamientos se refieren a los presupuestos mismos del enjuiciamiento público, el optar por la prohibición de apelación iría además en contra de la garantía consagrada en el Art. 11 CN. A todo esto cabe agregar, que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, ya ha expresado en su Informe N° 24/92 en la causa “Maqueda”, que no solo debe ser recurrible el fallo condenatorio, sino también los “autos procesales importantes” (Pessoa, N. [2015]. Pág. 53), y que fallo más importante, que

aquél por cual se dispone que una persona debe ser sometida a un procesamiento penal público.

Ante esto, debe ser corregido el proceder que nuestros tribunales han estado llevando adelante, puesto que ante una incompatibilidad normativa como esta, lo correcto es optar por aquella interpretación que sea más favorable a los derechos constitucionales de las partes, y en este caso me refiero, al derecho a la doble instancia y al derecho a solo ser procesado si median las causas y las condiciones previstas en la ley.

Por tanto, si bien la prohibición de apelar el auto de apertura en sí no es inconstitucional, esta prohibición debe ser dejada de lado cuando las otras cuestiones resueltas en dicho auto causen un agravio irreparable y, especialmente, cuando la posibilidad de apelación de dichas cuestiones esté prevista en la ley. Como ejemplos de estas situaciones, pueden citarse aquellos casos en los cuales 1. se cuestionen inclusiones y/o exclusiones probatorias (y con ellas eventualmente la legalidad de los elementos de convicción que sustentan la acusación), 2. cuando se resuelve sobre la intervención o el abandono de querrela, 3. cuando se resuelve una medida cautelar, 4. cuando se resuelve sobre cualquier cuestión que, de ser admitida, impediría la realización del juicio oral, 5. y cuando la acusación se refiera a varios hechos, el juez solo admita la acusación con respecto a uno (o algunos) de ellos otorgando a los demás una salida procesal distinta. En casos como estos, el tribunal de apelaciones deberá dejar de lado la prohibición de apelación contenida en el in fine del Art. 461 CPP, y abocarse al estudio de la apelación.

29. Viendo que en este caso la defensa de los recurrentes ha apelado el auto de apertura porque el A quo rechazó con él sus planteamientos de nulidad de actuaciones, nulidad de la acusación y cuestión prejudicial, entonces, conforme a lo desarrollado, el tribunal de alzada tenía que haber dejado de lado la prohibición contenida el in fine del Art. 461 CPP y tenía que haber estudiado el recurso con respecto a estos puntos, pues en caso de que se hubiese hecho lugar a alguno de ellos, entonces el juicio oral y público no debería ser realizado.

30. Por tanto, con base en todo lo expuesto, considero que la acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada con respecto al A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016 dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 6, y debe ser admitida con respecto al A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3ra Sala, debiendo por tanto

enviarse la causa a un nuevo tribunal de apelaciones para que este estudie la apelación en los puntos indicados en el párrafo anterior

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Auto de apertura a juicio oral y público.**

Es bien sabido que la acción de inconstitucionalidad es un juicio autónomo con requisitos específicos que deben ser cumplidos para su promoción, establecidos en el art. 557 del Código Procesal Civil y en el art. 12 de la Ley Nº 609/1995.

Al respecto, un requisito esencial y excluyente para que prospere la acción es la justificación de la lesión concreta que los accionantes lamentan como consecuencia de las resoluciones interlocutorias impugnadas.

La parte accionante sostiene que dichas resoluciones violan los arts. 17 y 256 de la Constitución Nacional al no estar fundadas en la ley, lo que determinó, siempre según sus manifestaciones, un grave quebrantamiento del debido proceso.

Al respecto, afirma que el Tribunal de Apelaciones, sin fundamentos, declaró inadmisibile el recurso de apelación general interpuesto contra la resolución del Juez Penal de Garantías que, también sin fundamentos, rechazó los incidentes planteados en la audiencia preliminar, admitió la acusación y declaró la apertura del juicio oral y público.

Sin embargo, para que la acción prospere es también necesario que una lesión concreta sea la consecuencia de las resoluciones impugnadas, y esta lesión debe estar debidamente justificada en su presentación.

Vistas estas consideraciones, es imprescindible determinar si la resolución que declara la inadmisibilidad del recurso de apelación contra el auto de apertura del juicio es capaz de provocar una lesión y si el accionante ha justificado la existencia de la misma.

Por regla general las resoluciones judiciales solo pueden ser recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos, conforme con lo que establece el art. 449 del Código Procesal Penal, lo que resulta especialmente relevante para interpretar lo que establece el art. 461 del mismo Código, cuando dispone que no será recurrible el auto de apertura del juicio.

**PROCESO PENAL. Actos procesales en el proceso penal.  
Etapa intermedia.**

Ciertamente encuentro pertinente parte de los argumentos de la preopinante. En efecto, en la etapa intermedia pueden ser tomadas decisiones que deben ser revisables en segunda instancia, dado que afectan situaciones que no podrán ser reparadas en la etapa de juicio oral y público.

Relevante es, pues, que el Tribunal de Apelaciones sea capaz de determinar los casos en que no existe otra oportunidad procesalmente útil para reparar el perjuicio que provoca la resolución contenida en el auto de apertura porque, en caso contrario, la aplicación del art. 461 es decididamente arbitraria al negar la garantía del control recursivo.

Meramente obiter y con el fin de construir una jurisprudencia sana e instructiva, considero que es posible reconocer la admisibilidad del recurso de apelación contra decisiones que se tomen en la audiencia preliminar cuando: 1) se excluya del proceso a la querrela adhesiva, que ya no podrá reclamar su intervención en el juicio oral y público; y b) la que excluya pruebas que se consideren decisivas para sostener la teoría del caso defendida por alguna de las partes, dado que el juicio oral no es la etapa para discutir la admisión de pruebas.

Estas decisiones, aunque formen parte del auto de apertura del juicio oral, no refieren directamente la apertura del juicio, y no tienen posibilidad de que sean reparadas por el Tribunal de Sentencia por tratarse de decisiones propias de una etapa precluida.

La preopinante señala otras decisiones que deben ser revisables en segunda instancia, como el rechazo de planteamientos que refieren a salidas alternativas al juicio o el rechazo de nulidades, fundamentalmente, porque considera que la apertura del juicio puede ser considerado un agravio irreparable; sin embargo, pienso que esa conclusión no es correcta.

Al respecto, alegar los efectos negativos que el juicio ocasiona al imputado por la impresión social negativa que genera, es meramente especulativo y rompe la esencia misma del sistema procesal penal vigente, que reconoce en el juicio oral una etapa de amplias garantías que, indudablemente, sirven a la defensa del acusado y legitiman el juzgamiento oral y público como control social de la actividad judicial.

Conviene recordar que todo perjuicio invocado dentro de un proceso debe colocar a la parte afectada en un estado de indefensión que, claro está,

no puede ser provocado por el solo hecho de su participación en el juicio oral, el cual, lejos de una amenaza, representa una garantía para el acusado.

La construcción legal de dicha etapa procesal se encuentra rodeada de garantías previstas en beneficio del procesado, donde los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración adquieren plena vigencia.

En cuanto a las decisiones que sí pueden reclamar una revisión por vía de la apelación, hay que ser claros y señalar que las mismas no fueron tomadas en el caso que nos ocupa, en el cual se resolvieron cuestiones que sí pueden ser reparadas, ya sea por el Tribunal de Sentencia, o bien, por el Tribunal de Apelaciones que entienda en el recurso de apelación especial, si fuere el caso, lo que me obliga a disentir del voto de la preopinante.

Vista de esta forma, la irrecurribilidad obedece a la necesidad de evitar dilaciones fútiles, dado que en el juicio oral el acusado tiene amplias facultades de defensa y de contraexamen de pruebas opuestas en su contra, es decir, podrá alegar todo aquello que considere pertinente para el ejercicio de su defensa.

Además, debemos ser capaces de entender la intención del legislador cuando dispuso la irrecurribilidad del auto de apertura. Al respecto, la doctrina ha identificado como finalidad salvar el principio de progresividad del proceso penal, que aspira a lograr una administración de justicia ágil que evite la prolongación indefinida de los procesos penales, que se ve visiblemente afectado por las marchas y contramarchas, avances y retrocesos (Binder, Alberto. Introducción al derecho penal. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999 P. 249/50).

Este principio se sostiene en la conveniencia de llevar adelante un proceso penal que no tenga avances y retrocesos, sino un desarrollo lineal que adquiere su plenitud, por concentración, durante el juicio oral y público.

De este modo, resulta muy lógico que el Tribunal de Sentencia que juzgue el caso resuelva la absolución del acusado si considera que las pruebas admitidas son irregulares, por más que se haya rechazado el incidente de nulidad deducido en la etapa intermedia, o bien puede suspender el procedimiento por una cuestión prejudicial, si ello fuere necesario para la determinación de algún elemento del tipo necesario para la teoría de la punibilidad.

Por su parte, si el Tribunal dicta sentencia condenatoria existiendo irregularidades que afectan en forma determinante la acusación formulada

por el Ministerio Público o bien concluye el análisis de la punibilidad prescindiendo de un elemento que solo podía ser conocido a través de un procedimiento extrapenal, naturalmente, la validez de la sentencia estará gravemente comprometida y la misma podrá ser reclamada ante el Tribunal de Apelaciones.

Es, pues, la decisión del Tribunal de Sentencia la que podrá ser revisada a través del recurso de apelación especial dando vigencia al tan reclamado principio de doble instancia, e incluso esta revisión podrá provocar la intervención de la Corte Suprema de Justicia si se interpone la casación directa.

Al revisar el caso concreto es posible dar cuenta del contenido de las decisiones que no fueron revisadas como consecuencia de la resolución de declaró inadmisibile el recurso, y cómo esta circunstancia en realidad no genera una lesión concreta para los accionantes.

De este modo, no se justifica la inconstitucionalidad de la resolución por el solo hecho de que el Tribunal de Apelaciones declaró inadmisibile el recurso de apelación con la mera invocación del art. 461, con el fundamento de que el auto de apertura es en todos los casos siempre irrecurrible.

Juzgar la cuestión constitucional de esa manera significa admitir la arbitrariedad por la arbitrariedad misma, a decir de Sagués: “Una sentencia acusada de arbitrariedad, no derivada razonablemente del derecho en vigor, pero que no ocasione perjuicio al promotor del recurso extraordinario, no habilitará, pues, a este remedio federal” (Sagués, Nestor. Compendio de derecho procesal constitucional. Astrea. 2011. P. 223).

Además, la inconstitucionalidad tendrá como consecuencia la invalidez de una resolución que será nula sin que la misma haya determinado un perjuicio para las partes, lo que retrasará considerablemente la prosecución de un juicio bastante dilatado que, naturalmente, afecta la percepción social que se tiene de la administración de justicia.

Respecto de la inconstitucionalidad promovida contra el A.I. Nº 308, de fecha 22 de abril de 2016, auto de apertura en el que se materializan las decisiones impugnadas, con los fundamentos que anteceden queda demostrada la ausencia de un lesión concreta, a lo que conviene agregar que la lectura del escrito de presentación de la acción revela que los cuestionamientos del demandante contra la resolución de primera instancia distan mucho de ser constitucionales y tan solo manifiestan discrepancia con la fundamentos del Juez de la causa.

Por las consideraciones precedentes, corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad promovida por Camilo Ernesto Soares Machado y Alfredo Guachire Medina

**PROCESO PENAL. Actos procesales en el proceso penal. Resoluciones apelables.**

El Art. 461, última 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.

Violación del derecho a la defensa (Art. 16 de la Constitución). 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.

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.

Violación del Art. 137 de la Constitución que establece el orden de prelación de las normas jurídicas. La resolución judicial impugnada que se justifica en una norma legal que establece la prohibición de recurso contra un determinado acto del proceso penal, es violatoria del orden de prelación que establece el Art. 137 de la Constitución.

Es violatoria del orden de prelación normativa, porque existe una norma de rango superior que establece en forma expresa el derecho a la doble instancia de toda persona procesada que forma parte del orden jurídico nacional.

En efecto, el Art. 8.2.h, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona procesada tiene derecho a la doble instancia y con la prohibición del recurso que se establece en la norma procesal

penal que sirviera de base a la resolución atacada de inconstitucional se afecta este derecho a la doble instancia prevista en la normativa internacional.

Por consiguiente, tal como he sostenido en varios precedentes dictados en calidad de miembro de Tribunal de Apelación, (A.I. Nro. 220, de fecha 29 de octubre de 2002, en Ministerio Público c/ Dieter Huhn y Willian Ayala Giménez s/ Estafa en Coronel Oviedo) la norma prevista en el Art. 461 del Código Procesal Penal que declara inadmisibles los recursos 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. 8.2h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es por ello, que se afirma que la resolución judicial fundada en el Art. 461 del Código Procesal Penal para declarar inadmisibles los recursos se funda en una norma inconstitucional, por lo que procede su nulidad.

En base a las consideraciones que anteceden, me adhiero a la opinión de la Ministra MIRYAN PEÑA CANDIA, en relación a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra el A.I. Nro. 135 de fecha 14 de junio de 2016.

**C.S.J. Sala Constitucional. 23/05/2019 “Acción de Inconstitucionalidad en la causa: “Camilo Ernesto Soares Machado y otro s/ Lesión de confianza” (Ac. y Sent. N° 440).**

**RESUMEN:**

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

**CUESTIÓN:**

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: 1. Los Sres. Camilo Ernesto Soares Machado y Alfredo Guachire Medina, bajo patrocinio de los Abgs. Álvaro Arias y Guillermo Weiler, presentan acción de inconstitucionalidad en contra del A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016 (auto de apertura a juicio), dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 6, y contra el A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3ra Sala, y por la cual se rechaza una apelación interpuesta contra el auto de apertura.

Antecedentes

2. En fecha 13 de abril del 2010, el fiscal Arnaldo Giuzzio formuló imputación en contra de los Sres. Camilo Soares Machado, Alfredo Guachire Medina y otro, por los hechos punibles de lesión de confianza (Art. 192 CP) y producción de documentos no auténticos (Art. 246 CP). Luego, en fecha 14 de abril del 2011, la agente fiscal Rocío Vallejo presentó acusación y solicitó la elevación de la causa a juicio oral y público. La audiencia preliminar inició así en fecha 8 de junio del año 2011 ante el Juez Penal de Garantías Pedro Mayor Martínez. En esta audiencia participó el agente fiscal Eduardo Caze-nave como representante del Ministerio Público; este fiscal se ratificó en la acusación presentada por la fiscal Rocío Vallejo, pero solicitó el sobreseimiento provisional con respecto a una porción de hechos que tenía relación con la adquisición de bienes para la Secretaría de Emergencia Nacional (SEN). El juez Pedro Mayor resolvió aplicar el criterio de oportunidad con respecto al hecho de producción de documentos no auténticos, y aplicar el trámite previsto en el Art. 358 CPP con respecto al pedido de sobreseimiento provisional, pues consideró que sí existían suficientes elementos para elevar la causa a juicio oral con respecto a dicha porción de hechos. Como resultado del trámite del Art. 358 CPP, la fiscal adjunta María Soledad Machuca rectificó el pedido de sobreseimiento provisional y presentó acusación solicitando la elevación de la causa a juicio oral.

3. Luego de que la fiscal adjunta María Soledad Machuca haya rectificado el pedido de sobreseimiento y haya presentado acusación, se reanudó la audiencia preliminar en varias fechas, en las cuales la defensa presentó incidentes, recursos y hasta acciones de inconstitucionalidad. En el marco de estas fechas el juez Pedro Mayor ascendió a miembro del Tribunal de Apelaciones, quedando así la causa en manos de la jueza Lizi Teresita Sánchez, quien dictó el A.I. N° 589 de fecha 31 de julio del 2015, por cual decidió rehacer la audiencia preliminar. Esta resolución fue parcialmente revocada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3.ra Sala por medio del A.I. N° 273 de fecha 28 de octubre del 2015, resolviéndose que no se debía hacer de nuevo la audiencia preliminar, sino más bien reanudarla.

4. Esta reanudación de la audiencia ordenada por el A.I. N° 273 de fecha 28 de octubre del 2015, recién pudo ser llevada a cabo en fecha 21 de abril del año 2016 por el Juez Penal de Garantías Paublino Escobar. En esta ocasión, tanto la defensa del Sr. Alfredo Guachire como la defensa del Sr. Camilo Soares presentaron incidentes por escrito y oralmente en la audiencia. Entre estos incidentes plantearon lo siguiente:

4.1. Incidente de nulidad absoluta de actuaciones: argumentaron que la fiscal adjunta María Soledad Machuca presentó extemporáneamente su acusación. Sostuvieron que el Art. 358 CPP no prevé ningún plazo y que por tanto, debe ser de aplicación el Art. 164 CPP, en donde se establece que: “Todo traslado que no tenga plazo legal fijado se considerará otorgado por tres días”. Es decir, se argumentó que cuando se imprime el trámite previsto en el Art. 358 CPP, el Fiscal General solo tiene el plazo de 3 días para acusar o ratificar el requerimiento del fiscal inferior, y que como en este caso no se había presentado el requerimiento en ese tiempo, que entonces no existía acusación y debía dictarse el sobreseimiento definitivo.

4.2. Incidente de cuestión prejudicial: argumentaron que el Sr. Camilo Soares había promovido un juicio de rendición de cuentas para someter al control de un tribunal de cuentas su gestión correspondiente a los años 2009 y 2010. Alegaron entonces que hasta que no se resuelva esta demanda, no podía llevarse a cabo el juicio oral, porque la resolución del juicio de rendición de cuentas es necesaria para la determinación del elemento “perjuicio patrimonial” del hecho punible de lesión de confianza.

4.3. Incidente de nulidad de la acusación por incumplimiento del Art. 350 CPP: Argumentaron que con respecto a unos hechos que tenían relación con la compra de panificados, al momento en el cual se prestó declaración indagatoria, el Ministerio Público había calculado la existencia de un perjuicio patrimonial comparando los precios de compra de estos panificados con los precios del “Centro de Propietarios de Panaderías y Fiderías” y “el Mercado de Abasto”. Manifestaron que con la acusación se cambió el criterio para la determinación del perjuicio patrimonial, puesto que se hizo la comparación de los precios de compra de los panificados con una lista de precios enviada por “SUPER MAS S.A.”. Alegaron entonces que este cambio en el criterio para la determinación del perjuicio patrimonial constituía un cambio en los hechos imputados, y que por tanto, los Sres. Guachire y Soares no tuvieron la oportunidad de ser oídos con respecto a estos hechos antes de que se presente la acusación. Con base en esto, solicitaron el sobreseimiento definitivo.

4.4. Sobreseimiento definitivo: Solicitaron el sobreseimiento definitivo, afirmando que el hecho punible no existió, porque se hizo una pericia técnica en la cual se indicó que todos los procesos de adquisición de produc-

tos se ajustaron a derecho, y que además el Sr. Camilo Soares no tenía posición de garante, condición de autor requerida por el hecho punible de lesión de confianza. También se alegó la inexistencia de dolo.

4.5. Incidente de exclusión probatoria: Solicitaron finalmente la exclusión de las declaraciones testificales de los Sres. Ramao Goncalves, eiró Ríos, Ana González y Lucía Colmán. El argumento fue que estas personas fueron imputadas en el caso.

5. Como conclusión de la audiencia preliminar, el juez penal Paublino Escobar dictó el A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016, por el cual decidió rechazar todos los incidentes planteados por la de los Sres. Guachire y Soares, y elevar la causa a juicio oral y público. Como fundamentos para el rechazo de los incidentes, el juez dijo lo siguiente:

5.1. Con respecto al incidente de nulidad absoluta de actuaciones, dijo esencialmente que:

“[...] el art. 139 como el 314 del C.P.P. señalan de manera expresa el plazo dentro del cual la Fiscalía General del Estado deberá presentar su dictamen, específicamente el plazo máximo de 10 días. Si bien es cierto que el artículo 358 del C.P.P., no señala plazo de manera concreta, debe tenerse en cuenta conforme a lo señalado en los párrafos precedentes que las causas elevadas a la Fiscalía General en atención al artículo 358 del C.P.P., son aquellas en que la etapa investigativa ha culminado, el agente fiscal interviniente ha presentado un acto conclusivo distinto al de la acusación y el juez de la causa considera que deba ser elevada a juicio oral y público. Es decir, son causas que ameritan un estudio pormenorizado y por ende, para que el Ministerio Público pueda tener un conocimiento acabado del historial fáctico y pueda emitir un dictamen ajustado a derecho, es preciso que cuente con un plazo razonable para el efecto. Las remisiones hechas tanto conforme al artículo 314 como el 358 del C.P.P., constituyen oposiciones del juez a los requerimientos planteados por los fiscales inferiores, con la diferencia de la etapa procesal en que se dan dichas oposiciones. El 314 del C.P.P., es aplicable antes de la iniciación formal del proceso y el 358 del C.P.P. con posterioridad a la formulación de una imputación, es decir, la complejidad es mayor teniendo en consideración y tratándose de un proceso formal donde debe ser elaborado un acto conclusivo, por lo tanto, no sería razonable otorgar el plazo de 10 días para la contestación cuando el envío se funda en el art. 314 del C.P.P. y de 3 días en los casos en que la remisión es hecha sobre la base del artículo 358 del mismo cuerpo legal. Independientemente de lo señalado

precedentemente, corresponde acotar que el art. 164 del C.P.P. “traslados a las partes”, en el último párrafo prescribe: “Todo traslado que no tenga plazo fijado se considera otorgado por tres días...”. Dicha norma legal es aplicable a los traslados, es decir a los escritos presentados por una de las partes, y puestos a conocimiento de la parte contraria dentro del proceso a fin de rebatir sus argumentos, no así, a las vistas corridas al superior jerárquico para que este se expida respecto de lo requerido por el inferior. En consecuencia, la definición de traslado se debe aplicar solamente a la acción y efecto de comunicar a la parte contraria un escrito o documento para que haga valer contra él las defensas de que se crea asistida; sin embargo, no ocurre así para el caso previsto en el Art. 358 del CPP, donde expresamente se ordena la remisión de las actuaciones al Fiscal General para un estudio más profundo de lo obrado por el fiscal inferior, que consume un tiempo mayor a lo pretendido por la defensa técnica [...].

5.2. Con respecto al incidente de cuestión prejudicial, dijo:

“[...] como bien lo sostiene la propia defensa técnica, el procedimiento por ante el Tribunal de Cuentas, según las prescripciones del Art. 30 asigna a la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas el control de la inversión del Presupuesto General de Gastos de la Nación, por lo tanto el resultado de dicho control por parte de la Autoridad administrativa sólo tendría conclusiones si el presupuesto asignado fue ejecutado dentro del rubro previsto, es decir, de dicho control no resultaría ningún elemento objetivo del Tipo Legal de Lesión de confianza atribuido a los acusados. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, por Acuerdo y Sentencia N° 554 de fecha 20 de julio de 2015, ha sostenido: “...si bien la teoría de la prejudicialidad se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento penal por medio del incidente, resultan a la vista de esta Sala irrelevantes todas las argumentaciones vertidas tanto por el Tribunal de Sentencia como el Tribunal de Apelación, Primera Sala al efecto de dotar de fundamentos a sus fallos en el sentido de hacer lugar a la interposición de una cuestión extra penal por prejudicialidad civil, cuando ambos han incurrido en otro serio desconocimiento de la norma contemplada en el art. 1870 del CC que expresa: “Si la acción penal dependiere de cuestiones prejudiciales cuya decisión corresponda exclusivamente al juicio civil, no se sustanciará el juicio criminal antes que la sentencia civil estuviese ejecutoriada. Serán cuestiones prejudiciales las que versen sobre la validez o nulidad del matrimonio y las que se declaren tales por la ley”. Se desprenden de la transcripción

realizada dos aspectos: el primero operativo, en el que se describe la mecánica del precepto legal; el segundo, de orden descriptivo, establece con claridad las dos situaciones en que el mismo se activará; tal como reza el enunciado, únicamente en cuestiones de índole matrimonial y cuando una norma así lo disponga. Con innegable claridad se vislumbra que la cuestión iuris analizada no condice con los extremos descriptivos mencionados. En el presente caso, la declaración de ninguna norma, tal y como lo exige la disposición transcripta, sino que lo hace únicamente en el arbitrio de los juzgadores lo que acarrea la conculcación del Principio de Legalidad, siendo que la prejudicialidad emanada de una cuestión civil debe nacer únicamente y exclusivamente de la ley y bajo ningún concepto puede ser concebida en consecuencia por la sola voluntad de los jueces...” [...]”.

5.3. Con respecto al incidente de nulidad de la acusación dijo:

“[...] el Art. 350 del CPP no exige que se deba llamar a declaraciones repetidas veces cuando se trata de idéntica plataforma fáctica, y no puede alegar que se vulnera el derecho a la defensa puesto que el Ministerio Público, como lo ha afirmado la propia defensa ha convocado a los acusados en dos oportunidades para la declaración indagatoria, el 30 de julio de 2010 y el 30 de marzo de 2011, ante la Agente fiscal Vallejos donde se le ha puesto a conocimiento de cuáles eran los hechos por los cuales se les estaba investigando y se ha puesto a disposición del mismo todos los elementos o evidencias que se tenían con relación a esta investigación, pues la plataforma fáctica fue la misma e idéntica a lo largo de todo el proceso, siendo que los nuevos montos surgidos a posteriori fueron resultado de las investigaciones realizadas, por tanto, corresponde rechazar el presente incidente, por improcedente”.

5.4. Con respecto a la solicitud de sobreseimiento definitivo, el juez fundamentó que los hechos de la acusación no se referían a compras hechas por medio de licitaciones, sino a compras directas hechas con fondos del FONE, y que por tanto el Sr. Camilo Soares tenía discrecionalidad y autonomía para la disposición del patrimonio, tal como lo prevé la Ley 2615/05 en su Art. 9, y la Ley 1535/99 en su Art. 37, de donde también surge que la responsabilidad de proteger el patrimonio de la SEN era una obligación principal; sostuvo que por este motivo, el Sr. Camilo Soares sí tenía la posición de garante.

5.5. Con respecto al incidente de exclusión probatoria, el juez fundamentó que no se alegó la violación de ninguna garantía procesal y que por

tanto, conforme al principio de libertad probatoria, las pruebas cuya exclusión se solicitó debían ser admitidas.

6. La defensa de los Sres. Guachire y Soares interpuso un recurso de apelación general en contra de este A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016 (auto de apertura), específicamente contra los puntos del resuelve en los cuales se rechazaron sus incidentes de nulidad absoluta de actuaciones por presentación extemporánea de la acusación, de cuestión prejudicial, de nulidad de la acusación por violación del Art. 350 CPP, y la solicitud de sobreseimiento definitivo. Esta apelación fue declarada inadmisibile por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3.ra Sala, por medio del A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016. El argumento de los magistrados que votaron en mayoría (Agustín Lovera Cañete y José Waldir Servín) fue que conforme al fin del Art. 461 CPP, el auto de apertura a juicio es inapelable. El magistrado Emiliano Rolón también consideró que el auto de apertura era inapelable por el mismo argumento, sin embargo sostuvo que las cuestiones atinentes a nulidades si podían ser estudiadas, y por tanto realizó un breve análisis al respecto, concluyendo que no existían vicios que ameriten la nulidad del fallo atacado.

La acción de inconstitucionalidad y sus contestaciones

7. Los Sres. Camilo Soares y Alfredo Guachire Medina vienen ahora a promover acción de inconstitucionalidad contra el A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016 (auto de apertura) y contra el A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016.

7.1. Con respecto al A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016, los recurrentes alegan principalmente arbitrariedad, y con ello la conculcación del derecho previsto en el Art. 256 CN, además del Art. 17 del mismo cuerpo normativo. Así, en primer lugar, sostienen que el juez de garantías violó la prohibición de interpretaciones extensivas en contra del imputado (contenida en el Art. 10 CPP), al establecer que el plazo del Art. 358 CPP podía ser de 10 días. Luego, con respecto al incidente de cuestión prejudicial, argumentaron que la interpretación del juez es “incorrecta, anacrónica, improcedente, groseramente lesiva del orden jurídico vigente, y palmariamente arbitraria”. Con respecto al incidente de nulidad por violación del Art. 350 CPP, alegan que no importa la cantidad de veces que un imputado es citado para declarar, sino que lo importante es que sea citado todas las veces que esto sea necesario según los hechos del caso, y que en este sentido, la plataforma fáctica de los hechos del caso “sí” fue modificada.

7.2. Con respecto a la resolución del tribunal de alzada, el A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016, los recurrentes manifestaron que es una mala práctica judicial el resolver la elevación de la causa a juicio y los incidentes planteados en la audiencia preliminar en una misma resolución, y que ellos no apelaron la elevación de la causa a juicio sino el rechazo de los incidentes planteados en la audiencia preliminar. Sostuvieron que la negativa de estudio de la apelación de estos incidentes conlleva una violación del derecho a una tutela judicial efectiva y del derecho a la doble instancia consagrado en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica y del Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que integran nuestro orden jurídico conforme al Art. 137 CN.

8. La agente Fiscal Victoria Acuña contesta el traslado solicitando el rechazo de la acción de inconstitucionalidad. Con respecto al A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016 (auto de apertura), esta agente fiscal sostuvo que esencialmente que la resolución se encontraba suficientemente fundada y que se ajustaba a derecho. Con respecto al A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016, sostuvo que no se generó ningún agravio irreparable a los procesados, porque los planteamientos podían volver a ser realizados en el juicio oral, conforme al control horizontal que ejerce el tribunal de sentencias.

9. El traslado a la Fiscalía General del Estado es contestado por fiscal adjunto Roberto Zacarías, quien solicitó la declaración de inadmisibilidad de la acción promovida, argumentando esencialmente que los accionantes no especificaron cual es el agravio constitucional concreto, y porque además pretenden convertir a la Sala Constitucional en una tercera instancia.

Procedencia de la acción promovida.

10. Habiendo expuesto los antecedentes del caso, así como los fundamentos de la acción de inconstitucionalidad presentada y las contestaciones de las partes, corresponde en primer lugar declarar la competencia de la presente Sala Constitucional para entender en la cuestión planteada. Esta competencia surge de lo establecido en el Art. 260 Inc. 2 CN, concordante con el Art. 11 Inc. "b" de la Ley 609/95 "Que organiza la Corte Suprema de Justicia".

11. Ahora, comenzando con la exposición del análisis que he realizado sobre el caso, ya puedo adelantarme en decir que considero que debe hacerse lugar parcialmente a la acción de inconstitucionalidad planteada.

12. En lo que respecta al A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016 (auto de apertura), dictado por el Juez Penal de Garantías, considero que la

acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada. Analizando esta resolución y en especial los puntos transcriptos más arriba bajo el título “antecedentes”, puedo ver que el juez de garantías ha fundado en la ley el rechazo de cada uno de los incidentes planteados y motivado suficientemente su postura, no existiendo por tanto en mi opinión arbitrariedad alguna. Lo que en realidad puede notarse es una simple disconformidad de los recurrentes con la decisión tomada por el juez de garantías, sin embargo esta Sala solo tiene la función de controlar posibles transgresiones constitucionales, y no la función de constituirse en una tercera instancia para un nuevo control de las cuestiones resueltas en las instancias ordinarias. En este sentido, mientras la interpretación y aplicación de la ley realizada en las instancias ordinarias no transgreda los parámetros marcados por nuestra Constitución, no le corresponde a esta Sala entrar a revisar los criterios de los jueces y tribunales e indicarles cual es la postura que deben asumir.

13. En el contexto de lo dicho en el párrafo anterior merece especial mención el argumento de los recurrentes según el cual el juez de garantías ha violado el Art. 10 CPP, utilizando una interpretación analógica en contra de los procesados. Concretamente, los recurrentes afirman que la falta de plazo en el Art. 358 CPP debe ser completada con el Art. 164 del mismo cuerpo legal, y que por tanto, el Fiscal General del Estado solo debe tener un plazo de 3 días para rectificar o ratificar la falta de acusación del fiscal inferior. Al respecto hay que tener en cuenta que si bien esta es una interpretación posible, no es la única, ya que el Art. 132 CPP que habla sobre los plazos judiciales, también establece que cuando la ley permita la fijación de un plazo, el juez lo puede fijar “conforme a la naturaleza del procedimiento y a la importancia de la actividad que se deba cumplir, teniendo en cuenta los derechos de las partes”. La interpretación y aplicación del Art. 358 por parte del juez de garantías se ha movido dentro del ámbito del Art. 132 CPP, pues el mismo ha considerado que, ante la ausencia de un plazo concreto en el Art. 358 CPP, por la naturaleza (parecida a la del Art. 314 CPP) e importancia de la función que el Fiscal General del Estado debe ejercer (analizar las constancias del caso y decidir si corresponde o no acusar), lo razonable sería un plazo de 10 días y no uno de 3; asimismo, por medio de una interpretación gramatical y sistemática, el juez también ha establecido que el Art. 164 CPP solo es aplicable a los escritos presentados por una parte y que deben ser puestos a conocimiento de la otra, mas no al trámite del Art. 358 CPP, en donde lo que se hace es remitir las constancias del caso al Fiscal

General del Estado, para que este las vuelva a analizar y decida sobre la acusación. Puede verse entonces que el juez de garantías ha tomado una decisión dentro del margen de la ley y por tanto, no ha dictado una resolución contra legem que viole el Art. 256 CN. Asimismo, considero que la opción interpretativa adoptada por el juez de garantías no viola ningún otro derecho constitucional, y por tanto, no existe motivo para que esta Sala entre a corregir la interpretación adoptada, debiendo en todo caso ser sometida a las instancias ordinarias el acierto o no de la interpretación adoptada.

14. Ahora, en lo que respecta al A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3.ra Sala, considero que sí debe hacerse lugar a la acción de inconstitucionalidad, por los motivos que expongo a continuación.

15. Si bien anteriormente me he expedido por la declaración de inadmisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra resoluciones que niegan la apelación del auto de apertura (como por ejemplo en las resoluciones CSJ, Sala Constitucional, A.I. N° 2864 y N° 2945 de fecha 30 de noviembre del 2015), tras un profundo análisis de la cuestión debatida, me veo en la necesidad de cambiar mi postura, pues luego de haber considerado aspectos históricos de la etapa intermedia y sistemáticos del proceso ordinario que no he tenido antes en cuenta, he llegado a la conclusión de que la prohibición de apelar el auto de apertura a juicio prevista en el in fine del Art. 461 CPP, solo puede tener un ámbito de validez limitado. Hoy día puedo ver que efectivamente existen casos en los cuales esta prohibición colisiona frontalmente contra el derecho a la doble instancia previsto en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, como asimismo, contra la garantía prevista en el Art. 11 CN según la cual “nadie será [...] procesado, sino mediando las causas y en las condiciones fijadas por esta Constitución y las leyes”. A continuación explico mi nueva postura en detalle.

16. La irrecurribilidad del auto de apertura a juicio surge de la oración final del Art. 461 CPP, en donde se establece que: “No 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 aquél 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.

17. 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 mediando 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 dictamiento 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.

18. 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 él” (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. Así, si la sospecha que se le atribuye al imputado con el auto de apertura es injustificada, este agravio puede ser enmendado poste-

riormente 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, sí 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 la posibilidad de demostrar un posible error del juez con respecto a la determinación de la falta de sospecha suficiente.

19. En este contexto, resulta coherente interpretar que el Inc. 1 del Art. 461 CPP solo permite la apelación del otorgamiento de un sobreseimiento definitivo o provisional, más no de su rechazo, y que esta es la razón por la cual el texto dice que es apelable “el sobreseimiento”, y no “la decisión” sobre el sobreseimiento, que es la fórmula utilizada en otros incisos del mismo artículo. Al respecto, en el Inc. 1 del Art. 359 CPP, se establece que corresponde el sobreseimiento definitivo, cuando es “evidente” que el hecho no existió, que no constituye hecho punible o que el imputado no participó en él. Al utilizar el código la palabra “evidente”, está haciendo referencia a la certeza negativa con respecto a la existencia del hecho y la participación del imputado y, si se afirma que existe “certeza” sobre la inexistencia del hecho o la participación del imputado, ciertamente se puede afirmar que no existe sospecha suficiente para proceder al enjuiciamiento; a contrario sensu, si se resuelve elevar la causa a juicio, significa que no se da la certeza negativa con respecto a la existencia del hecho y que por lo tanto, no se da el presupuesto previsto en el Inc. 1 del Art. 359 CPP para otorgar el sobreseimiento definitivo. En este caso, la elevación de la causa a juicio representa la contra cara del rechazo del sobreseimiento definitivo y por tanto, el rechazo del sobreseimiento debe estar comprendido dentro de la prohibición de apelar prevista en la última oración del Art. 461 CPP.

20. En los casos del sobreseimiento definitivo por el supuesto previsto en el Art. 359 Inc. 2 CPP y del sobreseimiento provisional, se da la misma situación. En estos dos casos, el sobreseimiento (definitivo o provisional) se funda en la inexistencia de suficientes elementos de convicción en contra del imputado. En consecuencia, si se resuelve la elevación de la causa a juicio oral, es porque se considera que existe suficiente sospecha sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, lo cual a su vez lleva implícito el reconocimiento de que se han recolectado suficientes elementos de

convicción para sostener esta sospecha, y que por tanto no se da el presupuesto necesario para otorgar un sobreseimiento definitivo conforme al Art. 359 Inc. 2 CPP o un sobreseimiento provisional. Por tanto, en este caso, el rechazo del sobreseimiento es también inapelable conforme a la prohibición contenida en la última oración prevista en el Art. 461 CPP.

21. No está demás recalcar en este punto que en cualquiera de los casos citados en los párrafos anteriores, la existencia o no de sospecha suficiente para abrir el juicio oral debe estar claramente fundada en la resolución que así lo determina. Al respecto, esta Sala Constitucional ya ha afirmado en un fallo reciente que el juez de garantías debe realizar un control no solo formal, sino también “sustancial” del requerimiento del Ministerio Público (CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 248 de fecha 3 de mayo del 2018).

22. Ahora, lo que no he tenido antes en cuenta, es que la situación mencionada más arriba (en los párrafos N° 18, 19, 20), cambia (1) cuando la sospecha se funda en elementos de convicción obtenidos ilegalmente, (2) cuando se rechazan pedidos de inclusión o exclusión probatoria, (3) cuando se resuelve sobre la intervención o abandono de querrela, (4) cuando se resuelve sobre una medida cautelar, (5) cuando con el auto de apertura se rechacen planteamientos que, de haber sido admitidos, hubiesen impedido la realización misma del juicio oral, o (6) cuando el proceso se refiera a varios hechos, y en el auto de apertura se resuelva distintivamente con respecto a cada uno de ellos.

22.1. La resolución que ordena la apertura del juicio no puede sustentarse en elementos de prueba que fueron obtenidos ilegalmente pues esto equivaldría a violentar la norma prevista en el Art. 165 CPP y al mismo la garantía prevista en el Art. 17 Inc. 9 CN. El enjuiciamiento de una persona con violación a las normas citadas, derivaría a su vez en una violación de la garantía prevista en el Art. 11 CN que he citado más arriba, según la cual toda persona tiene derecho a ser enjuiciada solo en las condiciones fijadas por la Constitución y las leyes, y que en este caso significa, derecho a ser enjuiciada solo con base en elementos de convicción obtenidos legalmente. En este caso entonces, el entendimiento que tuvieron los anteproyectistas del CPP ya no resulta del todo acertado, puesto que aún cuando el imputado termine siendo absuelto, esta absolución ya se daría luego de que el mismo haya tenido que sufrir un juicio oral al cual nunca tendría que haber sido sometido. El hecho de que el juicio oral sea la etapa principal del proceso,

no significa que el mismo no represente una gran carga para el procesado (y la administración de justicia) y que todo proceso deba sí o sí llegar a dicha etapa. Por tanto, en mi opinión, en este supuesto el auto de apertura sí genera un agravio irreparable.

22.2. Como he mencionado más arriba (párrafo N° 17), si bien la etapa intermedia tiene por fin principal el control del requerimiento del Ministerio Público, esta no es la única función de esta etapa procesal. Otras funciones que se atribuyen a la misma son las de fijar el objeto del juicio (hechos y calificación jurídica) y de determinar la prueba a ser producida en el mismo (Heghmanns, M. [1991]. *Das Zwischenverfahren im Strafprozeß, Entwicklung, Zustand und Vorschläge zu einer Reform*. Múnich: VVF. Pág. 58 y 60). En lo que respecta a las pruebas, el CPP establece en su Art. 347 Inc. 5, que el Ministerio Público debe ofrecer con su acusación la prueba que pretende producir en juicio. Esta misma obligación rige para la querrela adhesiva conforme al Art. 348 CPP. Por su parte, si se lee bien el Inc. 12 del Art. 353 CPP, se verá que el mismo establece imperativamente que el imputado y su defensor deben proponer también en la etapa intermedia la prueba que pretenden producir en juicio. Finalmente, el Art. 356 Inc. 10 CPP establece que el juez de la etapa intermedia deberá admitir o rechazar la prueba ofrecida para el juicio. Así, si en la etapa intermedia se rechaza injustamente la inclusión o exclusión de elementos probatorios, esta resolución causaría un agravio irreparable a las partes, ya que con el paso de la causa a juicio oral, habría precluido la etapa procesal en la cual esta cuestión debía haber sido decidida. Asimismo, aun cuando se admita la posibilidad de solicitar inclusiones y/o exclusiones probatorias al inicio del juicio oral, las partes pueden tener un legítimo interés en que no sea el tribunal de sentencias el que decida acerca de dicha cuestión. Esto es así, porque al ser el tribunal de sentencias el que decide sobre la inclusión o exclusión de pruebas, existe un peligro de contaminación del tribunal con respecto a la prueba cuya exclusión o inclusión se solicita, ya que conforme al Art. 382 CPP, queda al arbitrio del tribunal de sentencias diferir la resolución de incidentes con la sentencia, lo cual significa que el tribunal, ante un incidente de exclusión o inclusión probatoria, puede optar por producir primero esta prueba y luego resolver acerca de su inclusión o exclusión. En cualquier caso, no debe perderse de vista que la vía normal para solicitar la exclusión de elementos de convicción obtenidos ilegalmente, es la del incidente de exclusión probatoria. Por tanto, puede darse el caso en el cual el imputado solicite la exclusión

de elementos de convicción afirmando que los mismos fueron obtenidos ilegalmente, y que luego solicite su sobreseimiento definitivo afirmando que con la exclusión de dicha prueba ya no existen suficientes elementos inculpativos en su contra para ordenar la apertura del juicio oral. En este caso, si se rechaza injustamente la exclusión probatoria y se dicta el auto de apertura, se estaría también causando un agravio irreparable al imputado, puesto que aun cuando el elemento probatorio sea posteriormente excluido por el tribunal de sentencias, el juicio oral tendría que realizarse, y aun cuando se termine dictando una sentencia absolutoria, el imputado ya habrá sido sometido a un juicio oral pese a que no estaban dadas las condiciones para ello (violación de la garantía prevista en el Art. 11 CN, ver párrafo anterior).

22.3. Otra función que se atribuye a la etapa intermedia, es la de fijar definitivamente la participación o no del afectado por el hecho punible como querellante adhesivo en el juicio oral (Heghmanns, M. [1991]. Pág. 61). En este caso, cuando se rechaza la querrela adhesiva, el agravio irreparable para la víctima es evidente, y consiste en la imposibilidad misma de poder participar en el juicio oral. Al respecto, el CPP establece incluso expresamente en su Art. 461 Inc. 6 y Art. 292 in fine, que es apelable la resolución que rechaza la querrela.

22.4. Una situación análoga se da con la decisión acerca de medidas cautelares, y al respecto el CPP establece expresamente en sus Arts. 253 y 461 Inc. 4, que estas resoluciones son apelables.

22.5. Cuando con el auto de apertura se rechazan planteamientos que hubiesen evitado la realización del juicio oral en caso de haber sido admitidos, nos encontramos ante la misma situación. En primer lugar deben ser citados aquí aquellos casos en los cuales se plantea la existencia de un obstáculo a la persecución penal, como por ejemplo la prescripción (Art. 101 CP), la falta de instancia de la víctima (Art. 16 CPP), la existencia de una cuestión prejudicial (Art. 327 CPP) la existencia sentencia firme que impide un nuevo juzgamiento (Art. 8 CPP, concordante con el Art. 17 Inc. 4 CN), la existencia de fueros, etc.; en todos estos casos, el auto de apertura generaría un agravio irreparable para el imputado puesto que, aún cuando el mismo terminase siendo absuelto, esta absolución se daría luego de que el imputado ya haya tenido que sufrir el sometimiento a un juicio llevado a cabo pese a que no estaban dadas las condiciones requeridas para ello y por lo tanto, en violación a la garantía prevista en el Art. 11 CN. En este contexto,

hay que resaltar que la vía normal para plantear la existencia de obstáculos procesales es la de la “excepción”, y al respecto, el CPP establece también de forma expresa en sus Arts. 340 y 461 Inc. 3, que las decisiones sobre las excepciones son apelables; por su parte, el CPP también establece de forma expresa, que el rechazo de una excepción impide que la misma sea opuesta nuevamente por los mismos motivos (Art. 329 in fine CPP), y que en el juicio oral ya solo pueden oponerse excepciones que se funden en hechos nuevos (Art. 365 CPP). Ahora, aquí también pueden ser incluidos los casos en los cuales con el auto de apertura se rechaza la aplicación de alguna salida alternativa. Yo considero que al permitirse también que el imputado solicite en la etapa intermedia la aplicación de salidas alternativas (Cfr. Art. 353 Incs. 5, 6, 9, 10 CPP), estas salidas pasan a formar parte de su derecho a la defensa, pues finalmente, constituyen vías que el mismo puede intentar para evitar ser sometido al juicio oral. En este sentido, al rechazarse con el auto de apertura la aplicación de algunas de estas salidas alternativas, se ocasiona también un agravio irreparable, puesto que estas salidas ya no podrán ser planteadas posteriormente.

22.6. Finalmente, debe también tenerse en cuenta que la acusación del Ministerio Público puede referirse a varios hechos, y que en este sentido, es posible que con el auto de apertura solo se ordene la realización del juicio con respecto a algunos hechos, y que a otros se dé una de las salidas mencionadas anteriormente (sobreseimiento definitivo, provisional, salida alternativa, etc.). Al respecto, el Art. 363 Inc. 3 CPP establece claramente que, cuando la acusación ha sido interpuesta por varios hechos y el juez solo la admite parcialmente, en el auto de apertura determinará con precisión los hechos por los que abre a juicio y la resolución de lo que corresponda respecto de los otros hechos. En este caso, si bien puede que la elevación de la causa con respecto a un hecho no genere un agravio irreparable (si existe sospecha suficiente fundada en elementos de convicción obtenidos legalmente), el sobreseimiento con respecto a los otros hechos acusados sí genera un agravio al Ministerio Público, por las razones que ya he mencionado más arriba (párrafo N° 18 última oración).

23. Por tanto, si hay casos en los cuales el auto de apertura sí genera agravios irreparables, entonces hay casos en los cuales existe una incompatibilidad normativa entre el in fine del Art. 461 CPP y el Inc. 11 del mismo artículo, en donde se establece que el recurso de apelación procede contra todas aquellas resoluciones “que causen un agravio irreparable”. Digo que

existe una incompatibilidad entre estas dos normas, porque estos casos el in fine del Art. 461 prohíbe la apelación, pero al mismo tiempo el Inc. 11 del mismo artículo la permite.

23.1. Esta incompatibilidad es todavía más evidente en todos los casos en los cuales la posibilidad de apelar está expresamente prevista en la ley, como por ejemplo el caso en el que se decide acerca de la suspensión condicional del procedimiento (Art. 461 Inc. 2 CPP), el caso en el cual se decide una excepción (Arts. 340 y 461 Inc. 3 Alt. 2 CPP), el caso en el cual se decide sobre la procedencia de una cuestión prejudicial (Art. 340 CPP), el caso en el cual se decide sobre la procedencia de una solicitud de desafuero (Art. 340 CPP), el caso en el cual se decide el rechazo de la querrela (Arts. 292 in fine y 461 Inc. 6 CPP) o su abandono (Art. 294 CPP), y el caso en que se decide sobre una medida cautelar (Arts. 253 y 461 Inc. 4 CPP). Todos ellos son casos en los cuales se establece expresamente la posibilidad de apelar, porque se considera que la resolución causa un agravio irreparable, y en este sentido se ha consignado expresamente en la exposición de motivos del CPP que “el recurso de apelación general procede contra las resoluciones judiciales dictadas durante las etapas preparatoria e intermedia por el Juez de Paz o Juez Penal, **siempre que causen agravio irreparable a los sujetos procesales**” (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; las negritas son mías).

23.2. Asimismo, si bien la afirmación de la existencia de sospecha suficiente sobre la existencia del hecho y la participación del imputado —fundada en elementos de convicción recolectados legalmente— no genera un agravio irreparable, puede que la acusación sea presentada por varios hechos y que en el auto de apertura, el juez —en cumplimiento de lo establecido en el Art. 363 Inc. 3 CPP— decida elevar la causa solo por uno de ellos y otorgar a los otros un sobreseimiento definitivo o provisional. En este caso, existirá una incompatibilidad entre el Art. 461 in fine CPP y el Inc. 1 del mismo artículo. Si la salida procesal es otra, entonces se dará además la incompatibilidad mencionada en los párrafos anteriores.

24. Esta incompatibilidad podría intentar ser salvada resaltándose que la segunda oración del Inc. 11 del Art. 461 CPP dice que procede la apelación general contra las resoluciones que causen un agravio irreparable, “salvo cuando expresamente se la haya declarado irrecurrible por este

código”. Podría decirse entonces que aun cuando una resolución cause un agravio irreparable, la apelación debe ser denegada (por imperio de la segunda oración del Inc. 11 del Art. 461 CPP) si es que la irrecurribilidad está expresamente establecida en el código. Esto sin embargo no es posible porque significaría una conculcación del derecho a la doble instancia previsto en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, el cual, conforme a lo establecido en el Art. 137 CN, tiene un rango superior a las normas del CPP. Como he mencionado más arriba, el agravio irreparable es aquél que no puede ser enmendado con la sentencia definitiva. Así, no existirían problemas con el derecho a la doble instancia si es que se deniega el recurso de una cuestión que luego puede ser resuelta con la sentencia definitiva, pues en este caso, la cuestión podría ser recurrida finalmente con la sentencia definitiva. Sin embargo, al encontrarnos ante situaciones que ya no pueden ser resueltas con la sentencia definitiva (de ahí su carácter de irreparable), entonces negar su apelación derivaría en privar el derecho a la doble instancia, ya que no existiría oportunidad de reparar el agravio posteriormente por un tribunal superior.

25. La incompatibilidad citada ha llevado a nuestra jurisprudencia a buscar argumentos con los cuales se pueda sostener que el auto de apertura no puede generar nunca un agravio irreparable y así solucionar el problema.

25.1. En este sentido, esta Sala ha venido sosteniendo de forma casi invariable que la prohibición de apelar el auto de apertura a juicio no es inconstitucional porque el proceso penal fija etapas claras y determinadas así como el alcance de la intervención del Ministerio Público, la defensa, la querrela y el juez, este último como autoridad encargada de garantizar un proceso debido, y que la elevación de la causa a juicio oral pretende otorgar la garantía suficiente del cumplimiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, pudiendo las partes ventilar sus pretensiones ante un tribunal de sentencias y teniendo a su disposición todos los resortes legales en caso de que las resoluciones le resulten adversas (CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 863 de fecha 26 de septiembre del año 2008, voto del segundo opinante; A.I. N° 754 de fecha 26 de junio del 2008; N° 694 de fecha 12 de mayo del 2009; N° 1201 y 1205 de fecha 27 de julio del 2009; N° 1571 de fecha 8 de agosto del 2009; N° 29 de fecha 4 de febrero del 2010; N° 128 de fecha 3 de marzo del 2010; N° 182 de fecha 8 de marzo del 2010; N° 412 de fecha 12 de febrero 2010; N° 116 de fecha 5 de marzo del 2012; N° 426 de fecha 8 de marzo del 2016). Es decir,

se viene sosteniendo que la elevación de la causa a juicio oral no puede causar un agravio, porque el juicio es precisamente la etapa principal del proceso y una garantía para el procesado, ya que con dicha etapa se precautela que el mismo solo pueda ser condenado si es que su culpabilidad es demostrada con pruebas, que a su vez son producidas en el marco de un debate público en el que interviene un cuerpo juzgador colegiado, y en el cual además tiene la posibilidad de intervenir con todas las garantías que la ley le reconoce.

Si bien yo venía compartiendo este argumento, ahora comprendo que el mismo ya no se adecua a los tiempos en que vivimos. La idea de que el juicio oral no genera ninguna carga para el procesado y que es solo una garantía, es una idea que fue sostenida ya en el siglo XIX, cuando se estaban instalando las reformas procesales que pretendían dejar atrás el modelo inquisitivo.

En los modelos acusatorios puros de los antiguos pueblos germanos y griegos, era el particular ofendido el que directamente podía presentar acusación contra una persona ante una asamblea popular que actuaba como juzgadora en el marco de una audiencia pública. En el modelo inquisitivo sin embargo, la potestad de acusar pasó a un órgano oficial: “el juez inquisidor”. Como este juez era sin embargo un tercero ajeno al conflicto, el mismo necesitaba primero realizar una investigación para determinar qué fue lo ocurrido, y así decidir luego si el caso debía o no ser enjuiciado. Por tanto, el modelo inquisitivo estructuró el proceso en dos etapas, una investigativa y una en la cual se decidía sobre la culpabilidad. En la primera etapa, la investigación era llevada a cabo por el juez inquisidor, y luego, cuando este consideraba que había suficientes elementos incriminatorios para obtener una condena, entonces ordenaba que se pase el caso a la siguiente etapa, en la cual un tribunal dictaba sentencia públicamente. El juez inquisidor contaba con amplias libertades, pudiendo iniciar de oficio la investigación y pudiendo fijar él solo el objeto de la misma, es decir, el juez inquisidor podía decidir cuando, a quien y porqué investigar. En este modelo, existía además un sistema de prueba tasada, en la cual la confesión era considerada la prueba más importante y la cual además podía ser obtenida por medio de torturas. La investigación era además secreta tanto para el procesado como para terceros, y en estas condiciones, el juez inquisidor podía decidir cuándo existían suficientes elementos incriminatorios como

para cerrar la investigación y pasarla así la etapa plenaria en la cual intervenía un tribunal. **En esta segunda etapa sin embargo, si bien se realizaba una audiencia pública, ya no existía una verdadera producción probatoria, y la audiencia era ya más bien una suerte de espectáculo en el cual el tribunal dictaba sentencia conforme a lo ya determinado por el juez inquisidor de forma secreta en la etapa sumaria y sin intervención del procesado** (Cfr. Heghmanns, M. [1991], Pág. 9 y Sigs., donde también obran numerosas citas).

En el siglo XIX, bajo la influencia de los ideales del iluminismo y la revolución francesa, comenzaron a llevarse a cabo reformas con las cuales se pretendió dejar atrás el modelo procesal inquisitivo. Al respecto, merecen especial mención las reformas llevadas a cabo en los Estados germanos, ya que las mismas culminaron con la aprobación de la Ordenanza Procesal del Reich (RStPO), que luego se convirtió en la Ordenanza Procesal de la República Federal de Alemania (StPO), y la cual fue una de las fuentes directas de nuestro CPP y del Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica (CPPMI), el cual a su vez también fue una de las fuentes de nuestro CPP (Cfr. 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. XXIX; Ricerche Diuridiche E Politiche, Material V/I 1990. Un “codice tipo” di prodecura penales per L’America Latina. Pág. 14). Estas reformas procesales se caracterizaron por tratar de limitar el poder del juez inquisidor, estableciendo que la acreditación de los hechos debía ser realizada con una verdadera producción probatoria en el marco de un juicio oral y público (como en los procesos acusatorios puros) en el cual el procesado tuviera una verdadera posibilidad de intervenir y ejercer su defensa. Con la RStPO, se estableció además que la investigación debía estar a cargo principalmente del Ministerio Público, y para evitar que este repita los abusos del pasado, se instauró además una etapa intermedia entre la investigación y el juicio oral, en la cual el mismo tribunal de mérito debía controlar el requerimiento del Ministerio Público y decidir si el juicio oral debía o no ser abierto (esta etapa fue también llamada etapa o “procedimiento de apertura” [Eröffnungsverfahren] y de ahí viene el nombre del “auto de apertura” [Eröffnungsbeschluß]). En esta época, no se entendía que el ciudadano inocente pudiera tener un interés en evitar el juicio oral, sino más bien se señalaba que las consecuencias negativas del proceso penal ya se daban cuando la sospecha como tal, especialmente a

través de la imposición de alguna medida de fuerza como el arresto, se volvían públicas (Von Kries, A. [1889] Vorverfahren und Hauptverfahren. en ZStW 9. Pág. 100) y así, se consideraba que una rehabilitación del procesado solo podría lograrse con una absolución en el juicio oral, y no con un rechazo de la apertura del juicio decidido en una audiencia sin publicidad (Brauer [1849]. Die Versetzung in den Anklagestand. GS 1, Pág. 94; Stenglein [1903]. Zur Reform der Strafprozeßordnung. GS 62. Pág. 276 y Sig; Glaser [1867]. Versetzung in Anklagestand. GS 19. Pág. 236).

Yo creo que los argumentos citados sin embargo ya no tienen el mismo peso hoy en día. Es perfectamente entendible que en dicha época (siglo XIX) solo se hayan visto los efectos positivos del juicio oral y público, puesto que en aquel entonces se estaba precisamente buscando dejar atrás los abusos del modelo procesal inquisitivo, y para ello el juicio oral y público representaba el principal medio: mientras que en el modelo procesal inquisitivo los hechos eran acreditados de forma secreta por el juez inquisidor sin que el procesado pudiera realmente intervenir, con el nuevo modelo de juicio oral el procesado sí tendría esa oportunidad y además en el marco de un juicio “público”, lo cual debería otorgar la mayor garantía porque el actuar de los juzgadores podría ser controlado directamente por la sociedad. Ahora, desde el siglo XIX hasta nuestros días ha pasado mucho tiempo, y la experiencia nos ha mostrado que el juicio oral también puede tener efectos negativos para el imputado, y hoy en día, con la posibilidad que los medios masivos de comunicación y las redes sociales brindan para la difusión de la información de los procesos, todavía más. Nuestro CPP establece que “recién” a partir del auto de apertura a juicio puede informarse objetivamente acerca de la sospecha que existe contra el imputado (Art. 4 CPP). Esta información por supuesto que afecta ya de por sí la imagen que la sociedad tiene sobre el procesado, y todavía más, si la información no es brindada objetivamente como lo exige el mismo CPP. En este sentido, si bien al inicio se creyó que la sentencia absolutoria era la única vía para obtener una “rehabilitación” de la imagen del procesado, la verdad es que muchas veces la impresión que causa la mera comunicación del proceso es ya tan fuerte, que ni aún con la sentencia absolutoria se logra borrarla; y todavía más si es que la absolución se dio por “duda razonable” o muchos años después en el marco de un recurso. Asimismo, si bien es cierto que los efectos negativos pueden darse si se vuelve pública la investigación antes del juicio oral, no hay que perder de vista que nuestro CPP expresamente establece en su Art. 322, que “La

etapa preparatoria no será pública para los terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o a través de sus representantes. [...] Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el estado de la investigación y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que puedan discernir la aceptación del caso. **Las partes y los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que por cualquier motivo tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave y podrá ser sancionada conforme a las disposiciones previstas en este código o en los reglamentos disciplinarios**” (las negritas mías).

Por tanto, si bien el juicio oral es una garantía para el imputado en el sentido de que su culpabilidad o inocencia será demostrada en esta etapa con la producción de pruebas en el marco de una audiencia pública en la cual el mismo puede intervenir, al mismo tiempo este juicio puede tener para él efectos negativos irreparables. Por tanto, sí puede existir un interés legítimo y justificado del imputado de no ser sometido al juicio oral, si no están dados los presupuestos y las condiciones que exigen la ley para ello.

25.2. Ahora, otro argumento que se ha sostenido para justificar que la prohibición de apelar el auto de apertura a juicio no produce un agravio irreparable, es que todos los planteamientos realizados en la etapa intermedia pueden volver a ser planteados en la etapa incidental del juicio oral (Cfr. CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 1575 de fecha 3 de noviembre del 2016; Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 237 de fecha 27 de septiembre del 2017 y A.I. N° 5 de fecha 9 de febrero del 2016). Se sostiene que conforme al modelo acusatorio adoptado por nuestro CPP, el tribunal de sentencias realiza un “control horizontal” de las decisiones tomadas en la etapa previa (Cfr. CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 1575 de fecha 3 de noviembre del 2016; Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 31 de fecha 9 de marzo del 2018). En mi opinión estos argumentos no son acertados, pues no encuentran sustento ni en el desarrollo histórico de la etapa intermedia ni en las fuentes de nuestro CPP, y además contradicen las normas vigentes que regulan nuestro proceso penal.

Como muy brevemente he mencionado (ver 25.1.), desde la RStPO, la inclusión de una etapa intermedia en el proceso tuvo como fin principal

(aunque no único) el control del requerimiento del Ministerio Público para determinar si el juicio oral debía o no ser abierto, decidiéndose esto finalmente por medio de una resolución llamada “auto de apertura” (Eröffnungsbeschuß). Esta función quedó luego en la StPO, y fue posteriormente adoptada por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en cuya exposición de motivos se manifestó:

“[...] Por una parte, el juicio oral y público es de tal importancia, tanto para quien es perseguido en él, cuanto para la administración de justicia, que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal. Desde este punto de vista, se tiende a racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos en la acusación. En el Código, por ello, un tribunal controla el requerimiento de apertura del juicio, sin encontrarse vinculado a los dictámenes del ministerio público, por tanto, con facultades para sobreseer (absolver anticipadamente) o modificar la acusación. Llevar a cabo este control sólo a instancia del imputado, significa confiar el interés que la administración de justicia estatal tiene en la realización de juicios correctos a un interés particular, no siempre coincidente con aquél.

Por otra parte, tampoco se prescinde del control jurisdiccional sobre la legalidad de la conclusión del ministerio público, en el sentido de clausurar anticipadamente la persecución penal. El Código, por ello, confía también al tribunal del procedimiento intermedio el control de esta conclusión del ministerio público sobre su investigación, con facultades para provocar la apertura del juicio, ordenando que el fiscal acuse o modifique el contenido de su acusación.

He aquí la base del procedimiento intermedio, y, por supuesto, la necesidad de que los jueces encargados de esta etapa no participen en la posterior: el juicio (debate y sentencia). [...]”(Ricerche Diuridiche E Politiche, Material V/I 1990. Un “codice tipo” di prodecura penales per L’America Latina. Págs. 24 y Sig.).

Nuestro CPP adoptó la función de la etapa intermedia de estas fuentes. En efecto, tanto la acusación como los pedidos de sobreseimientos o aplicación de salidas alternativas son “requerimientos” del Ministerio Público (Cfr. Arts. 347 y 351 CPP), es decir, “pedidos” que el Ministerio Público hace al juez, y sobre cuya procedencia este debe decidir (Art. 356 CPP). El auto de apertura, que es la resolución por la cual se decide que el juicio oral debe ser abierto, implica por tanto que se dan los presupuestos y las condiciones

exigidas por la ley para ello (Art. 11 CN), es decir, implica que existe “fundamento serio” para justificar la realización del juicio oral (ver párrafo 17), y que al mismo tiempo no procede la aplicación de ninguna de las salidas alternativas que eventualmente hayan sido solicitadas, puesto que la aplicación de una de estas derivaría también en que no sea dictado el auto de apertura y que por tanto no sea realizado el juicio. En este contexto, la idea de que “todo” lo que fue planteado durante la etapa intermedia puede volver a ser planteado al inicio del juicio oral, lleva necesariamente implícita la consecuencia de que el tribunal de sentencias, luego de que ya se haya dictado el auto de apertura, pueda de todos modos volver a controlar si efectivamente procede o no la apertura del juicio, y esto antes de comenzar con el juicio propiamente dicho; es decir, las partes deberían entonces poder volver a solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional con base en lo dispuesto en los Arts. 359 y 362 CPP, o la aplicación de una salida alternativa. Esto sin embargo no solo no es posible, sino que significaría una duplicación innecesaria de la audiencia preliminar, que a su vez le quitaría toda su razón de ser a la etapa intermedia y al auto de apertura dictado como consecuencia. Además, al ser el tribunal de sentencias el que finalmente resuelva sobre la apertura del juicio oral, se daría la posibilidad de que el mismo sea ya contaminado antes de comenzar con el debate propiamente dicho, cuestión que evidentemente se quiso evitar con el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, al manifestarse en su exposición de motivos que el tribunal de la etapa intermedia no debería participar en las etapas posteriores (debate y sentencia).

Por su parte, si bien pareciera que la idea de volver a plantear al inicio del juicio oral todo aquello que fue antes planteado es más garantista, porque permite un control de los planteamientos tanto por el juez de etapa intermedia como por el tribunal de sentencias y posteriormente por los tribunales de alzada (si los incidentes son recurridos conjuntamente con la sentencia), la verdad es que este proceder no solo puede causar graves perjuicios al procesado, sino también a la administración misma de justicia. En lo que respecta al procesado, se le obliga al mismo a ser sometido injustamente a un juicio oral con los efectos ya antes mencionados. Esto puede ser incluso peor, pues si su planteamiento (por ejemplo de exclusión probatoria) tiene éxito con la apelación especial de la sentencia, pues en este caso, si se resuelve el reenvío, no solo tendría que soportar un juicio oral, sino dos. Por su parte, el avance a cada etapa procesal y la realización de cada juicio oral

representa un gasto de dinero y tiempo para la administración de justicia, que a su vez repercute en su efectividad para atender a todos los casos que se les presenta. Por tanto, esperar hasta la sentencia definitiva para que el tribunal de alzada controle cuestiones que ya podía haber controlado en la etapa intermedia —con ahorro de costos y tiempo—, antes que ser más garantista, termina a la larga causando más perjuicio a todos.

Finalmente, noto también una confusión de conceptos cuando se afirma que la prohibición de apelar el auto de apertura no genera agravios irreparables, porque el tribunal de sentencias puede controlar lo resuelto en las etapas anteriores en virtud al “control horizontal” que ejerce. Al respecto, al establecerse que en el juicio oral debe intervenir un “tribunal colegiado compuesto por varios jueces”, lo que en realidad existe es una “organización judicial horizontal”, pero esto tiene relación con la eliminación del recurso de apelación (entendido como recurso que comprende el control de los hechos) y la implementación de una única instancia de hechos, y no con el control de decisiones tomadas en etapas procesales anteriores. En este sentido, en la exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (Ricerche Giuridiche E Politiche, Material V/I [1990]. Pág. 26 y Sigs.) se afirma que el juicio “oral” no permite un recurso amplio que abarque también los hechos —como el de la apelación—, porque ello conllevaría, ineludiblemente, a repetir el juicio oral. Se explica que por el principio de inmediación, solo los jueces que presenciaron el debate están habilitados a deliberar y votar la sentencia y que incluso cualquier neófito en la materia se daría cuenta de que un tribunal posterior, que no ha presenciado el debate, carece de base para el fallo, pues aun apelando a métodos modernos de reproducción, la inasistencia de estos jueces al debate provocaría la pérdida de toda la sustancia y razón de ser del juicio oral, implicando un regreso a la delegación. No obstante, se sostiene que la existencia del recurso de apelación tiene su fundamento en la necesidad de que varios jueces —un tribunal colegiado— vuelva a analizar la solución que un juez unipersonal ha dado al caso, pues se entiende que con la intervención de varias personas se reduce la posibilidad de errores. En atención a esto, se fundamenta que se puede adelantar la intervención de varios jueces con ahorro de procedimiento; se explica que la organización judicial de tipo “vertical” respondía más bien a la administración de justicia delegada de la monarquía absoluta, en la cual el poder jurisdiccional residía en el monarca, y en la cual con el recurso de apelación se le devolvía dicho poder (efecto devolutivo); se explica

que con la instauración de los Estados republicanos y representativos, ya no existe una necesidad política de mantener este tipo de estructura, y que por tanto se puede pasar a una organización judicial de tipo “horizontal”. En síntesis, lo que se sostiene es que la inseguridad que puede surgir de la eliminación de un recurso de apelación amplio contra la sentencia definitiva y la instauración de una única instancia de hechos, puede ser suplida a través de una organización horizontal en la cual en el juicio oral intervengan ya igual o más jueces que aquellos que intervendrían posteriormente en el marco del recurso. Así, como puede verse, esto nada tiene que ver con un control del tribunal de sentencias acerca de lo resuelto en las etapas anteriores.

26. Ahora, también existen opiniones en nuestra jurisprudencia que, sin negar la validez de la prohibición de apelar el auto de apertura a juicio, reconocen que algunas de las cuestiones resueltas en la audiencia preliminar sí pueden ser apeladas o controladas de oficio por el tribunal de alzada.

Estas opiniones sin embargo difieren las unas de las otras en la fundamentación. Por un lado, se realiza una interpretación restrictiva del término “auto de apertura”, afirmándose que el mismo no debe ser equiparado al término “auto interlocutorio”; más concretamente, con apoyo en la definición otorgada en el primer párrafo del Art. 363 CPP, se afirma que el término “auto de apertura” solo se refiere a la decisión de elevar la causa a juicio contenida en el auto interlocutorio que se dicta luego de la audiencia preliminar, y que por lo tanto, la prohibición de apelación solo se refiere a esa decisión, y ya no a las demás cuestiones planteadas y resueltas en la audiencia preliminar (Cf. CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 693 de fecha 28 de mayo del 2011, voto del último opinante; Ac. y Sent. N° 248 de fecha 3 de mayo del 2018, voto del preopinante; Sala Penal, A.I. N° 500 de fecha 7 de mayo del 2003). En forma parecida, se entiende que el problema de la prohibición de apelación puede ser solucionado si es que luego de la audiencia preliminar se dictan dos resoluciones distintas, una en la cual se decide la elevación de la causa a juicio, y otra en la cual se resuelven las otras cuestiones planteadas en la audiencia preliminar; así, la primera resolución no podría ser apelada, pero la segunda sí (Cfr. CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 863 de fecha 26 de septiembre del año 2008, voto del segundo opinante; N° 248 de fecha 3 de mayo del 2018, voto del último opinante; en doctrina, Pessoa, N. [2015]. El derecho del imputado al recurso en el orden jurídico de Paraguay. Asunción: Intercontinental Editora. Pág.

190). Finalmente, también se sostiene que si bien el auto de apertura es inapelable, el tribunal de apelaciones puede analizar de oficio la existencia o no de nulidades procesales, para así resguardar el cumplimiento de las formas procesales establecidas para resguardar los derechos y garantías procesales (Cfr. por ejemplo: Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 52 de fecha 30 de marzo del 2015; N° 31 de fecha 9 de marzo del 2018; N° 110 de fecha 21 de mayo del 2018); al respecto, como ejemplo de supuestos que han ocasionado la nulidad del auto de apertura, pueden mencionarse el haber dictado la resolución fuera del plazo previsto en la ley (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 31 de fecha 9 de marzo del 2018; N° 52 de fecha 30 de marzo del 2018) y la falta de estudio del planteamiento de las partes (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la Circunscripción Judicial de la Capital, 4.ta Sala, A.I. N° 52 de fecha 30 de marzo del 2018).

Ciertamente creo que estas opiniones van hacia la dirección correcta al sostener que hay cuestiones que son planteadas en la etapa intermedia que deben poder ser controladas por medio del recurso de apelación general. Sin embargo, creo estas opiniones no son correctas al considerar que puede haber siempre una división entre la decisión de elevar la causa a juicio y las decisiones de todas las otras cuestiones que son planteadas en la audiencia preliminar. Como he desarrollado más arriba (ver párrafo 17 y Sigs.), con el auto de elevación a juicio se afirma que existe “fundamento serio para el enjuiciamiento”, y esto implica la existencia de “sospecha suficiente acerca de la existencia del hecho y la participación del imputado, fundada en elementos de convicción recolectados legalmente, acompañada de la falta de criterios de oportunidad y obstáculos para el enjuiciamiento”. En este contexto, muchos de los planteamientos realizados en la audiencia preliminar están dirigidos a demostrar la inexistencia de este fundamento serio, de manera que el rechazo de dichos planteamientos, constituye precisamente un presupuesto para la elevación de la causa a juicio, y viceversa. Así por ejemplo, si el imputado se opone a la apertura del juicio solicitando el sobreseimiento provisional o definitivo, la decisión de elevación de la causa a juicio depende del rechazo de este planteamiento, y esto es así porque finalmente con el pedido de sobreseimiento lo que se controvierte es la existencia de sospecha suficiente o de elementos de convicción suficientes para sostener la sospecha. En el caso que se solicite la aplicación de un criterio de

oportunidad u otra salida alternativa, ocurre lo mismo, puesto que el planteamiento debe ser necesariamente rechazado para que la causa se eleve a juicio. Por su parte, cuando el imputado plantee la exclusión probatoria, podría estar controvirtiendo precisamente la legalidad de un elemento de convicción recolectado, y al respecto es esencial que el juez se expida primero sobre dicho planteamiento, pues el análisis acerca de la existencia o no de sospecha suficiente debe hacerse sobre la base de los elementos de convicción recolectados, y si uno de ellos es excluido, la base para el análisis cambia completamente. En conclusión, la decisión de elevar la causa a juicio oral, lleva intrínsecamente el rechazo de muchos planteamientos realizados en la audiencia preliminar que tienden a evitar el dictamiento de tal resolución; por tanto, al no poder hacerse lugar a dichos planteamientos y dictarse al mismo tiempo el auto de apertura, dichas cuestiones no son divisibles.

En lo que respecta a la admisión o no de la querrela adhesiva y la imposición, modificación y sustitución de medidas cautelares, basta con remitirnos al Art. 363 Incs. 5 y 6, en donde se establece que estas cuestiones son partes del auto de apertura.

Lo dicho en el párrafo anterior, explica también porque las soluciones propuestas anteriormente que pretenden desdoblar el auto de apertura, terminarían generando en la práctica más problemas que soluciones. Para ello puede darse el siguiente ejemplo: En la audiencia preliminar, el imputado solicita la aplicación de un criterio de oportunidad conforme al derecho que se le otorga en el Art. 353 Inc. 4 CPP, alegando que dicha salida ya ha sido aplicada en casos análogos al suyo; el juez decide finalmente elevar la causa a juicio y (Variante 1) rechaza el pedido del imputado en un punto distinto del que resuelve el auto de apertura, o (Variante 2) en una resolución distinta; en todos los casos, el juez fundamenta adecuadamente su postura. Si se afirma que solo es inapelable la decisión de elevar la causa a juicio, esto significaría que en la variante 1 podría ser apelado el punto que resuelve el rechazo del criterio de oportunidad, más no el punto por el cual se decide la elevación de la causa a juicio. Así, si el imputado plantea una apelación en estas condiciones, y el tribunal de alzada considera que la misma es procedente, entonces el tribunal en este caso estaría en una encrucijada, puesto que su decisión implicaría necesariamente la revocación de todo el fallo, y con ello del punto por el cual se eleva la causa a juicio; esto, significaría a

su vez un problema con el principio “*tantum appellatum quantum devolutum*” consagrado en el Art. 456 CPP. En el caso de que se dicten dos resoluciones, el tribunal de alzada no tendría problemas para hacer lugar a la apelación, sin embargo, esto crearía dos resoluciones “vigentes” contradictorias entre sí, ya que el tribunal de alzada no podría expedirse ni invalidar de forma alguna una resolución que no fue impugnada.

Por todos estos motivos, me mantengo en la opinión que ya he adoptado anteriormente, según la cual se considera al auto de apertura como una decisión conclusiva de la etapa intermedia dictada en un solo acto (CSJ, Sala Constitucional, A.I. N° 2864 de fecha 30 de noviembre del 2015; A.I. N° 2945 de fecha 30 de noviembre del 2015).

27. La incompatibilidad normativa entre la prohibición de apelar el auto de apertura y las demás normas que sí permiten la apelación (ver párrafo 13 y Sigs.), tampoco puede ser solucionada por los métodos tradicionales utilizados para resolver los problemas de antinomia de *lex superior* y *lex posterior*, pues todas las normas involucradas tienen el mismo rango y fueron dictadas al mismo tiempo. Lo mismo ocurre con el criterio de *lex specialis*, ya que las normas que prohíben y permiten la apelación, se encuentra en el mismo artículo (461 CPP). Con respecto a este último criterio, debo repetir que no es posible sostener que, cuando existen agravios irreparables, el Inc. 11 del Art. 461 queda desplazado por el in fine del mismo artículo, pues esto conllevaría a una violación del derecho a la doble instancia consagrado en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica (ver párrafo N° 24). A esto cabe agregar, que nos encontramos ante una antinomia de tipo “parcial-parcial”, ya que las normas citadas tienen un ámbito de validez independiente, y la incompatibilidad solo se da cuando se refieren al auto de apertura a juicio; en este sentido, se reconoce la imposibilidad de solucionar este tipo de antinomia por medio del criterio de *lex specialis* (Bobbio, N. [1997]. *Teoría General del Derecho*. 2.da Ed. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A. Pág. 196).

28. Al no poder ser solucionada la incompatibilidad normativa por alguno de los métodos tradicionales, no encontramos entonces ante aquél tipo de incompatibilidad denomina como “antinomia real o insoluble”. En este caso, la única solución que puede darse, es la de una interpretación abrogante, eliminando así una de las normas en aquellos casos en los cuales se de la incompatibilidad. En cierta forma, esto es lo que se ha venido haciendo

ya en nuestra jurisprudencia, puesto que ante las incompatibilidades normativas citadas (ver párrafo N° 22 y Sigs.), se ha hecho prevalecer la prohibición de apelar el auto de apertura, dejando de lado las otras normas que sí permiten apelar las otras cuestiones también resueltas con el auto de apertura. Este proceder sin embargo es inconstitucional, puesto que al dejar patente agravios irreparables para las partes, conlleva una violación del derecho a la doble instancia previsto en el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica, norma superior al CPP conforme a lo establecido en el Art. 137 CN. Además, cuando los planteamientos se refieren a los presupuestos mismos del enjuiciamiento público, el optar por la prohibición de apelación iría además en contra de la garantía consagrada en el Art. 11 CN. A todo esto cabe agregar, que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, ya ha expresado en su Informe N° 24/92 en la causa “Maqueda”, que no solo debe ser recurrible el fallo condenatorio, sino también los “autos procesales importantes” (Pessoa, N. [2015]. Pág. 53), y que fallo más importante, que aquél por cual se dispone que una persona debe ser sometida a un procesamiento penal público.

Ante esto, debe ser corregido el proceder que nuestros tribunales han estado llevando adelante, puesto que ante una incompatibilidad normativa como esta, lo correcto es optar por aquella interpretación que sea más favorable a los derechos constitucionales de las partes, y en este caso me refiero, al derecho a la doble instancia y al derecho a solo ser procesado si median las causas y las condiciones previstas en la ley.

Por tanto, si bien la prohibición de apelar el auto de apertura en sí no es inconstitucional, esta prohibición debe ser dejada de lado cuando las otras cuestiones resueltas en dicho auto causen un agravio irreparable y, especialmente, cuando la posibilidad de apelación de dichas cuestiones esté prevista en la ley. Como ejemplos de estas situaciones, pueden citarse aquellos casos en los cuales 1. se cuestionen inclusiones y/o exclusiones probatorias (y con ellas eventualmente la legalidad de los elementos de convicción que sustentan la acusación), 2. cuando se resuelve sobre la intervención o el abandono de querrela, 3. cuando se resuelve una medida cautelar, 4. cuando se resuelve sobre cualquier cuestión que, de ser admitida, impediría la realización del juicio oral, 5. y cuando la acusación se refiera a varios hechos, el juez solo admita la acusación con respecto a uno (o algunos) de ellos otor-

gando a los demás una salida procesal distinta. En casos como estos, el tribunal de apelaciones deberá dejar de lado la prohibición de apelación contenida en el in fine del Art. 461 CPP, y abocarse al estudio de la apelación.

29. Viendo que en este caso la defensa de los recurrentes ha apelado el auto de apertura porque el A quo rechazó con él sus planteamientos de nulidad de actuaciones, nulidad de la acusación y cuestión prejudicial, entonces, conforme a lo desarrollado, el tribunal de alzada tenía que haber dejado de lado la prohibición contenida el in fine del Art. 461 CPP y tenía que haber estudiado el recurso con respecto a estos puntos, pues en caso de que se hubiese hecho lugar a alguno de ellos, entonces el juicio oral y público no debería ser realizado.

30. Por tanto, con base en todo lo expuesto, considero que la acción de inconstitucionalidad debe ser rechazada con respecto al A.I. N° 308 de fecha 22 de abril del 2016 dictado por el Juzgado Penal de Garantías N° 6, y debe ser admitida con respecto al A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3.ra Sala, debiendo por tanto enviarse la causa a un nuevo tribunal de apelaciones para que este estudie la apelación en los puntos indicados en el párrafo anterior. ES MI VOTO.

**A su turno el Doctor JIMÉNEZ ROLÓN dijo: Disiento de la decisión propuesta por la Ministra preopinante en relación con la procedencia parcial de la acción de inconstitucionalidad promovida, que afecta puntualmente a la validez del A.I. N° 135, de fecha 14 de junio de 2016, dictado por el Tribunal de Apelaciones Penal, Tercera Sala, de la Capital.**

En primer lugar, es importante señalar que acepté integrar la Sala Constitucional en fecha 7 de marzo de 2019, en reemplazo de los miembros naturales de la misma que se excusaron de entender en la causa. La aceptación fue muy posterior a la resolución por la cual se admitió dar trámite a la misma, que fue dictada en fecha 7 de febrero de 2017.

Esta precisión es necesaria porque advierto que la demanda presentada no cumplió con los requisitos exigidos por las normas que regulan el procedimiento de la acción, empero, fue formalmente admitida por la Sala Constitucional.

Es bien sabido que la acción de inconstitucionalidad es un juicio autónomo con requisitos específicos que deben ser cumplidos para su promoción, establecidos en el art. 557 del Código Procesal Civil y en el art. 12 de la Ley N° 609/1995.

Al respecto, un requisito esencial y excluyente para que prospere la acción es la justificación de la lesión concreta que los accionantes lamentan como consecuencia de las resoluciones interlocutorias impugnadas.

La parte accionante sostiene que dichas resoluciones violan los arts. 17 y 256 de la Constitución Nacional al no estar fundadas en la ley, lo que determinó, siempre según sus manifestaciones, un grave quebrantamiento del debido proceso.

Al respecto, afirma que el Tribunal de Apelaciones, sin fundamentos, declaró inadmisibile el recurso de apelación general interpuesto contra la resolución del Juez Penal de Garantías que, también sin fundamentos, rechazó los incidentes planteados en la audiencia preliminar, admitió la acusación y declaró la apertura del juicio oral y público.

Sin embargo, para que la acción prospere es también necesario que una lesión concreta sea la consecuencia de las resoluciones impugnadas, y esta lesión debe estar debidamente justificada en su presentación.

Vistas estas consideraciones, es imprescindible determinar si la resolución que declara la inadmisibilidad del recurso de apelación contra el auto de apertura del juicio es capaz de provocar una lesión y si el accionante ha justificado la existencia de la misma.

Por regla general las resoluciones judiciales solo pueden ser recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos, conforme con lo que establece el art. 449 del Código Procesal Penal, lo que resulta especialmente relevante para interpretar lo que establece el art. 461 del mismo Código, cuando dispone que no será recurrible el auto de apertura del juicio.

El auto de apertura del juicio es la resolución que pone fin a la etapa intermedia, como consecuencia directa del control de la investigación y la admisión total o parcial de la acusación fiscal defendida en la audiencia preliminar. Esta resolución interlocutoria contiene las decisiones sobre todas los planteamientos deducidos por las partes en dicha audiencia.

En este contexto el art. 461 es aplicado estrictamente, cuando los Tribunales de Apelaciones declaran inadmisibile el recurso de apelación general contra el auto de apertura, aunque el mismo sea interpuesto contra decisiones relacionadas con otros planteamientos de las partes expresados en la audiencia preliminar y que no refieren directamente a la decisión que declara la apertura del juicio.

Al respecto, debemos reconocer que se ha instalado una álgida discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, dividida sobre la inadmisibilidad del recurso de apelación contra la resolución que dispone la apertura del juicio.

Con mucha razón, se señalan decisiones que son tomadas en la etapa intermedia e integran el auto de apertura que eleva la causa a juicio; que, al ser un auto irrecurrible, afecta la posibilidad de que los agravios que deriven de aquellas decisiones puedan ser revisados en segunda instancia.

De este modo, es fácil identificar el núcleo de la controversia, que reclama la necesidad de determinar si la irrecurribilidad prevista en el art. 461 se refiere solo al punto de la resolución mediante el cual se declara la apertura del juicio, o por el contrario, afecta también a las demás decisiones que, formalmente recogidas en el auto de apertura, no constituyen el contenido esencial de dicha decisión.

La preopinante realiza un análisis sistémico de la normativa vigente que regula el sistema recursivo en el procedimiento penal y concluye que es una resolución arbitraria la que invoca la inadmisibilidad del recurso de apelación general interpuesto contra el auto de apertura, específicamente, en los casos en que se resuelven otros planteamientos deducidos en la audiencia preliminar.

Enumera, además, las decisiones que a su criterio derivan de la audiencia preliminar que no tienen relación con la declaración de apertura del juicio pero que al integrar el auto de apertura quedan sin posibilidad de ser revisadas, lo que compromete el principio de la doble instancia reconocido en la Constitución Nacional y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ciertamente encuentro pertinente parte de los argumentos de la preopinante. En efecto, en la etapa intermedia pueden ser tomadas decisiones que deben ser revisables en segunda instancia, dado que afectan situaciones que no podrán ser reparadas en la etapa de juicio oral y público.

Relevante es, pues, que el Tribunal de Apelaciones sea capaz de determinar los casos en que no existe otra oportunidad procesalmente útil para reparar el perjuicio que provoca la resolución contenida en el auto de apertura porque, en caso contrario, la aplicación del art. 461 es decididamente arbitraria al negar la garantía del control recursivo.

Meramente obiter y con el fin de construir una jurisprudencia sana e instructiva, considero que es posible reconocer la admisibilidad del recurso

de apelación contra decisiones que se tomen en la audiencia preliminar cuando: 1) se excluya del proceso a la querrela adhesiva, que ya no podrá reclamar su intervención en el juicio oral y público; y b) la que excluya pruebas que se consideren decisivas para sostener la teoría del caso defendida por alguna de las partes, dado que el juicio oral no es la etapa para discutir la admisión de pruebas.

Estas decisiones, aunque formen parte del auto de apertura del juicio oral, no refieren directamente la apertura del juicio, y no tienen posibilidad de que sean reparadas por el Tribunal de Sentencia por tratarse de decisiones propias de una etapa precluida.

La preopinante señala otras decisiones que deben ser revisables en segunda instancia, como el rechazo de planteamientos que refieren a salidas alternativas al juicio o el rechazo de nulidades, fundamentalmente, porque considera que la apertura del juicio puede ser considerado un agravio irreparable; sin embargo, pienso que esa conclusión no es correcta.

Al respecto, alegar los efectos negativos que el juicio ocasiona al imputado por la impresión social negativa que genera, es meramente especulativo y rompe la esencia misma del sistema procesal penal vigente, que reconoce en el juicio oral una etapa de amplias garantías que, indudablemente, sirven a la defensa del acusado y legitiman el juzgamiento oral y público como control social de la actividad judicial.

Conviene recordar que todo perjuicio invocado dentro de un proceso debe colocar a la parte afectada en un estado de indefensión que, claro está, no puede ser provocado por el solo hecho de su participación en el juicio oral, el cual, lejos de una amenaza, representa una garantía para el acusado.

La construcción legal de dicha etapa procesal se encuentra rodeada de garantías previstas en beneficio del procesado, donde los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración adquieren plena vigencia.

En cuanto a las decisiones que sí pueden reclamar una revisión por vía de la apelación, hay que ser claros y señalar que las mismas no fueron tomadas en el caso que nos ocupa, en el cual se resolvieron cuestiones que sí pueden ser reparadas, ya sea por el Tribunal de Sentencia, o bien, por el Tribunal de Apelaciones que entienda en el recurso de apelación especial, si fuere el caso, lo que me obliga a disentir del voto de la preopinante.

Es sabido que el control constitucional debe circunscribirse al caso concreto, en este caso, a la acción promovida por Camilo Ernesto Soares Machado y Alfredo Guachire Medina.

Los accionantes impugnaron la resolución del Tribunal de Apelaciones que declaró inadmisibile el recurso de apelación general interpuesto contra el auto de apertura; empero, hay que destacar que las decisiones que no fueron revisadas por el Tribunal de Apelaciones no pueden ocasionar un agravio irreparable porque refieren a situaciones que serán consideradas por el Tribunal de Sentencia que juzgue el caso.

De este modo los accionantes no tienen forma de justificar alguna lesión concreta que pueda surgir de la resolución del Tribunal de Apelaciones que declaró inadmisibile el recurso interpuesto contra el auto de apertura.

Las resoluciones cuya inconstitucionalidad predicen los accionantes determinaron que la causa penal sea elevada a juicio oral y público para el juzgamiento de los hechos que son objeto de la misma, sin afectar en forma definitiva las pretensiones planteadas por los mismos.

Más allá del argumento expuesto por el Tribunal de Apelaciones que en mayoría invocó simple y llanamente el art. 461 del Código Procesal Penal, lo cierto es que en la resolución que admitió la acusación y declaró la apertura del juicio, no se tomó decisión alguna que deba necesariamente ser revisada en segunda instancia.

En otras palabras, todas las decisiones que integran el auto de apertura refieren a circunstancias que serán meritadas por el Tribunal de Sentencia en el juzgamiento del caso y que pueden, si fuere el caso, determinar una sentencia absolutoria.

De este modo, las decisiones asumidas en la etapa intermedia no pueden justificar la existencia de una lesión concreta lamentada por los accionantes, dado que las circunstancias que motivaron su planteamiento serán examinadas en forma definitiva por el Tribunal de Sentencia que resuelva la cuestión; y en su caso, la decisión de este Tribunal podrá ser objeto de recurso, lo que posibilitará el cumplimiento de la doble instancia.

En el caso que nos ocupa, el Juez Penal de Garantías resolvió con la apertura del juicio, las siguientes cuestiones: el rechazo del incidente de nulidad por presentación extemporánea, el rechazo del incidente de nulidad por falta de indagatoria previa, el rechazo del incidente de cuestión prejudicial y el rechazo del incidente de sobreseimiento definitivo.

Fácil es advertir que ninguna de estas decisiones es definitiva y condicionante para la decisión que corresponda en la etapa de juicio oral y público. Al respecto, se tiene que el rechazo del sobreseimiento definitivo tiene correspondencia directa con la decisión de declarar la apertura del juicio oral y público, decisión que es irrecurrible por disposición expresa de la norma. Desde esta perspectiva la resolución del Tribunal de Apelaciones se encuadra dentro del marco legal que delimitan las reglas del proceso penal.

Por su parte, las decisiones que afectaron la pretensión de nulidad de la acusación fundada en su presentación extemporánea y falta de indagatoria, refieren a circunstancias que, de ser ciertas, naturalmente condicionarán la resolución que adopte el Tribunal de Sentencia al respecto que, para una condena válida, deberá necesariamente cotejar que la pretensión punitiva fiscal sea regular y válida, y en el caso que no lo considere así, la sentencia que dicte podrá ser objeto del recurso de apelación especial o del recurso extraordinario de casación directa, según el caso.

El rechazo de la cuestión prejudicial tampoco es capaz de generar un agravio irreparable pues en caso que el Tribunal de Sentencia considere que se encuentra imposibilitado para determinar la existencia de uno de los elementos constitutivos del tipo penal, conocimiento que puede alcanzar solo a través de un procedimiento extrapenal, podrá resolver la procedencia de la prejudicialidad solicitada, en el mismo juicio oral y público, conforme con lo que establece el art. 327, segundo párrafo, del Código Procesal Penal.

De esta forma, es claro que el resultado de las decisiones que no fueron revisadas por el Tribunal de Apelaciones no determina la responsabilidad penal de los hechos acusados ni agotan la discusión del proceso, razón suficiente para considerar que lo resuelto no crea una situación inmutable; es decir, que el recurso interpuesto contra el auto de apertura del juicio haya sido declarado inadmisibile, en el caso que nos ocupa no conlleva lesión alguna a las garantías fundamentales de las partes.

Vista de esta forma, la irrecurribilidad obedece a la necesidad de evitar dilaciones fútiles, dado que en el juicio oral el acusado tiene amplias facultades de defensa y de contraexamen de pruebas opuestas en su contra, es decir, podrá alegar todo aquello que considere pertinente para el ejercicio de su defensa.

Además, debemos ser capaces de entender la intención del legislador cuando dispuso la irrecurribilidad del auto de apertura. Al respecto, la doctrina ha identificado como finalidad salvar el principio de progresividad del

proceso penal, que aspira a lograr una administración de justicia ágil que evite la prolongación indefinida de los procesos penales, que se ve visiblemente afectado por las marchas y contramarchas, avances y retrocesos (Binder, Alberto. Introducción al derecho penal. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999 P. 249/50).

Este principio se sostiene en la conveniencia de llevar adelante un proceso penal que no tenga avances y retrocesos, sino un desarrollo lineal que adquiere su plenitud, por concentración, durante el juicio oral y público.

De este modo, resulta muy lógico que el Tribunal de Sentencia que juzgue el caso resuelva la absolución del acusado si considera que las pruebas admitidas son irregulares, por más que se haya rechazado el incidente de nulidad deducido en la etapa intermedia, o bien puede suspender el procedimiento por una cuestión prejudicial, si ello fuere necesario para la determinación de algún elemento del tipo necesario para la teoría de la punibilidad.

Por su parte, si el Tribunal dicta sentencia condenatoria existiendo irregularidades que afectan en forma determinante la acusación formulada por el Ministerio Público o bien concluye el análisis de la punibilidad prescindiendo de un elemento que solo podía ser conocido a través de un procedimiento extrapenal, naturalmente, la validez de la sentencia estará gravemente comprometida y la misma podrá ser reclamada ante el Tribunal de Apelaciones.

Es, pues, la decisión del Tribunal de Sentencia la que podrá ser revisada a través del recurso de apelación especial dando vigencia al tan reclamado principio de doble instancia, e incluso esta revisión podrá provocar la intervención de la Corte Suprema de Justicia si se interpone la casación directa.

Al revisar el caso concreto es posible dar cuenta del contenido de las decisiones que no fueron revisadas como consecuencia de la resolución de declaró inadmisibles el recurso, y cómo esta circunstancia en realidad no genera una lesión concreta para los accionantes.

De este modo, no se justifica la inconstitucionalidad de la resolución por el solo hecho de que el Tribunal de Apelaciones declaró inadmisibles el recurso de apelación con la mera invocación del art. 461, con el fundamento de que el auto de apertura es en todos los casos siempre irrecurrible.

Juzgar la cuestión constitucional de esa manera significa admitir la arbitrariedad por la arbitrariedad misma, a decir de Sagués: “Una sentencia

acusada de arbitrariedad, no derivada razonablemente del derecho en vigor, pero que no ocasione perjuicio al promotor del recurso extraordinario, no habilitará, pues, a este remedio federal” (Sagués, Nestor. Compendio de derecho procesal constitucional. Astrea. 2011. P. 223).

Además, la inconstitucionalidad tendrá como consecuencia la invalidez de una resolución que será nula sin que la misma haya determinado un perjuicio para las partes, lo que retrasará considerablemente la prosecución de un juicio bastante dilatado que, naturalmente, afecta la percepción social que se tiene de la administración de justicia.

Respecto de la inconstitucionalidad promovida contra el A.I. Nº 308, de fecha 22 de abril de 2016, auto de apertura en el que se materializan las decisiones impugnadas, con los fundamentos que anteceden queda demostrada la ausencia de una lesión concreta, a lo que conviene agregar que la lectura del escrito de presentación de la acción revela que los cuestionamientos del demandante contra la resolución de primera instancia distan mucho de ser constitucionales y tan solo manifiestan discrepancia con la fundamentos del Juez de la causa.

Por las consideraciones precedentes, corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad promovida por Camilo Ernesto Soares Machado y Alfredo Guachire Medina.

A su turno el Doctor RAMÍREZ CANDIA dijo: En primer lugar, debo señalar que el expediente entro en mi gabinete en fecha 13 de mayo de 2019 y se procede a la emisión del voto el 17 de mayo de 2019.

En la presente acción de inconstitucionalidad se cuestiona dos resoluciones judiciales, la primera, el A.I. Nro. 308 de fecha 22 de abril de 2016, por la que se eleva la causa a juicio oral y público y la segunda, el A.I. Nro.135 de fecha 14 de junio de 2016, por la que se declara inadmisibile el recurso de apelación general deducido contra la primera resolución referida.

A los efectos de resolver la cuestión planteada considero pertinente señalar que el control de constitucionalidad tiene por objetivo determinar la compatibilidad o no, en este caso, de las resoluciones judiciales con la Constitución, por lo que se debe afirmar que no es relevante que se analizar la existencia o no de agravios para justificar la procedencia o no de una acción de control de constitucionalidad, pues la exigencia de la existencia de agravios es una exigencia legal para la procedencia de un recurso.

Pero, en el supuesto de que se pretenda señalar que para la procedencia de una acción de inconstitucionalidad es necesario justificar la existencia

de agravios, considero que el simple hecho de sostener la existencia de un acto normativo o una resolución judicial es incompatible con la Constitución es un agravio suficiente por afectar la normativa fundante del ordenamiento jurídico.

Al proceder al análisis de la primera resolución impugnada de inconstitucional, a la que se reputa como resolución arbitraria, corresponde señalar que la misma no incurre en una de las 16 causales de arbitrariedad establecida por esta Corte Suprema de Justicia, en los precedentes dictados en los años 1995-2000, por lo que me adhiero a la opinión de la Ministra MIRYAN PEÑA CANDIA, de que corresponde el rechazo de la inconstitucionalidad deducida contra la primera resolución judicial.

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 Penal, 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, última 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.

Violación del derecho a la defensa (Art. 16 de la Constitución). 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.

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.

## JURISPRUDENCIA

Violación del Art. 137 de la Constitución que establece el orden de prelación de las normas jurídicas. La resolución judicial impugnada que se justifica en una norma legal que establece la prohibición de recurso contra un determinado acto del proceso penal, es violatoria del orden de prelación que establece el Art. 137 de la Constitución.

Es violatoria del orden de prelación normativa, porque existe una norma de rango superior que establece en forma expresa el derecho a la doble instancia de toda persona procesada que forma parte del orden jurídico nacional.

En efecto, el Art. 8.2.h, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona procesada tiene derecho a la doble instancia y con la prohibición del recurso que se establece en la norma procesal penal que sirviera de base a la resolución atacada de inconstitucional se afecta este derecho a la doble instancia prevista en la normativa internacional.

Por consiguiente, tal como he sostenido en varios precedentes dictados en calidad de miembro de Tribunal de Apelación, (A.I. Nro. 220, de fecha 29 de octubre de 2002, en Ministerio Público c/ Dieter Huhn y Willian Ayala Giménez s/ Estafa en Coronel Oviedo) 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. 8.2h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es por ello, que se afirma que la resolución judicial fundada en el Art. 461 del Código Procesal Penal para declarar inadmisibile un recurso se funda en una norma inconstitucional, por lo que procede su nulidad.

En base a las consideraciones que anteceden, me adhiero a la opinión de la Ministra MIRYAN PEÑA CANDIA, en relación a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra el A.I. Nro. 135 de fecha 14 de junio de 2016. Es mi voto.

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

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

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

R E S U E L V E:

HACER LUGAR parcialmente a la acción de inconstitucionalidad promovida, y en consecuencia, declarar la nulidad del A.I. N° 135 de fecha 14 de junio del 2016, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 3ra Sala, de la Capital.

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

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: Miryam Peña Candía, Eugenio Jiménez Rolan y Manuel de Jesús Ramírez Candía

ANTE MÍ: Abg. Julio Pavón Martínez - Secretario/a Judicial.

\*\*\*

### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 474**

***Cuestión debatida:** Analizadas las constancias de autos se debate sobre la excepción de inconstitucionalidad presentada por los Abogados Edwar Arca y Gerald Arca, en contra del artículo 48 de la Ley N° 438/94 “De Cooperativas”, que establece como título ejecutivo un instrumento distinto al exigido “Certificado de deuda” y no así un título de crédito como lo es el “Pagaré”.*

### **LEY N° 438/94 DE LA CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS Y DEL SECTOR COOPERATIVO.**

No obstante la acotación hecha, como ya fuera mencionado líneas más arriba, el excepcionante también equivoca aquí el enfoque de la excepción de inconstitucionalidad, pues su agravio gira netamente en cuestiones procesales, más específicamente en la documental aportada por la parte pretendiente (fojas 7 al 8 de la causa principal), que en la potencial inconstitucionalidad del artículo 48 de la Ley de Cooperativas.

En otras palabras, una cosa es que el artículo 48 de la Ley de Cooperativas subordine la fuerza ejecutiva del certificado de deuda, por sí mismo,

a la sola firma de la Autoridad de Aplicación, en contra el principio de igualdad, de defensa en juicio de las personas y contra el debido proceso; que tienen protección constitucional. Porque a diferencia de otros títulos ejecutivos que sí requieren la obligación de documentar las deudas que le dieron origen, de manera a respaldar dichos certificados y evitar eventuales prescripciones de derechos, o duplicación de ejecuciones.

De darse esta situación, el contraste constitucional pone al acto normativo de un lado y del otro al derecho a la defensa en juicio (Art. 16 CN) y al debido proceso (Art. 17 CN), porque un certificado de deuda sin un mínimo de requisitos y detalles respecto a la obligación inicial, impide ejercer las defensas previstas en juicios ejecutivos u ordinarios, pues no habría modo de determinar el origen del certificado, el estado actual de la deuda, su exigibilidad y existencia de la misma.

### **PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. Actos Procesales.**

De darse esta situación, el contraste constitucional pone al acto normativo de un lado y del otro al derecho a la defensa en juicio (Art. 16 CN) y al debido proceso (Art. 17 CN), porque un certificado de deuda sin un mínimo de requisitos y detalles respecto a la obligación inicial, impide ejercer las defensas previstas en juicios ejecutivos u ordinarios, pues no habría modo de determinar el origen del certificado, el estado actual de la deuda, su exigibilidad y existencia de la misma.

Pero otra cosa es, muy distinta por cierto, que en una ejecución hipotecaria base la pretensión del cobro o de la ejecución de la garantía con uno u otro instrumento, sea éste título ejecutivo suficiente o no. Tal como lo manifestará, reiteradamente el excepcionante: “en el juicio ejecutivo – aún más solmene en los casos de garantías hipotecarias –, por su carácter formalista, es más importante determinar la habilidad del instrumento que sirve de base al juicio, porque si bien el demandado, en un caso hipotético, puede tener una deuda con el actor, ello no implica que esté obligado al pago por la vía ejecutiva, con un instrumento que no reúna las características de un título de crédito... “ (el subrayado es mío).

En suma, si lo que intenta el excepcionante es cuestionar la habilidad del título base de la ejecución, mal puede hacerlo por vía de la excepción de inconstitucionalidad. Para el efecto, nuestro Código de Procedimientos contempla un catálogo de defensas, pudiendo valerse de la que resulte más idónea para el fin pretendido. En ese sentido, en el presente caso, el ejecutado

opuso subsidiariamente la excepción de inhabilidad de título contra el progreso de la ejecución promovida por la Cooperativa Multiactiva de Ahorro, Crédito y Servicios “Medalla Milagrosa Ltda”.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Requisitos para su procedencia.**

Manifiesta como fundamento de la excepción de inconstitucionalidad que el título presentado a ejecución (estado de cuenta del socio moroso expedido por la misma Cooperativa ejecutante y visado por la autoridad de aplicación) por defectos propios del título y por el incumplimiento del trámite para constituirlo, no puede servir de base a la ejecución de la garantía hipotecaria.

De la lectura del escrito por el que se opone la excepción se inconstitucionalidad se observa que la misma no se encuentra debidamente fundada, porque los agravios señalados pueden servir de fundamento para la oposición de excepciones propias de un juicio de ejecución pero no para una excepción de inconstitucionalidad ya que no se refieren a la norma excepcionada.

Es obligación de quien excepciona demostrar la existencia del vicio que invoca, debe explicar claramente el motivo por el cual presenta la excepción de inconstitucionalidad.

La constitucionalidad de una ley es el principio y su inconstitucionalidad la excepción y, como excepción que es, su aplicación es estricta, por lo que quien invoca ésta situación anormal, debe probarla de modo irrefutable.

En conclusión, podemos afirmar que la excepción de inconstitucionalidad no se encuentra debidamente fundada, por lo que corresponde su rechazo. Costas a la parte actora y perdidosa. ES

**C.S.J. Sala Constitucional. 03/06/2019 “Excepción de Inconstitucionalidad opuesta por los Abgs. Edward Miguel Arca López y Gerald Marcelo Arca López en representación de Pablo Antonio Gaona y Pablina Díaz Báez en los Autos caratulados: Cooperativa Multiactiva de Ahorro, Crédito y Servicios “Medalla Milagrosa” Ltda. c/ Pablina Díaz Báez y otros s/ Ejecución hipotecaria” (Ac. y Sent. N° 474).**

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

CUESTION:

¿Es procedente la Excepción de Inconstitucionalidad opuesta?

A la cuestión planteada la Doctora PEÑA CANDIA dijo: Se eleva a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la excepción de inconstitucionalidad opuesta por los Abogs. Edwar Arca y Gerald Arca, en representación de los señores Pedro Antonio Gaona y Pablina Díaz Báez contra el artículo 48 de la Ley N.º 438/94 “DE COOPERATIVAS”.

Manifiesta el excepcionante que: “(...) El hecho de pretender hacer valer como título ejecutivo un instrumento distinto al exigido los hace incurrir en grave ARBITRARIEDAD, cuando exige el acompañamiento del título de crédito (pagaré); el título ejecutable por parte de la Actora es el certificado de deuda generado con la finalidad de la relación sustancial instrumentada por escritura pública, y en la jurisprudencia constante de los Tribunales, se considera la certificación de deuda, de dudosa constitucionalidad, no es una novación, sino que solamente constituye una titulación de la operación originaria a los fines del cobro ejecutivo, de conformidad al art. 48 de la Ley de Cooperativas con lo cual se permite titular la deuda para obtener su cobro compulsivo por la vía ejecutiva. Se puede notar que la constitución de documentos ejecutables misma aparece de un modo evidente y notorio como arbitraria, teniendo en cuenta que los siguientes han prescindido de las normas jurídicas que rigen la materia y han invocado una prueba inexistente como base de su ejecución, con lo cual podemos inferir que se lesionan derechos procesales y sustanciales en detrimento del debido proceso y de la garantía de la defensa en juicio; en abierta contravención con las cláusulas del contrato inicial firmado entre la Cooperativa y los ejecutados (...)”.

De lo expuesto tenemos que el agravio del excepcionante guarda mayor relación con la utilización de un título ejecutivo distinto al requerido legalmente para este tipo de pretensión, más que a los requisitos regulados por el artículo 48 de la Ley N.º 438/94 “DE COOPERATIVAS” para la creación del certificado de deuda y su posterior ejecución. En la confusa excepción opuesta en ningún momento se expone la vulneración de derechos consagrados constitucionalmente por manifestación unilateral del acreedor como suficiente para la procedencia del juicio ejecutivo, sino que centra la excepción en la utilización de un título ejecutivo distinto al reglado.

El dictamen de la Fiscal Adjunta, de la Fiscalía General del Estado, recomienda el rechazo de la presente excepción, en base al siguiente fundamento: "(...) corresponde resaltar que el Art. 448 inc. h) del Código Procesal Civil incluye entre los títulos que atraen aparejada ejecución a los que tengan fuerza ejecutiva por imperio de las leyes. Al respecto Hernán Casco Paganó dice: "El inciso h) último del Artículo sub examine, se refiere a todo otro título que en virtud de la ley tenga fuerza ejecutiva". Debemos tener presente que el juicio ejecutivo no se tramita con indefensión el demandado, sino que el mismo tiene activa participación en dicho juicio (...)".

Previamente me permito hacer una acotación en relación con el dictamen fiscal, específicamente con los fundamentos expuestos por el representante adjunto, pues aquí no se desconoce/niega la admisibilidad de la fuerza ejecutiva dada por el imperio legal (artículo 448 inciso h) del Código Procesal Civil), sino que se pretende contrastar el acto normativo excepcionado con los principios, garantías y/o derechos constitucionales, de manera a verificar su adecuación a ésta última, o vulneración según sea el caso. En palabras más sencillas, cuando los títulos no son emitidos por el ejecutado (Vgr. Cheques, pagarés) sino unilateralmente por el ejecutante, la Ley suele exigir un procedimiento de cuyo estricto cumplimiento depende la validez del título; esto es así, para superar la desigualdad de facto que existe entre el particular y la institución acreedora, y es dicha Ley la que se somete al control constitucional por la vía preventiva de la excepción de inconstitucionalidad.

No obstante la acotación hecha, como ya fuera mencionado líneas más arriba, el excepcionante también equivoca aquí el enfoque de la excepción de inconstitucionalidad, pues su agravio gira netamente en cuestiones procesales, más específicamente en la documental aportada por la parte pretendiente (fojas 7 al 8 de la causa principal), que en la potencial inconstitucionalidad del artículo 48 de la Ley de Cooperativas.

En otras palabras, una cosa es que el artículo 48 de la Ley de Cooperativas subordine la fuerza ejecutiva del certificado de deuda, por sí mismo, a la sola firma de la Autoridad de Aplicación, en contra el principio de igualdad, de defensa en juicio de las personas y contra el debido proceso; que tienen protección constitucional. Porque a diferencia de otros títulos ejecutivos que sí requieren la obligación de documentar las deudas que le dieron origen, de manera a respaldar dichos certificados y evitar eventuales prescripciones de derechos, o duplicación de ejecuciones.

De darse esta situación, el contraste constitucional pone al acto normativo de un lado y del otro al derecho a la defensa en juicio (Art. 16 CN) y al debido proceso (Art. 17 CN), porque un certificado de deuda sin un mínimo de requisitos y detalles respecto a la obligación inicial, impide ejercer las defensas previstas en juicios ejecutivos u ordinarios, pues no habría modo de determinar el origen del certificado, el estado actual de la deuda, su exigibilidad y existencia de la misma.

Pero otra cosa es, muy distinta por cierto, que en una ejecución hipotecaria base la pretensión del cobro o de la ejecución de la garantía con uno u otro instrumento, sea éste título ejecutivo suficiente o no. Tal como lo manifestará, reiteradamente el excepcionante: “en el juicio ejecutivo – aún más solmene en los casos de garantías hipotecarias –, por su carácter formalista, es más importante determinar la habilidad del instrumento que sirve de base al juicio, porque si bien el demandado, en un caso hipotético, puede tener una deuda con el actor, ello no implica que esté obligado al pago por la vía ejecutiva, con un instrumento que no reúna las características de un título de crédito... “ (el subrayado es mío).

En suma, si lo que intenta el excepcionante es cuestionar la habilidad del título base de la ejecución, mal puede hacerlo por vía de la excepción de inconstitucionalidad. Para el efecto, nuestro Código de Procedimientos contempla un catálogo de defensas, pudiendo valerse de la que resulte más idónea para el fin pretendido. En ese sentido, en el presente caso, el ejecutado opuso subsidiariamente la excepción de inhabilidad de título contra el progreso de la ejecución promovida por la Cooperativa Multiactiva de Ahorro, Crédito y Servicios “Medalla Milagrosa Ltda”.

Por último, resaltar que con lo dicho aquí no contradigo ni desconozco mi criterio respecto a los requisitos necesarios para acreditar la existencia de la deuda con los certificados de deuda que deben acreditar, necesariamente, que los mismos han surgido de un procedimiento previo que ha cumplido con todos los requisitos que la Ley le impone, y que esencialmente se refiere al derecho de defensa del supuesto deudor y al apego que tal procedimiento haya tenido a las normas que lo regulan. En estrecha comunión con requisitos de justicia y equidad propios de una ley en un Estado de Derecho.

En resumidas, debe considerarse que el objetivo de la excepción de inconstitucionalidad es evitar que la ley u otro acto normativo sea aplicado

al caso específico en el que se la opone, es decir, lograr de la Corte la declaración prejudicial de inconstitucionalidad de una ley antes de que el juez se vea en la obligación de aplicarla, y no un remedio procesal ordinario para la defensa de los intereses de las partes.

Por todo lo expuesto, en el caso en estudio no se han cumplido los presupuestos indicados en el Art. 538 del C.P.C. y en consecuencia corresponde el rechazo de la presente Excepción de Inconstitucionalidad. Costas al excepcionante. Es mi voto.

A su turno la Doctora BAREIRO DE MÓDICA dijo: Se opone la excepción de inconstitucionalidad contra el Art. 48 de la Ley N° 438/94 “De Cooperativas”, que establece: “Artículo 48°.-Cobro Compulsivo. Para el cobro por la vía judicial de las obligaciones contraídas por el socio con la cooperativa, será suficiente título ejecutivo el estado de cuenta debidamente notificado al socio moroso y visado por la Autoridad de Aplicación.”.

Manifiesta como fundamento de la excepción de inconstitucionalidad que el título presentado a ejecución (estado de cuenta del socio moroso expedido por la misma Cooperativa ejecutante y visado por la autoridad de aplicación) por defectos propios del título y por el incumplimiento del trámite para constituirlo, no puede servir de base a la ejecución de la garantía hipotecaria.

De la lectura del escrito por el que se opone la excepción se inconstitucionalidad se observa que la misma no se encuentra debidamente fundada, porque los agravios señalados pueden servir de fundamento para la oposición de excepciones propias de un juicio de ejecución pero no para una excepción de inconstitucionalidad ya que no se refieren a la norma excepcionada.

Es obligación de quien excepciona demostrar la existencia del vicio que invoca, debe explicar claramente el motivo por el cual presenta la excepción de inconstitucionalidad.

La constitucionalidad de una ley es el principio y su inconstitucionalidad la excepción y, como excepción que es, su aplicación es estricta, por lo que quien invoca ésta situación anormal, debe probarla de modo irrefutable.

En conclusión, podemos afirmar que la excepción de inconstitucionalidad no se encuentra debidamente fundada, por lo que corresponde su rechazo. Costas a la parte actora y perdedora. ES MI VOTO.

## JURISPRUDENCIA

A su turno el Doctor FRETES manifestó que se adhiere al voto de la Ministra preopinante, Doctora PEÑA CANDIA, por los mismos fundamentos.

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

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional

R E S U E L V E:

NO HACER LUGAR a la Excepción de Inconstitucionalidad opuesta.

IMPONER costas al excepcionante.

ANOTAR, registrar y notificar.

MINISTROS: Myriam Peña, Antonio Fretes y Gladys Bareiro de Médica.

ANTE MÍ: Abg., Julio Pavón Martínez – Secretario/a Judicial.

\*\*\*



